

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РОССИЙСКОГО ПРАВА

№ 4 (101) АПРЕЛЬ 2019

В НОМЕРЕ:

Мажорина М. В.

*Сетевая парадигма международного
частного права: контурирование концепции*

Рарог А. И.

*Ошибка законодателя:
виды, причины, пути исправления*

Санникова Л. В., Харитонов Ю. С.

*Новые технологии и право: современный правовой
подход к технологии распределенного реестра*

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РОССИЙСКОГО ПРАВА



- ✓ Свидетельство о регистрации СМИ — ПИ № ФС77-25128 от 7 мая 2014 г., ISSN 1994-1471;
- ✓ издается с 2004 г., с 2013 г. — ежемесячно;
- ✓ входит в перечень ВАК России;
- ✓ включен в Российский индекс научного цитирования (РИНЦ) и Ulrich's Periodicals Directory;
- ✓ каждой статье присваивается индивидуальный международный индекс DOI;
- ✓ отдельные материалы размещаются в СПС «КонсультантПлюс» и «ГАРАНТ», электронной библиотеке «КиберЛенинка».

«Актуальные проблемы российского права» — это научно-практический юридический журнал, посвященный актуальным проблемам теории права, практике его применения, совершенствованию законодательства, а также проблемам юридического образования. Рубрики

журнала охватывают все основные отрасли права, учитывают весь спектр юридической проблематики, в том числе теории и истории государства и права, государственно-правовой, гражданско-правовой, уголовно-правовой, международно-правовой направленности. На страницах журнала размещаются экспертные заключения по знаковым судебным процессам, материалы конференций, рецензии на юридические новинки.

В журнале активно публикуются не только известные ученые и практики, но и молодые, начинающие ученые, студенты юридических вузов. Конечно, размещается большое количество материалов ведущих специалистов Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), в том числе выполненных в рамках НИРов, грантов, активно публикуются победители различных конкурсов.

LEX RUSSICA (РУССКИЙ ЗАКОН)



- ✓ Свидетельство о регистрации СМИ — ПИ № ФС77-58927 от 5 августа 2014 г., ISSN 1729-5920;
- ✓ издается с 2004 г., с 2013 г. — ежемесячно;
- ✓ является преемником научных трудов ВЮЗИ-МЮИ-МГЮА, издаваемых с 1948 г.;
- ✓ входит в перечень ВАК России;
- ✓ включен в Российский индекс научного цитирования (РИНЦ) и Ulrich's Periodicals Directory;
- ✓ каждой статье присваивается индивидуальный международный индекс DOI;
- ✓ отдельные материалы размещаются в СПС «КонсультантПлюс» и «ГАРАНТ», электронной библиотеке «КиберЛенинка».

Lex Russica («Русский закон») — научный юридический журнал, посвященный фундаментальным проблемам теории государства и права (в том числе этноправа), совершенствования законодательства и повышения эффективности правоприменения, правовой культуры, юриди-

ческого образования и методики преподавания правовых дисциплин, международного права, сравнительного правоведения и др.

Журнал знакомит с юридическими школами вузов России; публикует очерки об ученых, чьи имена золотыми буквами вписаны в историю юридической науки, обзоры конференций и круглых столов, проведенных в Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) или с участием профессорско-преподавательского состава Университета в других российских и зарубежных научных центрах, рецензии на новые юридические издания; содействует сближению и гармонизации российского и зарубежного права.

Авторами журнала являются известные российские и зарубежные ученые-юристы (из Германии, Китая, Польши, Франции, Финляндии и др.).

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ

№ 4 (101) АПРЕЛЬ 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

БЕКЯШЕВ 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

№ 4 (101) APRIL 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
Aleksandr
Aleksandrovich**

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 Valentinovna** 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
Mikhail
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

Серегина Т. С. Садоводческое и садово-огородное товарищества как разновидности потребительского кооператива в СССР	11
--	----

ФИЛОСОФИЯ И ЭТИКА ПРАВА

Саввина О. В. Этические основания регулирования донации гамет и практики co-parenting	19
---	----

ГОСУДАРСТВЕННАЯ ВЛАСТЬ И МЕСТНОЕ САМОУПРАВЛЕНИЕ

Воронюк Е. П. Публичные услуги и цифровые технологии: правовое оформление в конституционном праве	27
---	----

ГОСУДАРСТВЕННОЕ УПРАВЛЕНИЕ И АДМИНИСТРАТИВНЫЙ ПРОЦЕСС

Осинцев Д. В. Прокурор как субъект административного правонарушения	34
---	----

ФИНАНСОВОЕ ПРАВО

Ефремова Е. С. Погашение недоимки за счет дебиторской задолженности налогоплательщика: нужно ли вносить изменения в законодательство?	40
Попкова Ж. Г. Российская доктрина Козна: проблемы исчисления расходов и вычетов в отсутствие надлежащих документов	48
Тасалов К. А. Правовые проблемы российской концепции риск-ориентированного подхода в налоговой сфере	55

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ В ИНФОРМАЦИОННОЙ СФЕРЕ

Санникова Л. В., Харитонов Ю. С. Новые технологии и право: современный правовой подход к технологии распределенного реестра	62
---	----

ГРАЖДАНСКОЕ И АДМИНИСТРАТИВНОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО

Бенедская О. А. Третейское разбирательство и нормоконтроль	70
Степанов В. В. Процессуальный статус лица, уполномоченного общим собранием собственников помещений в многоквартирном доме на представление интересов в суде	80

ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ И КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО

Ашфа Д. М. Система внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства в России: проблемы и перспективы развития правового регулирования	87
---	----

УГОЛОВНОЕ ПРАВО

Рарог А. И. Ошибка законодателя: виды, причины, пути исправления	95
--	----



УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

- Ростова В. Н. Правовое регулирование стадии
возбуждения уголовного дела: зарубежный опыт 104

КРИМИНАЛИСТИКА И КРИМИНОЛОГИЯ. СУДЕБНАЯ ЭКСПЕРТИЗА

- Лазарева Л. В. Особенности правового статуса
субъектов судебно-экспертной деятельности 111
- Никишин В. Д. Текст религиозного характера экстремистско-террористической
направленности как объект герменевтического исследования и источник
криминалистически значимой информации в судебной лингвистической экспертизе . . . 118
- Долгиева М. М. Операции с криптовалютами: актуальные проблемы
теории и практики применения уголовного законодательства 128

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

- Мажорина М. В. Сетевая парадигма международного
частного права: контурирование концепции 140
- Засемкова О. Ф. Разрешение споров с помощью технологии блокчейн 160

ИНТЕГРАЦИОННОЕ ПРАВО

- Покровский А. В. Роль Европейского омбудсмана
в реализации концепции хорошего управления 168

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

- Иманлы М. Н. Уголовная ответственность несовершеннолетних
по УК РФ и УК Азербайджанской Республики:
сравнительная характеристика 174

ЭНЕРГЕТИЧЕСКОЕ, ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ И ПРИРОДОРЕСУРСНОЕ ПРАВО

- Жаворонкова Н. Г., Выпханова Г. В. Проблемы совершенствования понятийного
аппарата в сфере охраны и использования природных лечебных ресурсов,
лечебно-оздоровительных местностей и курортов 186

CONTENTS

PAGES OF HISTORY

Seregina T. S. <i>Horticultural and Horticultural-Gardening Associations as a Kind of a Consumer Cooperative in the USSR</i>	11
---	----

PHILOSOPHY AND ETHICS OF LAW

Savvina O. V. <i>Ethical Reasons for the Regulation of Gametes' Donation and Co-Parenting</i>	19
--	----

PUBLIC ADMINISTRATION AND LOCAL SELF-GOVERNMENT

Voronyuk E. P. <i>Public Services and Digital Technologies: Legal Registration in Constitutional Law</i>	27
---	----

PUBLIC ADMINISTRATION AND ADMINISTRATIVE PROCESS

Osintsev D. V. <i>A Prosecutor as a Subject of an Administrative Offense</i>	34
---	----

FINANCIAL LAW

Efremova E. S. <i>Repayment of an Outstanding Debt Through Tax Receivables of the Taxpayer: Do We Need to Amend the Legislation?</i>	40
Popkova Zh. G. <i>The Russian Cohen Doctrine: Problems in Calculating Costs and Deductions in the Absence of Proper Documentation</i>	48
Tasalov K. A. <i>Legal Problems of the Russian Concept of Risk-Oriented Approach in the Field of Taxation</i>	55

LEGAL REGULATION IN THE INFORMATION SPHERE

Sannikova L. V., Kharitonova Yu. S. <i>New Technologies and Law: A Modern Legal Approach to the Distributed Registry Technology</i>	62
--	----

CIVIL AND ADMINISTRATIVE COURT PROCEEDINGS

Benedskaya O. A. <i>Arbitration and Compliance Verification</i>	70
Stepanov V. V. <i>A Procedural Status of a Person Authorized by the General Meeting of Owners of Premises in an Apartment Building to Represent Owners' Interests in Court</i>	80

BUSINESS AND CORPORATE LAW

Ashfa D. M. <i>The System of Internal Compliance with the Requirements of Antitrust Laws in Russia: Problems and Prospects for the Development of Legal Regulation</i>	87
---	----

CRIMINAL LAW

Rarog A. I. <i>Legislator's Error: Types, Reasons, Ways of Correction</i>	95
--	----

CRIMINAL PROCEDURE

Rostov V. N. <i>Legal Regulation of Initiation Stage of Criminal Proceedings: Foreign Experience</i>	104
---	-----



CRIMINALISTICS AND CRIMINOLOGY FORENSIC EXAMINATION

- Lazareva L. V.** *Nature of Legal Status of the Subjects of Forensic Activities* 111
- Nikishin V. D.** *Texts of Religious Nature with an Extremist-Terrorist
Focus as an Object of Hermeneutic Research and a Source
of Forensically Significant Information in Judicial Linguistic Expertise* 118
- Dolgueva M. M.** *Cryptocurrency Operations: Topical Issues
of Theory and Practice of Criminal Law Application* 128

INTERNATIONAL LAW

- Mazhorina M. V.** *Network Paradigm of Private International Law: Concept Contouring* 140
- Zasemkova O. F.** *Dispute Resolution by Means of Blockchain Technology* 160

INTEGRATION LAW

- Pokrovskiy A. V.** *Role of the European Ombudsman
in Implementation of Good Governance* 168

COMPARATIVE LEGAL STUDIES

- Imanly M. N.** *Criminal Responsibility of Minors under
the Criminal Code of the Russian Federation and the Criminal Code
of the Azerbaijan Republic: Comparative Characteristics* 174

ENERGY, ENVIRONMENTAL AND NATURAL RESOURCES LAW

- Zhavoronkova N. G., Vypkhanova G. V.** *Problems of Improving
Conceptual Apparatus in the Field of Protection and Use
of Natural Medicinal Resources, Medical and Recreational Areas and Resorts* 186

Садоводческое и садово-огородное товарищества как разновидности потребительского кооператива в СССР

Аннотация. Садоводческие и садово-огороднические товарищества впервые получили законодательное закрепление в отечественной правовой системе в 20-х гг. прошлого века, с момента появления первых садово-огородных кооперативных товариществ на свободных землях вблизи промышленных центров. На практике деятельность садоводческих и садово-огородных товариществ регламентировалась специальным законодательством о садоводстве, огородничестве, кооперации в СССР, конкретизировалась в типовых уставах 1956, 1966, 1985 гг. и формировалась сообразно ситуации в стране.

По мнению автора, садоводческие и садово-огородные товарищества по законодательству периода СССР не были самостоятельными юридическими лицами, они относились к потребительским кооперативным объединениям и организациям. Каждое кооперативное объединение советского периода формировалось под влиянием единой экономической, политической и идеологической ситуации СССР.

В настоящее время в решении многих правовых вопросов сохранены тенденции советского периода, что обуславливает необходимость введения с 1 января 2019 г. существенных законодательных изменений.

Ключевые слова: садоводство, огородничество, товарищество, потребительский кооператив, Союз Советских Социалистических Республик, Российская Федерация, социальная справедливость, реформирование законодательства.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.101.4.011-018

© Серегина Т. С., 2019

* Серегина Татьяна Сергеевна, адвокат филиала № 49 некоммерческой организации «Московская областная коллегия адвокатов» Адвокатской палаты Московской области, аспирант Института государства и права Российской академии наук
tatiana-communicate@yandex.ru
119019, Россия, г. Москва, ул. Знаменка, д. 10

Зовите всех с собой, к себе и за собою!
 Кооперация невидимо для глаз
 Единой общено судьбою
 И общим благом свяжет вас.
Из «Гимна кооперации»¹

Идея формирования доктрины социализма как справедливого, равноправного и свободного общества была в основе создания одной из ведущих держав мира — СССР, просуществовавшего практически 69 лет.

Стремление к духовным ценностям, а не к материальным, высокая оценка героизма, профессионализма и товарищества — характерные черты советского общества. И одной из основ советской экономической политики, как говорил А. В. Чаянов, являлась именно кооперация². Так, он отмечал: «Кооперация и государство — это вода и огонь, но если их согласовать, то из воды и огня получится паровая машина, способная сделать огромную полезную работу»³. М. И. Туган-Барановский считал, что «кооперация воспитывает нового человека, гармонично сочетающего в себе умение отстаивать личные интересы с готовностью отказываться от них во имя интереса общего»⁴.

Основными причинами объединения людей в кооперативы во времена СССР являлись постоянное наличие внешней и внутренней опасности, дефицит материальных средств к существованию. Кооперативы в советское время считались общественными организациями, наряду с профсоюзами и ВЛКСМ (Всесоюзный ленинский коммунистический союз молодежи).

Одной из разновидностей кооперативов в Советском Союзе являлись садово-огородные товарищества. Так, в 1929 г. на свободных землях вблизи промышленных центров стали появлять-

ся садово-огородные кооперативные товарищества⁵. Они являлись важной формой сплочения пролетариата и объединяли борьбу против эксплуататоров. Как говорил В. И. Ленин, «участие в товариществах позволяло рабочему классу улучшить свое положение»⁶, поскольку продукция предоставлялась по заниженной цене. Большую роль в рабочих кооперативах имела идейно-политическая работа большевиков. В. И. Ленин требовал от подпольных работников развертывать деятельность, где есть масса. Впоследствии товарищества стали объединять сначала десятки, затем сотни тысяч рабочих.

В результате предоставленного статьей 126 Конституции СССР 1936 г.⁷ права граждан на объединения в общественные организации, в числе которых прямо указывались кооперативные объединения, профессиональные союзы, стала развиваться сфера коллективного садоводства, предусматривающая удовлетворение потребностей рабочих и служащих в плодовых и ягодных культурах, организацию отдыха членов товарищества и их семей. При предприятиях, учреждениях и организациях РСФСР стали создаваться садоводческие товарищества рабочих и служащих.

Садоводство и огородничество получили «широкое распространение с принятием постановления Совета Министров СССР от 24 февраля 1949 г. № 807 «О коллективном и индивидуальном огородничестве и садоводстве рабочих и служащих» и постановления Совета

¹ Вахитов К. И. Пайщики в потребительском обществе. М., 2000. С. 3.

² Чаянов А. В. Краткий курс кооперации. Изд. 4-е. М., 1925. С. 3.

³ Вахитов К. И. Пайщики в потребительском обществе. М., 2000. С. 3.

⁴ Туган-Барановский М. И. Социальные основы кооперации / вступ. сл. и коммент. Г. Н. Сорвиной. Изд. 5-е. М., 2010. С. 94.

⁵ Право на их создание официально было закреплено в п. 1 постановления Экономического Совета РСФСР от 13 апреля 1929 г. «О садово-огородных, жилищно-строительных кооперативных товариществах» (Известия ЦИК СССР и ВЦИК. 1929. № 91).

⁶ Цит. по: Балдин К. Е. Рабочие потребительские кооперативы в России. 1861 — февраль 1917 г. М., 1990. С. 3.

⁷ Конституция (Основной Закон) Союза Советских Социалистических Республик. Утв. постановлением чрезвычайного VIII Съезда Советов СССР от 5 декабря 1936 г. // Известия ЦИК СССР и ВЦИК. 1936. № 283.

Министров РСФСР от 16 декабря 1955 г. № 1522 «О дальнейшем развитии садоводства и виноградарства рабочих и служащих»⁸. Для урегулирования общественных отношений стали применяться типовые уставы, подробно регламентирующие деятельность садоводческих товариществ как юридических лиц, не являющихся государственными организациями.

Любой устав подразумевал решение основной задачи по развитию коллективного садоводства рабочих и служащих с целью удовлетворения потребностей в плодах и ягодах, организации отдыха членов товарищества и их семей.

Первый типовой устав был принят в 1956 г.⁹ В нем предусматривалось, что рабочие и служащие нескольких небольших предприятий, учреждений или организаций могли объединяться в одно садоводческое товарищество под руководством соответственно профсоюзных комитетов предприятий, учреждений, организаций. Каждое такое объединение было подконтрольно исполкому городского, поселкового Совета депутатов трудящихся (далее — исполком), который стремился жестко и централизованно действовать, подобно верховному правлению государством, и был расположен на территории места нахождения земельного участка, предназначенного для использования соответствующим садоводческим товариществом. Осуществлялся повседневный контроль за правильностью использования земельного участка и правомерным возведением на нем строений.

Садоводческое товарищество имело свой текущий счет, печать и штамп, могло заключать договоры в соответствии с предусмотренной уставом деятельностью, оказывало своим членам организационную и агрономическую помощь в освоении отведенного земельного участка, выступало как самостоятельный носитель имущественных прав и обязанностей во внешних (с другими товариществами, кооперативами и т.д.) и внутренних (с его членами) взаимоотношениях, выполняло иные полномочия.

Однако необходимо отметить, что, несмотря на подробную для того периода регламентацию кооперативных отношений, на практике садоводческие товарищества имели крайне слабые горизонтальные связи, мало контактировали друг с другом, были замкнутыми и изолированными, старались сами себя обеспечивать. Это обуславливало стремление садоводческих товариществ к минимальному собственному потреблению, способствовало неразвитости рыночных отношений.

При этом само кооперативное осуществление деятельности культивировало в советских гражданах стремление к справедливости, взаимопомощи. Порождало негативное отношение к индивидуальному обогащению, рассматриваемому как разрушающее кооперативное единство. И поскольку российский народ преимущественно «земледельческий» и крестьянство составляло всегда главную массу населения, российская потребительская кооперация являлась в большей своей части кооперацией деревенской, в которой сохранялась тенденция объединения всех сил членов потребительского общества для реализации общей цели — освобождение от гнета кулаков и лавочников¹⁰. В итоге каждый кооператор стремился образовывать крупные и сильные потребительские общества. И часто любая деревня, чуть ли не квартал, стремились обзавестись своим потребительским обществом.

Все это было связано с тем, что социальную основу кооперативного движения потребителей составляли небогатые покупатели, ведь «кооперация — дочь нужды», «дитя капитализма». Кооперация, в сущности, являлась продуктом рыночной экономики, породившей не только богатых и сверхбогатых буржуа, но и целый слой бедноты, городских и сельских безработных пролетариев, которые «опустились на дно», безрезультативно пребывая в постоянной нужде.

По типовому уставу и из практики советского периода можно увидеть, что в члены садоводче-

⁸ Бутовецкий А. И. Садоводческие, огороднические и дачные некоммерческие товарищества как собственники недвижимости (новеллы Гражданского кодекса Российской Федерации) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 4. С. 93.

⁹ Постановление Совмина РСФСР от 15 октября 1956 г. № 678 «Об утверждении типового Устава садоводческого товарищества рабочих и служащих» // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁰ Николаев А. А. Потребительское общество в деревне (его недостатки и борьба с ними). М., 1918. С. 4.

ского товарищества вступали добровольно. Любое использование садоводческих товариществ в качестве наживы и для строительства особняков воспринималось негативно иными членами товарищества, законодательно запрещалось и преследовалось под угрозой наказания.

Однако на практике возникла проблема реализации принципа справедливости в кооперативных товариществах ввиду фактического неравноправия по уставу равноправных пайщиков, особенно в крупных потребительских обществах, объединяющих много тысяч членов, проживающих в десятках населенных пунктов. Пайщики, живущие в сельской местности, вдали от районных центров, испытывали серьезные затруднения при покупке товаров, сдаче продукции своего подворья. В результате в более выгодном положении находились пайщики в районных центрах и крупных селах, нежели пайщики, живущие в небольших и совсем маленьких деревнях. Соответственно, это противоречило ценностной основе кооперации — идее справедливости¹¹.

Пайщики — члены садоводческого и садово-огородного товарищества участвовали в образовании средств потребительского общества путем уплаты взносов и внесения вкладов. В этом выражался специфический кооперативный интерес члена потребительского общества, повышалось заинтересованное отношение к деятельности товарищества и кооператива в целом, усиливалась приверженность к общему делу.

Члены садоводческого товарищества не несли ответственности по его долгам и обязательствам, так же как и товарищество не отвечало по обязательствам своих членов, в том числе и связанным с ведением коллективного садоводства.

Высшим органом управления садоводческого товарищества выступало общее собрание (конференция) его членов. Правление было исполнительным органом, которое функционировало в перерывах между конференциями (общими собраниями), избирало председателя, его заместителя, секретаря, казначея садоводческого товарищества. Общим собранием членов товарищества избиралась ревизионная комиссия, которая во главе с ее председателем прове-

ряла финансовую и хозяйственную деятельность садоводческого товарищества.

В хозяйственной деятельности товариществ как важнейшей составляющей системы советской потребительской кооперации большая роль отводилась договорным отношениям. Количество товаров формировалось в плановом порядке — в соответствии с планами распределения. Ассортимент указывался в договоре или прилагаемой к нему спецификации. Качество товаров должно было соответствовать государственным стандартам, техническим условиям или образцам. Посредством договоров в товариществах организовывали хозяйственные связи по поставке товаров, закупке и продаже товаров, комиссионной торговле и строительству.

Во времена Второй мировой войны около половины жителей СССР стали заниматься огородничеством для поддержания здоровья и работоспособности, фактически реализуя лозунг: «В единении — сила»¹².

Внутренняя деятельность каждого товарищества базировалась на уставе, который обязано было иметь любое садоводческое товарищество. Он включал в себя положения о правах, обязанностях и ответственности членов садоводческого кооператива и иные правила. Устав представлялся на регистрацию в исполком городского или поселкового Совета депутатов трудящихся, на территории которого был отведен земельный участок под сад.

Имущество садоводческого товарищества в силу ст. 5 и 7 Конституции СССР 1936 г. являлось кооперативно-колхозной социалистической собственностью, которую строго защищал советский закон. Все права на него принадлежали не всему народу в целом, а отдельным собственникам — кооперативным объединениям и колхозам. Но единого фонда кооперативы не имели, поскольку не было единого собственника кооперативно-колхозного имущества. Была система кооперативов второго и третьего уровней, которые не являлись собственниками имущества кооперативов первого уровня, но кооперативы нижестоящего уровня передавали паевые взносы в кооперативы вышестоящего уровня.

¹¹ Вахитов К. И. Пайщики в потребительском обществе. М., 2000. С. 35.

¹² Николаев А. А. Указ. соч. С. 8.

По своим собственным обязательствам садоводческое товарищество самостоятельно отвечало всем принадлежащим ему имуществом. В отдельных случаях по постановлению общего собрания или по решению исполкома в силу противоречия деятельности садоводческого товарищества его уставной цели или интересам государства такое товарищество могло быть ликвидировано.

В дальнейшем типовые уставы 1966, 1985 и 1988 гг. садоводческого товарищества лишь актуализировали первый сообразно ситуации в стране. Так, например, в 1988 г. допускалась реорганизация садоводческого товарищества, производимая в виде слияния, присоединения, разделения¹³.

В рассматриваемый период широко применялся один из основных методов осуществления государственного руководства строительства коммунизма — социалистическая законность¹⁴, который был направлен на то, чтобы советские граждане, все государственные органы, общественные и кооперативные организации, должностные лица безусловно и точно исполняли все правовые нормы советского государства, содержащиеся в постановлениях, инструкциях, уставах, положениях и т.д.

Дефицит товаров первой необходимости в 1960—1985 гг. в связи с возросшим спросом платежеспособного населения и несоответствием имевшейся товарной массы привел к снижению заинтересованности в производительном труде, возникло социальное иждивенчество, безразличие к жизни и пассивность советских граждан. Все меньше лиц стремились объединяться в кооперативы.

К началу 80-х гг. XX в. советская экономика исчерпала практически все возможности экстенсивных факторов производства, а переход

на интенсивные сдерживался жестко централизованной системой управления.

Следует отметить, что «по расчетам ученых Общероссийской общественной организации «Российские ученые социалистической ориентации» (РУСО), доля интенсивных факторов экономического роста, которая в 1971—1975 гг. составляла 42 % прироста национального дохода, в 1976—1980 гг. снизилась до 22 %, в 1981—1985 гг. — до 14 %, а в 1986—1990 гг. — до 4 %»¹⁵.

В результате потребовалось содействие развитию колхозно-кооперативной собственности и официальное ее сближение с государственной. Это произошло с момента принятия Конституции СССР в 1977 г.¹⁶

И в 1988 г. было законодательно определено, что садоводческие и садово-огородные товарищества являются составной частью системы потребительской кооперации СССР. На принципе кооперативного советского общенародного права стала формироваться и судебная практика по разрешению споров, связанных с садоводческими и садово-огородными товариществами в 1990 г.¹⁷

Данные обстоятельства доказывают тот факт, что самостоятельными юридическими лицами садоводческие и садово-огородные товарищества в СССР так и не были, они относились к потребительским кооперативным объединениям и организациям.

Существование кооперативов было невозможно без идеологических ценностных установок (о справедливости, взаимопомощи, честности, об открытости и о солидарности), которые имели моральный характер и выражались в принципах (основополагающих началах) кооперации. Такие принципы устанавливались на международной арене Международным кооперативным альянсом и внутри государства (в Законе СССР «О кооперации в СССР», Конституции РФ и т.д.).

¹³ Постановление Совмина РСФСР от 31 марта 1988 г. № 112 «Об утверждении Типового устава садоводческого товарищества» // СП РСФСР. 1988. № 10. Ст. 45.

¹⁴ Прытков А. М. Что надо знать председателю правления потребительского общества по правовым вопросам. М., 1972. С. 3.

¹⁵ Козлов М. И. Социальная справедливость в контексте русской традиции. Архангельск : КИРА, 2010. С. 127.

¹⁶ Конституция (Основной Закон) Союза Советских Социалистических Республик. Принята ВС СССР 7 октября 1977 г. // Ведомости ВС СССР. 1977. № 41. Ст. 617.

¹⁷ См.: Закон СССР от 26 мая 1988 г. № 8998-XI (ред. от 07.03.1991, с изм. от 15.04.1998) «О кооперации в СССР». Ст. 52 // Ведомости ВС СССР. 1988. № 22. Ст. 355.

Однако необоснованного ожидания тотального превосходства социалистической экономики так и не произошло, что привело к такому же необоснованному разочарованию в социалистическом способе производства.

Действующий Федеральный закон от 15 апреля 1998 г. № 66-ФЗ «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан»¹⁸ (далее — Федеральный закон № 66-ФЗ) несовершенен, в нем имеются существенные коллизии и проблемы несоответствия современным реалиям. В Концепции развития гражданского законодательства¹⁹ Федеральный закон № 66-ФЗ охарактеризован как имеющий низкий юридико-технический уровень и неэффективный в своем практическом применении.

К примеру, до внесения поправок в Федеральный закон № 66-ФЗ в 2013 г., его статья 49 предусматривала возможность привлечения должностных лиц органов государственной власти, органов местного самоуправления, виновных в неисполнении либо ненадлежащем исполнении возложенных на них законодательством обязанностей в связи с ведением гражданами садоводства, огородничества или дачного хозяйства к дисциплинарной ответственности в виде замечания, выговора, строгого выговора, увольнения в порядке, установленном Кодексом законов о труде Российской Федерации. Однако Кодекс законов о труде РФ, утвержденный Верховным Советом РСФСР 9 декабря 1971 г., утратил силу 1 февраля 2002 г. в связи с вступлением в силу Трудового кодекса Российской Федерации.

1 января 2019 г. вступает в силу новый федеральный закон, регулирующий деятельность садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих товариществ — Федеральный закон от 29 июля 2017 г. № 217-ФЗ «О ведении гражданами садоводства и огородничества для

собственных нужд и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»²⁰.

Анализируя действующее российское законодательство в сравнении с советским периодом, можно сделать вывод, что современные садоводческие, огороднические и дачные некоммерческие товарищества утратили свою стратегическую составляющую. В советский период товарищества были нацелены в первую очередь на удовлетворение нематериальных потребностей: организацию досуга и отдыха граждан, укрепление здоровья, воспитание подрастающего поколения, преследовали в конечном итоге цель — прокормить свои семьи. В настоящее время товарищества ориентированы прежде всего на решение практических, материальных вопросов, связанных с управлением общим имуществом, землей, содержанием и благоустройством соответствующей территории в надлежащем состоянии.

Подводя итог вышеизложенному, считаем, что каждая кооперативная организация советского периода формировалась под влиянием единой экономической, политической и идеологической ситуации СССР. Садоводческие и садово-огородные товарищества не обладали статусом самостоятельных юридических лиц. Сохраняя свои полномочия, они являлись разновидностью потребительских кооперативов. Правовое регулирование и осуществление деятельности садоводческих и садово-огородных товариществ происходило в строгом соответствии с целями, задачами и принципами социальной справедливости советского, централизованного государства.

В настоящее время в решении многих правовых вопросов сохранены тенденции советского периода, что обуславливает необходимость введения с 1 января 2019 г. существенных законодательных изменений.

¹⁸ Федеральный закон от 15 апреля 1998 г. № 66-ФЗ «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» // СЗ РФ. 1998. № 16. Ст. 1801.

¹⁹ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009) // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11.

²⁰ Федеральный закон от 29 июля 2017 г. № 217-ФЗ «О ведении гражданами садоводства и огородничества для собственных нужд и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2017. № 31 (ч. I). Ст. 4766.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Балдин К. Е. Рабочие потребительские кооперативы в России. 1861 — февраль 1917 г. — М., 1990. — 323 с.
2. Братусь С. Н. Юридические лица в советском гражданском праве. Ученые труды: Понятие, виды, государственные юридические лица. — Вып. 12. — М., 1947. — 364 с.
3. Бутовецкий А. И. Правовое положение садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединений граждан : монография. — М., 2014. — 176 с.
4. Бутовецкий А. И. Садоводческие, огороднические и дачные некоммерческие товарищества как собственники недвижимости (новеллы Гражданского кодекса Российской Федерации) // Право. Журнал Высшей школы экономики. — 2014. — № 4. — С. 90—100.
5. Бутовецкий А. И., Ковалева Е. Л. Комментарий к новому закону «О ведении гражданами садоводства и огородничества». — М., 2018. — 256 с.
6. Вахитов К. И. Пайщики в потребительском обществе. — М., 2000. — 96 с.
7. Николаев А. А. Потребительское общество в деревне (его недостатки и борьба с ними). — М., 1918. — 16 с.
8. Прытков А. М. Что надо знать председателю правления потребительского общества по правовым вопросам. — М., 1972.
9. Тузан-Барановский М. И. Социальные основы кооперации / вступ. сл. и коммент. Г. Н. Сорвиной. — Изд. 5-е. — М., 2010. — 496 с.
10. Чаянов А. В. Краткий курс кооперации. — Изд. 4-е. — М., 1925. — 78 с.

Материал поступил в редакцию 7 августа 2018 г.

HORTICULTURAL AND HORTICULTURAL-GARDENING ASSOCIATIONS AS A KIND OF A CONSUMER COOPERATIVE IN THE USSR

SEREGINA Tatyana Sergeevna, Advocate of the 49th branch of the non-profit organization «Moscow Regional Bar Association» of the Bar of the Moscow Region, Postgraduate Student of the Institute of the State and Law of the Russian Academy of Sciences
tatiana-communicate@yandex.ru
119019, Russia, Moscow, ul. Znamenka, d. 10

Abstract. *For the first time, horticultural and horticultural-gardening associations received their legislative consolidation in the domestic legal system in the 20s of the last century, since the first horticultural cooperative societies emerged on unoccupied lands near industrial centers. In practice, activities of horticultural and horticultural-gardening associations were regulated by special laws on horticulture, gardening, cooperation in the USSR that were further specified in the model statutes of 1956, 1966, 1985, and their formation was carried out in compliance with the situation in the country.*

In the author's view, horticultural and horticultural-gardening associations under the legislation of the Soviet period were not independent legal entities, they were referred to the consumer cooperative associations and organizations. Each cooperative association of the Soviet period was formed under the influence of a uniform economic, political and ideological situation existing in the USSR.

At present, the resolution of many legal issues still depends on the approaches applied during the Soviet period, which necessitates the introduction of significant legislative changes from January 1, 2019.

Keywords: *horticulture, gardening, partnership, consumer cooperative, Union of Soviet Socialist Republics, Russian Federation, social justice, law reform.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Baldin K. E. Rabochie potrebitel'skie kooperativy v Rossii. 1861 — fevral' 1917 g. — M., 1990. — 323 s.
2. Bratus' S. N. Yuridicheskie lica v sovetskom grazhdanskom prave. Uchenye trudy: Ponyatie, vidy, gosudarstvennye yuridicheskie lica. — Vyp. 12. — M., 1947. — 364 s.
3. Butoveckij A. I. Pravovoe polozhenie sadovodcheskih, ogorodnicheskikh i dachnyh nekommercheskih ob»edinenij grazhdan : monografiya. — M., 2014. — 176 s.
4. Butoveckij A. I. Sadovodcheskie, ogorodnicheskie i dachnye nekommercheskie tovarishchestva kak sobstvenniki nedvizhimosti (novelly Grazhdanskogo kodeksa Rossijskoj Federacii) // Pravo. Zhurnal Vyshej shkoly ekonomiki. — 2014. — № 4. — S. 90—100.
5. Butoveckij A. I., Kovaleva E. L. Kommentarij k novomu zakonu «O vedenii grazhdanami sadovodstva i ogorodnichestva». — M., 2018. — 256 s.
6. Vahitov K. I. Pajshchiki v potrebitel'skom obshchestve. — M., 2000. — 96 s.
7. Nikolaev A. A. Potrebitel'skoe obshchestvo v derevne (ego nedostatki i bor'ba s nimi). — M., 1918. — 16 s.
8. Prytkov A. M. Chto nado znat' predsedatelyu pravleniya potrebitel'skogo obshchestva po pravovym voprosam. — M., 1972.
9. Tugan-Baranovskij M. I. Social'nye osnovy kooperacii / vstup. sl. i komment. G. N. Sorvinoj. — Izd. 5-e. — M., 2010. — 496 s.
10. Chayanov A. V. Kratkij kurs kooperacii. — Izd. 4-e. — M., 1925. — 78 s.

Этические основания регулирования донации гамет и практики co-parenting¹

Аннотация. В статье анализируется практика законодательного регулирования донации гамет и его этические основания. Донация гамет часто применяется вместе со вспомогательными репродуктивными технологиями с целью лечения бесплодия и/или планирования семьи. В исследовании используется междисциплинарный подход: оно базируется на исследованиях в области философии (биоэтики), юриспруденции, медицины, задействованы социологические опросы. В статье показывается, что внедрение данной практики влияет на традиционные семейные ценности, размывает братско-сестринские отношения, делая генетических братьев и сестер чужими друг другу, трансформирует семью, создавая ее новые формы при помощи практики co-parenting, набирающей популярность в англоговорящих странах. В статье также обозначена проблема негативного отношения к практике донации гамет со стороны религиозных авторитетов. Законодательное регулирование не может не учитывать настроения населения, и процент верующих в государстве при внедрении законодательного регулирования донации гамет является важным фактором. Другой важной проблемой, рассматриваемой в статье, является благо и права будущего ребенка, зачатого при помощи донации гамет, его «право знать» и «право не знать» свою тайну рождения.

Ключевые слова: донация гамет, репродуктивные права, репродуктивная справедливость, co-parenting, семейные ценности.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.101.4.019-026

Донация гамет — как женских, так и мужских — применяется с целью лечения бесплодия по всему миру. Она часто используется в совокупности с репродуктивными технологиями: постоянным спутником донации гамет является экстракорпоральное оплодотворение (оплодотворение в пробирке), нередко донация гамет совмещается с традиционным и гестационным суррогатным материнством. Следует пояснить, что при традиционном сурро-

гатном материнстве оплодотворение происходит в клинике, далее эмбрион имплантируется в матку генетической матери, в то время как при гестационном суррогатном материнстве женщина вынашивает генетически чужого ребенка, то есть в процессе зачатия и вынашивания участвуют три человека.

В настоящий момент донация гамет вызывает целый ряд этических и юридических вопросов. Стоит заметить, что донация гамет, как

¹ Статья подготовлена в рамках НИР № 101403-0-000, тема «Научно-технический прогресс и этическая парадигма в XXI в.».

© Саввина О. В., 2019

* Саввина Ольга Владимировна, кандидат философских наук, доцент кафедры этики факультета гуманитарных и социальных наук Российского университета дружбы народов (РУДН)
savvina_ov@rudn.university
140180, Россия, Московская обл., г. Жуковский, ул. Солнечная, д. 7

и другие вопросы медицинских вмешательств в репродукцию человека, регулируется национальными законодательствами, которые могут сильно отличаться друг от друга. Здесь фактически нет никаких международных стандартов или общих правил, поэтому часто отношение стран к данной практике бывает диаметрально противоположным.

Вопрос о легализации донации гамет непосредственно связан с этическими основаниями и религиозными нормами. Христианство, как и Ислам, негативно относится к этой практике: участие третьей стороны в деле деторождения считается изменой (в терминологии мусульманского права (*фикха*) — *харам*, то есть строго запрещенное)².

В России донация гамет регулируется следующими документами: 1) Федеральным законом № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» (ст. 55 «Применение вспомогательных репродуктивных технологий»); 2) приказом Минздрава РФ от 30.08.2012 № 107н «О порядке использования вспомогательных репродуктивных технологий, противопоказания и ограничения к их применению». Согласно п. 7 и 8 ст. 55 Закона № 323-ФЗ «быть донорами половых клеток имеют право граждане в возрасте от восемнадцати до тридцати пяти лет, физически и психически здоровые, прошедшие медико-генетическое обследование. При использовании донорских половых клеток и эмбрионов граждане имеют право на получение информации о результатах медицинского, медико-генетического обследования донора, о его расе и национальности, а также о внешних данных»³. Это означает, что в нашей стране донация гамет легальна, доноры могут быть как анонимными, так и нет. Несложно заметить, что российское законодательство в этой сфере не находится под влия-

нием религиозных норм и отражает светскую позицию.

Разрешение на использование донорских гамет, которое по определению светское (если речь идет о странах, в которых традиционно было сильное влияние Авраамических религий), может базироваться на таких понятиях, как «репродуктивная справедливость» или «репродуктивные права» и даже «право на самоопределение семей».

Не так давно в Италии донация гамет была запрещена и разрешена совсем недавно — в 2014 г.⁴ В качестве причин легализации называются следующие: запрет нарушал фундаментальное право семей — право иметь детей; право на самоопределение семей, заключающееся в выборе своей семьи; право на психическое здоровье, которое может оказаться под угрозой, если супруги будут переживать из-за отсутствия детей. Последнее — психическое и физическое здоровье семьи — также связано с использованием своих гамет, если у родителей есть склонность к генетическим заболеваниям: родив генетически своего ребенка, они могут обречь его на страдания длиною в жизнь. Тем не менее легализация донации гамет может иметь даже такие основания, как борьба с социальной дифференциацией и дискриминацией неимущих семей. До 2014 г. итальянцы, желающие воспользоваться донорскими гаметами, вынуждены были выезжать за рубеж: среди иностранцев, путешествующих за донорскими гаметами, 32 % составляли итальянцы⁵. Медицинский туризм недешево обходился семьям и был связан с некоторым риском. Граждане Италии были вынуждены действовать на чужой территории и не могли обратиться за помощью в государственные структуры своей страны, если что-то шло не так или их права нарушались. В то же время

² Саввина О. В. Деторождение: от прежних табу до технологии улучшения человека. М. : Ленанд, 2018. С. 133—148.

³ Федеральный закон от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_121895/.

⁴ Benagiano G., Filippi V., Sgargi S., Gianaroli L. Italian Constitutional Court removes the prohibition on gamete donation in Italy // Reproductive BioMedicine Online. 2014. 29. Pp. 662—664. URL: <http://dx.doi.org/10.1016/j.rbmo.2014.08.013>.

⁵ Benagiano G., Filippi V., Sgargi S., Gianaroli L. Op. cit.

менее финансово благополучные семьи не могли позволить себе репродуктивный туризм, таким образом, запрет на донацию гамет связан с дискриминацией менее состоятельных граждан Италии.

Помимо прочего, запрет повлиял и на практику экстракорпорального оплодотворения в стране. Количество беременностей от ЭКО упало с 30 % в 2003 г. до 25 % в 2006-м, когда запрет был принят.

На основе опыта Италии можно выделить этические основания как легализации, так и запрета на донацию гамет. Основой легализации может быть «репродуктивная справедливость»: возможность компенсировать бесплодие, восстановить «репродуктивные права» граждан, имеющих проблемы с репродуктивным здоровьем; развитие системы здравоохранения и медицинских технологий в государстве, предотвращение «репродуктивного туризма» в другие страны.

Кроме легализации или запрета рассматриваемой практики, существуют страны, где донация гамет регулируется слабо или вовсе не регулируется на федеральном уровне, как, например, в США⁶. Слабое государственное регулирование и отсутствие единых стандартов порождает юридическую путаницу, недобросовестность со стороны ЭКО-клиник и медицинского персонала. В качестве иллюстрации можно привести пример из практики США, когда донором стал мужчина с пороком сердца, чей донорский материал был использован 13 семьями, в результате чего родился 21 ребенок, 8 детей унаследовали болезнь донора и двое детей умерли от этой болезни⁷. В другом случае донор страдал неврологическим расстройством, что не помешало ему неоднократно сдавать ма-

териал и стать генетическим отцом 43 детей, 5 из которых унаследовали его недуг⁸.

Чтобы проиллюстрировать всю сложность вопроса принципов, на которые должно опираться законодательство, необходимо осветить основные моральные дилеммы, порожденные данной практикой.

1. ЗДОРОВЬЕ БУДУЩИХ ДЕТЕЙ

Как было проиллюстрировано выше, медицинское обследование донора имеет большое значение, но, к сожалению, оно не дает гарантий отсутствия генетических и других нарушений. Многие заболевания могут иметь причиной генетику родителей — это не только мутации в генах BRCA 1 и BRCA 2, с высокой вероятностью обуславливающие рак груди и яичников, но и диабет, сердечно-сосудистые заболевания и психические расстройства⁹. Доноры гамет проверяются на инфекционные болезни, включая ВИЧ, гепатит и т.д., но далеко не все клиники будут проводить подробное и дорогостоящее генетическое тестирование на болезни, передающиеся по наследству не со стопроцентной вероятностью. Поэтому, как и в случае с «обычным» зачатием и деторождением, дети, рожденные с использованием донорских гамет, не застрахованы от серьезных проблем со здоровьем.

Образ жизни донора тоже играет роль. Сейчас доказано, что образ жизни может влиять на мутации при жизни (эпигенетика), особенно это касается женских гамет¹⁰. Употребление алкоголя и табакокурение способны негативно повлиять на гены потомков. В одном из исследований, в котором опрашивались женщины — доноры гамет из Румынии, указывается, что одна из

⁶ Sabatello M. Regulating Gamete Donation in the U.S.: Ethical, Legal and Social Implications. *Laws*. 2015. Vol. 4(3). Pp. 352—376. DOI:10.3390/laws4030352.

⁷ Sabatello M. *Op. cit.*

⁸ Sabatello M. *Op. cit.*

⁹ Melo-Martín I. de. How best to protect the vital interests of donor-conceived individuals: prohibiting or mandating anonymity in gamete donations? // *Reproductive Biomedicine and Society online*. 2017. URL: <http://dx.doi.org/10.1016/j.rbms.2017.01.003> (Article in press).

¹⁰ Magic Z., Zeljic G. Raising concerns and ethical implications of epigenetics // *Биотехнологическое улучшение человека как проблема социально-гуманитарного знания : материалы Школы молодых ученых / под ред. Б. Г. Юдина, О. В. Поповой. М. : Изд-во Мос. гуманит. ун-та, 2017. С. 194—203.*

женщин, посещая ЭКО-клинику, чтобы сделать необходимые процедуры, постоянно курила сигареты¹¹. Законодательство, каким бы выверенным и строгим оно ни было, не способно приказать человеку вести здоровый образ жизни.

2. АНОНИМНОСТЬ ДОНОРОВ ГАМЕТ. ИДЕНТИЧНОСТЬ РЕБЕНКА И «ПРАВО ЗНАТЬ» VS ИНТЕРЕСЫ ДОНОРОВ ГАМЕТ

Поднимая вопрос об анонимности донора, следует держать в уме как интересы ребенка, так и интересы донора. Начинать рассмотрение проблемы интересов ребенка стоит с самого факта донации гамет в контексте современной культуры. Можно говорить о «праве знать», но в то же время о «праве не знать». Ведь эта информация может быть не только полезной для ребенка в будущем, но и вредной, может заставить его стыдиться своего происхождения. Насколько донация гамет «нормальна» сейчас?

В исследовании, проведенном во Французском медицинском центре, из 105 пар (в совокупности — 138 детей) 40 пар (38 %) рассказали детям об использовании донорских гамет, причем 37 пар (93 %) еще до процедуры ЭКО решили, что откроют детям истину. Из 65 пар (62 %), которые не рассказали правду детям, 42 (65 %) вскорости планируют это сделать, и только 20 пар (31 %) собираются не раскрывать детям тайну рождения¹². Данное исследование показывает, что большинство семей, прибегающих к донорским гаметам, не стыдятся этого. Родители скорее рассматривают использование репродуктивных технологий как особенность, о которой следует знать ребенку в будущем, но не как потенциальную причину разлада в семье или угрозу психическому здоровью ребенка. Таким образом, репродуктивные технологии

плавно входят в жизнь общества, изначально будучи чем-то странным и необычным, возможно, тем, что стоит скрывать от детей и соседей, но постепенно становящимся обыденностью. По крайней мере, это касается западного мира и целого ряда экономически развитых стран, которые давно являются светскими государствами. В данном контексте факт донации гамет вряд ли принесет серьезные страдания ребенку. Тем не менее, как всегда при решении биоэтических дилемм, каждый случай индивидуален, и для некоторых людей отсутствие генетического родства с одним из родителей, вырастивших их, может стать ударом.

Некоторые исследователи полагают, что дети имеют право знать о том, что при их рождении были использованы донорские гаметы, а также знать, кто является их генетическим родителем, и иметь возможность связаться с ним¹³. Эту проблему часто сравнивают с хорошо известной в истории проблемой приемных детей, но в данном случае есть существенное отличие. Разница заключается в том, что родители, в семье которых подрастает ребенок, и государство имеют возможность влиять на исход проблемы. Государство вправе запретить анонимное донорство и тем самым обеспечить «право знать» детям (и поставить под вопрос «право не знать»). Некоторые исследования показывают, что уровень доверия выше в тех семьях, которые поведали детям их «тайну рождения»¹⁴. Правда, не вполне понятно, где причина, а где следствие: вероятно, что более доверительные отношения в семье влияют на решение родителей открыть секрет ребенку, в то время как недоверие в семье и/или патриархальные устои родителей, другие их убеждения диктуют хранить секрет. Если секрет раскрывается, то автоматически встает вопрос о поиске донора, о связи с ним. Помимо получения информации о здоровье

¹¹ Nahman M. R. Romanian IVF: a brief history through the 'lens' of labour, migration and global egg donation markets // Reproductive BioMedicine and Society Online. 2016. Vol. 2. Pp. 79—87. URL: <http://dx.doi.org/10.1016/j.rbms.2016.06.001> 2405-6618/.

¹² Lassalzede T. et al. Sperm donor conception and disclosure to children: a 10-year retrospective follow-up study of parental attitudes in one French center for the study and preservation of eggs and sperm (CECOS), Fertility and Sterility // URL: <https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2017.06.001> (Article in press).

¹³ Sabatello M. Regulating Gamete Donation in the U.S.: Ethical, Legal and Social Implications // Laws. 2015. Vol. 4(3). Pp. 352—376. DOI:10.3390/laws4030352.

¹⁴ Melo-Martín I. de. Op. cit.

и генетической предрасположенности к заболеваниям, человека может интересовать личность самого донора — генетического родителя. В этом случае важно совпадение интересов донора гамет и ребенка, родившегося с использованием репродуктивных технологий. Хорошо, если и донор, и ребенок готовы познакомиться, но нередко бывает, когда донор рассматривал процедуру донации только с точки зрения получения материального дохода. В Швеции было проведено исследование отношения к последующим контактам донора и ребенка. 57 % доноров-респондентов положительно отнеслись к тому, что отпрыск пожелает связаться с ними, 29 % высказались против контактов с ребенком и 14 % отнеслись нейтрально или же не выразили своего мнения¹⁵. Всего в исследовании приняло участие 210 мужчин и женщин. Две респондентки сообщили, что они хотели бы заранее подготовиться к разговору с ребенком. При таком подходе донор гамет может стать близким другом семьи или даже частью семьи. Ведь он является кровным родственником ребенка, и закон не может ограничить его участие рамочным договором. Интересно еще и то, что исследование не обнаружило какой-либо корреляции в отношениях к контактам среди доноров мужского и женского пола, а также тех, кто имеет своего биологического ребенка (или детей) и не имеет.

Часто решение вопроса об анонимности закреплено в законе. Например, в Испании и Италии донорство гамет анонимно, в Великобритании личность донора должна быть известна, в России допускаются оба варианта. Каких-либо международных рекомендаций по этому вопросу нет. Авраамические религии относятся к донорству гамет негативно, поэтому вопрос об анонимности — это проблема светской биоэтики. В нашей стране довольно четко прослеживается принцип применения репродуктивных технологий: это лечение бесплодия и никакие другие соображения не могут стать основанием применения технологий. Проблемы сексуальных меньшинств, вопросы самоиден-

тификации и самореализации семьи и ребенка, в том числе и проблема анонимности, не очень интересуют наших законодателей. Если мы хотим сохранить традиционную семью, то лучше сделать легальной только анонимную донацию гамет, поскольку другие варианты порождают новые проблемы, такие как статус донора в семье, его ответственность и общение с ребенком, отношение родителей, которые вырастили чадо, с донором и их возможные конфликты. Если же мы считаем традиционную семью сомнительной ценностью и принимаем другие аргументы, например «право знать», то можно легализовать и неанонимное донорство. При этом нужно учитывать, что моральные нормы, регулирующие семейные отношения, будут в большей степени видоизменяться. Соответственно, конфликты внутри расширенной семьи будут возникать с большей вероятностью.

3. ИНЦЕСТ

Дыры в законодательном регулировании могут приводить к тому, что от одного донора может родиться довольно много детей. Единой политики и рекомендации по использованию гамет одного донора не существует. В Испании, например, от одного донора должно появиться не более 6 детей, в Великобритании не более 10 семей (!) в каждой ЭКО-клинике могут воспользоваться гаметой одного донора, причем ограничивается именно количество семей, а не детей¹⁶. В целом ряде стран таких ограничений и вовсе не существует. Поэтому есть вероятность, что дети одного донора встретят друг друга и создадут семью, что по факту является инцестом. Даже сам донор после 20 лет может влюбиться в собственного ребенка, не подозревая о родстве. Возможность инцеста среди людей, появившихся при помощи репродуктивных технологий, ставит вопрос об ответственности за эту возможность. Кто виноват: клиники, врачи, государство, родители, обратившиеся к репродуктивным технологиям

¹⁵ Isaksson S., Sydsjö G., Svanberg A. S., Lampic C. Preferences and needs regarding future contact with donation offspring among identity-release gamete donors: results from the Swedish Study on Gamete Donation // *Fertility and Sterility*. 2014. Vol. 102. No. 4. Pp. 1160—1166.

¹⁶ Melo-Martín I. de. Op. cit.

и вырастившие ребенка? Чтобы установить эту ответственность, необходимо сделать донацию гамет неанонимной и чтобы люди знали хотя бы словесный портрет и некоторые данные донора. Но такой подход может нарушать права доноров, желающих остаться анонимными. Введение подобной политики на государственном уровне может серьезно уменьшить количество донаций, к тому же установить подобную политику в рамках всего земного шара пока не представляется возможным. Подводить ли под такой подход законодательную базу — тоже не вполне понятно, поскольку в современном мире репродуктивный туризм легко преодолевает государственные границы.

Тем не менее некоторые сознательно хотят прибегнуть к репродуктивным технологиям и донации гамет, чтобы получить ребенка от кровных родственников. В практике имеются случаи, когда женщины просили, чтобы при помощи процедуры ЭКО их яйцеклетки были оплодотворены сперматозоидами их же братьев¹⁷. Некоторые подобные пары идут на обман врачей, чтобы добиться своего: известен случай, когда француженка в возрасте 62 лет родила ребенка от своего брата. Поскольку лечение бесплодия у женщин после менопаузы запрещено во Франции, сестра с братом поехали в США, где им удалось обмануть доктора, сообщив, что они были женаты¹⁸. И тут опять встает дилемма: с одной стороны, будущий ребенок, который может стыдиться своего происхождения, с другой — право на самоопределение семьи. Свобода и самоопределение нередко бывают связаны с безответственностью, и в данном случае — с безответственностью за физическое и психическое здоровье будущего ребенка.

4. ОБМАН СИСТЕМЫ, ПАРАЗИТИРОВАНИЕ

Проведем мысленный эксперимент. Представим себе мужчину, который желает, чтобы от него родилась тысяча детей. При определенной

целеустремленности он сможет этого достичь, путешествуя по разным странам и совершая донации. Распространив свои гены по всей планете, мужчина может успокоиться, не думая о том, что его деятельность может привести к тому же самому инцесту среди его потомков или же он сам невольно окажется любовником своей кровной дочери.

Люди, знающие о своих генетических заболеваниях, могут также целенаправленно часто сдавать гаметы с целью принести несчастье в другие семьи. Защитой от таких обманщиков может стать подробное генетическое обследование, которое пока что очень сложно организовать повсеместно.

5. МЕЖДУНАРОДНЫЙ РЕПРОДУКТИВНЫЙ ТУРИЗМ И ЕГО НЕДОСТАТКИ

Во-первых, международный репродуктивный туризм связан с эксплуатацией женщин определенных стран. Например, израильские клиники закупают гаметы в Румынии¹⁹, европейские — в Чехии и т.д. На примере Израиля и Румынии²⁰ можно очертить новую колониальную репродуктивную экономику: гаметы (ресурс) едут в клиники более экономически развитой страны, и богатые люди из экономически неразвитых стран едут за лечением бесплодия в экономически более развитую страну (вывоз капитала). В данном случае под экономически развитой страной лучше понимать биотехнологически более развитую страну, которая действительно чаще всего является экономически более благополучной, с более высоким средним уровнем жизни или же страной с высокой социальной дифференциацией. Международный репродуктивный туризм очень часто образует такую схему. Из других его недостатков следует упомянуть слабые возможности государственного контроля выезжающих за рубеж за лечением, а в случае его строгого регулирования — нарушение и ограничение прав граждан.

¹⁷ Pennings G. Incest, gamete donation by siblings and the importance of the genetic link // Reproductive BioMedicine Online. Vol. 4. No 1. Pp. 13—15.

¹⁸ Pennings G. Op. cit. С 13.

¹⁹ Nahman M. R. Op. cit.

²⁰ Nahman M. R. Op. cit.

Все эти обстоятельства дилеммы необходимо учитывать при разработке законодательства, регулирующего донацию гамет.

Недавно появилось новое явление, порожденное развитием медицинских и компьютерных технологий — co-parenting. Co-parenting — это ситуация, когда люди, желающие иметь детей или стать бесплатным донором / суррогатной матерью, договариваются между собой о создании ребенка при помощи вспомогательных репродуктивных технологий (ВРТ) и о взаимном участии в его воспитании. Существуют социальные сети, которые могут помочь таким людям найти друг друга (<https://www.coparents.com/>). Участники заполняют анкеты, рассказывают о себе и ставят пометку, кого они ищут (донора, суррогатную мать) или кем хотят стать. На youtube.com можно посмотреть отчеты о встрече детей от одного донора, вечеринке матерей, имеющих детей от одного донора, и т.д.²¹ Таких странных с привычной точки зрения семей становится все больше. Ответственность за детей и родительские права в подобных co-parenting-

семьях размывается, родственные отношения становятся все более слабыми и все более дружескими. При применении ВРТ генетические братья и сестры от одного донора часто и вовсе чужие люди, хотя в традиционной семье это родственники по второй линии, поддерживающие родственные отношения на протяжении всей жизни. Таким образом, семья как бы размывается, превращается в некое предприятие, в семью-квест. Личность становится все свободнее от семейных обязанностей и все более независимой от своих родителей и родственников, в то же время она может стать и более одинокой в чужом и огромном мире. При разработке законодательства, регулирующего ВРТ, и донацию гамет в частности, не стоит забывать о подобных практиках создания и планирования семьи. Донация гамет, хотим мы того или нет, размывает границы традиционной семьи и трансформирует семейные ценности, а через них — и общественные, поэтому вопрос о регулировании донации гамет является важным в современном высокотехнологическом обществе.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Саввина О. В. Деторождение: от прежних табу до технологии улучшения человека. — М. : Ленанд, 2018. — С. 133—148.
2. Benagiano G., Filippi V., Sgargi S., Gianaroli L. Italian Constitutional Court removes the prohibition on gamete donation in Italy // Reproductive BioMedicine Online. — 2014. — 29. — Pp. 662—664. — URL: <http://dx.doi.org/10.1016/j.rbmo.2014.08.013>.
3. Isaksson S., Sydsjo G., Svanberg A. S., Lampic C. Preferences and needs regarding future contact with donation offspring among identity-release gamete donors: results from the Swedish Study on Gamete Donation // Fertility and Sterility. — 2014. — Vol. 102. — No. 4. — Pp. 1160—1166.
4. Lassalzedo T. et al. Sperm donor conception and disclosure to children: a 10-year retrospective follow-up study of parental attitudes in one French center for the study and preservation of eggs and sperm (CECOS) // Fertility and Sterility. — URL: <https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2017.06.001> (Article in press).
5. Magic Z., Zeljic G. Raising concerns and ethical implications of epigenetics. // Биотехнологическое улучшение человека как проблема социально-гуманитарного знания : материалы Школы молодых ученых / под ред. Б. Г. Юдина, О. В. Поповой. — М. : Издательство Московского гуманитарного университета, 2017. — С. 194—203.
6. Melo-Martín I. de. How best to protect the vital interests of donor-conceived individuals: prohibiting or mandating anonymity in gamete donations? // Reproductive Biomedicine and Society online. — 2017. — URL: <http://dx.doi.org/10.1016/j.rbms.2017.01.003> (Article in press).
7. Nahman M. R. Romanian IVF: a brief history through the 'lens' of labour, migration and global egg donation markets // Reproductive BioMedicine and Society Online. — 2016. — № 2. Pp. 79—87.

²¹ Например: URL: <https://www.youtube.com/watch?v=PPEEvkCWMA>; <https://www.youtube.com/watch?v=OH3MirHyX2w>.

8. Pennings G. Incest, gamete donation by siblings and the importance of the genetic link // Reproductive BioMedicine Online. — Vol 4. — No 1. — 13—15.
9. Sabatello M. Regulating Gamete Donation in the U.S.: Ethical, Legal and Social Implications // Laws. — 2015. — Vol. 4 (3). — Pp. 352—376. — DOI:10.3390/laws4030352.

Материал поступил в редакцию 20 мая 2018 г.

ETHICAL REASONS FOR THE REGULATION OF GAMETES' DONATION AND CO-PARENTING²²

SAVVINA Olga Vladimirovna, PhD, Associate Professor of the Department of Ethics of the Faculty of Humanities and Social Sciences of the Peoples' Friendship University of Russia (RUDN)
savvina_ov@rudn.university
140180, Russia, Moscovskaya obl., Zhukovskiy, ul. Solnechnaya, d. 7

Abstract. *The article analyzes the practice of legislative regulation of the gametes' donation and its ethical grounds. Gametes' donation is often used in conjunction with assisted reproductive technologies to treat infertility and/or family planning. The study applies an interdisciplinary approach: it is based on the research carried out in the field of philosophy (bioethics), law, medicine with the application of sociological surveys.*

The article shows that the introduction of this practice affects traditional family values, blurs fraternal-sisterly relations making genetic brothers and sisters strangers to each other, transforms the family creating its new forms through the practice of co-parenting that is gaining popularity in English-speaking countries. Also, the article identifies the problem of negative attitude of religious authorities to the practice of donating gametes. The legislative regulation cannot but take into account the public sentiment; and the percentage of believers in the State when implementing the laws regulating the donation of gametes is an important factor. Another important problem discussed in the article concerns the welfare and rights of a future child conceived with the help of the donation of gametes, his or her «right to know» and «right not to know» the birth secret.

Keywords: *gamete donation, reproductive rights, reproductive justice, co-parenting, family values.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Savvina O. V. Detorozhdenie: ot prezhnih tabu do tekhnologii uluchsheniya cheloveka. — M. : Lenand, 2018. — S. 133—148.
2. Magic Z., Zeljic G. Raising concerns and ethical implications of epigenetics. // Biotekhnologicheskoe uluchshenie cheloveka kak problema social'no-gumanitarnogo znaniya : materialy Shkoly molodyh uchenyh / pod red. B. G. Yudina, O. V. Popovoj. — M. : Izdatel'stvo Moskovskogo humanitarnogo universiteta, 2017. — S. 194—203.

²² The article is prepared within the framework of Research No. 101403-0-000, Subject «Scientific and Technological Progress and Ethical Paradigm in the 21st Century.»

ГОСУДАРСТВЕННАЯ ВЛАСТЬ И МЕСТНОЕ САМОУПРАВЛЕНИЕ

Е. П. Воронюк*

Публичные услуги и цифровые технологии: правовое оформление в конституционном праве

Аннотация. Целью статьи является выявление роли и места цифровых технологий в предоставлении публичных услуг. Рассматривая содержание и значение конституционно-правового регулирования предоставления публичных услуг с помощью цифровых технологий в контексте реализации конституционно закрепленной социальной государственности России, автор формулирует следующий вывод: цель современного государства — наиболее полно обеспечить реализацию потребностей граждан и предоставление им публичных услуг с использованием цифровых технологий.

Проведенный анализ доктринальных подходов и нормативного закрепления информационно-технологической организации взаимодействия граждан и органов публичной власти показал, что инновационный путь цифровых технологий выбран и нормативно закреплён в современной России как основа экономического развития — базы социальной государственности. Это требует научного осмысления и разработки механизмов его реализации в социальных вопросах в правовой плоскости.

В статье также дан краткий обзор основных рисков внедрения цифровых технологий в российском конституционном праве на современном этапе развития. Выявлены проблемные вопросы в теоретической и практической плоскости, предложены варианты их решения.

Ключевые слова: Конституция, социальное государство, цифровая экономика, публичные услуги, органы публичной власти.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.101.4.027-033

Юридическая, и прежде всего конституционно-правовая, наука призвана осмыслить и переработать все юридически значимые феномены и факторы, учитывая при этом идеи и предложения отраслевых юридических наук, давая им оценку и ориен-

тируя на продолжение конституционно закреплённых моделей в критически взвешенном для всякого «юридического концепта действительности» (Г. А. Гаджиев¹). Сегодня концептуальной и приоритетной задачей большинства государств считается формирование и разви-

¹ Гаджиев Г. А. *Онтология права: (критическое исследование юридического концепта действительности)* : монография. М. : Норма: Инфра-М, 2013. С. 36—37.

© Воронюк Е. П., 2019

* Воронюк Екатерина Павловна, аспирант кафедры «Частное и публичное право» юридического факультета Пензенского государственного университета
katya.voronyuk@list.ru
440026, Россия, г. Пенза, ул. Красная, д. 40

тие информационных и цифровых технологий с целью усовершенствования государственного управления, улучшения качества жизни граждан, экономического роста, устойчивого развития, сохранения и укрепления суверенитета государства. По мнению Президента РФ В. В. Путина, формирование цифровой экономики — «...вопрос национальной безопасности и независимости России, конкурентности отечественных компаний, позиций страны на мировой арене на долгосрочную перспективу, по сути, на десятилетия вперед»².

Учитывая территориальные масштабы Российской Федерации и количество государственных ведомств, занимающихся решением проблем граждан, концепция цифрового государства считается первостепенной³.

Сегодня в России наблюдается постепенный переход социальной сущности современного государства от обязывающего стиля государственного управления к предоставляющему. Метод оказания публичных услуг воспринят в качестве реализации конституционной модели социального государства⁴.

Услуги — основа идеологии «сервисного государства». В нем деятельность публично-правового образования должна быть направлена на удовлетворение потребностей населения, причем взаимодействие населения с органами

публичной власти (государственной и муниципальной) в этом процессе носит специфический характер, который наиболее полно охватывается категорией «публичные услуги»⁵.

Последние годы в России ознаменованы переходом не только на оказание различного вида услуг (социальные, публичные и иные), но и на динамичное развитие технологий, включенных в понятие «цифровое государство», и его составных частей: «цифровой экономики», «электронного правительства»⁶, «информационного общества»⁷.

Отметим смешение этих и иных понятий в обозначенной сфере не только в нормативных актах, но и в отечественной науке. Государствоведы по-разному относятся к наполнению обозначенных терминов. Например, электронное государственное управление расценивается как новая форма взаимоотношений личности, общества и государства (А. А. Чеботарев⁸), а электронная демократия — это только электронная форма получения государственных и муниципальных услуг (В. В. Комарова⁹).

Справедливым считаем мнение В. В. Комаровой о том, что «в праве должны превалировать реалии, т.е. необходимо закрепление информационно-телекоммуникационных технологий в механизме реализации конституционного императива...», а появление новых научных

² URL: <http://www.kremlin.ru/events/president/news/54983> (дата обращения: 10.08.2018).

³ Дубова Н. ITSM для электронного правительства // Открытые системы. 27.05.2011 URL: <http://www.osp.ru/itsm/2011/05/13014271.html> (дата обращения: 10.08.2018).

⁴ Васильева А. Ф. Учение о публичных услугах в административном праве Германии: теория Эрнста Форстхоффа // Публичные услуги: правовое регулирование (российский и зарубежный опыт) : сб. ст. / под общ. ред. Е. В. Гриценко, Н. А. Шевелевой. М., 2007. С. 180, 181.

⁵ Садков А. Н., Величина Е. А. О сущности публичных услуг на современном этапе развития российского общества // Социальные и правовые механизмы оказания публичных услуг: теория, практика, перспективы : сб. ст. по материалам Всерос. науч.-практ. конф. (Волгоград 29—30 ноября 2013 г.) / под ред. А. Н. Садкова. Волгоград, 2013. С. 120.

⁶ Распоряжение Правительства РФ от 6 мая 2008 г. № 632-р «О Концепции формирования в Российской Федерации электронного правительства до 2010 года» // СЗ РФ. 2008. № 20. Ст. 2372.

⁷ Постановление Правительства РФ от 15 апреля 2014 г. № 313 «Об утверждении государственной программы Российской Федерации «Информационное общество (2011—2020 годы)»» // СЗ РФ. 2014. № 18 (ч. II). Ст. 2159.

⁸ Чеботарева А. А. Электронное государственное управление как новая форма взаимоотношений личности, общества и государства // Государственная власть и местное самоуправление. 2011. № 6. С. 20.

⁹ Комарова В. В. Электронная демократия — мифы и реальность // Ученые записки Худжандского государственного университета им. академика Б. Гафурова. Серия гуманитарно-общественных наук. 2016. Т. 48. № 3. С. 44—52.

терминов во избежание подмен должно быть аргументированным¹⁰.

Несмотря на это, попытки формулирования определений, используемых в нормативных актах, должны как можно скорее завершиться — это социальный заказ законодателя, ведь современная наука не опережает, а следует за нормотворчеством.

Согласимся со А. И. Стожиловой в том, что «...для улучшения эффективности взаимодействия организаций и граждан с государством используются коммуникационные и информационные технологии, чему способствует формирование цифрового государства»¹¹. Основной идеей цифрового государства считается предоставление бизнесу и населению страны услуг государственного характера в электронной форме.

Развитие информационных технологий расширяет доступность и ассортимент товаров, услуг, тем самым воздействуя на уровень и качество жизни многих людей, способствует ускорению движения информации как необходимого инструмента оказания услуг государством и не только.

Применение информационных технологий способствует более эффективному решению проблем в сфере предоставления публичных услуг посредством не только оптимизации и снижения бюджетных расходов на эти цели, но и повышения доверия к власти потребителей публичных услуг. Они экономят время, получают необходимые именно им в их жизненной ситуации услуги, тем самым получая от государства ожидаемые результаты, реализуют свои законные интересы, отчасти достигают поставленных целей с помощью государства.

Актуализируется потребность в более быстром предоставлении публичных услуг, что требует ускорения обработки и передачи ин-

формации. Эта взаимосвязь закреплена в том числе в государственной программе «Информационное общество (2011—2020 годы)».

Ускоряющаяся информатизация жизни общества и государства требует создания внутригосударственной правовой среды, законодательства (с учетом международного уровня) в области передовых коммуникационных технологий.

Решение обозначенного вопроса направлено не только на упорядочивание возникающих новых общественных отношений, но и на образование, повышение правовой культуры жителей страны, на быстрое и качественное удовлетворение потребностей индивида с помощью различных достижений техники, например идентификации в информационно-коммуникационных системах в режиме онлайн-услуг.

Государственные услуги в электронной форме постепенно переходят из ранга «политической задачи в архитектуру электронного правительства»¹². Сегодня созданы работающие механизмы. Так, глава государства утвердил Стратегию развития информационного общества в Российской Федерации на 2017—2030 годы¹³ — ею была заложена стратегическая основа для формирования в нашей стране цифрового государства. На основании принятой Стратегии Правительством России была утверждена государственная программа «Цифровая экономика Российской Федерации»¹⁴. Данная программа определяет основные этапы становления цифрового государства в нашей стране на следующее десятилетие.

За непродолжительный промежуток времени Россия достигла заметных результатов в обозначенной сфере. Согласно рейтингу электронного правительства ООН, проводившего анализ формирования и развития цифрового государства, в 2003 г. Россия была по этому по-

¹⁰ Комарова В. В. Электронная демократия — оценка с позиций конституционалиста // Ученые записки. Владимирский филиал РАНХиГС. 2016. № 1 (17). С. 110—113.

¹¹ Павлютенкова М. Ю. Электронное правительство в России: состояние и перспективы // Полис : Политические исследования. 2013. № 1. С. 86; Стожилова А. И. Проблемы развития электронного правительства в регионах России // Стратегия устойчивого развития регионов России. 2013. № 13. С. 100—101.

¹² Данилин А. В. Электронные государственные услуги и административные регламенты: от политической задачи к архитектуре электронного правительства. М. : Инфра-М, 2004. С. 134.

¹³ Указ Президента РФ от 9 мая 2017 г. № 203 «О Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017—2030 годы» // СЗ РФ. 2017. № 20. Ст. 2901.

¹⁴ Распоряжение Правительства РФ от 28 июля 2017 г. № 1632-р // СЗ РФ. 2013. № 38. Ст. 4846.

казателю на 58-м месте, а сегодня мы занимаем 32-е место (2018 г.)¹⁵.

Введены в пользование и активно используются основные публичные услуги, оказываемые посредством портала «Госуслуги».

Фактически реализовался курс, определенный в 2012 г. главой государства, на перевод в электронную форму большинства услуг, оказываемых населению¹⁶: был установлен показатель по росту доли граждан, использующих механизм получения государственных и муниципальных услуг в электронной форме, до 70 % к 2018 г.

Москва ближе всех из городов России подошла к понятию «умный город». С. С. Собяниным было дано поручение разработать новую программу «Умный город», основной задачей которой станет «...использовать самые современные технологические решения, чтобы создать максимально удобную, доступную и персонализированную виртуальную среду для москвичей»¹⁷. По словам мэра, речь идет не о предоставлении каких-либо отдельных услуг гражданам, а о реализации полноценного проекта «Умный город», который будет охватывать все стороны жизни горожан¹⁸.

Москва, по данным рейтинга электронного правительства ООН¹⁹, была признана ведущим в мире городом по предоставлению электронных услуг населению, обойдя при этом 40 самых развитых столиц мира²⁰.

Не стоит забывать и о рисках, сопровождающих этот, без сомнения, передовой процесс.

Под риском в праве понимается явление, сопутствующее правовому развитию, модель альтернативно-негативной реализации пра-

ва, реальность которой грозит деформацией конечных правовых результатов и снижением качества правового регулирования²¹. Следовательно, нейтрализация угроз и минимизация рисков нарушения — одна из задач, стоящих перед учеными при разработке стройной комплексной концепции правового пространства. Посильное участие в корректировании правового пространства в сфере использования достижений научно-технического процесса вносит Конституционный Суд России. Так, он считает необходимым учитывать уровень информационного развития общества и степень ускоренности современных технологий в повседневной жизни. Оценивая конституционность нормативных положений, исключивших устаревшие (бумажные) способы предоставления отчетности в государственные органы, суд справедливо указал, что «...установленная федеральным законодателем обязанность по предоставлению информации... именно в электронной форме с использованием электронной подписи не может рассматриваться как чрезмерное обременение и нарушение конституционных прав заявителя»²². Аргументом для такого вывода послужила бытующая сегодня общая тенденция перехода на электронный документооборот; был принят во внимание современный уровень доступности и развития компьютерных технологий, которые, без сомнения, упрощают и ускоряют обработку электронной информации, ее официальное размещение в сети Интернет.

В сферу рисков можно отнести вопросы: о создании единого безопасного информационного пространства²³; о неравенстве граждан в цифровом государстве, хотя обозначалась

¹⁵ Рейтинг электронного правительства ООН // URL: http://www.tadviser.ru/index.php/Статья:Рейтинг_электронного_правительства_ООН (дата обращения: 10.08.2018).

¹⁶ Указ Президента РФ от 7 мая 2012 г. № 601 «Об основных направлениях совершенствования системы государственного управления» // СЗ РФ. 2012. № 19. Ст. 2338.

¹⁷ URL: <https://www.mos.ru/mayor/themes/14299/4684050/> (дата обращения: 10.08.2018).

¹⁸ URL: <https://www.mos.ru/mayor/themes/14299/4684050/> (дата обращения: 10.08.2018).

¹⁹ URL: https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2018-Survey/E-Government%20Survey%202018_FINAL%20for%20web.pdf (дата обращения: 10.08.2018).

²⁰ URL: <https://www.mos.ru/mayor/themes/183299/4888050/> (дата обращения: 10.08.2018).

²¹ Тихомиров Ю. А. Право. Прогнозы и риски. М., 2015. С. 175—177.

²² Определение Конституционного Суда РФ от 15.09.2015 № 1838-О. Абзац 5 п. 2.1 мотивировочной части.

²³ Пастухова Н. Б. О некоторых особенностях государственного суверенитета в системе современных международных отношений // Юридический мир. 2014. № 3. С. 17—19.

проблема равноправия граждан в обозначенной сфере давно²⁴; о качестве предоставляемых услуг и об ответственности за некачественные публичные услуги; об определении и о защите публичных интересов; об уходе от защиты общих интересов в пользу удовлетворения индивидуальных потребностей; о финансовых и организационных возможностях муниципального уровня публичной власти при внедрении и использовании цифровых технологий; об отсутствии общественной дискуссии и анализа ее результатов.

Без предупреждения негативных последствий они могут реализоваться, нанеся ощутимый урон.

Роль знаний и информационных технологий постоянно возрастает, и этот процесс касается всех сфер человеческого общежития. Неминуемый переход общества от индустриального этапа развития к информационному диктует новые правила построения и жизнедеятельности социальной, культурной, политической и экономической системы в государстве. Так, согласно Доктрине информационной безопасности Российской Федерации, информационные технологии приобрели глобальный трансграничный характер и стали неотъемлемой частью всех сфер деятельности личности, общества и государства. Их эффективное применение является фактором ускорения экономического развития государства и формирования информационного общества, и информационная сфера играет важную роль в обеспечении реализации стратеги-

ческих национальных приоритетов Российской Федерации²⁵.

В завершение отметим полезность опыта зарубежных стран в формировании и развитии цифрового государства: он показывает улучшение показателей жизни общества и государства в различных сферах, и прежде всего в социальной и экономической.

Исследование становления цифрового государства в Российской Федерации позволяет сделать вывод об удовлетворительном процессе цифровизации: создание инфраструктуры, баз данных и механизмов их обработки, предоставление услуг населению с использованием цифровых технологий. Предстоит усовершенствовать и строить правовое пространство, направленное на расширение видов и способов предоставляемых услуг. Целью современного государства видится такая информационно-технологическая организация взаимодействия граждан и органов публичной власти, которая наиболее полно обеспечит реализацию потребностей граждан и предоставление им публичных услуг, реализуемых с использованием цифровых технологий.

Инновационный путь цифровых технологий выбран и нормативно закреплён в современной России как основа экономического развития — базы социальной государственности. Это требует научного осмысления и разработки механизмов его реализации в социальных вопросах в правовой плоскости.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Васильева А. Ф. Учение о публичных услугах в административном праве Германии: теория Эрнста Форстхоффа // Публичные услуги: правовое регулирование (российский и зарубежный опыт) : сб. ст. / под общ. ред. Е. В. Гриценко, Н. А. Шевелевой. — М., 2007. — 245 с.
2. Гаджиев Г. А. Онтология права: (критическое исследование юридического концепта действительности) : монография. — М. : Норма: Инфра-М, 2013.
3. Данилин А. В. Электронные государственные услуги и административные регламенты: от политической задачи к архитектуре электронного правительства. — М. : Инфра-М, 2004. — 336 с.
4. Дубова Н. ITSM для электронного правительства // Открытые системы. — 27.05.2011. — URL: <http://www.osp.ru/itsm/2011/05/13014271.html> (дата обращения: 10.11.2018).

²⁴ Комарова В. В. Единство правового пространства в России (современные средства достижения) // Информационная безопасность регионов. 2012. № 2. С. 71—75.

²⁵ Указ Президента РФ от 05.12.2016 № 646 «Об утверждении Доктрины информационной безопасности Российской Федерации» // СЗ РФ. 2016. № 50. Ст. 7074.

5. Комарова В. В. Единство правового пространства в России (современные средства достижения) // Информационная безопасность регионов. — 2012. — № 2. — С. 71—75.
6. Комарова В. В. Электронная демократия — мифы и реальность // Ученые записки Худжандского государственного университета им. академика Б. Гафурова. Серия гуманитарно-общественных наук. — 2016. — Т. 48. — № 3. — С. 44—52.
7. Комарова В. В. Электронная демократия — оценка с позиций конституционалиста // Ученые записки. Владимирский филиал РАНХиГС. — 2016. — № 1 (17). — С. 110—113.
8. Павлютенкова М. Ю. Электронное правительство в России: состояние и перспективы // Полис : Политические исследования. — 2013. — № 1. — С. 86—89.
9. Пастухова Н. Б. О некоторых особенностях государственного суверенитета в системе современных международных отношений // Юридический мир. — 2014. — № 3. — С. 17—19.
10. Садков А. Н., Величина Е. А. О сущности публичных услуг на современном этапе развития российского общества // Социальные и правовые механизмы оказания публичных услуг: теория, практика, перспективы : сб. ст. по материалам Всерос. науч.-практ. конф. (Волгоград 29—30 ноября 2013 г.) / под ред. А. Н. Садкова. — Волгоград, 2013. — 170 с.
11. Стожилова А. И. Проблемы развития электронного правительства в регионах России // Стратегия устойчивого развития регионов России. — 2013. — № 13. — С. 100—101.
12. Тихомиров Ю. А. Право. Прогнозы и риски. — М., 2015.
13. Чеботарева А. А. Электронное государственное управление как новая форма взаимоотношений личности, общества и государства // Государственная власть и местное самоуправление. — 2011. — № 6. — С. 18—22.

Материал поступил в редакцию 10 августа 2018 г.

PUBLIC SERVICES AND DIGITAL TECHNOLOGIES: LEGAL REGISTRATION IN CONSTITUTIONAL LAW

VORONYUK Ekaterina Pavlovna, Postgraduate Student of the Department of Private and Public Law of the Faculty of Law of Penza State University
 katya.voronyuk@list.ru
 440026, Russia, Penza, ul. Krasnaya, d. 40

Abstract. *The purpose of the article is to identify the role and place of digital technologies in public services. Considering the content and importance of the constitutional and legal regulation of public services using digital technologies in the context of the implementation of the constitutionally enshrined social statehood of Russia, the author draws the following conclusion: the objective of the modern State is to fully ensure enforcement of the needs of citizens and the provision of public services using digital technologies.*

The analysis of doctrinal approaches and normative consolidation of information and technological organization of interaction between citizens and public authorities showed that the innovative way of digital technologies has been chosen and normatively consolidated in modern Russia as the basis for economic development — the basis of Social Statehood. This requires scientific understanding and development of mechanisms for its implementation in social issues in the legal context.

Also, the author gives a brief overview of the main risks of introduction of digital technologies in Russian constitutional law at the present stage of development. The paper reveals topical issues in heoretical and practical contexts; the author suggests the ways how they can be resolved.

Keywords: *Constitution, Social State, digital economy, public services, public authorities.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Vasil'eva A. F. Uchenie o publichnyh uslugah v administrativnom prave Germanii: teoriya Ernsta Forsthoffa // Publichnye uslugi: pravovoe regulirovanie (rossijskij i zarubezhnyj opyt) : sb. st. / pod obshch. red. E. V. Gricenko, N. A. Shevelevoj. — M., 2007. — 245 s.
2. Gadzhiev G. A. Ontologiya prava: (kriticheskoe issledovanie yuridicheskogo koncepta dejstvitel'nosti) : monografiya. — M. : Norma: Infra-M, 2013.
3. Danilin A. V. Elektronnye gosudarstvennye uslugi i administrativnye reglamenti: ot politicheskoy zadachi k arhitekture elektronnoho pravitel'stva. — M. : Infra-M, 2004. — 336 s.
4. Dubova N. ITSM dlya elektronnoho pravitel'stva // Otkrytye sistemy. — 27.05.2011. — URL: <http://www.osp.ru/itsm/2011/05/13014271.html> (data obrashcheniya: 10.11.2018).
5. Komarova V. V. Edinstvo pravovogo prostranstva v Rossii (sovremennye sredstva dostizheniya) // Informacionnaya bezopasnost' regionov. — 2012. — № 2. — S. 71—75.
6. Komarova V. V. Elektronnaya demokratiya — mify i real'nost' // Uchenye zapiski Huzhzhandskogo gosudarstvennogo universiteta im. akademika B. Gafurova. Seriya gumanitarno-obshchestvennyh nauk. — 2016. — T. 48. — № 3. — S. 44—52.
7. Komarova V. V. Elektronnaya demokratiya — ocenka s pozicij konstitucionalista // Uchenye zapiski. Vladimirskij filial RANHiGS. — 2016. — № 1 (17). — S. 110—113.
8. Pavlyutenkova M. Yu. Elektronnoe pravitel'stvo v Rossii: sostoyanie i perspektivy // Polis : Politicheskie issledovaniya. — 2013. — № 1. — S. 86—89.
9. Pastuhova N. B. O nekotoryh osobennostyah gosudarstvennogo suvereniteta v sisteme sovremennyh mezhdunarodnyh otnoshenij // Yuridicheskij mir. — 2014. — № 3. — S. 17—19.
10. Sadkov A. N., Velichkina E. A. O sushchnosti publichnyh uslug na sovremennom etape razvitiya rossijskogo obshchestva // Social'nye i pravovye mekhanizmy okazaniya publichnyh uslug: teoriya, praktika, perspektivy : sb. st. po materialam Vseros. nauch.-prakt. konf. (Volgograd 29—30 noyabrya 2013 g.) / pod red. A. N. Sadkova. — Volgograd, 2013. — 170 s.
11. Stozhilova A. I. Problemy razvitiya elektronnoho pravitel'stva v regionah Rossii // Strategiya ustojchivogo razvitiya regionov Rossii. — 2013. — № 13. — S. 100—101.
12. Tihomirov Yu. A. Pravo. Prognozy i riski. — M., 2015.
13. Chebotareva A. A. Elektronnoe gosudarstvennoe upravlenie kak novaya forma vzaimootnoshenij lichnosti, obshchestva i gosudarstva // Gosudarstvennaya vlast' i mestnoe samoupravlenie. — 2011. — № 6. — S. 18—22.

ГОСУДАРСТВЕННОЕ УПРАВЛЕНИЕ И АДМИНИСТРАТИВНЫЙ ПРОЦЕСС

Д. В. Осинцев*

Прокурор как субъект административного правонарушения

Аннотация. Рассматривается достаточно неожиданный и практически не дискутируемый в литературе вопрос о прокуроре как об особом субъекте административного правонарушения. Действующее законодательство позволяет рассматривать названное лицо не только как субъекта административной юрисдикции, особого участника производства по делам об административных правонарушениях, но и как субъекта, который может понести административную ответственность. К сожалению, специальный механизм привлечения прокурора к административной ответственности детально не прописан, поэтому предложены варианты квалификации возможных правонарушений с его участием, особенности назначения отдельных видов наказаний и трансформация как видов ответственности самих прокуроров, так и органов прокуратуры как юридических лиц.

Ключевые слова: административная ответственность, прокурор, квалификация административных правонарушений, административные наказания, особые субъекты административной ответственности.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.101.4.034-039

Об особом правовом статусе прокурора в производстве по делам об административных правонарушениях в основном говорят в плане наличия у него властных полномочий по участию в названной разновид-

ности юрисдикционных процедур: об особом предмете его деятельности¹, об ответственности за невыполнение его законных требований², о возбуждении им отдельных категорий дел об административных правонарушениях³ или в от-

¹ Безрукавая Н. И. Предмет деятельности прокурора по участию в рассмотрении судами дел об административных правонарушениях // Административное и муниципальное право. 2018. № 4. С. 18—25. DOI: 10.7256/2454-0595.2018.4.26600.

² Субанова Н. В., Боброва О. В. Вопросы судебной практики привлечения к административной ответственности за невыполнение законных требований прокурора // Законность. 2018. № 7. С. 7—13.

³ Сивидова-Абкарян Т. Ф. Реализация прокурором полномочий по возбуждению дел об административных правонарушениях, предусмотренных ст. 5.61 КоАП // Законность. 2018. № 5. С. 22—26 ; Победоносцева Е. Н. К вопросу об административной ответственности за совершение нескольких административных

© Осинцев Д. В., 2019

* Осинцев Дмитрий Владимирович, доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры теории и практики управления Уральского государственного юридического университета dimios@mail.ru

620137, Россия, г. Екатеринбург, ул. Комсомольская, д. 21

ношении определенных лиц⁴ и в прочих случаях, где прокурор выступает блюстителем и гарантом законности, то есть представителем власти, хотя имеется и обратная сторона медали, где прокурор может оказаться сам подвластным субъектом в рамках административной юрисдикции, о чем свидетельствуют положения ч. 2 ст. 1.4 КоАП РФ: «Особые условия применения мер обеспечения производства по делу об административном правонарушении и привлечения к административной ответственности должностных лиц, выполняющих определенные государственные функции (депутатов, судей, прокуроров, сотрудников Следственного комитета Российской Федерации и иных лиц), устанавливаются Конституцией Российской Федерации и федеральными законами».

Очевидно, что законодатель не изменяет формулировки разнообразных правовых статусов властного участника и субъекта административного правонарушения, используя в обоих случаях одинаковую формулировку «прокурор», что, видимо, требует уточнения, где данное лицо выступает в особой процессуальной позиции, а где становится подвластным субъектом административной юрисдикции.

Хотя ч. 1 ст. 42 Федерального закона от 17.01.1992 № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации»⁵ (далее — ФЗ «О прокуратуре Российской Федерации») говорит, что проверка сообщения о факте правонарушения, совершенного прокурором, является исключительной компетенцией органов прокуратуры, но резуль-

таты проверки — не веская причина для почетного ухода на пенсию за выслугу лет, а обычный повод для возбуждения дела об административном правонарушении.

Проверка проводится с целью обеспечения гарантий независимости и самостоятельности прокурорского работника, защиты его от неправомерного воздействия или преследования за решения (действия), принимаемые (совершаемые) в рамках служебной деятельности, и не может рассматриваться в качестве условия для уклонения прокурорского работника от ответственности⁶.

Наличие особого правового статуса не изменяет подведомственности дел⁷. Что касается особых условий применения мер обеспечения производства по делам об административных правонарушениях в отношении прокуроров, то они состоят в следующем: не допускаются задержание, привод, личный досмотр прокурора, досмотр его вещей и используемого им транспорта, за исключением случаев, когда это предусмотрено федеральным законом для обеспечения безопасности других лиц и задержания при совершении преступления (п. 2 ст. 42 ФЗ «О прокуратуре Российской Федерации»). *Следовательно, в данном Законе нет запрета на применение в отношении прокуроров таких мер обеспечения производства по делу об административном правонарушении, как, например, административное задержание, отстранение от управления транспортным средством соответствующего вида, освиде-*

правонарушений в Российской Федерации (из практики прокурорского надзора) // Административное право и процесс. 2016. № 10. С. 49—51.

⁴ Тухватуллин Т. А. Полномочия прокурора по административному преследованию за правонарушения в экономической сфере // Административное право и процесс. 2015. № 8. С. 49—53; Жолнерович А. В. Методика прокурорских проверок юридических лиц, осуществляющих организацию и проведение азартных игр под видом лотерей // Законность. 2014. № 10. С. 43—46.

⁵ СЗ РФ. 1995. № 47. Ст. 4472.

⁶ Приказ Генпрокуратуры России от 18.04.2008 № 70 (ред. от 28.04.2016) «О проведении проверок в отношении прокурорских работников органов и организаций прокуратуры Российской Федерации». Пункт 14 // Законность. 2008. № 6; постановление Верховного Суда РФ от 15.09.2017 № 3-АД17-3 // URL: http://www.vsr.ru/stor_pdf.php?id=1544884 (дата обращения: 11.09.2018); постановление Верховного суда Республики Татарстан от 07.10.2015 № 4а-1392/2015 // URL: <http://sudact.ru/regular/doc/IlbAgTnZQldX> (дата обращения: 11.09.2018).

⁷ Решение Верховного суда Республики Карелия от 06.06.2014 № 21-227/2014 // URL: https://sudrf.ru/index.php?id=300&act=go_search&searchtype=fs&court_name=%EA%E0%F0%E5%EB%E8%FF&court_subj=0&court_type=0&court_okrug=0&vcourt_okrug=0#sp (дата обращения: 11.09.2018).

тельствование на состояние алкогольного опьянения, медицинское освидетельствование на состояние опьянения⁸. Квалификация содеянного не влияет на особый порядок ведения производства по делу об административном правонарушении — прокурорская проверка является его первичной стадией⁹.

Имеется процессуальное исключение из названного порядка действий прокурорских работников. *Ш. И. представил в суд копию служебного удостоверения, согласно которому в момент совершения административного правонарушения он являлся помощником прокурора республики. Между тем постановление было составлено в соответствии с процедурой, установленной ч. 3 ст. 28.6 КоАП РФ. В этом случае постановление по делу об административном правонарушении выносится без участия лица, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении, и оформляется в порядке, предусмотренном ст. 29.10 КоАП РФ. Применение процедуры, предусмотренной ч. 3 ст. 28.6 КоАП РФ, исключает возможность применения положений ч. 1 ст. 42 ФЗ «О прокуратуре Российской Федерации», поскольку установление факта выполнения привлекаемым к ответственности лицом определенных государственных функций при данном порядке привлечения к административной ответственности невозможно, что исключает и возможность проверки сообщения о факте правонарушения, совершенного прокурором органами прокуратуры.*

Интересный факт: поскольку ответчик Ц. скрыл от инспектора ГИБДД, что он является сотрудником прокуратуры, постановле-

ние о наложении на него административного наказания на основании ч. 2 ст. 1.4 КоАП РФ и ст. 42 ФЗ «О прокуратуре» было отменено¹⁰. То есть достаточно ввести в заблуждение представителей административной власти, чтобы «дотянуть» до истечения срока давности привлечения к административной ответственности (ст. 4.5. КоАП РФ) и, воспользовавшись статусными особенностями, избежать административной ответственности, сохранив должностное положение, которым потом можно воспользоваться для чрезмерного влияния, преследования и репрессий в отношении тех же самых представителей административных органов, что имеет место и подтверждено материалами судебной практики¹¹.

Теперь вопрос **о видах административных наказаний, применяемых к работникам прокуратуры**: подвергаются ли они дисквалификации, общественным работам, административному аресту? Инцидентов таких не было, хотя запреты также не установлены, но в морально-психологическом аспекте назначение такого рода административных наказаний будет унижительным для прокурорских работников — для граждан не унижительно, а для чиновников — да, унижительно для их статуса?! Поскольку прерогатива в данном случае судебная, то инциденты не исключены, конечно, после проведенных проверок и законного ведения дела об административном правонарушении в целом.

Далее — об **особенностях квалификации отдельных видов административных правонарушений, где прокурор выступает субъектом** противоправного действия (бездействия).

⁸ Решение Верховного суда Республики Дагестан от 15.06.2016 № 21-102/2016 // URL: <https://sudrf.ru/index.php?id=300&searchtype=sp> (дата обращения: 11.09.2018).

⁹ Несоблюдение установленного законом порядка осуществления производства по делу об административном правонарушении, предусмотренном ст. 15.15.7 КоАП РФ, свидетельствует о наличии оснований для освобождения лица, в отношении которого ведется производство по делу от административной ответственности, в связи с недоказанностью обстоятельств, на основании которых было вынесено постановление (см. решение Верховного суда Республики Хакасия от 15.09.2017 по делу № 7р-205/2017 // URL: <http://sudact.ru/regular/doc/aQ4TrUjdL7Zg/> (дата обращения: 11.09.2018)).

¹⁰ Апелляционное определение Тульского областного суда от 10.06.2014 по делу № 33-1524 // URL: <http://sudact.ru/regular/doc/URmxjz6mPxQ/> (дата обращения: 11.09.2018) ; постановление Московского городского суда от 13.02.2012 № 4а-2851/11 // СПС «КонсультантПлюс».

¹¹ Постановление Московского областного суда от 26.04.2013 по делу № 4а-365/13 // URL: <http://sudact.ru/regular/doc/keFVG8QAF2JN/> (дата обращения: 11.09.2018).

Как ни странно это будет звучать, но никаких изъятий нет, если будут совершены общедолжностные проступки, квалифицируемые, например, по ст. 5.3, 5.7, 5.11, 5.26, 5.27, 5.27.1, 5.45, 5.62, 6.4, 7.13, 7.14.1, 7.24, 7.35, 12.4, 12.5, 13.11, 13.12, 15.14, 15.15.6, 15.15.12, 15.15.16, 15.34, 17.1-17.2.2, 19.2, 19.3, 19.5.1, 19.6, 19.7.3, 19.7.5, 19.7.12, 19.11, 19.35, 20.4, 20.6, 20.7, 20.17, 20.19, 20.26, 20.27 КоАП РФ и ряд других. В таких случаях особенности привлечения к административной ответственности заключаются в том, что наказанию могут быть подвергнуты не только сами прокуроры и прокурорские работники как должностные лица; органы прокуратуры, выступающие в качестве учреждений — юридических лиц, также не избегают юрисдикционных процедур, вплоть до назначения солидных штрафов, конфискации, административного приостановления деятельности, сопровождаемых достаточно обременительными мерами обеспечения в производстве по делам об административных правонарушениях (гл. 27 КоАП РФ).

При этом специальным субъектом прокурор выступает при совершении административных правонарушений, предусмотренных ст. 5.29, 5.59, 7.29, 7.29.3, 7.30, 7.32, 7.32.4, 7.32.5, 13.14, 13.27, 13.28, 17.3, 17.4, 17.8, 17.12, 17.13, 19.6.1 КоАП РФ. Говорить в таких случаях о замене административной ответственности на дисциплинарную (в рамках теоретической модели этих двух видов государственного принуждения) вряд ли обоснованно, так как прокурор в данном случае действовал (бездействовал) не только как субъект организационного (корпоративного) поведения, но и как лицо, выполняющее публичные профессиональные функции, взаимодействующий с гражданами, организациями, властными структурами, иными лицами, следовательно, он не должен быть освобожден от судебской юрисдикции за совершение административного правонарушения.

Крайне интересным является случай квалификации бездействия прокурора по ст. 17.7 КоАП РФ, так как обычно наличие этой статьи — защитный инструмент, обеспечивающий деятельность самих прокуроров в связи с невыполнением их законных требований, но может быть и иное, когда прокурор не выполняет требования следователя, дознавателя, должностного лица, ведущего производство по делу об адми-

нистративном правонарушении. Здесь, видимо, присутствуют два условия:

- 1) правонарушение не связано с процессуальной деятельностью прокурора, так как в этом случае роли между ним и иными должностными лицами распределяются в ином порядке, где он — главенствующий субъект;
- 2) от позитивных действий прокурора зависит ведение иных юрисдикционных производств, то есть он, по сути дела, в большинстве случаев обеспечивает формирование доказательственной базы или иным образом содействует достижению задач, изложенных в ст. 24.1 КоАП РФ, что вообще характерно для прокурора как блюстителя законности.

По статьям 19.4, 19.4.1, 19.4.2, 19.5, 19.7, 19.7.2, 19.7.6, 19.7.8, 19.7.10 КоАП РФ прокурор не подлежит административной ответственности, но может быть привлечен к ответственности дисциплинарной, так как в рамках контрольно-надзорных отношений субъекты, обладающие правом требования, проводящие мероприятия по контролю, и прокурор находятся в межведомственных линейных отношениях, где опять же главенствующая, координирующая, руководящая и направляющая роль в определении стратегии, методики и тактики проверок принадлежит прокурору, соответственно, за ошибки, просчеты и нарушения он может быть подвергнут мерам дисциплинарного воздействия в рамках прямой организационной подчиненности.

При этом следует иметь в виду, что органы прокуратуры за совершение этих же административных правонарушений могут не избежать назначения административного наказания как юридическое лицо, правда, это положение будет касаться не всех органов прокуратуры без исключения, но именно тех, которые обладают статусом юридического лица, хотя, полагаем, сохранение такого положения дел подменяет принцип субъективного вменения правилом персональной ответственности и может повлечь, а зачастую влечет снижение эффективности назначаемых административных наказаний.

Полагаем, что приведенные особенности законодательного регулирования административно-процессуального статуса прокурора (а равно и иных особых субъектов административной ответственности), разнообразные примеры

порой не бесспорной правоприменительной практики дают достаточные основания для того, чтобы в действующие положения КоАП РФ был введен самостоятельный раздел, детально регулирующий особенности материально-правовых и процессуальных аспектов привлечения лиц, пользующихся иммунитетами, специфически-

ми мерами государственной защиты и прочими привилегиями, к административной ответственности, выбор надлежащих мер воздействия (административных санкций), а также основания и условия освобождения или замены мер административной репрессии на иные средства государственного принуждения.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Безрукавая Н. И. Предмет деятельности прокурора по участию в рассмотрении судами дел об административных правонарушениях // Административное и муниципальное право. — 2018. — № 4. — С. 18—25. — DOI: 10.7256/2454-0595.2018.4.26600.
2. Жолнерович А. В. Методика прокурорских проверок юридических лиц, осуществляющих организацию и проведение азартных игр под видом лотерей // Законность. — 2014. — № 10. — С. 43—46.
3. Победоносцева Е. Н. К вопросу об административной ответственности за совершение нескольких административных правонарушений в Российской Федерации (из практики прокурорского надзора) // Административное право и процесс. — 2016. — № 10. — С. 49—51.
4. Сивидова-Абкарян Т. Ф. Реализация прокурором полномочий по возбуждению дел об административных правонарушениях, предусмотренных ст. 5.61 КоАП // Законность. — 2018. — № 5. — С. 22—26.
5. Субанова Н. В., Боброва О. В. Вопросы судебной практики привлечения к административной ответственности за невыполнение законных требований прокурора // Законность. — 2018. — № 7. — С. 7—13.
6. Тухватуллин Т. А. Полномочия прокурора по административному преследованию за правонарушения в экономической сфере // Административное право и процесс. — 2015. — № 8. — С. 49—53.

Материал поступил в редакцию 5 ноября 2018 г.

A PROSECUTOR AS A SUBJECT OF AN ADMINISTRATIVE OFFENSE

OSINTSEV Dmitriy Vladimirovich, Doctor of Law, Associate Professor, Professor of the Department of Theory and Practice of Administration of the Ural State Law University
dimios@mail.ru
620137, Russia, Ekaterinburg, ul. Komsomolskaya, 21

Abstract. *The paper considers a rather unexpected problem that is practically not discussed in the literature, i.e. the problem of considering a Prosecutor as a specific subject of an administrative offense. The current legislation provides for considering the named person not only as a subject of administrative jurisdiction, a special participant in the administrative proceedings, but also as a subject that may be held administratively responsible. Unfortunately, a special mechanism for bringing the Prosecutor to administrative responsibility is not spelled out in detail. Thus, the author proposes the options for qualifying possible offenses with his or her participation, the features of imposing certain types of penalties and transformation of both types of responsibility of prosecutors and public prosecution offices as legal entities.*

Keywords: *administrative responsibility, Prosecutor, qualification of administrative offenses, administrative penalties, special subjects of administrative responsibility.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Bezrukavaya N. I. Predmet deyatel'nosti prokurora po uchastiyu v rassmotrenii sudami del ob administrativnyh pravonarusheniyah // Administrativnoe i municipal'noe pravo. — 2018. — № 4. — S. 18—25. — DOI: 10.7256/2454-0595.2018.4.26600.
2. Zholnerovich A. V. Metodika prokurorskih proverok yuridicheskikh lic, osushchestvlyayushchih organizatsiyu i provedenie azartnyh igr pod vidom loterej // Zakonnost'. — 2014. — № 10. — S. 43—46.
3. Pobedonosceva E. N. K voprosu ob administrativnoj otvetstvennosti za sovershenie neskol'kih administrativnyh pravonarushenij v Rossijskoj Federacii (iz praktiki prokurorskogo nadzora) // Administrativnoe pravo i process. — 2016. — № 10. — S. 49—51.
4. Sividova-Abkaryan T. F. Realizatsiya prokurorom polnomochij po возбуждению дел об административных правонарушениях, предусмотренных ст. 5.61 КоАП // Zakonnost'. — 2018. — № 5. — S. 22—26.
5. Subanova N. V., Bobrova O. V. Voprosy sudebnoj praktiki privlecheniya k administrativnoj otvetstvennosti za nevypolnenie zakonnyh trebovanij prokurora // Zakonnost'. — 2018. — № 7. — S. 7—13.
6. Tuhvatullin T. A. Polnomochiya prokurora po administrativnomu presledovaniyu za pravonarusheniya v ekonomicheskoy sfere // Administrativnoe pravo i process. — 2015. — № 8. — S. 49—53.

Погашение недоимки за счет дебиторской задолженности налогоплательщика: нужно ли вносить изменения в законодательство?

Аннотация. В статье анализируется применение восстановительной меры принуждения в отношении налогоплательщиков, имеющих налоговую задолженность в виде обращения взыскания недоимки на суммы, причитающиеся недоимщику от его дебиторов.

Автор рассмотрел историю развития института обращения взыскания на дебиторскую задолженность налогоплательщика в отечественном налоговом законодательстве XX в. и на современном этапе, опыт применения данного института по законодательству Казахстана и Белоруссии, проанализировал нормы, регулирующие обращение взыскания на дебиторскую задолженность в действующем Федеральном законе «Об исполнительном производстве».

На основании проведенного исследования высказывается мнение о том, что действующий порядок взыскания дебиторской задолженности неэффективен, и при этом критикуются предложения о наделении налоговых органов полномочиями по применению данной меры принуждения непосредственно к дебиторам, поскольку они не являются стороной налоговых правоотношений.

Высказывается предложение о внесении в Федеральный закон «Об исполнительном производстве» дополнительных норм, предусматривающих право судебного пристава-исполнителя на обращение в суд для взыскания суммы дебиторской задолженности с дебитора и последующего применения к нему общих правил исполнительного производства.

Ключевые слова: дебитор, меры принуждения, дебиторская задолженность, взыскание недоимки, исполнительное производство.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.101.4.040-047

При неисполнении юридическими или физическими лицами налоговых обязанностей налоговое законодательство любого государства в целях обеспечения уплаты налоговой задолженности предусматривает определенные способы изъятия у налогоплательщика

© Ефремова Е. С., 2019

* Ефремова Екатерина Сергеевна, кандидат юридических наук, доцент кафедры коммерческого, предпринимательского и финансового права Юридического института Сибирского федерального университета, докторант кафедры административного и финансового права СПбГУ
Efremova1977@list.ru
660036, Россия, г. Красноярск, ул. Академгородок, д. 24а

части принадлежащих ему денежных средств, имущества помимо его воли. Одной из таких мер принуждения, осуществляемой уполномоченными государственными органами, может быть взыскание денежных сумм, причитающихся должнику от третьих лиц, то есть дебиторской задолженности недоимщика.

Как отмечается в науке, «дебиторская задолженность — это входящие в состав имущества организации ее имущественные требования к другим лицам, являющимся ее должниками в правоотношениях, возникающих из различных оснований»¹. Иначе говоря, это имущественное право должника требовать в гражданско-правовом порядке от юридических или физических лиц уплаты определенной денежной суммы, как правило, в результате хозяйственных отношений между ними.

Отметим, что взыскание дебиторской задолженности как меры воздействия на налогоплательщиков российскому налоговому законодательству известно достаточно давно. В советский период меры принуждения за неуплату (несвоевременную уплату) налогов были урегулированы Положением о взимании налогов 1925 г.² В соответствии с п. 11 данного нормативного акта не уплаченные добровольно недоимка, пеня и штраф взыскивались в бесспорном порядке принудительными мерами. Одной из мер служило обращение взыскания на всякого рода суммы, причитающиеся к получению недоимщиком от третьих лиц. Причем не имело значения, по каким основаниям возникла в конкретном случае дебиторская задолженность.

С 1981 г. действовало Положение о взыскании не внесенных в срок налогов и неналоговых платежей³, которое также предусматривало воз-

можность применения к юридическим лицам таких мер бесспорного взыскания недоимки, как обращение взыскания на суммы, причитающиеся недоимщику от его дебиторов. При этом обращение взыскания на счета дебиторов предполагало обязанность органа взыскания указать банку номер и дату одного из следующих документов⁴:

- письменного подтверждения дебитором своей задолженности недоимщику;
- платежного требования к дебитору, сданного недоимщиком в банк на инкассо;
- платежного поручения, представленного в учреждение банка дебитора в пользу недоимщика;
- исполнительного документа или документа на списание средств в бесспорном порядке со счета дебитора в пользу недоимщика.

Как видно, в отличие от Положения 1925 г., по Положению 1981 г. возможность обращения взыскания на счета дебитора допускалась при условии подтверждения дебиторской задолженности дебитором либо при наличии соответствующего судебного акта (или акта уполномоченного органа), подтверждающего право на получение недоимщиком долга. Это свидетельствует о стремлении законодателя учесть права и интересы дебитора, выступающего стороной гражданского правоотношения с недоимщиком, не допустить чрезмерного вмешательства в эти отношения органов взыскания.

После перехода к рыночной экономике, в период становления современной налоговой системы, был принят Указ Президента РФ № 2270⁵, пункт 29 которого предусмотрел специальную норму о применении мер бесспорного взыскания недоимки по платежам в бюджет в виде обращения взыскания на суммы, причитающиеся

¹ Лебедев К. Понятие, правовой режим и механизм реализации дебиторской задолженности // Хозяйство и право. 1999. № 4. С. 35—42.

² Положение ЦИК СССР, СНК СССР от 2 октября 1925 г. «О взимании налогов» // Собр. зак. Союза ССР. 1925. № 70. Ст. 518.

³ Указ Президиума ВС СССР от 26 января 1981 г. № 3820-X «Об утверждении Положения о взыскании не внесенных в срок налогов и неналоговых платежей» // Свод законов СССР. Т. 5. С. 502.

⁴ Инструкция Министерства финансов СССР от 12 июня 1981 г. № 121 «По применению Положения о взыскании не внесенных в срок налогов и неналоговых платежей» // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Указ Президента РФ от 22 декабря 1993 г. № 2270 «О некоторых изменениях в налогообложении и во взаимоотношениях бюджетов различных уровней» // Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1993. № 52. Ст. 5076.

недоимщику от его дебиторов. Во исполнение данного указа Госналогслужбой РФ, Минфином РФ и Центробанком РФ был разработан и утвержден Порядок бесспорного взыскания недоимки по платежам в бюджеты в виде обращения взыскания на суммы, причитающиеся недоимщику от его дебиторов⁶.

В соответствии с п. 1, 2 Порядка на налогоплательщиков возлагалась обязанность по учету дебиторской задолженности с ежеквартальным составлением перечня организаций-дебиторов с указанием сумм дебиторской задолженности, в том числе просроченной. При этом указанные плательщики представляли налоговому органу по месту их регистрации:

- 1) перечень организаций-дебиторов по установленной форме, подписанный руководителем и главным бухгалтером организации-недоимщика;
- 2) заявление организации-недоимщика по установленной форме за подписью руководителя и главного бухгалтера на взыскание платежей в бюджет с организаций-дебиторов на сумму недоимки, но не превышающую сумму просроченной дебиторской задолженности;
- 3) акт выверки суммы просроченной дебиторской задолженности или другой заменяющий его документ, подписанный руководителем и главным бухгалтером как организации-недоимщика, так и организации-дебитора.

Организация-недоимщик направляла в адрес дебитора соответствующее уведомление об обращении на него взыскания по погашению недоимки по платежам в бюджеты в счет просроченной дебиторской задолженности с указанием документов, по которым образовалась просроченная дебиторская задолженность, и вида просроченной дебиторской задолженности. На основе этого налоговый орган выставял

дебитору инкассовое поручение на бесспорное взыскание сумм, причитающихся недоимщику, в размере, не превышающем суммы недоимки по платежам в бюджеты. В случае невыполнения недоимщиком обязанностей по представлению сведений и документов о дебиторах и дебиторской задолженности налоговый орган был вправе самостоятельно выбрать дебитора, на денежные средства которого будет обращено взыскание, и провести выверку соответствующей суммы кредиторской задолженности организации-дебитора.

В 1997 г. налоговые органы были лишены права на бесспорное взыскание недоимки по платежам в бюджеты в виде обращения взыскания на суммы, причитающиеся недоимщику от его дебиторов, поскольку Указ Президента РФ № 2270, установивший данную меру, 15 ноября 1997 г. был признан утратившим силу⁷.

В 1999 г. вступил в действие Налоговый кодекс Российской Федерации, статья 47 которого предусматривает, что непосредственное обращение взыскания на имущество должника осуществляется службой судебных приставов-исполнителей в соответствии с Федеральным законом от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве»⁸ (далее — Закон об исполнительном производстве).

При этом согласно ст. 38 НК РФ под имуществом понимаются виды объектов гражданских прав (за исключением имущественных прав), относящихся к имуществу в соответствии с Гражданским кодексом РФ. Поскольку дебиторская задолженность также может быть отнесена к имущественным правам, возможность взыскания налогов, пеней, штрафов недоимщика за счет его дебиторской задолженности стала вызывать сомнения.

Судебная практика пошла по пути, в соответствии с которым обращение взыскания в рамках исполнительного производства на дебиторскую

⁶ Порядок бесспорного взыскания недоимки по платежам в бюджеты в виде обращения на суммы, причитающиеся недоимщику от его дебиторов, утв. Минфином РФ 1 марта 1994 г. № 03-01-07, Банком России 1 марта 1994 г. № 80, Госналогслужбой РФ 28 февраля 1994 г. № НИ-4-13/33н // Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств РФ. 1994. № 6.

⁷ Указ Президента РФ от 15 ноября 1997 г. № 1233 «О признании утратившими силу некоторых указов Президента Российской Федерации» // СЗ РФ. 1997. № 47. Ст. 5379.

⁸ СЗ РФ. 2007. № 41. Ст. 4849.

задолженность с целью погашения недоимки налогоплательщика не противоречит действующему законодательству⁹.

Аналогичные выводы по данному вопросу были сформулированы Минфином РФ в письме от 19 января 2007 г. № 03-02-07/1-15. Минфин также отметил, что понятие «имущество», данное в ст. 38 НК РФ, используется с целью определения объекта налогообложения. Взыскание налогов, пеней и штрафов за счет имущества налогоплательщика-организации производится в соответствии с НК РФ и Федеральным законом от 21 июля 1997 г. № 119-ФЗ «Об исполнительном производстве»¹⁰. Указанные законодательные акты не ограничивают права налоговых органов по взысканию налогов, пеней и штрафов за счет имущественных прав налогоплательщика-организации.

Согласно ст. 75 действующего Закона об исполнительном производстве дебиторская задолженность — это право требования должника к третьему лицу, не исполнившему денежное обязательство перед ним как кредитором (далее — дебитор), в том числе право требования по оплате фактически поставленных должником товаров, выполненных работ или оказанных услуг по найму, аренде и другим.

Обращение взыскания на дебиторскую задолженность состоит в принятии судебным приставом-исполнителем соответствующего постановления и направлении его дебитору с указанием порядка перечисления суммы долга на депозитный счет службы судебных приставов-исполнителей и должнику (кредитору) с запретом изменять основания, по которым возникла дебиторская задолженность.

При неперечислении задолженности дебитор может быть привлечен к административной ответственности за неисполнение законного

требования судебного пристава-исполнителя, а право требования дебиторской задолженности может быть реализовано на торгах. Привлечь покупателей для участия в торгах можно, только установив цену реализации права требования задолженности настолько ниже номинального размера, чтобы появилась экономическая заинтересованность в ее приобретении. Таким образом, действующий порядок взыскания дебиторской задолженности, в том числе и с целью погашения налоговой недоимки, является заведомо неэффективным, поскольку «чаще всего дебиторская задолженность реализуется по цене в 30 % от номинала, а то и ниже, что естественно, так как лицо, ее купившее, должно еще выиграть дело в суде, а это — время и деньги, к тому же всегда существует риск неплатежеспособности или банкротства дебитора»¹¹.

При этом нарушаются и интересы налогоплательщика-кредитора, который, утрачивая право требования полностью, погашение задолженности получает лишь в сумме, которая фактически поступит в бюджет.

Из сказанного можно сделать вывод о том, что существующий порядок обращения взыскания недоимки на дебиторскую задолженность должника нуждается в совершенствовании.

Отметим, что предложения по внесению соответствующих изменений в налоговое законодательство были представлены в 2001 г. депутатами Государственной Думы РФ в проекте федерального закона № 77478-З¹². Разработчики проекта предлагали изменить ст. 47 НК РФ, предусмотреть возможность взыскания недоимки за счет дебиторской задолженности налогоплательщика, что означало бы переход к налоговым органам на основании закона права требования налогоплательщика к третьему лицу. Отношения, возникающие в связи с пе-

⁹ Постановление ФАС МО от 22 сентября 2006 г., 25 сентября 2006 г. № КА-А40/9048-06 по делу № А40-13645/06-115-131; постановление ФАС ЦО от 12 апреля 2007 г. № А09-7884/06-30; постановление ФАС ВВО от 13 апреля 2004 г. № А79-8413/2003-СК1-8025.

¹⁰ Утратил силу.

¹¹ Береснев А. Н. Обращение взыскания на дебиторскую задолженность: сомнительная правовая конструкция // Законы России: опыт, анализ, практика. 2013. № 5. С. 49—52.

¹² Проект федерального закона от 5 апреля 2001 г. № 77478-З «О внесении изменений и дополнений в часть первую Налогового кодекса Российской Федерации», внесенный депутатом Государственной Думы В. В. Похмелькиным и депутатом Государственной Думы третьего созыва В. И. Головлевым. Был отклонен в 2005 г.

реходом прав кредитора налогоплательщика к налоговым органам, влекли бы применение положений § 1 гл. 24 ГК РФ. Это означало бы, что налоговый орган, получив права кредитора налогоплательщика, будет вовлечен в гражданские правоотношения. Приобретая статус кредитора, контролирующий орган будет вынужден участвовать в гражданско-правовом споре (в случае оспаривания дебитором условий договора или размера задолженности), то есть выполнять несвойственные ему функции. Иными словами, предлагавшиеся изменения не решали бы проблему быстроты и эффективности взыскания, а лишь приводили бы к переложению прав и обязанностей недоимщика-кредитора на налоговый орган.

Обращение взыскания на дебиторскую задолженность налогоплательщика с целью погашения недоимки как мера налогового принуждения предусмотрена в законодательстве некоторых зарубежных стран. Например, по законодательству Казахстана и Беларуси допускается возможность бесспорного списания налоговыми органами сумм, равных дебиторской задолженности налогоплательщика, со счетов дебиторов.

Так, в ст. 123 *Налогового кодекса Республики Казахстан*¹³ установлены обязанность налогоплательщика представлять в налоговый орган список дебиторов с указанием сумм дебиторской задолженности и право налогового органа провести налоговую проверку налогоплательщика по вопросу определения взаиморасчетов между ним и его дебиторами, в отношении которых налоговые органы также вправе провести самостоятельную налоговую проверку. На основании акта сверки взаиморасчетов или акта проверки дебитора, подтверждающего сумму дебиторской задолженности, налоговый орган выставляет на банковские счета дебитора инкассовые распоряжения о взыскании суммы налоговой задолженности налогоплательщика.

Положения о взыскании налога, сбора (пошлины), пени за счет средств дебиторов пла-

тельщика (иного обязанного лица) — организации закреплены в ст. 58 *Налогового кодекса Республики Беларусь*¹⁴. Взыскание производится в бесспорном порядке на основании решения руководителя (его заместителя) налогового органа по месту постановки на учет плательщика. Решение налогового органа о взыскании налога за счет средств дебиторов выносится в отношении одного или нескольких дебиторов плательщика на основании документа, подтверждающего наличие дебиторской задолженности. Как видим, в данном случае механизм принудительного взыскания, используемый в публичных правоотношениях с целью взимания налогов, распространяется на субъектов, являющихся контрагентами налогоплательщика в гражданских правоотношениях.

Осуществлять взыскание долга, вытекающего из гражданско-правовых отношений, в отсутствие определенно выраженного согласия должника допустимо не иначе как по решению суда. Это очевидно вытекает из ст. 35 Конституции Российской Федерации, в соответствии с которой никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда.

Полагаем, что в ответ на противоправное поведение налогоплательщика, выражающееся в неуплате налога, уполномоченный государственный орган меры принуждения, в том числе связанные с обращением взыскания на дебиторскую задолженность, должен применять непосредственно к налогоплательщику, но не к дебитору. Применяемые в связи с неуплатой налога меры принуждения в налоговом праве не должны выходить за пределы налогового правоотношения. Поэтому такая мера принуждения, как взыскание дебиторской задолженности с целью погашения недоимки, если и может быть предусмотрена в НК РФ (иногда это единственная реальная возможность защитить интересы бюджета), то применяться должна к самому налогоплательщику.

Из сказанного можно сделать следующие **предварительные выводы**.

¹³ Кодекс Республики Казахстан «О налогах и других обязательных платежах в бюджет» (Налоговый кодекс) от 25 декабря 2017 г. № 120-VI ЗРК // URL: <http://kgd.gov.kz/ru/content/nalogovyy-kodeks-rk> (дата обращения: 26 июня 2018 г.).

¹⁴ Налоговый кодекс Республики Беларусь (общая часть) от 19 декабря 2002 г. № 166-3 // URL: http://www.nalog.gov.by/ru/TAX_CODE_RU/ (дата обращения: 26 июня 2018 г.).

1. Восстановительная мера принуждения, выражающаяся во **взыскании налоговыми органами** недоимки по платежам в бюджет за счет суммы дебиторской задолженности недоимщика непосредственно с дебитора, была известна советскому и российскому законодательству до 1997 г. (до отмены соответствующих прав налоговых органов ввиду утраты юридической силы нормативным актом, установившим данную меру).
2. Действующие НК РФ и Закон об исполнительном производстве не запрещают взыскание налогов, пеней и штрафов за счет дебиторской задолженности. Однако существующий порядок взыскания неэффективен и нуждается в совершенствовании. Предлагавшиеся в 2001 г. изменения в налоговом законодательстве, выражающиеся в возможности перехода **к налоговым органам на основании закона права требования налогоплательщика к третьему лицу**, небесспорны.
3. Подход, в соответствии с которым допускается возможность бесспорного списания налоговыми органами сумм, равных дебиторской задолженности налогоплательщика, со счетов дебиторов, недопустим в отношении субъектов, не являющихся сторонами налоговых правоотношений.
4. Согласно ст. 76 Закона об исполнительном производстве для обращения взыскания на дебиторскую задолженность судебный пристав-исполнитель выносит постановление, обязывая дебитора внести (перечислить) денежные средства на указанный в постановлении депозитный счет подразделения судебных приставов. В случае невнесения (неперечисления) дебитором денежных средств на депозитный счет дебиторская задолженность реализуется с торгов без его согласия, что является вмешательством в сферу его имущественных интересов. Очевидно, что законодатель, предусматривая соответствующие полномочия судебного приста-

ва-исполнителя, исходил из необходимости защиты интересов взыскателей, которые вправе претендовать на получение долга за счет любого имущества (имущественных прав) должника, в том числе находящихся у третьих лиц.

Следует отметить, что действующим законодательством и судебной практикой допускается возможность обращения взыскания на имущество должника, находящееся во владении третьих лиц (в том числе в залоге), в случае отсутствия или недостаточности у него иного имущества для погашения обязательств (то есть когда данный способ является единственным для защиты прав взыскателя). При этом правом заявлять в суд соответствующие требования обладает не только взыскатель как лицо, непосредственно заинтересованное в применении данной меры, но и судебный пристав-исполнитель.

Следует отметить, что ст. 278 ГК РФ предусматривает возможность обращения взыскания на земельные участки по обязательствам собственника. Верховным Судом РФ была выработана позиция, в соответствии с которой обращение взыскания на земельные участки в рамках исполнительного производства допускается только на основании решения суда, правом заявить в суд соответствующее требование обладает не только взыскатель, но и судебный пристав-исполнитель. По мнению ВС РФ, и взыскатель, и судебный пристав-исполнитель являются лицами, заинтересованными в применении данной меры принудительного исполнения¹⁵.

Практика арбитражных судов в округах с учетом разъяснений ВС РФ идет по пути, в соответствии с которым право обращать взыскание на имущество в виде земельного участка (при отсутствии или недостаточности у должника иного имущества), для удовлетворения требований взыскателя в том числе, принадлежит судебному приставу-исполнителю¹⁶. При этом суды подчеркивают, что данное право судебного

¹⁵ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17 ноября 2015 г. № 50 «О применении судами законодательства при рассмотрении некоторых вопросов, возникающих в ходе исполнительного производства» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 1.

¹⁶ Постановление ФАС ВСО от 3 октября 2016 г. по делу А33-17751/2015 ; постановление ФАС ЗСО от 5 июня 2012 г. по делу А67-5166/2011 ; постановление ФАС МО от 7 ноября 2017 г. по делу А41-28998/2017 ; постановление ФАС СЗО от 31 марта 2017 г. по делу А56-21731/2016.

пристава-исполнителя соответствует задачам исполнительного производства, которыми являются, в частности, правильное и своевременное исполнение судебных актов, актов других органов и должностных лиц в целях защиты нарушенных прав, свобод и законных интересов граждан и организаций¹⁷.

Проблема принудительного взыскания недоимки по налогам за счет дебиторской задолженности налогоплательщика связана с необходимостью получения судебного акта, подтверждающего данную задолженность и служащего основанием для возбуждения исполнительного производства в отношении дебитора. С точки зрения соблюдения баланса частных и публичных интересов в данном случае наиболее приемлем механизм взыскания дебиторской задолженности в судебном порядке по обращению судебного пристава-исполнителя. То есть, по нашему мнению, в Закон об исполнительном производстве следует внести изменения, наделив судебного пристава-исполнителя полномочиями по **взысканию в судебном порядке соответствующей суммы дебиторской задолженности с дебитора**.

Полагаем, что данный механизм наиболее приемлем потому, что, **во-первых**, необходимо учитывать положения Конституции РФ, допускающие взыскание долга, вытекающего из гражданско-правовых отношений, в отсутствие определенно выраженного согласия должника

не иначе как по решению суда (ст. 55). **Во-вторых**, именно судебный пристав-исполнитель Законом об исполнительном производстве наделен полномочиями по истребованию любой информации, необходимой для осуществления исполнительного производства, соответственно, он имеет реальную возможность подготовить обращение в суд о взыскании дебиторской задолженности с дебитора и в дальнейшем оперативно осуществить взыскание за счет его денежных средств или имущества.

Таким образом, считаем необходимым изменить ч. 2 ст. 76 Закона об исполнительном производстве, изменения изложить следующим образом:

«2. Обращение взыскания на дебиторскую задолженность производится:

1) при наличии согласия взыскателя — путем внесения (перечисления) дебитором дебиторской задолженности на депозитный счет подразделения судебных приставов-исполнителей;

1.1) в случае невнесения (неперечисления) дебитором дебиторской задолженности на депозитный счет подразделения судебных приставов-исполнителей — путем взыскания судебным приставом-исполнителем суммы дебиторской задолженности с дебитора в судебном порядке».

Нормы о реализации дебиторской задолженности на торгах предлагается исключить.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Береснев А. Н. Обращение взыскания на дебиторскую задолженность: сомнительная правовая конструкция // Законы России: опыт, анализ, практика. — 2013. — № 5. — С. 49—52.
2. Лебедев К. Понятие, правовой режим и механизм реализации дебиторской задолженности // Хозяйство и право. — 1999. — № 4. — С. 35—42.

Материал поступил в редакцию 4 июля 2018 г.

¹⁷ Постановление ФАС ДО от 5 апреля 2018 г. № Ф03-1026/2018.

REPAYMENT OF AN OUTSTANDING DEBT THROUGH TAX RECEIVABLES OF THE TAXPAYER: DO WE NEED TO AMEND THE LEGISLATION?

EFREMOVA Ekaterina Sergeevn, PhD in Law, Associate Professor of the Department of Commercial, Entrepreneurial and Financial Law of the Law Institute of the Siberian Federal University, Doctoral Student of the Department of Administrative and Financial Law of the St. Petersburg State University
Efremova1977@list.ru
660036, Russia, Krasnoyarsk, ul. Akademgorodok, d. 24a

Abstract. *The paper analyzes the use of imposing restorative measures of coercion on taxpayers having tax debts in the form of recovery of arrears from the amounts due to the outstanding debtor by his or her debtors. The author has examined the history of the institution of foreclosure on accounts receivable of the taxpayer in the domestic tax legislation of the 20th century and at the present stage, the experience of this institution's functioning under the laws of Kazakhstan and Belarus, has analyzed the rules governing the foreclosure on accounts receivable under the Federal Law «On Enforcement Proceedings.»*

On the basis of the study, the author concludes that the current procedure for collecting receivables is ineffective and proposes to empower tax authorities to apply this measure of coercion directly to debtors are criticized, since they are not participants of tax relations.

The author suggests that the Federal Law «On Enforcement Proceedings» be supplemented with additional rules providing for the right of the bailiff to appeal to the court to recover the amount of receivables from the debtor and for the subsequent application of the general rules of enforcement proceedings to the debtor.

Keywords: *debtor, coercive measures, account receivables, collection of arrears, enforcement proceedings.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Beresnev A. N. Obrashchenie vyzskaniya na debitorskuyu zadolzhennost': somnitel'naya pravovaya konstrukciya // Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika. — 2013. — № 5. — S. 49—52.
2. Lebedev K. Ponyatie, pravovoj rezhim i mekhanizm realizacii debitorskoj zadolzhennosti // Hozyajstvo i pravo. — 1999. — № 4. — S. 35—42.

Российская доктрина Коэна: проблемы исчисления расходов и вычетов в отсутствие надлежащих документов

Аннотация. Приводятся сведения о зарубежной судебной доктрине Коэна (Cohan rule), которая происходит из судебного дела 1930 г. с участием Джорджа Коэна, бродвейского театрального менеджера и продюсера. Данная доктрина, актуальная в налоговом праве США и в настоящее время, не исключает применения налогоплательщиком приблизительной суммы расходов при исчислении подоходных налогов в случае отсутствия документов о расходах. Сделан вывод о том, что в отечественном нормативном регулировании имеет место сходный подход, в том числе фиксированный вычет по ст. 221 НК РФ для индивидуальных предпринимателей. Предлагается ввести сходное нормативное регулирование применительно к налогу на прибыль организаций.

Ключевые слова: налоговый контроль, налоговая выгода, подоходные налоги, расходы, вычеты, оценка, налоги, документы, доходы.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.101.4.048-054

В настоящее время относительно распространена ситуация, когда налогоплательщик (коммерческая организация, индивидуальный предприниматель) приобретает у некоторого поставщика для использования в своей предпринимательской деятельности товары (работы, услуги, сырье) и, соответственно, применяет в связи с данным приобретением вычеты по НДС и учитывает расходы по налогу на прибыль организаций (или прочим подоходным налогам). В рамках налогового контроля налоговый орган приходит к выводу о том, что поставщик, указанный в представленных к проверке документах, в действительности указанные товары (работы, услуги, сырье) не поставлял и оплату за них не получал. При этом само по себе получение контролируемым нало-

гоплательщиком товаров (работ, услуг, сырья) под сомнение не ставится, но налоговый орган считает, что налогоплательщик не имеет права на ранее примененные им вычеты по НДС и на расходы по налогу на прибыль организаций. Тем самым НДС при реализации подобных товаров фактически становится налогом с продаж, а налог на прибыль организаций — налогом на выручку (на валовый доход). Важность проблемы неявно признается и В. Д. Зорькиным: для таких заявителей, как организации, наиболее насущными являются вопросы уплаты налога на прибыль и НДС. Как правило, это касается элементов, от которых зависит объем налоговых обязательств: затраты по налогу на прибыль, вычеты по НДС, пониженные налоговые ставки¹.

¹ Зорькин В. Д. Конституционный Суд России: доктрина и практика : монография. М., 2017. С. 280.

© Попкова Ж. Г., 2019

* Попкова Жанна Георгиевна, старший преподаватель кафедры государственно-правовых дисциплин Российского государственного университета правосудия (Приволжский филиал РГУП) zhporokova@rambler.ru
603022, Россия, г. Нижний Новгород, пр. Гагарина, д. 17а

Описанная ситуация лишения налогоплательщиков права на учет расходов и вычетов противоречит, в частности, п. 3 ст. 3 НК РФ: налоги и сборы должны иметь экономическое основание и не могут быть произвольными. Как отражение данного требования, в соответствии с пп. 7 п. 1 ст. 31 НК РФ налоговые органы вправе определять суммы налогов, подлежащие уплате налогоплательщиками в бюджетную систему Российской Федерации, расчетным путем на основании имеющейся у них информации о налогоплательщике, а также данных об иных аналогичных налогоплательщиках в случаях отказа налогоплательщика допустить должностных лиц налогового органа к осмотру производственных, складских, торговых и иных помещений и территорий, используемых налогоплательщиком для извлечения дохода либо связанных с содержанием объектов налогообложения; непредставления в течение более двух месяцев налоговому органу необходимых для расчета налогов документов; отсутствия учета доходов и расходов, учета объектов налогообложения; ведения учета с нарушением установленного порядка, приведшего к невозможности исчислить налоги.

Однако на практике зачастую превалирует именно указанный подход налоговых органов, который фактически поддерживается судами. Это косвенно подтверждается в определении КС РФ от 26 ноября 2018 г. № 3044-О². В основном данный судебный акт представляет интерес тем, что им фактически исключено самостоятельное обжалование в КС РФ постановлений

пленумов ВС РФ и ВАС РФ как актов толкования закона. Данная позиция КС РФ подвергается определенной критике³. Но, разумеется, это не означает, что не может быть проверена конституционность норм законодательства в смысле, приданном им судебной практикой, в том числе и основанной на постановлении Пленума ВАС РФ от 12 октября 2006 г. № 53⁴.

Однако акты арбитражных судов и ВС РФ, которые стали основанием для обращения заявителя в КС РФ (по делу № А27-19064/2015: акционерное общество «Институт по проектированию предприятий горнорудной промышленности «Сибгипроруда»» против инспекции Федеральной налоговой службы по Центральному району г. Новокузнецка Кемеровской области, об оспаривании решения по результатам выездной налоговой проверки с доначислениями НДС и налога на прибыль организаций) были основаны именно на постановлении Пленума ВАС РФ от 12 октября 2006 г. № 53; в них рассматривалась ситуация неизвестности реального поставщика и реального получателя оплаты.

В «отказном» определении ВС РФ от 10 мая 2017 г. № 304-КГ17-3993⁵ отмечается, что основанием для вынесения налоговым органом оспариваемого решения послужили выводы инспекции о неправомерном отнесении заявителем затрат к расходам, уменьшающим налогооблагаемую прибыль, а также о необоснованном применении налоговых вычетов по НДС по хозяйственным операциям с обществами с ограниченной ответственностью «СибирьМегаТрейд» и «Империял-НК» (выполнение про-

² Определение Конституционного Суда РФ от 26.11.2018 № 3044-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы акционерного общества «Институт по проектированию предприятий горнорудной промышленности «Сибгипроруда» на нарушение конституционных прав и свобод положениями статьи 6 Федерального конституционного закона «Об арбитражных судах в Российской Федерации», статей 71, 170, 271, 289 и 291.8 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, статей 110 и 122 Налогового кодекса Российской Федерации, постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды»» // Документ опубликован не был.

³ *Зарипов В. М.* Можно ли оспаривать постановления пленумов высших судов? // URL: https://zakon.ru/blog/2019/01/03/mozhno_li_osparivat_postanovleniya_plenumov_vysshih_sudov_76587 (дата обращения: 06.01.2019).

⁴ Постановление Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды» // Вестник ВАС РФ. 2006. № 12.

⁵ Определение Верховного Суда РФ от 10.05.2017 № 304-КГ17-3993 по делу № А27-19064/2015 // Документ опубликован не был.

ектных работ по договорам подряда). При этом судья ВС РФ, поддерживая позицию ИФНС и арбитражных судов, отметил, что арбитражные суды исходили из доказанности налоговым органом обстоятельств того, что у общества отсутствовали реальные хозяйственные отношения с вышеназванными контрагентами, которым в действительности спорные работы не выполнялись. Таким образом, у заявителя отсутствовали права на вычеты по НДС; а также, поскольку суды не установили факта несения обществом соответствующих (по величине и по периоду) расходов, отсутствовали права на расходы по налогу на прибыль организаций.

Таким образом, следует полагать, что в настоящее время в ситуации реальности самой поставки товаров (работ, услуг, сырья), но неизвестности реального поставщика и реального получателя оплаты арбитражные суды в большинстве случаев поддерживают именно полное лишение налогоплательщика соответствующих вычетов (расходов) по данной поставке, мотивируя свой подход постановлением Пленума ВАС РФ от 12 октября 2006 г. № 53.

В связи с этим интересно мнение Судьи Матшера к Постановлению ЕСПЧ от 25 февраля 1993 г. по делу «Функе против Франции»: в соответствии с налоговым законодательством (в области собственно налогообложения, таможи, контроля за валютными операциями) на лицо, не предъявившее требуемых деклараций или подтверждающих документов в сроки, установленные законом (или администрацией), налагается возрастающий «разумный» штраф либо его финансовые обязательства перед налоговыми органами оцениваются (также «разумно») соответствующими органами. Сам по себе данный факт не противоречит ни требованиям

справедливого разбирательства, ни презумпции невиновности (в том смысле, что никто не обязан свидетельствовать против самого себя). Здесь интересна трактовка того, что значит «разумная» оценка финансовых обязательств налогоплательщика соответствующими органами? Если такая оценка должна в итоге дать тот же результат, что и расчет налогов при должном ведении учета и наличии документов о расходах, то тогда, очевидно, никакого смысла в ведении учета и в наличии документов нет.

Не менее примечательно мнение Д. Ларо⁶, который отмечал, что зачастую налогоплательщики не могут представить документальные доказательства в подтверждение торговых или коммерческих расходов (например, счета, оплаченные чеки или выписки с банковских счетов), но могут доказать, что они все-таки понесли некоторые торговые или коммерческие расходы. В таком случае в соответствии с доктриной Коэна суды могут разрешить вычет приблизительной суммы расходов, если это не запрещено какими-либо конкретными законодательными нормами⁷. При этом, поскольку в США не установлен НДС (хотя предусмотрены акцизы и налог с продаж), Д. Ларо, очевидно, приводил сведения о расходах по подоходным налогам.

Таким образом, рассматриваемая отечественная ситуация реальности самой поставки товаров (работ, услуг, сырья), но неизвестности действительного поставщика и действительного получателя оплаты может быть изучена с точки зрения зарубежной доктрины Коэна, которая не исключает применения приблизительной суммы расходов при исчислении подоходных налогов.

В русскоязычных источниках сведений об этой доктрине немного⁸. Зарубежные источники⁹ проясняют, что доктрина (правило) Коэна (Cohan

⁶ Судья налогового суда США, неоднократно участвовавший в научных конференциях по налоговому праву в России.

⁷ Ларо Д. Актуальные налоговые споры в США // Налоговед. 2012. № 6. С. 79.

⁸ Брукс Д. Бизнес-приключения. 12 классических историй Уолл-стрит. СПб., 2015. Глава «Федеральный подоходный налог. История и странности». С. 149—154.

⁹ The Cohan Rule // URL: <https://www.taxinglessons.com/the-cohan-rule/>; URL: <https://www.murrayrobertscpa.com/articles/the-cohan-rule>; URL: <http://www.kayatax.com/cohen-rule/>; URL: https://www.law.cornell.edu/wex/cohan_rule; Estimates and the Cohan Rule // URL: <https://www.thetaxadviser.com/issues/2009/oct/estimatesandthecohanrule.html>; Cohan Rule Law and Legal Definition // URL: <https://definitions.uslegal.com/c/cohan-rule/>; What is the Cohan Rule? // URL: <https://www.successtaxrelief.com/blog/irs-audit/what-is-the-cohan-rule/> (дата обращения: 13.01.2019).

rule) происходит из судебного дела 1930 г. с участием Джорджа Козна¹⁰, американского певца, композитора, продюсера и театрально-менеджера (George M. Cohan, Petitioner, vs. Commissioner of Internal Revenue¹¹). У Дж. Козна не было подтверждения расходов, которые он указал в налоговых декларациях 1920 и 1921 гг.; налоговая служба полностью отказала в учете расходов. Американский суд в целом согласился с тем, что если расходы действительно понесены, то они должны быть учтены при исчислении налога. Соответственно, Козн выиграл судебный процесс против Службы внутренних доходов, что позволило ему вычесть для целей федерального подоходного налога расходы на поездки и развлечения, хотя он не мог с уверенностью их документировать. Но особый интерес представляет то, что сумма расходов, которые в настоящее время могут быть разрешены американским судом к учету при исчислении налога, как правило, меньше, чем сумма реально понесенных расходов (не более минимально возможной для подобных расходов). Доктрина Козна оставалась в фактически неизменном виде несколько десятилетий, однако сейчас она вообще не применяется к расходам некоторых видов. В частности, сегодня Дж. Козн, скорее всего, получил бы отрицательный судебный результат, поскольку понесенные им расходы в соответствии с действующей с 1962 г. редакцией Кодекса внутренних доходов США подлежат исключительно документальному обоснованию.

Судебная доктрина, выработанная более 90 лет назад, и в наши дни продолжает применяться американскими судами — с учетом современных реалий и нормативных корректировок. Представляется, что ее исследование в науке российского налогового права является перспективным направлением, но, очевидно, оно не может быть должным образом осуществлено в рамках одной статьи.

Особый интерес представляет то, что данная доктрина в США применяется к ситуациям, весь-

ма сходным с отечественными, отличающимися относительной массовостью. При этом одной из очевидных особенностей доктрины Козна является то, что она делает надлежащее ведение учета расходов плательщиком экономически выгодным, так как отсутствие документов на расходы (или ненадлежащие документы на расходы) если и дает возможность учета расходов при исчислении налога, то, как правило, в меньшей сумме, чем при их надлежащем учете.

В российском законодательстве существуют некоторые аналоги доктрины Козна, в том числе фиксированный профессиональный вычет для индивидуальных предпринимателей (п. 1 ст. 221 НК РФ): если налогоплательщики не в состоянии документально подтвердить свои расходы, связанные с деятельностью в качестве индивидуальных предпринимателей, профессиональный налоговый вычет производится в размере 20 % общей суммы доходов, полученной индивидуальным предпринимателем от предпринимательской деятельности. И хотя 20 % от общей суммы доходов в настоящее время выглядят крайне скромно, данная норма работает в том же ключе, как и американская доктрина Козна. Во всяком случае, в силу презюмируемой возмездности гражданских правоотношений (в том числе п. 3 ст. 423 ГК РФ), приобретение товаров (работ, услуг, сырья), в отсутствие иных сведений, должно признаваться возмездным, осуществленным по рыночным ценам.

Вышеупомянутое положение пп. 7 п. 1 ст. 31 НК РФ также частично направлено на разрешение ситуаций, связанных с отсутствием (недостоверностью) документов, подтверждающих расходы. В то же время, как представляется, данная норма предполагает совершенно иную «философию»: в частности, она не исключает полное предоставление налогоплательщику расходов в условиях недостоверности соответствующих документов или даже в их отсутствие. В частности, как полагают специалисты¹², в актуальном некоторое время назад постановлении Прези-

¹⁰ URL: https://ru.wikipedia.org/wiki/Кохан,_Джордж ; https://en.wikipedia.org/wiki/George_M._Cohan (дата обращения: 06.01.2019).

¹¹ URL: <http://pegasus.cc.ucf.edu/~bandy/cohan.htm> ; Cohan v. Commissioner // URL: <https://www.ravellaw.com/opinions/9bc4a387123d61ae425e0f418be8b53e> (дата обращения: 06.01.2019).

¹² Сосновский С. А., Григорьев В. В., Кононов В. И. Определение величины расходов расчетным путем (методом): соотношение подходов по налогу на прибыль и НДФЛ // Налоговед. 2017. № 9. С. 65.

диума ВАС РФ от 3 июля 2012 г. № 2341/12¹³ (правовая позиция которого, как представляется, уже преодолена на уровне арбитражной практики и положениями ст. 54.1 НК РФ), имеются признаки применения судом пп. 7 п. 1 ст. 31 НК РФ. Высказывалось мнение, что предложенное в постановлении Президиума ВАС РФ № 2341/12 решение проблемы привело к безнаказанному злоупотреблению по налогу на прибыль с использованием «фирм-однодневок»¹⁴.

При этом можно напомнить, что в силу универсального положения п. 4 ст. 1 ГК РФ никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения. Аналогичным образом в определении ВС РФ от 26 сентября 2017 г. № 305-КГ17-6981¹⁵ (процитировано в Обзоре судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 5¹⁶) разъяснено, что в силу вытекающего из ч. 3 ст. 17 Конституции РФ запрета злоупотребления правом никто не вправе извлекать преимущество (выгоду) из своего недобросовестного поведения. Общеправовой принцип добросовестного поведения определяет пределы осуществления субъективных прав налогоплательщиками.

Соответственно, идея о том, что налогоплательщик, не ведущий должный налоговый учет и представляющий к проверке недостоверные документы, вправе рассчитывать на те же налоговые обязательства, что и налогоплательщик, надлежащим образом исполняющий указанные обязанности, не может быть поддержана, поскольку она предполагает извлечение преимущества из недобросовестного поведения. Рассмотренный выше мировой опыт не предполагает, что ненадлежащее ведение учета может пресекаться исключительно штрафными мерами.

Кроме того, следует полагать, что пп. 7 п. 1 ст. 31 НК РФ содержит в себе ряд внутренних противоречий, вследствие чего он не стал полноценным инструментом защиты прав налогоплательщиков¹⁷. В частности, ни из НК РФ, ни из практики применения указанной выше нормы прямо не следует, в каком именно налоговом периоде налогоплательщик вправе учесть расходы, документы на которые у него отсутствуют (или являются недостоверными). По отношению к вычетам по НДС пп. 7 п. 1 ст. 31 НК РФ уже давно «заблокирован» на уровне судебной практики (в том числе п. 8 постановления Пленума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. № 57), при этом обоснование «блокировки» достаточно неоднозначно. В итоге следует полагать, что в настоящее время применение пп. 7 п. 1 ст. 31 НК РФ и в отношении подоходных налогов на практике существенно ограничено, с обоснованием как посредством постановления Пленума ВАС РФ от 12 октября 2006 г. № 53, так и ст. 54.1 НК РФ.

На этом фоне представляется перспективным развитие идей, заложенных в п. 1 ст. 221 НК РФ (возможно, с учетом зарубежных наработок в рамках доктрины Коэна). В частности, возможно закрепление сходных норм в налоге на прибыль организаций, с условием увеличения стандартного 20 %-го вычета до более-менее разумных в настоящее время значений, например до 60 %. Подобные предложения уже высказывались в литературе¹⁸, но их актуальность, как представляется, по вышеизложенным причинам возросла.

Одновременно можно отметить, что многие налогоплательщики, скорее всего, данные предложения не поддержат, а предпочтут «возрождение» практики, основанной на постановлении Президиума ВАС РФ от 3 июля 2012 г.

¹³ Постановление Президиума ВАС РФ от 03.07.2012 № 2341/12 по делу № А71-13079/2010-А17 // Вестник ВАС РФ. 2012. № 11.

¹⁴ *Зарипов В. М., Селиванов А. С., Фадеев Д. Е.* Налоговая выгода: кодификация и перезагрузка. М. : ТПП, 2016. С. 22.

¹⁵ Определение Верховного Суда РФ от 26.09.2017 № 305-КГ17-6981 по делу № А41-12803/2016 // Документ опубликован не был.

¹⁶ Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 5 (2017) (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 27.12.2017) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2018. № 12.

¹⁷ *Попкова Ж. Г.* Статья 54.1 НК РФ, налоговая выгода и расчетный метод определения суммы налога: проблемы взаимодействия // Вестник арбитражной практики. 2018. № 5. С. 62—72.

¹⁸ *Тютин Д. В.* Налоговое право : курс лекций // СПС «КонсультантПлюс», 2017 (дата обращения: 06.01.2019).

№ 2341/12, поскольку получение полной суммы расходов в условиях отсутствия (недоверности) документов очевидно более выгодно, чем получение их части на основании п. 1 ст. 221 НК РФ или его аналога. В то же время существующая ситуация, следует полагать, выгодна налоговым органам, поскольку практика применения налогового законодательства в отношении массовой ситуации неизвестности реального поставщика товаров (работ, услуг, сырья) и неизвестности реального получателя оплаты

фактически позволяет полностью лишать налогоплательщика вычетов по НДС и расходов по налогу на прибыль организации (НДФЛ и подобным налогам). Предлагаемое же развитие идей, заложенных в п. 1 ст. 221 НК РФ, в определенной мере позволит признать серьезность и массовость ситуации, а также выработать некий консенсус относительно суммы расходов, подлежащих учету в описанных условиях, а также сделать надлежащее ведение учета плательщиком экономически выгодным.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Брукс Д. Бизнес-приключения. 12 классических историй Уолл-стрит. — СПб. : Азбука-Бизнес, Азбука-Аттикус, 2015. — 544 с.
2. Зарипов В. М. Можно ли оспаривать постановления пленумов высших судов? // URL: https://zakon.ru/blog/2019/01/03/mozhno_li_osparivat_postanovleniya_plenumov_vysshih_sudov_76587 (дата обращения: 06.01.2019).
3. Зарипов В. М., Селиванов А. С., Фадеев Д. Е. Налоговая выгода: кодификация и перезагрузка. — М. : ТПП, 2016. — 68 с.
4. Зорькин В. Д. Конституционный Суд России: доктрина и практика : монография. — М. : Норма, 2017. — 591 с.
5. Ларо Д. Актуальные налоговые споры в США // Налоговед. — 2012. — № 6. — С. 70—79.
6. Попкова Ж. Г. Статья 54.1 НК РФ, налоговая выгода и расчетный метод определения суммы налога: проблемы взаимодействия // Вестник арбитражной практики. — 2018. — № 5. — С. 62—72.
7. Сосновский С. А., Григорьев В. В., Кононов В. И. Определение величины расходов расчетным путем (методом): соотношение подходов по налогу на прибыль и НДФЛ // Налоговед. — 2017. — № 9. — С. 62—71.
8. Тютин Д. В. Налоговое право : курс лекций // СПС «КонсультантПлюс», 2017 (дата обращения: 06.01.2019).
9. Cohan Rule Law and Legal Definition // URL: <https://definitions.uslegal.com/c/cohan-rule/> (дата обращения: 13.01.2019).
10. Cohan Rule // URL: <http://www.kayatax.com/cohen-rule/> (дата обращения: 13.01.2019).
11. Estimates and the Cohan Rule // URL: <https://www.thetaxadviser.com/issues/2009/oct/estimatesandthecohanrule.html> (дата обращения: 13.01.2019).
12. The Cohan Rule // URL: <https://www.murrayrobertscpa.com/articles/the-cohan-rule> (дата обращения: 13.01.2019).
13. The Cohan Rule // URL: <https://www.taxinglessons.com/the-cohan-rule/> (дата обращения: 13.01.2019).
14. What is the Cohan Rule? // URL: <https://www.successtaxrelief.com/blog/irs-audit/what-is-the-cohan-rule/> (дата обращения: 13.01.2019).

Материал поступил в редакцию 28 ноября 2018 г.

THE RUSSIAN COHEN DOCTRINE: PROBLEMS IN CALCULATING COSTS AND DEDUCTIONS IN THE ABSENCE OF PROPER DOCUMENTATION

ПОПКОВА Zhanna Georgievna, Senior Lecturer of the Department of State Law Disciplines
of the Russian State University of Justice (Volga Branch of the RSUP)
zhpopkova@rambler.ru
603022, Russia, Nizhny Novgorod, pr. Gagarina, 17a

Abstract. *The article provides information about a foreign judicial doctrine (the Cohen Rule) that originated in the court case of 1930 with the participation of George Cohen, Broadway Theater manager and producer. The doctrine under consideration that is still valid in the US tax law does not exclude the application of the approximate amount of taxpayer's expenses when calculating income taxes in the absence of documents verifying expenses. It is concluded that the domestic regulatory framework applies a similar approach that envisages a fixed deduction for individual entrepreneurs under Article 221 of the Tax Code. It is proposed to introduce a similar regulatory framework for corporate income tax.*

Keywords: *tax regulation, tax benefit, income taxes, expenses, deductions, assessment, taxes, documents, income.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Bruks D. Biznes-priklyucheniya. 12 klassicheskikh istorij Uoll-strit. — SPb. : Azbuka-Biznes, Azbuka-Attikus, 2015. — 544 s.
2. Zaripov V. M. Mozhno li osparivat' postanovleniya plenumov vysshih sudov? // URL: https://zakon.ru/blog/2019/01/03/mozhno_li_osparivat_postanovleniya_plenumov_vysshih_sudov_76587 (data obrashcheniya: 06.01.2019).
3. Zaripov V. M., Selivanov A. S., Fadeev D. E. Nalogovaya vygoda: kodifikatsiya i perezagruzka. — M. : TPP, 2016. — 68 s.
4. Zor'kin V. D. Konstitucionnyj Sud Rossii: doktrina i praktika : monografiya. — M. : Norma, 2017. — 591 s.
5. Laro D. Aktual'nye nalogovye spory v SShA // Nalogoved. — 2012. — № 6. — S. 70—79.
6. Popkova Zh. G. Stat'ya 54.1 NK RF, nalogovaya vygoda i raschetnyj metod opredeleniya summy naloga: problemy vzaimodejstviya // Vestnik arbitrazhnoj praktiki. — 2018. — № 5. — S. 62—72.
7. Sosnovskij S. A., Grigor'ev V. V., Kononov V. I. Opredelenie velichiny raskhodov raschetnym putem (metodom): sootnoshenie podhodov po nalogu na pribyl' i NDFL // Nalogoved. — 2017. — № 9. — S. 62—71.
8. Tyutin D. V. Nalogovoe pravo : kurs lekcij // SPS «Konsul'tantPlyus», 2017 (data obrashcheniya: 06.01.2019).

К. А. Тасалов*

Правовые проблемы российской концепции риск-ориентированного подхода в налоговой сфере

Аннотация. Риск-ориентированный подход, используемый российскими налоговыми органами для планирования контрольных мероприятий, содержит ряд недостатков, которые сокращают его эффективность в части стимулирования комплаенса. Стадии процесса оценки рисков находят отражение в различных правовых актах, не соединенных в какую-либо систему. Правовой механизм, созданный налоговыми органами на подзаконном уровне для оценки рисков, создает предпосылку для нарушения принципов законодательства о налогах и сборах. Этот дефект вызван отсутствием разграничения критериев риска, что порождает вмешательство контролирующих органов в хозяйственную деятельность подконтрольных лиц вне зависимости от соблюдения ими всех общеобязательных правил. Отсутствие требования соответствия контрольного мероприятия выявленному риску позволяет контролирующим органам без достаточного основания проводить обременительные для подконтрольных лиц проверки по всем налогам. Таким образом, правовая конструкция указанного подхода ориентирует правоприменительную практику налоговых органов на нарушение принципов нейтральности налогообложения и баланса частных и публичных интересов. На основе опыта налогового органа Соединенного Королевства (HMRC), который, как и российские налоговые органы, использует риск-ориентированный подход с 2007 г., автор выделяет основные направления развития данного подхода в России. Среди таких направлений, в частности, выделены: консолидация норм, регулирующих процесс применения риск-ориентированного подхода на всех стадиях, в единый нормативный правовой акт подзаконного уровня; устранение латентных критериев налогового риска и рамочное отражение в системе общедоступных критериев всех возможных факторов риска, выявляемых налоговым органом; создание гарантий, обеспечивающих защиту добросовестных лиц от проведения избыточных контрольных мероприятий.

Ключевые слова: комплаенс, механизм правового регулирования, налоговое администрирование, налоговый контроль, налоговый орган, налоговая проверка, оценка риска, риск-ориентированный подход, ФНС России, HMRC.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.101.4.055-061

© Тасалов К. А., 2019

* Тасалов Кирилл Артемьевич, магистр права по программе «Налоговое администрирование, налоговое консультирование и защита прав налогоплательщика», выпускник юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова
kirilltasalov@gmail.com
119991, Россия, г. Москва, Ленинские горы, д. 1, стр. 13

Концепция, позволяющая оценивать налоговые риски, осуществлять отбор лиц для последующего проведения контрольных мероприятий, а также определять оптимальный режим контроля в отношении них (далее — Концепция), является основополагающим элементом российской системы налогового контроля.

Указанная Концепция предопределяет правоприменительную практику контролирующих субъектов, в силу чего выявление дефектов ее правовой конструкции и их устранение представляют собой одно из ключевых направлений развития отечественного механизма правового регулирования в сфере налогового администрирования.

Вместе с тем анализ российской Концепции, внедрение и развитие которой началось с издания приказа Федеральной налоговой службы России от 30.05.2007 № ММ-3-06/333@ «Об утверждении Концепции системы планирования выездных налоговых проверок»¹ (далее — приказ ФНС России), должен производиться с учетом передового опыта иностранных государств и рекомендаций международных организаций в условиях конкуренции России с другими государствами за приток инвестиций.

Основу российской Концепции составляют нормы, закрепленные в приказе ФНС России. Кроме того, различные аспекты деятельности налоговых органов по применению риск-ориентированного подхода освещены в письмах ФНС России² и не имеют достаточной детализации в нормативных правовых актах. Следует подчеркнуть, что в силу этого риск-ориентированный подход российских налоговых органов можно обозначить как Концепцию лишь условно, поскольку его применение обусловлено хаотичной совокупностью нормативных и ненормативных правовых актов.

Важно отметить, что отсутствие единого подзаконного акта ФНС России, регулирующего применение риск-ориентированного подхода,

и связанная с этим бессистемность норм, распределенных во множестве актов, представляет собой один из наиболее существенных дефектов российской Концепции, порождающий препятствие для ее совершенствования.

В развитых правовых системах, в частности в Соединенном Королевстве, развитие риск-ориентированного подхода основано на систематическом внесении изменений в единый нормативный правовой акт налогового органа.

Так, во внутреннем руководстве Департамента по управлению рисками налогового комплаенса³ неминистерского Департамента Правительства Ее Величества по налогам и таможенным пошлинам (англ. — HM Revenue & Customs, HMRC) консолидированы нормы, регулирующие все стадии применения риск-ориентированного подхода: сбора информации о подконтрольном лице для оценки его налогового риска; оценки налогового риска; определения контролирующим органом оптимального режима налогового контроля; взаимодействия налогового органа с подконтрольным лицом для оказания ему помощи в устранении причин, порождающих налоговый риск.

Примечательно, что стадийность объективно присуща процессу применения риск-ориентированного подхода и де-факто проявляется в практике российских контролирующих органов, несмотря на отсутствие выделения стадий на уровне нормативного правового акта.

Целями приказа ФНС России, введившего риск-ориентированный подход в планирование выездных проверок в Российской Федерации, являлись среди прочего повышение налоговой дисциплины налогоплательщиков; обеспечение роста доходов государства за счет увеличения числа налогоплательщиков, добровольно и в полном объеме исполняющих налоговые обязательства. В приказе ФНС России отмечалось, что налогоплательщик за счет открытости Концепции будет понимать, что от прозрачности

¹ Приказ ФНС России от 30.05.2007 № ММ-3-06/333@ «Об утверждении Концепции системы планирования выездных налоговых проверок» // Документы и комментарии. 2007. № 12.

² Например: письма ФНС России от 03.06.2016 № ЕД-4-15/9933@ «Об оценке признаков риска СУР», от 26.01.2017 № ЕД-4-15/1281@ «О направлении разъяснений» (документы опубликованы не были, доступ из СПС «КонсультантПлюс»).

³ Compliance Handbook. HMRC Internal Manual. HM Revenue and Customs // H. M. Government. URL: <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/compliance-handbook/> (дата обращения: 01.05.2018).

его деятельности, полноты исчисления и уплаты налогов в бюджет зависит возможность не включения в план выездных налоговых проверок.

Таким образом, стимулирование налогового комплаенса на основе прозрачности правового механизма оценки рисков представлено в качестве приоритета, достигаемого внедрением Концепции. Примечательно, что сходная цель закреплена и в нормативном правовом акте британского налогового органа⁴.

В то же время анализ правовой конструкции риск-ориентированного подхода, заложенного в приказе ФНС России, позволяет сделать вывод о том, что его положения прямо противоречат заявленной цели.

Рассматриваемый приказ содержит основные критерии налогового риска, которые должны учитываться как налоговыми органами, так и подконтрольными лицами, стремящимися обеспечить налоговый комплаенс.

Отметим, что в приказе ФНС России указаны лишь общедоступные критерии, которые также обозначаются как «основные» критерии для отбора, что косвенно свидетельствует о наличии закрытой для публичного доступа системы критериев риска. Этот вывод подтверждается сотрудниками ФНС России. Если в приказе ФНС России определены только 12 критериев риска в отношении всех налогов, то, например, в своем докладе о работе АСК «НДС» заместитель руководителя ФНС России Д. В. Егоров упоминает 84 критерия, на основании которых оценивается риск налогоплательщика⁵.

Д. М. Щекин отмечает связь «проявлений карательности налогового права» с особенностями субъектов, участвующих в организациях — объектах для потенциального контроля: правоприменительная практика различается для российских организаций с государственным или муниципальным участием, для частных российских организаций и для иностранного бизнеса в России⁶. Следует отметить, что ни один

из общедоступных критериев не указывает на такую взаимосвязь, существующую на практике.

Таким образом, устранение подконтрольным лицом критериев риска, лежащих в основе общедоступных критериев, перечисленных в приказе ФНС России, не исключает его отнесение субъектом налогового контроля к категории высокорисковых по критериям, отсутствующим в открытом доступе.

Представляется, что перечень критериев, находящихся в открытом доступе, должен охватывать все возможные критерии риска, рассматриваемые налоговым органом, хотя такой перечень и может иметь рамочный характер, что обеспечит налоговым органам сохранение достаточной дискреции. Не должны рассматриваться факторы, которые не имеют хотя бы косвенной связи ни с одним из общедоступных критериев. В противном случае снижается стимулирующая роль раскрытия критериев для обеспечения комплаенса: добросовестное лицо, опираясь на них, не может минимизировать свой налоговый риск.

Требование об использовании на практике только таких критериев, которые соответствуют отраженным в нормативном правовом акте ФНС России, не только повысит определенность правоприменительной практики, но и будет стимулировать налоговый орган к поддержанию Концепции в актуальном виде, отражению в системе общедоступных критериев рисков всех связанных с ними нововведений в законодательстве о налогах и сборах.

Кроме того, следует отметить, что зарубежный опыт показывает необходимость разделения критериев налогового риска на два типа⁷ — критериев, основанных на факторах экономической деятельности (далее — экономические критерии), и критериев налогового некомплаенса.

Примерами экономических критериев являются снижение суммы налога на прибыль к уплате вследствие сокращения прибыли в налоговый

⁴ Compliance Handbook. HMRC Internal Manual. HM Revenue and Customs.

⁵ См.: Егоров Д. В. О практике ФНС России при внедрении риск-ориентированного подхода при осуществлении контрольно-надзорной деятельности : доклад. М., 2015. С. 13. URL: <http://www.council.gov.ru/media/files/41d589309a50b0750aaa.pdf> (дата обращения: 22.12.2017).

⁶ Щекин Д. М. Налоговые риски и тенденции развития налогового права / под ред. С. Г. Пепеляева. М. : Статут, 2007. С. 129-136.

⁷ Compliance Handbook. HMRC Internal Manual. HM Revenue and Customs.

период, наличие взаимозависимых лиц, имеющих резидентство в офшорных зонах. На основе выявления подобных критериев налоговый орган может предположить наличие нарушения и увеличить налоговый риск подконтрольного лица.

В то же время критерии налогового некомплаенса связаны наличием уже установленного ранее нарушения.

Разделение критериев на два типа обусловлено необходимостью разграничения правовых последствий, возникающих в связи с их выявлением. Если критерии некомплаенса позволяют налоговому органу при оценке риска непосредственно повысить налоговый риск подконтрольного лица, экономические критерии не должны учитываться напрямую⁸. Налоговый орган, определив наличие экономического критерия риска, должен сначала установить его связь с налоговым некомплаенсом, создать обоснование для предположения о том, что лицо могло допустить противоправное деяние.

Для этого налоговый орган запрашивает у подконтрольного лица необходимую информацию и пояснения к ней. Предоставление таких сведений не составляет обязанность подконтрольного лица и основывается на его собственной воле. Подконтрольное лицо может показать, что наличие экономических критериев риска в его случае не повлекло в действительности возникновение налогового риска, что выявление указанных критериев налоговым органом не свидетельствует о допущенных подконтрольным лицом нарушениях и что их наличие не повлекло некомплаенса.

После того как налоговый орган установил, что наличие экономических критериев не имеет связи с некомплаенсом, он более не может их учитывать при оценке риска лица.

Поэтому любая организация, деятельность которой связана даже со множеством экономических критериев риска, получает возможность сохранения низкого налогового риска и «иммунитет» к налоговым проверкам. Тем самым налоговый орган стимулирует добровольное сотрудничество подконтрольных лиц.

Необходимость подробного описания функционирования правового механизма, содержащегося в зарубежной концепции⁹, связана с тем, что в российской Концепции такой механизм отсутствует. Критерии налогового риска в ней соединены в совокупность без установления какого-либо разграничения между ними.

В результате указанного дефекта российские налоговые органы могут рассматривать экономические критерии риска отдельно от комплаенса подконтрольного лица, в силу чего создается возможность проведения контрольного мероприятия даже в отношении того лица, которое обеспечило налоговый комплаенс. Так, например, налоговый орган может провести проверку по причине недостаточно высокого уровня заработной платы, выплачиваемой подконтрольным лицом своим работникам.

Следует подчеркнуть, что в ст. 1 Закона РФ от 21.03.1991 № 943-1 «О налоговых органах Российской Федерации»¹⁰ и п. 1 ст. 30 Налогового кодекса Российской Федерации¹¹ предмет контроля, осуществляемого налоговыми органами, охватывает следующие аспекты: соблюдение законодательства о налогах и сборах, правильность исчисления, полноту и своевременность уплаты и перечисления обязательных платежей в бюджетную систему страны.

В то же время рассмотренный дефект приказа ФНС России создает предпосылку для необоснованного расширения компетенции налоговых органов до осуществления контроля за хозяйственной деятельностью подконтрольных субъектов.

В силу обременительности выездной проверки по всем налогам для любого подконтрольного лица контролирующие органы получают инструмент воздействия, который может быть использован для понуждения подконтрольных лиц к увеличению размера заработной платы или иному изменению ими своей предпринимательской деятельности.

Подобные действия противоречат законодательству о налогах и сборах, однако позволяют увеличить налоговую базу и, следовательно, суммы налоговых поступлений в бюджеты

⁸ Compliance Handbook. HMRC Internal Manual. HM Revenue and Customs.

⁹ Compliance Handbook. HMRC Internal Manual. HM Revenue and Customs.

¹⁰ Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 15. Ст. 492.

¹¹ Налоговый кодекс РФ (часть первая) от 31 июля 1998 года № 146-ФЗ // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3824.

бюджетной системы. Следует подчеркнуть, что передача налоговым органам полномочий по администрированию страховых взносов с 1 января 2017 г.¹² при наличии изложенного дефекта может дополнительно стимулировать контролирующие органы к ненадлежащему исполнению своих функций и задач, вмешательству в хозяйственную деятельность подконтрольных лиц.

Примечательно, что дефектность правовой конструкции рассматриваемого приказа ФНС России приводит к тому, что корректирование хозяйственной деятельности подконтрольным лицом необязательно влечет снижение налогового риска. Так, увеличение заработной платы под давлением со стороны представителей налогового органа увеличивает расходы организации и, следовательно, сокращает налоговую базу по налогу на прибыль либо создает убыток. В силу этого возникает новый экономический критерий риска, и налоговый орган сохраняет возможность проведения выездной проверки в отношении подконтрольного лица.

Таким образом, ни соблюдение подконтрольным лицом законодательства о налогах и сборах, ни выполнение им действий, направленных на устранение экономических критериев риска, не обеспечивает защиту от проведения в отношении него налоговых проверок.

Отметим, что правоприменительная практика выявила необходимость установления связи между экономическими критериями и налоговым комплаенсом для осуществления оценки риска.

Так, письмо ФНС России от 25.07.2017 № ЕД-4-15/14490@ «О работе комиссии по легализации налоговой базы и базы по страховым взносам»¹³ содержит описание действий, предпринимаемых для так называемой «легализации» налоговой базы.

Контролирующий орган на основании анализа имеющейся информации о финансово-хозяйственной деятельности подконтрольных субъектов осуществляет отбор лиц, в отношении

которых проводятся мероприятия по запросу информации и уточнению сведений на специально создаваемых для этой цели комиссиях. Сотрудники налогового органа формулируют рекомендации по устранению нарушений, допущенных при формировании налоговой базы, а также требования к таким рекомендациям.

Несмотря на то что подобные действия прямо не предусмотрены нормативными правовыми актами, они составляют процесс применения риск-ориентированного подхода. Указанная особенность подтверждает, что стадии в данном процессе следует выделять в силу их объективного наличия, безотносительно их отражения в нормативных актах, и что под российской Концепцией риск-ориентированного подхода следует понимать положения не только приказа ФНС России, но и ненормативных правовых актов.

Следует заимствовать зарубежный опыт в части соединения в едином нормативном правовом акте всех норм¹⁴, регулирующих применение риск-ориентированного подхода, — от стадии сбора информации о подконтрольном лице до определения оптимального режима налогового контроля в отношении такого лица, заканчивающегося на принятии решения о проведении проверки в отношении подконтрольного субъекта.

Более того, потребность в разработке такого консолидированного нормативного правового акта обусловлена необходимостью создания гарантий для подконтрольных субъектов, которые добровольно предоставляют в ходе процесса применения риск-ориентированного подхода всю необходимую информацию о своих действиях, доказывающую обеспечение ими налогового комплаенса.

Взаимодействие с налоговым органом, направленное на обеспечение налоговой прозрачности перед контролирующим субъектом, должно иметь эффект, имеющий сходство с правовыми последствиями установления режима налогового мониторинга в соответствии с нормами НК РФ.

¹² Федеральный закон от 03.07.2016 № 243-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации в связи с передачей налоговым органам полномочий по администрированию страховых взносов на обязательное пенсионное, социальное и медицинское страхование» // СЗ РФ. 2016. № 27 (ч. I). Ст. 4176.

¹³ Документ опубликован не был. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

¹⁴ Compliance Handbook. HMRC Internal Manual. HM Revenue and Customs.

Так, например, низкорисковый статус подконтрольного лица за счет предоставления всех сведений налоговому органу должен полностью исключать возможность проведения выездной проверки на определенный период, а по его истечении предотвращать распространение на лицо какого-либо обременительного режима налогового контроля. Обеспечение подобной гарантии не может основываться на письмах и должно быть осуществлено посредством закрепления в нормативном акте.

Подобный акт позволит урегулировать процедуру запроса информации, направляемого сотрудниками налоговых органов, на предпроверочной стадии, четко артикулировать, что предоставление такой информации не является обязанностью подконтрольных лиц, но влияет на определяемый налоговым органом налоговый риск такого лица и позволяет его снизить по тем критериям, в связи с которыми направляется такой запрос.

В нормативном акте должно быть проведено разграничение режима налогового контроля, устанавливаемого исходя из выявления определенного риска. До тех пор пока сохраняется неопределенность относительно такой дифференциации, предполагающей защиту низкорисковых лиц от проведения выездных проверок, правовой механизм Концепции не может стимулировать обеспечение комплаенса и самостоятельное взаимодействие подконтрольного лица с контролирующим органом.

Более того, следует установить правило об обеспечении пропорциональности контрольного мероприятия, инициируемого налоговым органом, риску, который был им установлен. Пример подобного требования также можно найти при анализе зарубежного опыта¹⁵.

Без подобного ограничения налоговый орган при выявлении риска, например, по налогу на добавленную стоимость может инициировать проверку по налогу на прибыль, налогу на имущество организаций и т.д. Более того, при выявлении любого риска налоговый орган может инициировать выездную проверку по всем налогам, что нарушает баланс частных и публич-

ных интересов, снижает качество аналитической работы налоговых органов на предпроверочной стадии, а при проведении проверки отвлекает финансовые ресурсы налоговых органов на неэффективные мероприятия.

В заключение отметим, что, как подчеркивал С. С. Алексеев, содержание правового регулирования выражается в нескольких направлениях: в упорядочении и закреплении господствующих общественных отношений, в содействии развитию новых общественных отношений, а также в вытеснении определенных общественных отношений — в осуществлении охранительной функции¹⁶.

К настоящему времени функциональная направленность российской Концепции риск-ориентированного подхода избыточно смещена в сторону охранительной функции. Это смещение выражается в правовой неопределенности для подконтрольных лиц и сохранении широкой дискреции у контролирующих органов. Указанная направленность проявляется в использовании налоговыми органами критериев риска, отсутствующих в открытом доступе, что создает целую систему латентных критериев налогового риска. Наличие приоритета охранительной функции подтверждается и отсутствием каких-либо гарантий, защищающих подконтрольные лица от инициирования в отношении них избыточных мероприятий налогового контроля. Более того, значение, уделяемое осуществлению охранительной функции, настолько велико, что правовой механизм, заложенный в приказе ФНС России, расширяет полномочия налоговых органов до осуществления хозяйственного контроля и входит в прямое противоречие с нормами НК РФ.

В то же самое время стимулирование комплаенса должно основываться на других приоритетах — отражении в публичном доступе всей совокупности критериев риска, оцениваемых налоговыми органами, обеспечении гарантий для защиты добросовестных лиц от чрезмерного бремени контроля.

Зарубежный опыт показывает возможность создания контролирующим субъектом эффективного правового механизма оценки налоговых рисков, стимулирующего проактивное вза-

¹⁵ Compliance Handbook. HMRC Internal Manual. HM Revenue and Customs.

¹⁶ Алексеев С. С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М. : Юрид. лит., 1966. С. 11.

имодействие подконтрольных лиц с налоговым органом и основанного на принципах открытости и прозрачности. Представляется, что россий-

ская Концепция должна развиваться в аналогичном направлении в условиях глобальной налоговой конкуренции с зарубежными странами.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Алексеев С. С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. — М. : Юрид. лит., 1966. — 188 с.
2. Егоров Д. В. О практике ФНС России при внедрении риск-ориентированного подхода при осуществлении контрольно-надзорной деятельности : доклад. — М., 2015. — 19 с. — URL: <http://www.council.gov.ru/media/files/41d589309a50b0750aaa.pdf>.
3. Щекин Д. М. Налоговые риски и тенденции развития налогового права / под ред. С. Г. Пепеляева. — М. : Статут, 2007. — 236 с.

Материал поступил в редакцию 29 июня 2018 г.

LEGAL PROBLEMS OF THE RUSSIAN CONCEPT OF RISK-ORIENTED APPROACH IN THE AREA OF TAXATION

TASALOV Kirill Artemevich, LL.M in Tax Administration, Tax Consulting and Protection of Taxpayer Rights, Graduate of the Law Faculty of the Lomonosov Moscow State University
kirilltasalov@gmail.com
119991, Russia, Moscow, ul. Leninskie gory, d. 1, str. 3

Abstract. *A risk-oriented approach used by the Russian tax authorities for planning control activities contains a number of shortcomings that reduce its effectiveness in terms of encouraging compliance. The stages of the risk assessment process are reflected in various legal instruments that are not integrated into any system. The legal mechanism established by the tax authorities at the subordinate level to assess risks creates a prerequisite for violation of the principles of the taxes and fees legislation. This flaw is caused by the lack of differentiation of risk criteria, which leads to the intervention of regulatory authorities in the economic activities of controlled entities, regardless of their compliance with all mandatory rules. The absence of the requirement for compliance of the control activity with the identified risk allows the regulatory authorities to carry out inspections on all taxes without sufficient grounds, which is burdensome for the controlled entities. Thus, the legal structure of this approach encourages the tax authorities to employ the law enforcement practice violating the principles of neutrality of taxation and the balance of private and public interests. Based on the experience of the United Kingdom tax authority (HM Revenues & Customs) that, like the Russian tax authorities, has been using a risk-oriented approach since 2007, the author identifies the main directions of development of this approach in Russia. Among such areas, in particular, the author has highlighted: consolidation of the norms regulating the process of applying the risk-oriented approach at all stages into a single regulatory legal act of the subordinate level; elimination of latent criteria of tax risk and the framework reflection in the system of publicly available criteria of all possible risk factors identified by the tax authority; creation of guarantees ensuring protection of bona fide persons from excessive control measures.*

Keywords: *compliance, legal regulation mechanism, tax administration, tax control, tax authority, tax audit, risk assessment, risk-oriented approach, Federal Tax Service of the RF, HMRC.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Alekseev S. S. Mekhanizm pravovogo regulirovaniya v socialisticheskom gosudarstve. — M. : Yurid. lit., 1966. — 188 s.
2. Egorov D. V. O praktike FNS Rossii pri vnedrenii risk-orientirovannogo podhoda pri osushchestvlenii kontrol'no-nadzornoj deyatel'nosti : doklad. — M., 2015. — 19 s. — URL: <http://www.council.gov.ru/media/files/41d589309a50b0750aaa.pdf>.
3. Shchekin D. M. Nalogovye riski i tendencii razvitiya nalogovogo prava / pod red. S. G. Pepelyaeva. — M. : Statut, 2007. — 236 s.

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ В ИНФОРМАЦИОННОЙ СФЕРЕ

Л. В. Санникова,*
Ю. С. Харитонов**

Новые технологии и право: современный правовой подход к технологии распределенного реестра

Аннотация. В настоящее время ведется активная дискуссия о том, нужно ли создавать правовые механизмы, опосредующие применение новых технологий. Авторы полагают, что цифровизация общественных отношений имеет глобальный характер, меняет устои в обществе и требует разработки адекватного законодательства, основанного на глубоком исследовании происходящих процессов. Доказано, что в первую очередь требуется разработка научной концепции механизма правового регулирования отношений с использованием технологии распределенных реестров (ТРР) в экономической деятельности, в сферах государственного управления и осуществления публичных функций. В статье с опорой на проблемы правоприменительной практики формулируются основные характеристики исследования, которое могло бы, по мнению авторов, дать действительно необходимое государству и обществу правовое решение. Такое исследование позволит сформулировать научно обоснованные предложения по законодательному регулированию общественных отношений с использованием ТРР, которое будет заключаться в выработке правовых режимов объектов отношений, возникающих в результате использования ТРР и обладающих экономической ценностью (цифровые активы, в частности токены, криптовалюты, цифровые права); в определении правовых статусов субъектов, использующих ТРР; в формировании системы показателей оценки использования ТРР в различных сферах общественных отношений; в даче правовой квалификации транзакций в распределенных реестрах и правовых последствий их совершения; в создании целостного правового механизма защиты участников правоотношений с использованием технологий распределенного реестра. Главным результатом предлагаемого исследования станет разработанная научная концепция механизма правового регулирования отношений с использованием ТРР в экономической деятельности, в сферах государственного управления и осуществления

© Санникова Л. В., Харитонов Ю. С., 2019

* Санникова Лариса Владимировна, главный научный сотрудник Института государства и права Российской академии наук, доктор юридических наук, профессор, профессор РАН
7718609@mail.ru

119019, Россия, г. Москва, ул. Знаменка, д. 10

** Харитонов Юлиа Сергеевна, профессор кафедры предпринимательского права Юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова, главный научный сотрудник Института государства и права Российской академии наук, доктор юридических наук, профессор
ovet2009@rambler.ru

119019, Россия, г. Москва, ул. Знаменка, д. 10

публичных функций. В противном случае данная сфера будет страдать от неполного законодательного регулирования с необходимостью постоянного «залатывания дыр», связанных со спешным и необдуманным принятием норм права.

Ключевые слова: цифровизация общественных отношений, цифровая экономика, новые технологии, технология распределенных реестров, блокчейн, междисциплинарные исследования, методология частного права, междисциплинарные методы исследования, инструментальный подход, цифровые активы.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.101.4.062-069

В настоящее время ведется активная дискуссия о том, нужно ли создавать правовые механизмы, опосредующие применение новых технологий. Многие юристы высказываются за то, что создание нормативного регулирования развивающихся общественных отношений преждевременно или вовсе не нужно¹. Однако, по нашему мнению, изменения, происходящие в обществе, — цифровизация общественных отношений — не могут быть исключены из сферы внимания юристов, как ученых, так и практиков.

На примере широко применяемой сегодня в различных бизнес-процессах и в государственном управлении технологии распределенных реестров (TPP) попытаемся сформулировать свое мнение относительно возможных направлений исследования, а также ожидаемых результатов.

Создание и широкое распространение TPP, в том числе блокчейна, привели к коренным изменениям общественного сознания, которые, в свою очередь, нашли отражение как в экономике (мировой и национальной), так и в сфере государственного управления. Эти изменения нуждаются в осмыслении юридическим сообществом и в адекватном правовом оформлении, которое, с одной стороны, оградило бы общество от рисков, связанных с использованием TPP, а с другой — обеспечило наиболее полную реализацию TPP в различных сферах общественных отношений.

Легализация применения TPP позволит улучшить качество предоставляемых государственных услуг, стабилизировать ситуацию на финансовом рынке, оптимизировать бизнес-процессы, что в целом укрепит доверие в обществе.

В связи с этим, полагаем, с точки зрения фундаментальной науки основной задачей должно стать создание правовых возможностей для легального использования технологии распределенных реестров в экономической деятельности и государственном управлении для введения в имущественный оборот результатов их применения, а в правовом смысле речь должна идти об обеспечении защиты прав и законных интересов субъектов, использующих технологии распределенных реестров.

Решение данной научной задачи возможно путем разработки механизма правового регулирования отношений с использованием TPP в экономической деятельности, в сферах государственного управления и осуществления публичных функций.

Фундаментальный характер поставленной таким образом научной задачи обуславливает необходимость проведения комплексного, междисциплинарного и межотраслевого исследования с участием представителей математической, философской, экономической, юридической наук.

Это представляется чрезвычайно важным. Объединение специалистов, принадлежащих к различным научным дисциплинам, позволит наиболее полно и адекватно действительности создать правовые инструменты для применения TPP и оборота объектов, созданных при использовании данной технологии.

Следует подчеркнуть, что в современной литературе, как отечественной, так и зарубежной, отсутствуют комплексные междисциплинарные исследования на монографическом уровне, посвященные правовому регулированию отношений с использованием TPP.

¹ См. подробнее: Нужно ли регулировать биткоин? // Закон. 2017. № 9. С. 20—33.

В качестве главного источника и отправной точки исследований в данном направлении необходимо указать знаменитую статью Satoshi Nakamoto «Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System», которая и вызвала интерес в мировом сообществе к технологии блокчейн, являющейся разновидностью TPP. В связи с этим основное внимание российских и зарубежных ученых сконцентрировано именно на блокчейне, получившем наиболее широкое распространение. В зарубежной литературе можно найти работы, в которых рассматриваются отдельные проблемы использования TPP². Однако предметом большинства исследований зарубежных авторов является именно блокчейн³. В отечественной литературе также преобладают работы, посвященные блокчейну. При этом нельзя не отметить преимущественно научно-популярный характер многих книг⁴. Отдельные аспекты использования блокчейн-технологий рассмотрены в монографиях А. Ю. Быкова⁵ и А. И. Савельева⁶. Нельзя не отметить и ряд статей по данной проблематике⁷.

Следует подчеркнуть, что подавляющее большинство научных работ посвящено отдельным аспектам применения TPP, связанным с регулированием новых правовых явлений, таких как криптовалюты (преимущественно биткоин), токены, смарт-контракты и т.д. В то же время во всех приведенных работах, а также во многих иных, которые появляются с завидным постоянством, нет пока комплексного анализа сложившегося положения вещей, а также не выработано представление о том, что и каким образом должно быть исследовано.

На наш взгляд, такое комплексное исследование TPP необходимо провести в целях выработки научной концепции механизма правового регулирования отношений с использованием TPP в экономической деятельности, в сферах государственного управления и осуществления публичных функций. Имеющиеся мировые тенденции применения рассматриваемой технологии указывают на то, что необоснованно было бы останавливаться лишь на создании и обороте криптовалюты, что нередко делается в лите-

² Zetzsche D. A., Buckley R. P., Arner D. W. The Distributed Liability of Distributed Ledgers: Legal Risks of Blockchain. 2017 ; Deshpande A. et al. Distributed Ledger Technologies/Blockchain: Challenges, opportunities and the prospects for standards // Overview report The British Standards Institution (BSI). 2017 ; Mills D. C. et al. Distributed ledger technology in payments, clearing, and settlement. 2016.

³ Например: De Filippi P., Hassan S. Blockchain technology as a regulatory technology: From code is law to law is code // arXiv preprint arXiv:1801.02507. 2018 ; Kakavand H., Kost De Sevres N., Chilton B. The Blockchain Revolution: An Analysis of Regulation and Technology Related to Distributed Ledger Technologies. 2017 ; McJohn S. M., McJohn I. The Commercial Law of Bitcoin and Blockchain Transactions. 2016 ; Kiviat T. I. Beyond bitcoin: Issues in regulating blockchain transactions // Duke L. J. 2015. Т. 65.

⁴ Например: Михеев А., Генкин А. Блокчейн: Как это работает и что ждет нас завтра. М., 2017 ; Блокчейн на пике хайпа: правовые риски и возможности / А. Ю. Иванов, М. Л. Башкатов, Е. В. Галкова [и др.]. М., 2017.

⁵ Быков А. Ю. Право цифровой экономики: некоторые народно-хозяйственные и политические риски. М. : Проспект, 2018.

⁶ Савельев А. И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. М. : Статут, 2016.

⁷ Например: Вайпан В. А. Правовое регулирование цифровой экономики // Предпринимательское право. Приложение «Право и бизнес». 2018. № 1 ; Он же. Основы правового регулирования цифровой экономики // Право и экономика. 2017. № 11 ; Лагутин И. Б., Сусликов В. Н. Правовое обеспечение блокчейн-технологий (вопросы теории и практики) // Финансовое право. 2018. № 1 ; Булгаков И. Т. Правовые вопросы использования технологии блокчейн // Закон. 2016. № 12 ; Талапина Э. В. Право и цифровизация: новые вызовы и перспективы // Журнал российского права. 2018. № 2. С. 5—17 ; Klochkova E., Minashkin V., Sadovnikova N., Prokhorov P. Digital economy: features and trends // Materials of the 4th International Multidisciplinary Scientific Conference on Social Sciences and Arts SGEM 2017, SGEM2017 Conference Proceedings, 24—30 August, 2017. Book 4. Vol. 1. Pp. 165—172. URL: <https://sgemworld.at/ssgemlib/spip.php?article4684>.

ратуре. Комплексный подход исследования требует проработки вопросов как имущественного оборота, так и модернизации государственного управления. При этом необходимо применение сопоставимого регулирования, опирающегося на единые подходы законодателя к реализуемым высокотехнологичным решениям.

В частности, изложенный подход позволяет нам прийти к выводу, что исключительно цифровая сущность новых объектов имущественного оборота и порождает большинство вопросов, связанных с защитой их владельцев. При этом с применением ТРР создаются не все виды цифровых активов, среди которых выделяются: токены, криптовалюты, большие данные (big data), доменные имена и аккаунты, виртуальное игровое имущество.

Несколько слов хотелось бы сказать о применимых методах исследования. Прежде всего хотелось бы отметить, что межотраслевой характер правового регулирования отношений с использованием ТРР, включающего нормы гражданского, финансового, налогового, бюджетного, информационного законодательства, обуславливает необходимость применения межотраслевого метода юридических исследований. Как представляется, межотраслевой метод изучения правовой действительности применительно к частному праву может быть представлен как метод исследования частноправовых институций и институтов. Желательно также в современных условиях использование экономического анализа права при выработке правовых механизмов регулирования рыночных отношений. Кроме того, отметим, что нас, как представителей частноправовой науки, привлекает не только возможность и необходимость применения междисциплинарных методов исследования, но также возможность исследования воздействия технологических по природе отношений с помощью правовых методов. Полагаем, активное применение частноправовой методологии будет способствовать выработке непротиворечивых подходов в исследованиях, проводимых в сфере применения ТРР с позиций частного права, создаст основу для создания доктринальной базы законодательных реформ,

позволит более эффективно использовать достижения науки для стимулирования цифровизации российского общества и государства.

Плодотворным следует считать применение инструментального подхода к исследованию частноправовых явлений⁸, полноценных сравнительно-правового и исторического анализа, а также, с некоторыми оговорками, межотраслевого метода. При этом в частноправовых исследованиях следует учитывать, что частное и публичное законодательство подвержено конвергенции⁹.

Юрико-догматический метод необходим для исследования норм права, направленных на регулирование отношений с использованием ТРР, в целях уяснения их смысла, характеристики правового регулирования рассматриваемых отношений, выявления качества исследуемых норм и обоснования выводов по их совершенствованию.

Так как технологии распределенных реестров и создаваемые с их помощью объекты (криптовалюта, токены и др.) имеют наднациональный характер, необходимо использование сравнительно-правового метода, позволяющего не только выявить общие черты и различия в правовом регулировании, но и рассмотреть возможность заимствования прогрессивного правового опыта.

Разумеется, исследование будет неполным, если не проводить мониторинг системы показателей ТРР на основе имеющихся информационных источников с учетом зарубежного опыта, что позволит, с одной стороны, исследовать на основе комплексного экономико-статистического анализа современное состояние развития различных сфер общественных отношений с использованием ТРР, установить экономическую целесообразность и эффективность внедрения ТРР в различные сферы общественных отношений, а с другой — наиболее объективно разработать и предложить методологические принципы формирования системы показателей, характеризующих состояние различных сфер отношений с использованием ТРР.

Например, при решении вопроса о природе отношений в связи с возможностью защи-

⁸ Филиппова С. Ю. Инструментальный подход в науке частного права. М.: Статут, 2013.

⁹ Коршунов Н. М. Конвергенция частного и публичного права: проблемы теории и практики. М., 2011.

ты прав на цифровые активы целесообразно обращение к зарубежному опыту. В частности, на возможность применения деликта для защиты владельцев биткоинов указывает японский адвокат, участвовавший в деле о банкротстве криптобиржи Mt Gox: «Кто-то может предположить, что биткоины не могут принадлежать на праве собственности, биткоины не могут быть юридически защищены от правонарушений. Однако это просто неверно, по крайней мере по японскому законодательству. Например, ст. 709 Гражданского кодекса Японии налагает деликтную ответственность за ущерб лицу, которое умышленно или по неосторожности нарушило «какое-либо право или юридически защищенный интерес» другого лица. Я считаю, что это положение будет применяться, если кто-то украл ваши биткоины»¹⁰. На наш взгляд, господствующий в континентальном праве принцип генерального деликта позволяет возместить собственнику имущества любой понесенный им ущерб, так как само по себе причинение без законных оснований ущерба является основанием для его возмещения.

Помимо традиционных для юридических исследований методов и подходов, будут использованы также следующие методы: информационного поиска; отбора данных (информации); систематизации; классификации; сравнительно-сопоставительного анализа; структурирования и формализации информации; методы статистического анализа исследования рядов динамики, структуры и структурных сдвигов, корреляционного анализа, а также средства визуализации данных (табличные и графические инструменты).

Попробуем определить, какие же задачи потребуются решить исследователям для достижения поставленной цели и каковы ожидания полученного результата.

На наш взгляд, выявление технических возможностей ТРР для их использования в экономической деятельности, в сферах государственного управления и осуществления публичных функций необходимо как база для дальнейшего юридического осмысления проблемы.

Например, анализ судебной практики показал, что прокуратура ставит вопрос о запрете распространения информации о криптовалюте среди широкого круга лиц именно по причине восприятия данного объекта как средства платежа¹¹. При этом не дается оценка природе отношений по поводу цифрового актива, а лишь косвенно указывается на то, что оборот криптовалюты может быть приравнен к безналичным расчетам и валютным операциям и, следовательно, распространение подобной информации должно проходить под контролем Центрального банка. Таким образом, в отсутствие законодательства практика первой сталкивается с проблемой отсутствия адекватного регулирования возникших правоотношений.

Для получения ожидаемых научных результатов необходимо использование научных знаний не только в области юриспруденции, но и в области математики, философии, экономики. Так, исследование случаев применения ТРР в современном обществе привлекает внимание и с философской точки зрения. В частности, распространение цифровых технологий, основанных на децентрализации, остро ставит вопрос о переосмыслении отношения общества, государства, предпринимательства в широком смысле слова к категории доверия. На наш взгляд, предложенные разработчиками технологии распределенных реестров обладают определенными возможностями для установления доверительных отношений между незнакомыми удаленными партнерами по поводу как долгосрочных, так и краткосрочных контактов, которые еще только предстоит осмыслить представителям общественных наук.

Решение обозначенных здесь, а также других задач должно привести к решению вопросов высокой практической значимости. Например, в правовом смысле мы сталкиваемся с разного рода проявлениями активности участников информационного поля, которые до сих пор не были квалифицированы юристами. На наш взгляд, эти действия с точки зрения юриспруденции выражаются в совершении определенных волевых актов, направленных как на пере-

¹⁰ URL: <https://www.coindesk.com/what-tokyos-mt-gox-ruling-means-for-bitcoin-in-japan/>.

¹¹ Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 13.02.2017 № 33-2537/2017 по делу № 2-10119/2016 // СПС «КонсультантПлюс».

дачу информации, так и на достижение юридических последствий либо представляющих собой юридические поступки. Предлагаем под транзакцией в системе распределенного реестра понимать сложный юридический состав, состоящий из односторонней сделки и юридических поступков. Одностороннюю сделку как волевой целенаправленный юридический акт совершает инициатор транзакции, который вносит запись в реестр. Действия, подтверждающие внесение записи, могут быть квалифицированы как юридические поступки. Юридический поступок отличается от сделки по критерию воли.

Также определение правовой сущности распределенных реестров и объектов, создаваемых с использованием ТРР, даст возможность выработать правовой режим для конкретных видов цифровых активов, в том числе в финансовой сфере, и в дальнейшем — разработать правовой режим налогообложения цифровых активов в финансовой сфере (токенов и криптовалют), операций с ними, а также деятельности, связанной с их созданием. Например, сейчас во всем мире осуществляется поиск оптимального пути взыскания налоговой задолженности физических и юридических лиц за счет принадлежащих им цифровых финансовых активов, в том числе обоснование возможности установления временных ограничений на распоряжение цифровыми финансовыми активами должника в целях обеспечения исполнения им обязанности по уплате налогов и сборов. В практике возникает и вопрос о возможности распространения на операции с криптовалютами законодательства о валютном контроле.

Так, при рассмотрении вопроса, является ли покупка Bitcoin валютной операцией, которая должна была осуществляться через счета резидентов, открытые в уполномоченном банке, и с обязательным заключением договора поручения между сторонами, суд сослался на информационное письмо ФНС России от 03.10.2016 № ОА-18-17/102, согласно которому правил о контроле за обращением криптовалют (вирту-

альных валют), запрета на проведение российскими гражданами и организациями операций с использованием криптовалюты законодательство Российской Федерации не содержит¹².

Немаловажной в связи с предыдущим положением является и необходимость поиска технических и правовых способов защиты прав и законных интересов участников отношений с использованием ТРР.

Такое исследование, полагаем, и позволит сформулировать научно обоснованные предложения по законодательному регулированию общественных отношений с использованием ТРР, которое будет заключаться в выработке правовых режимов объектов отношений, возникающих в результате использования ТРР и обладающих экономической ценностью (цифровые активы, в частности токены, криптовалюты, цифровые права); в определении правовых статусов субъектов, использующих ТРР; в формировании системы показателей оценки использования ТРР в различных сферах общественных отношений; в даче правовой квалификации транзакций в распределенных реестрах и правовых последствий их совершения; в создании целостного правового механизма защиты участников правоотношений с использованием технологий распределенного реестра.

Главным результатом предлагаемого исследования станет разработанная научная концепция механизма правового регулирования отношений с использованием технологии распределенных реестров в экономической деятельности, в сферах государственного управления и осуществления публичных функций. Именно так, по мнению авторов, должна строиться работа по созданию правовых механизмов регулирования отношений в высокотехнологичной сфере применения распределенных реестров. В противном случае мы снова станем заложниками неполного законодательного регулирования с необходимостью постоянного залатыwania дыр, связанных со спешным и необдуманым принятием норм права.

¹² Апелляционное определение Самарского областного суда от 30.08.2018 по делу № 33-10148/2018 // СПС «КонсультантПлюс».

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Быков А. Ю. Право цифровой экономики: некоторые народно-хозяйственные и политические риски. — М. : Проспект, 2018. — 24 с.
2. Вайпан В. А. Правовое регулирование цифровой экономики // Предпринимательское право. Приложение «Право и бизнес». — 2018. — № 1. — С. 12—17.
3. Коршунов Н. М. Конвергенция частного и публичного права: проблемы теории и практики. — М., 2011. — 240 с.
4. Нужно ли регулировать биткоин? // Закон. — 2017. — № 9. — С. 20—33.
5. Савельев А. И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. — М. : Статут, 2016. — 640 с.
6. Талапина Э. В. Право и цифровизация: новые вызовы и перспективы // Журнал российского права. — 2018. — № 2. — С. 5—17.
7. Филиппова С. Ю. Инструментальный подход в науке частного права. — М. : Статут, 2013. — 350 с.
8. De Filippi P., Hassan S. Blockchain technology as a regulatory technology: From code is law to law is code // arXiv preprint arXiv:1801.02507. — 2018.
9. Deshpande A. et al. Distributed Ledger Technologies/Blockchain: Challenges, opportunities and the prospects for standards // Overview report The British Standards Institution (BSI). — 2017. — 40 p.
10. Kakavand H., Kost De Sevres N., Chilton B. The Blockchain Revolution: An Analysis of Regulation and Technology Related to Distributed Ledger Technologies. — 2017. — 27 p.
11. Kiviat T. I. Beyond bitcoin: Issues in regulating blockchain transactions // Duke L. J. 2015. — T. 65. — 569—580 pp.
12. Klochova E., Minashkin V., Sadovnikova N., Prokhorov P. Digital economy: features and trends // Materials of the 4th International Multidisciplinary Scientific Conference on Social Sciences and Arts SGEM 2017, SGEM2017 Conference Proceedings, 24—30 August, 2017. — Book 4. — Vol. 1. — Pp. 165—172.
13. McJohn S. M., McJohn I. The Commercial Law of Bitcoin and Blockchain Transactions. — 2016. — 24 p.
14. Mills D. C. et al. Distributed ledger technology in payments, clearing, and settlement. — 2016. — 34 p.
15. Zetzsche D. A., Buckley R. P., Arner D. W. The Distributed Liability of Distributed Ledgers: Legal Risks of Blockchain. — 2017. — 44 p.

Материал поступил в редакцию 14 января 2019 г.

NEW TECHNOLOGIES AND LAW: A MODERN LEGAL APPROACH TO THE DISTRIBUTED REGISTRY TECHNOLOGY¹³

SANNIKOVA Larisa Vladimirovna, Chief Research Fellow of the Institute of the State and Law of the Russian Academy of Sciences, Doctor of Law, Professor, Professor of the RAS
7718609@mail.ru
119019, Russia, Moscow, ul. Znamenka, d. 10

KHARITONOVA Yuliya Sergeevna, Professor of the Department of Business Law of the Law Faculty of the Lomonosov Moscow State University, Chief Research Fellow of the Institute of the State and Law of the Russian Academy of Sciences, Doctor of Law, Professor
ovet2009@rambler.ru
119019, Russia, Moscow, ul. Znamenka, d. 10

Abstract. *Currently we witness an active debate on whether legal mechanisms should be established to mediate the use of new technologies. The authors believe that digitalization of social relations has a global character, changes the foundations of the society and requires the development of adequate legislation based on the in-depth study*

¹³ The article was prepared under RFFR grant No. 18-29-16145 MK. Topic: «The Mechanism of the Legal Regulation of Relations using the Technology of Distributed Registers».

of the processes. It is proved that, first, it is necessary to develop a scientific concept of the mechanism of legal regulation of relations using the technology of distributed registers (the TDR) in economic activity, in the spheres of public administration and implementation of public functions. The article, based on the problems of law enforcement practice, formulates the main characteristics of the study that could, in the authors' opinion, give a really necessary legal solution to the state and society. Such research will allow us to formulate scientifically grounded proposals concerning legislative regulation of public relations with the use of the TDR that will include the development of legal frameworks of objects of relations arising as the result of the use of the TDR and being of economic value (digital assets, in particular tokens, cryptocurrencies, digital rights); in determining the legal status of entities using the TDR; in the formation of a system of indicators for assessing the use of the TDR in various spheres of public relations; in giving legal qualification of transactions in distributed registers and the legal consequences of their commission; in the creation of an integral legal mechanism for protection of participants in legal relations using the technologies of the distributed register. The main result of the study under consideration will be the developed scientific concept of the mechanism of the legal regulation of relations with the use of the TDR in economy, in the spheres of public administration and the implementation of public functions. Otherwise, this area will suffer from incomplete legislative regulation with the need for constant «patching of holes» associated with the hasty and ill-considered law.

Keywords: digitalization of public relations, digital economy, new technologies, technology of distributed registers, blockchain, interdisciplinary research, methodology of private law, interdisciplinary research methods, instrumental approach, digital assets.

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Bykov A. Yu. Pravo cifrovoj ekonomiki: nekotorye narodno-hozyajstvennye i politicheskie riski. — M. : Prospekt, 2018. — 24 s.
2. Vajpan V. A. Pravovoe regulirovanie cifrovoj ekonomiki // Predprinimatel'skoe pravo. Prilozhenie «Pravo i biznes». — 2018. — № 1. — S. 12—17.
3. Korshunov N. M. Konvergenciya chastnogo i publichnogo prava: problemy teorii i praktiki. — M., 2011. — 240 s.
4. Nuzhno li regulirovat' bitcoin? // Zakon. — 2017. — № 9. — S. 20—33.
5. Savel'ev A. I. Elektronnaya kommerciya v Rossii i za rubezhom: pravovoe regulirovanie. — M. : Statut, 2016. — 640 s.
6. Talapina E. V. Pravo i cifrovizaciya: novye vyzovy i perspektivy // Zhurnal rossijskogo prava. — 2018. — № 2. — S. 5—17.
7. Filippova S. Yu. Instrumental'nyj podhod v nauke chastnogo prava. — M. : Statut, 2013. — 350 s.

ГРАЖДАНСКОЕ И АДМИНИСТРАТИВНОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО

О. А. Бенедская*

Третейское разбирательство и нормоконтроль

Аннотация. Статья посвящена анализу третейского разбирательства в аспекте его участия в реализации функции судебного нормоконтроля. Исходя из представления о всеобщем характере конституционного императива верховенства права и Конституции РФ и понимания триединой сущности третейского суда, сочетающего общественно-юрисдикционные, саморегулятивные (правообразующие) и медиативные (примирительные) начала, обосновывается связанность третейского суда требованием законности и необходимостью осуществления казуального нормоконтроля в соответствии со сложившимися коллизионными правилами. При этом законный характер третейского разбирательства должен, по мнению автора, раскрываться не в формально-догматическом ключе, через подчинение столь же строгим, как в государственном суде, требованиям правовой дисциплины, а на основе ориентации на судебный активизм и развитие права в контексте реалий общественно-деловой практики. Третейский суд может действовать *contra legem* в целях повышения уровня защиты прав участников разбирательства с опорой на общие, конституционные и отраслевые принципы права. Сталкиваясь же с подлежащей применению нормой, нарушающей Конституцию РФ, третейский суд должен обладать правом запроса в Конституционный Суд РФ (в том числе в виде обязанности запроса, если решение третейского суда окончательно).

Ключевые слова: третейский суд, правосудие, законность, конституционность, толкование, правообразование, обычаи, традиции, нормоконтроль, конституционная юстиция, судебный конституционализм.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.101.4.070-079

Основанное на приверженности фундаментальным целям и принципам правосудия третейское разбирательство связано подчинением верховенству права и Конституции РФ, следование которым служит не только императивом для третейского суда как субъекта конституционного правопорядка, но

и необходимым условием поддержания доверия к нему со стороны всех участников правоотношений. Как это вытекает из решений Конституционного Суда РФ, обязанность соблюдать Конституцию РФ и законы, установленная ч. 2 ст. 15 Конституции РФ, не только адресована всем органам публичной власти и должностным

© Бенедская О. А., 2019

* Бенедская Ольга Александровна, адвокат, советник коллегии «Муранов, Черняков и партнеры», докладчик МКАС и МАК при ТПП РФ
o.benedskaya@rospravo.ru
105005, Россия, г. Москва, Денисовский пер., д. 23, стр. 6

лицам, но и в полной мере распространяется на общественные и некоммерческие организации, объединения граждан, т.е. является всеобщей и универсальной¹. Следовательно, организация и деятельность третейских судов должны носить законный характер и отвечать требованиям, вытекающим из Конституции РФ, поскольку справедливость и беспристрастность присущи любому судебному разбирательству².

Вместе с тем третейский суд как институт гражданского общества, наделенный публично значимыми юрисдикционными функциями, непосредственно вовлечен в осуществление правоприменительной деятельности. Это предполагает при решении относящихся к его компетенции вопросов выбор норм, подлежащих применению с учетом обстоятельств конкретного дела, в соответствии со свойственными российской правовой системе требованиями нормативной иерархии и коллизионными правилами. Очевидно при этом, что не только для государственного судьи, но и в не меньшей степени для судьи третейского, чей авторитет основан на соответствии правомерным ожиданиям участников правоотношений возможностей вынесения наиболее оптимально согласованного по интересам решения, ориентированного на конструктивное дальнейшее сотрудничество сторон, является верным утверждение о том, что судья как субъект правоприменения, выступая гарантом обеспечения верховенства права, не ограничивается применением конкретных правовых норм в соответствии с законодательством, соблюдая требования законности, но вместе с тем проверяет меру сбалансированности закрепленных

прав, обязанностей, ответственности, функций, компетенции, процессов, интересов личности, общества, государства, тем самым создавая условия для принятия справедливого судебного акта³.

Федеральный закон «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации»⁴, признавая правомочность сторон по своему усмотрению договориться о процедуре арбитража (ч. 1 ст. 19) и предусматривая принятие третейским судом решения в соответствии с условиями договора и с учетом применимых обычаев (ч. 2 ст. 31), исходит из того, что третейский суд разрешает спор по общему правилу в соответствии с нормами российского права, если стороны, в соответствии с российским правом, не избрали к своим правоотношениям в качестве применимого иностранное право (ч. 1 ст. 31), а условием принудительного исполнения решения третейского суда является его соответствие публичному порядку Российской Федерации (ст. 42 названного Федерального закона, п. 2 ч. 4 ст. 426 ГПК РФ). Это предполагает, что решение третейского суда должно отвечать принципу законности⁵, который, будучи сущностной чертой любой справедливой судебно-юрисдикционной процедуры, в третейском разбирательстве означает, в частности, что нарушение решением третейского суда основополагающих принципов российского права или вынесение им решения по спору, который в соответствии с федеральным законом не может быть предметом третейского разбирательства, является основанием для отмены (отказа в исполнении) такого решения компетентным

¹ См.: постановление КС РФ от 17 февраля 2015 г. № 2-П. Абз. 4 п. 2 мотивиров. части // СЗ РФ. 2015. № 9. Ст. 1389 ; определение КС РФ от 5 февраля 2009 г. № 247-О-О. Абз. 1 п. 2 мотивиров. части // Вестник КС РФ. 2009. № 5 ; определение КС РФ от 26 января 2010 г. № 155-О-О. Абз. 2 п. 2 мотивиров. части.

² См.: постановление КС РФ от 26 мая 2011 г. № 10-П. Абз. 11 п. 2 мотивиров. части // СЗ РФ. 2011. № 23. Ст. 3356.

³ Орлова К. А. Теоретико-правовые аспекты статуса судьи как субъекта права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Калининград, 2017. С. 9.

⁴ СЗ РФ. 2016. № 1 (ч. I). Ст. 2.

⁵ См.: определение КС РФ от 4 октября 2012 г. № 1831-О. Абз. 2 п. 4 мотивиров. части // Вестник КС РФ. 2013. № 2 ; определение КС РФ от 2 июля 2013 г. № 1045-О. Абз. 1 п. 3.2 мотивиров. части // СПС «КонсультантПлюс» ; определение КС РФ от 24 ноября 2016 г. № 2479-О. Абз. 4 п. 2 мотивиров. части // СПС «КонсультантПлюс» .

⁶ См.: постановление КС РФ от 18 ноября 2014 г. № 30-П. Абз. 2 п. 3.1 мотивиров. части // СЗ РФ. 2014. № 47. Ст. 6634.

судом *ex officio*⁶. То обстоятельство, что в отличие от прежнего правового регулирования, установленного Федеральным законом «О третейских судах в Российской Федерации»⁷ (ст. 18), вновь принятый Федеральный «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» прямо не упоминает законность в числе принципов арбитража (ст. 18), не может рассматриваться как переоценка законодателем данного принципа в сторону снижения его роли в системе ценностно-нормативных основ третейского разбирательства. Напротив, это может свидетельствовать, с одной стороны, о признании неряdochоложенности принципа законности в соотношении с другими принципами арбитража, поскольку законность находит свое выражение в каждой норме права, в каждом его институте, в праве в целом⁸. А с другой стороны, состоявшееся изменение призвано более рельефно отразить объективную специфику третейского разбирательства, в рамках которого принцип законности, сохраняя безусловное значение, проявляется вместе с тем не столько в формально-догматическом плане, а скорее с ориентацией на активное выявление, выражение и использование в качестве критериальной основы для принятия юрисдикционного акта так называемой естественно-социальной нормативности, характеризующей в данном случае объективные реалии первичного правопорядка в виде обычной (традиционной) практики делового оборота — разумеется, в той мере и постольку, в какой и постольку соответствующая нормативность укладывается в фундаментальные принципы российского правопорядка.

Речь идет, по существу, о категории правовой законности, посредством которой формальная общеобязательность юридического требования (акта) становится релевантным средством

закрепления и утверждения для естественно сложившегося понимания меры экономической свободы и ответственности. Но даже если имеет место ошибка состава арбитража в применении нормы права, то это не является основанием для отмены арбитражного решения (в отличие от системы государственных судов), поскольку и сами арбитры, не будучи профессиональными судьями, традиционно в большей степени погружены в знания и опыт торговых (деловых) обычаев.

Является опрометчивым, во многом рудиментарным стремление экстраполировать на сферу третейского разбирательства столь же жесткие требования формально-правовой дисциплины, какие присущи государственным судам, с возложением на третейский суд обязанностей «строго и точно применять закон как в сфере материального, так и процессуального права»⁹, обеспечивать «единообразное понимание и применение закона»¹⁰. Нельзя не учитывать, что третейское разбирательство, проистекающее из сферы гражданско-правовой автономии, самоорганизации, диспозитивности, объективно сопряжено с повышенной ролью в нем судейского (арбитражного) активизма, под которым в данном случае понимается ориентация на творческий поиск — в пределах, не выходящих за рамки основ публичного правопорядка, — правовых моделей индивидуального урегулирования, согласования коллизионных интересов. Это характеризует третейское разбирательство с позиции его вовлечения в сложный, свойственный координационным отношениям гражданского общежития механизм правообразования, обусловленный в том числе целями повышения экономической эффективности¹¹, а также с точки зрения присутствия в этих юрисдикционных отношениях существенной

⁷ Федеральный закон от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ (в ред. от 29 декабря 2015 г.) «О третейских судах в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3019.

⁸ Курочкин С. А. Третейское разбирательство и международный коммерческий арбитраж. М. : Статут, 2017. С. 165.

⁹ См., например: постановление Арбитражного суда Московского округа от 18 мая 2018 г. № Ф05-5926/2018 по делу № А40-201366/2017.

¹⁰ См., например: постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 15 декабря 2014 г. № Ф04-12212/2014 по делу № А45-17098/2014.

¹¹ См. об этом: Ясус М. В. Вопросы экономической эффективности нового законодательства об арбитраже в России // Вестник арбитражной практики. 2017. № 1.

доли медиативных (примирительных) начал. Как верно замечено, альтернативные форм защиты прав, в отличие от государственных юрисдикционных форм деятельности, направлены на сохранение и продолжение отношений между сторонами, что предполагает более высокий уровень их сотрудничества и взаимодействия друг с другом и с судом¹².

В связи с этим требование законного характера третейского разбирательства, как это подтверждается и практикой конституционного правосудия, не может рассматриваться в плане создания предпосылок для наделения — без ущерба для воспринятого национальной правовой системой существа, предназначения третейской процедуры — государственных судов полномочиями по проверке законности и обоснованности решений третейских судов, которая предполагает выявление правильности толкования и применения третейским судом норм права и установление фактических обстоятельств конкретного дела, чем, впрочем, не затрагивается обязанность суда не дать поддержку такому решению третейского суда, которое по своей сути или правовым последствиям противоречит публичному порядку Российской Федерации¹³.

Вместе с тем третейское разбирательство призвано обеспечивать защиту прав и законных интересов субъектов правоотношений на уровне не ниже, чем это предусмотрено действующим законодательством, что в равной мере относится и к процедурно-процессуальным основам третейского разбирательства, и к материально-правовой, содержательной стороне его осуществления. Третейская процедура в своих итоговых индивидуально-регулятивных юрисдикционных проявлениях не может порождать ограничений, обременений и иных стеснений экономической свободы сверх тех, которые прямо закреплены законом. В своем интерпретационном познании и развитии действующего правового регулирования в контексте складывающейся практики делового оборота третейский суд не может безос-

новательно выходить за логико-семантические пределы толкования нормы, вне рамок которых по существу отвергается конкретное законоположение. Но это не означает, что третейский суд лишен возможности толкования *contra legem*. Другое дело, что само по себе такое толкование не может носить произвольно-усмотренческий характер. Хотя известна позиция о том, что допустить свободу судейского усмотрения *contra legem* — значило бы в корне подорвать силу законодательства¹⁴; нельзя упускать из виду, что толкование против закона не подразумевает толкование против законодательства, а речь идет о выявлении нормативного содержания подлежащего применению законоположения в системе правового регулирования и практики правоприменения и правопользования, сообразно с общими и отраслевыми принципами права и с учетом возможного обращения к средствам правовой аналогии. Будет уместным упомянуть о том, что полномочие судей развивать право на практике в условиях современного конституционализма получает в том числе официально-легальное закрепление. К примеру, в правовой системе ФРГ признается допустимым в рамках объективно-телеологического толкования придание нормам закона смысла, совместимого с позицией, формируемой судебной практикой; в этом случае суд оценивает, какое значение законодатель придал бы своим нормам и какие задачи он ставил бы перед правом, если бы принимал закон с учетом современных реалий¹⁵. В условиях третейского разбирательства, наиболее приближенного к общественно-деловой практике, роль объективно-телеологического, активистского толкования закона, в целом ориентация на развитие правового регулирования объективно возрастает.

Соответственно, юрисдикционно-интерпретационное усмотрение третейского суда не может ограничиваться до степени, исключающей его возможность дать эволюционное толкование нормы, в том числе отступив от ее букваль-

¹² Зорькин В. Д. Конституционно-правовое развитие России. М. : Норма, 2011. С. 378.

¹³ См.: определение КС РФ от 23 ноября 2017 г. № 2678-О. Абз. 2 п. 3.2 мотивиров. части // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁴ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. 3-е изд., стереотип. М., 2001. С. 93, 95, 97.

¹⁵ Миряшева Е. В., Павликов С. Г., Сафонов В. Е. Судебный конституционный контроль в России и зарубежных странах: история и современность : монография. М. : Рос. гос. ун-т правосудия, 2015. С. 284.

ного смысла, если третейский суд исходит из того, что интересы участников правоотношений могут получить более высокий уровень защиты в свете объективно сложившегося нормативного контекста, в том числе в его восприятии современной правовой доктриной. Это соотносится с принципом связанности третейского суда приоритетом прав человека, которые в условиях гражданского общежития могут получать консенсуальное понимание, так что участники правоотношений добровольно признают в качестве обязательного для себя определенный стандарт обращения независимо от его подкрепления мерами государственно-правового опосредования и принуждения. При этом в любом случае речь идет главным образом о категориях третейских дел, которые не являются простыми, а по характеру, коллизионному соотношению интересов, используемым правовым средствам правового регулирования предполагают возможность вариативного набора решений, каждое из которых имеет под собой определенное юридико-социальное основание.

Статус третейского суда как общественно-юрисдикционного органа, призванного обеспечивать негосударственную защиту прав и законных интересов участников правоотношений, прежде всего социально-экономического характера, предполагает вместе с тем, что третейский суд, действуя в рамках минимального стандарта судебной защиты, свойственного любой судебно-юрисдикционной процедуре, должен, несмотря на признаваемое за ним право на ошибку, исходить из необходимости оценки подлежащих применению нормативных положений в их соотношении с правовыми актами большей юридической силы, т.е., иными словами, осуществлять казуальный нормоконтроль. Судебный контроль в сфере нормотворчества является одним из важных элементов системы судебной защиты прав и охраняемых законом интересов граждан и организаций¹⁶. И нет оснований полагать, что специфика третейского

разбирательства влияет на необходимость установления каких-либо изъятий в отношении распространения на третейский суд вытекающей из ч. 2 ст. 120 Конституции РФ в ее интерпретации Конституционным Судом РФ обязанности суда при разрешении любого конкретного дела осуществить правовую оценку подлежащих применению нормативных правовых актов в их иерархии и в случае их противоречия принять решение в соответствии с правовыми положениями, имеющими большую юридическую силу¹⁷. Соблюдение этого конституционного предписания в отношении третейского суда обеспечивается прежде всего репутационными факторами, связанными с возможной утратой доверия сторон и третьих лиц к деятельности арбитров, пренебрегающих требованиями закона, но может получать подкрепление и в официально-государственной форме судебного акта, которым конкретное отступление от требований иерархии правовых норм признано нарушающим основы публичного правопорядка.

Понимание соотношения в юридической природе третейского суда частных и публичных начал, сам характер осуществляемой им юрисдикционной деятельности как содержательно родственной правосудию, предполагает необходимость уяснения того обстоятельства, что в современных условиях третейский суд безусловно является одним из существенных элементов системы судебного конституционализма, который определяется как политико-правовой режим судебного обеспечения верховенства права и прямого действия Конституции, безусловного гарантирования конституционных ценностей на основе баланса власти и свободы, частных и публичных интересов, единства социокультурных и нормативных правовых факторов развития России¹⁸. Конституция РФ исходит из того, что в силу верховенства и прямого действия Конституции РФ и универсальности императива соблюдения Конституции РФ и законов (ч. 1 и 2 ст. 15) контроль конституционно-

¹⁶ Никитин С. В. Судебный контроль за законностью нормативных правовых актов : учеб. пособие для бакалавриата и магистратуры. М. : Юрайт, 2018. С. 4.

¹⁷ См.: постановление КС РФ от 6 декабря 2017 г. № 37-П. Абз. 2 п. 2 мотивиров. части // СЗ РФ. 2017. № 51. Ст. 7912 ; определение КС РФ от 27 сентября 2016 г. № 1783. Абз. 4 п. 2 мотивиров. части // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁸ Бондарь Н. С. Судебный конституционализм: доктрина и практика. 2-е изд., перераб. М., 2015. С. 21.

сти при применении норм права носит всеобщее распределенный характер и, во всяком случае, ложится на всех субъектов, которые участвуют в осуществлении публичных функций и задач и вовлечены в реализацию правоприменительной деятельности, не исключая и третейские суды¹⁹. При этом единственным субъектом, уполномоченным окончательно решать вопрос о конституционности законов и иных правовых актов, перечисленных в ч. 2 ст. 125 Конституции РФ, их действительности в правовой системе, является Конституционный Суд РФ.

Логика ст. 125 Конституции РФ, определяющей основы конституционного правосудия и прямо относящей судебные органы к субъектам конкретного конституционного контроля, который осуществляется в связи с нарушением прав вследствие применения закона в конкретном деле, сводится к тому, что выявление неконституционных законоположений и их исключение из числа действующих правовых норм может являться, согласно правовой позиции Конституционного Суда РФ, только совокупным результатом взаимодействия судов различных видов юрисдикции с учетом разграничения их компетенции, предполагающего, с одной стороны, реализацию судом правомочия поставить вопрос о конституционности соответствующих норм перед Конституционным Судом РФ, а с другой — обязанность Конституционного Суда РФ окончательно разрешить этот вопрос²⁰. Рассмотрение дел по запросам судов является в зарубежной практике конституционно-судебного контроля одним из самых

распространенных видов индивидуального доступа, а его эффективность в том, что обычные суды хорошо осведомлены и могут составить обоснованный запрос²¹.

Несмотря на то что развитие практики конституционного правосудия в целом свидетельствует о стремлении Конституционного Суда РФ расширительно толковать нормы, определяющие круг субъектов конституционного обращения²², — в полном соответствии с представлением о предназначении конституционного правосудия как важнейшего института защиты прав и свобод человека и гражданина и во многом уникального органа, действующего на началах принципа «компетенции компетенции» (т.е. правомочного окончательно решать вопросы об основаниях и пределах собственных полномочий), — Конституционный Суд РФ исходит из того, что третейский суд, не подпадая под термин «суд» в его смысловом значении, использованном в ч. 4 ст. 125 Конституции РФ, не обладает правом конституционного запроса.

Рассматривая обращение одного из третейских судов, сославшегося при этом на нормы ст. 101 «Обращение в Конституционный Суд Российской Федерации» гл. XIII «Рассмотрение дел о конституционности законов по запросам судов» ФКЗ «О Конституционном Суде РФ», Конституционный Суд РФ пришел к выводу о том, что в силу положений ч. 4 ст. 125 Конституции РФ и п. 3 ч. 1 ст. 3 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» в их взаимосвязи с ч. 3 ст. 118 Конституции РФ Конституционный Суд РФ проверяет конституционность закона по запросам

¹⁹ Следует оговориться, что казуальный (косвенный) нормоконтроль не совпадает полностью с выбором правовых норм, подлежащих применению в конкретном деле (правовой квалификацией); речь идет не столько о правильном выборе правовой нормы, сколько о целенаправленной проверке судом законности нормативного предписания, в результате которой суд может признать данное нормативное предписание незаконным и отказаться от его применения. См.: Никитин С. В. Косвенный судебный нормоконтроль: понятие и проблемы реализации // Журнал российского права. 2014. № 1. С. 90.

²⁰ См.: постановление КС РФ от 6 декабря 2013 г. № 27-П. Абз. 2 п. 3.1 мотивиров. части // СЗ РФ. 2013. № 50. Ст. 6670.

²¹ Исследование о прямом доступе к конституционному правосудию / Венецианская комиссия. Венеция, 2010. С. 18. URL: concourt.am/armenian/news/doc/CDL-AD-2010-039-ru.pdf (дата обращения: 31.05.2018).

²² Так, именно на основе практики конституционного правосудия признана конституционно-процессуальная правосубъектность хозяйственных обществ и государственных унитарных предприятий (постановления КС РФ от 24 октября 1996 г. № 17-П, от 12 октября 1998 г. № 24-П), бюджетных учреждений (постановление КС РФ от 22 июня 2009 г. № 10-П), муниципальных образований (постановление КС РФ от 2 апреля 2002 г. № 7-П).

судов, входящих в судебную систему, которая устанавливается Конституцией РФ и федеральным конституционным законом; поскольку ни Конституция РФ, ни закон не относят третейские суды к судебной системе, обращение третейского суда в Конституционный Суд РФ не может быть признано допустимым как исходящее от ненадлежащего заявителя²³. В другом решении Конституционный Суд РФ не счел возможным признать допустимым обращение некоммерческой организации «Союз учредителей третейских судов» в защиту прав третейских судов, установив, что членами Союза являются не сами третейские суды, а их учредители — юридические лица (в том числе ООО «Расчетно-кассовый центр третейского суда», ООО «Третейское казначейство» и ООО «Строй-Потенциал»), а приложенными к жалобе материалами не подтверждается применение оспариваемых законоположений в конкретном деле с участием самого заявителя²⁴.

В доктрине уже отмечалось, что такая формальная позиция значительно проигрывает по сравнению с подходом конституционных судов некоторых других стран. К примеру, решением Конституционного Суда Италии от 22 ноября 2001 г. № 376 установлено право третейского суда, когда его решение имеет обязательную силу, на конституционное обращение: то, что действительно имеет значение, констатировал Конституционный Суд, — это эффективная система отправления правосудия, вне зависимости от того, ставится ли тот или иной вопрос национальным судом или иным органом, разрешающим споры²⁵.

Рассматривая вопрос о необходимости и возможности наделения третейских судов правом на конституционное обращение (запрос), нельзя обойти вниманием то обстоятельство, что конституционное правосудие является субсидиарным (резервным) институтом защиты прав, а стороны третейского разбирательства как непосредственные носители спорных ма-

териальных или процессуальных интересов в принципе не лишены прямого доступа к конституционному правосудию по итогам решения государственным судом вопроса о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда. Поэтому право третейского суда на конституционный запрос нуждается в дополнительном обосновании, в частности, с учетом следующих основных моментов.

Во-первых, существо, предназначение института конституционно-судебного запроса определяет его двудеятельные характеристики в качестве: а) одной из процессуальных форм взаимодействия различных юрисдикций для решения судопроизводственных (процедурно-процессуальных) вопросов; б) своего рода опосредованной конституционной жалобы, косвенной формы ее реализации по инициативе стороны юрисдикционного разбирательства или самого суда²⁶. В этом плане нужно подчеркнуть, что третейский суд, призванный отправлять юрисдикцию на началах правосудия, отвечающего требованиям справедливости, должен в силу своих функций и презюмируемого публичного авторитета обладать необходимыми и достаточными полномочиями по самостоятельному разрешению третейского спора на основе убежденности в том, что подлежащие применению нормы права соответствуют Конституции РФ, и, напротив, не воздерживаться от реагирования на возникшие сомнения в том, что подлежащая применению норма как конституционно-дефектная, по мнению третейского суда, нуждается в специальной конституционно-судебной оценке. Иными словами, урегулирование права третейского суда на конституционный запрос сопряжено с пониманием диалектики публичных и частных начал в самом третейском производстве, которое, с одной стороны, соотносится с общими публично значимыми целями правосудия, стоящими перед судебной системой, а с другой — должно обеспечивать полноценную

²³ Определение КС РФ от 13 апреля 2000 г. № 45-О // СПС «КонсультантПлюс».

²⁴ Определение КС РФ от 5 февраля 2015 г. № 234-О // СПС «КонсультантПлюс».

²⁵ *Балеевских Л. С.* Третейский суд как заявитель в Конституционном Суде России // Третейский суд. 2014. № 6. С. 123—124.

²⁶ См.: мнение судьи КС РФ Н. С. Бондаря по постановлению КС РФ от 19 февраля 2018 г. № 9-П. П. 2 // URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision316370.pdf> (дата обращения: 31.05.2018).

защиту конституционных прав участников третейского спора.

Во-вторых, представляется неконструктивной, снижающей ценность и эффективность третейской процедуры (при одновременном увеличении издержек сторон) отсрочка решения вопроса о конституционности нормы, на основании которой решается третейский спор, на период после рассмотрения вопроса о принудительном исполнении решения третейского суда государственным судом. Юрисдикционные отношения, складывающиеся в ходе третейского разбирательства и в рамках государственного судопроизводства, являются в принципиальном плане сходными, однородными, и потому с позиции конституционного равноправия различия в фундаментальных гарантиях, предоставляемых сторонам процесса в соответствующих процедурах, не могут считаться оправданными, а именно такой, фундаментальный обеспечительно-гарантийный характер носит право конституционного запроса.

В-третьих, Федеральный закон «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» допускает возможность сторон по своему прямому соглашению предусмотреть, что арбитражное решение является для сторон окончательным и, соответственно, не подлежит отмене (ст. 40). Тем самым не исключаются ситуации, когда постановка вопроса о конституционности норм, на основании которых был решен третейский спор, оказывается для сторон невозможной, а сам третейский суд, осознавая подобные последствия, ставится перед необходимостью либо применить норму вопреки убежденности в ее несоответствии Конституции РФ, либо отказать от ее применения при отсутствии для этого формально-юридических оснований.

В-четвертых, конституционно оправданная ориентация судебной-правовой политики на развитие, расширение объема использования третейского разбирательства предполагает необходимость укрепления статусных характеристик третейских судов, в том числе как субъектов, обеспечивающих в рамках предоставленной им сферы автономии поддержание режима конституционности правоприменения. Вовлечение

третейских судов в участие в осуществлении конституционного правосудия, в том числе на началах обязательности, служило бы, между прочим, существенным фактором опровержения идеологии о третействе как некоей «самовластной» юрисдикции, ставящей в конечном итоге под сомнение правовой суверенитет государства через отказ от конституционного нормоконтроля²⁷.

Вместе с тем обеспечение конституционно-правового режима применения норм в ходе третейского разбирательства и надлежащего уровня защиты конституционных прав участников третейской процедуры может достигаться также на основе понимания третейского дела как «конкретного дела» в смысле критериев допустимости конституционной жалобы, установленных в ст. 96 и 97 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ». Признание права стороны третейского разбирательства на инициирование конституционно-судебного контроля в связи с нарушением конституционных прав применением нормы закона в конкретном деле, рассмотрение которого завершено в третейском суде, соотносится с пониманием характера нарушений, возникающих при применении конституционно-дефектной нормы, как не согласующихся с основами публичного порядка, ставящих под сомнение правомерность решения третейского суда.

Таким образом, представляется, что духу и смыслу ст. 125 Конституции РФ, учреждающей Конституционный Суд РФ для защиты прав и свобод в их сопряжении с основами конституционного строя, соответствует как наделение третейских судов, наравне с государственными судами, правом на подачу запроса в Конституционный Суд РФ, если третейский суд придет к убеждению, что подлежащая применению норма закона нарушает конституционные права или иным образом расходится с требованиями Конституции РФ, так и признание права стороны третейского разбирательства, не прибегая к обычным формам государственного судопроизводства, обратиться в Конституционный Суд РФ с жалобой на нарушение конституционных прав, если решение третейского суда является окончательным.

²⁷ Красс В. И. Конституционализация правосудия и конституционно-правовые пределы непосредственной демократии в Российской Федерации // Российский юридический журнал. 2013. № 3. С. 87.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Балеевских Л. С. Третейский суд как заявитель в Конституционном Суде России // Третейский суд. — 2014. — № 6.
2. Бондарь Н. С. Судебный конституционализм: доктрина и практика. — 2-е изд., перераб. — М., 2015.
3. Зорькин В. Д. Конституционно-правовое развитие России. — М. : Норма, 2011.
4. Крусс В. И. Конституционализация правосудия и конституционно-правовые пределы непосредственной демократии в Российской Федерации // Российский юридический журнал. — 2013. — № 3.
5. Курочкин С. А. Третейское разбирательство и международный коммерческий арбитраж. — М. : Статут, 2017.
6. Миряшева Е. В., Павликов С. Г., Сафонов В. Е. Судебный конституционный контроль в России и зарубежных странах: история и современность : монография. — М. : Российский государственный университет правосудия, 2015.
7. Никитин С. В. Косвенный судебный нормоконтроль: понятие и проблемы реализации // Журнал российского права. — 2014. — № 1.
8. Никитин С. В. Судебный контроль за законностью нормативных правовых актов : учеб. пособие для бакалавриата и магистратуры. — М. : Юрайт, 2018.
9. Орлова К. А. Теоретико-правовые аспекты статуса судьи как субъекта права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Калининград, 2017.
10. Покровский И. А. Основы проблемы гражданского права. — 3-е изд., стереотип. — М., 2001.
11. Ясус М. В. Вопросы экономической эффективности нового законодательства об арбитраже в России // Вестник арбитражной практики. — 2017. — № 1.

Материал поступил в редакцию 4 июня 2018 г.

ARBITRATION AND COMPLIANCE VERIFICATION

BENEDSKAYA Olga Aleksandrovna, Attorney, Senior Associate of Muranov, Chernyakov & Partners law firm, presenter at the International Commercial Arbitration Court and the Maritime Arbitration Commission at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation
o.benedskaya@rospravo.ru
119991, Russia, Moscow, ul. Denisovskiy per., d. 23, str. 6

Abstract. *The article is devoted to the analysis of arbitration proceedings in the context of its participation in the implementation of judicial regulatory compliance verification. The fact that the arbitration court is bound by the requirement of legality and the need to implement casual regulatory control in accordance with the existing conflict of laws rules is substantiated based on the idea of the universal nature of the constitutional imperative of the rule of law and the Constitution of the Russian Federation and the understanding of the threefold nature of the arbitration court that combines social and jurisdictional, self-regulatory (law-forming) and mediation (conciliation) principles. At the same time, the legal nature of the arbitration proceedings should, in the author's opinion, be disclosed not in a formal dogmatic manner or through commitment to the requirements of legal discipline as strict as in the state court, but on the basis of judicial activism and development of law in the context of social and business practice. The arbitration court may act contra legem to enhance the protection of the rights of the parties to the proceedings based on general, constitutional and sectoral principles of law. Faced with the applicable rule that violates the Constitution of the Russian Federation, the arbitration court must have the right to request the Constitutional Court of the Russian Federation (also in the form of a request obligation, if the decision of the arbitration court is final).*

Keywords: *arbitration court, justice, legality, constitutionality, interpretation, law formation, customs, traditions, regulation, constitutional justice, judicial constitutionalism.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Baleevskih L. S. Tretejskij sud kak zayavitel' v Konstitucionnom Sude Rossii // Tretejskij sud. — 2014. — № 6.
2. Bondar' N. S. Sudebnyj konstitucionalizm: doktrina i praktika. — 2-e izd, pererab. — M., 2015.
3. Zor'kin V. D. Konstitucionno-pravovoe razvitie Rossii. — M. : Norma, 2011.
4. Kruss V. I. Konstitucionalizaciya pravosudiya i konstitucionno-pravovye predely neposredstvennoj demokratii v Rossijskoj Federacii // Rossijskij yuridicheskij zhurnal. — 2013. — № 3.
5. Kurochkin S. A. Tretejskoe razbiratel'stvo i mezhdunarodnyj kommercheskij arbitrazh. — M. : Statut, 2017.
6. Miryasheva E. V., Pavlikov S. G., Safonov V. E. Sudebnyj konstitucionnyj kontrol' v Rossii i zarubezhnyh stranah: istoriya i sovremennost' : monografiya. — M. : Rossijskij gosudarstvennyj universitet pravosudiya, 2015.
7. Nikitin S. V. Kosvennyj sudebnyj normokontrol': ponyatie i problemy realizacii // Zhurnal rossijskogo prava. — 2014. — № 1.
8. Nikitin S. V. Sudebnyj kontrol' za zakonnost'yu normativnyh pravovyh aktov : ucheb. posobie dlya bakalavriata i magistratury. — M. : Yurajt, 2018.
9. Orlova K. A. Teoretiko-pravovye aspekty statusa sud'i kak sub»ekta prava : avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk. — Kaliningrad, 2017.
10. Pokrovskij I. A. Osnovnye problemy grazhdanskogo prava. — 3-e izd., stereotip. — M., 2001.
11. Yasus M. V. Voprosy ekonomicheskoy effektivnosti novogo zakonodatel'stva ob arbitrazhe v Rossii // Vestnik arbitrazhnoj praktiki. — 2017. — № 1.

Процессуальный статус лица, уполномоченного общим собранием собственников помещений в многоквартирном доме на представление интересов в суде

Аннотация. В работе анализируются положения жилищного и процессуального законодательства на предмет возможности и порядка представления в суде интересов сообщества собственников помещений в многоквартирном доме. Критически оценивается соответствующая правоприменительная практика. На указанной основе определяются пути совершенствования процессуального регулирования представления интересов собственников помещений в многоквартирном доме одним из них либо лицом, определенным решением общего собрания таких собственников или членом некоммерческой организации, управляющей домом. В этих целях предлагается учесть возможности процессуальных институтов группового иска и обращения в суд в защиту прав и законных интересов других лиц.

Ключевые слова: гражданский процесс, правоспособность, собственник помещения, многоквартирный дом, гражданско-правовое сообщество, представительство в суде, право на судебную защиту.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.101.4.080-086

Материально-правовые отношения, складывающиеся по поводу управления многоквартирным домом, как правило, характеризуются сложным субъектным составом, множественностью лиц на одной из сторон (собственники помещений в многоквартирном доме). Помимо того, многоквартирный дом в своем составе имеет несколько объектов права собственности, указанные объекты сами по себе могут быть в общей долевой или совместной собственности. При этом общее имущество дома в силу закона (ст. 36 ЖК РФ, ст. 289 ГК РФ) находится в общей долевой собственности собственников помещений в многоквартирном доме с особым правовым режимом. Кроме того, дело осложняется возможностью участия

в рассматриваемых правоотношениях, в том числе на управомоченной стороне, управляющих организаций (ст. 110, 137, 161 и др. ЖК РФ).

Процессуальные отношения в сфере защиты прав собственников помещений в многоквартирном доме с точки зрения их субъектного состава представляют собой еще более сложную систему, поскольку, во-первых, множественность лиц в материально-правовом отношении способна породить соответствующую множественность лиц, участвующих в судебном деле. При этом их процессуальный интерес, позиция по делу могут не совпадать. А во-вторых, круг участников судебного разбирательства по понятным причинам не ограничен сторонами материально-правового отношения. Так, в случаях,

© Степанов В. В., 2019

* Степанов Виталий Витальевич, кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права и прокурорского надзора Пермского государственного национального исследовательского университета vitaliystepanov2017@mail.ru

614990, Россия, г. Пермь, ул. Букирева, д. 15

указанных в законе, в защиту прав и законных интересов других лиц могут обращаться в суд с заявлениями государственные органы, органы местного самоуправления, организации или граждане.

Так, собственник помещения в многоквартирном доме обладает правом на судебную защиту прав и законных интересов, производных от владения указанным объектом недвижимого имущества. В то же время в ряде ситуаций защита прав и законных интересов одного из собственников помещений в доме автоматически влияет на права и законные интересы других собственников помещений в этом же доме. То есть, защищая в судебном порядке свое право, собственник фактически защищает и чужое право, даже не будучи специально уполномоченным на это.

Подобная ситуация часто складывается:

- при защите права общей долевой собственности на общее имущество многоквартирного дома¹;
- оспаривании решений общих собраний собственников помещений в доме²;
- возложении обязанности провести текущий или капитальный ремонт общего имущества в многоквартирном доме³;
- защите права на получение жилищно-коммунальных услуг надлежащего качества⁴.

Вопрос о том, вправе ли собственник помещения в многоквартирном доме (или несколько собственников) защищать свое право, защищая права других заинтересованных лиц, не всегда имеет на практике единообразное решение. Встречались случаи, когда суды признают возможной защиту прав собственника помещения в многоквартирном доме propor-

ционально его доле в общей собственности. Так, например, признавая обоснованным отказ суда первой инстанции в удовлетворении исковых требований двух собственников помещений в многоквартирном доме о признании объектами общего имущества и права общей долевой собственности на нежилые помещения, судебная коллегия по гражданским делам Пермского краевого суда указала на то, что «право собственности собственника квартиры на общее имущество в многоквартирном доме может быть только долевым, то есть с определением конкретной доли каждого из собственников, и разделу не подлежит». Поэтому истцы не вправе были заявлять требования о признании права общей долевой собственности в своих интересах⁵.

По делам о возложении на бывшего наймодателя обязанности по проведению капитального ремонта общего имущества многоквартирного дома принимались судебные акты с формулировкой резолютивной части решения такого плана: «Обязать Администрацию г. Перми произвести работы по капитальному ремонту жилого помещения и элементов общего имущества дома, относящихся непосредственно к данному помещению...»⁶

Представляется, что такой подход неправомерен. Дело в том, что нормами п. 2 ст. 290 ГК РФ, ч. 4 ст. 37 ЖК РФ выдел доли в праве общей долевой собственности на общее имущество в многоквартирном доме запрещен. А вынесенные судебные акты фактически легализуют нечто, подобное выделу доли собственника. Не в полной мере реализуется и право на судебную защиту, ведь та часть общего имущества многоквартирного дома, на которую

¹ См., например: апелляционные определения Пермского краевого суда от 4 июля 2016 г. по делу № 33-8853/2016; от 5 октября 2016 г. по делу № 33-11792/2016 // URL: <http://oblsud.perm.sudrf.ru>.

² См., например: апелляционное определение Пермского краевого суда от 5 июня 2017 г. по делу № 33-6054/2017 // URL: <http://oblsud.perm.sudrf.ru>.

³ См., например: апелляционные определения Пермского краевого суда от 14 ноября 2012 г. по делу № 33-10074/2012; от 28 марта 2018 г. по делу № 33-3185/2018 // URL: <http://oblsud.perm.sudrf.ru>.

⁴ См., например: апелляционное определение Пермского краевого суда от 13 декабря 2017 г. по делу № 33-14322/2017 // URL: <http://oblsud.perm.sudrf.ru>.

⁵ См., например: апелляционное определение Пермского краевого суда от 22 августа 2012 г. по делу № 33-7365/2012 // URL: <http://oblsud.perm.sudrf.ru>.

⁶ См., например: апелляционные определения Пермского краевого суда от 4 апреля 2012 г. по делу № 33-2738; от 5 июня 2013 г. по делу № 33-5046 // URL: <http://oblsud.perm.sudrf.ru>.

собственник помещений в доме также имеет право, но не «относящаяся непосредственно к данному помещению», не подлежит ремонту за счет бывшего наймодателя, но вместе с тем собственник несет расходы на ее ремонт пропорционально своей доле в праве общей долевой собственности. То есть для реализации права на проведение капитального ремонта «остального» общего имущества в многоквартирном доме такой собственник вынужден будет убедить других собственников или какую-то их часть обратиться в суд с аналогичным иском. Кроме того, такие решения не всегда в принципе могут быть исполнимы ввиду неконкретности их содержания.

Таким образом, является справедливой основная тенденция в судебной практике о признании права собственника помещения в многоквартирном доме на защиту своего права или законного интереса в рамках вещных, обязательственных или организационных отношений при фактической одновременной защите прав и законных интересов других собственников⁷.

В то же время только признание права на судебную защиту в рассматриваемой правовой ситуации полностью не решает проблему эффективного восстановления прав собственников помещений в многоквартирном доме, в том числе с учетом отсутствия возможности применения заявителем ряда правовых средств такой защиты.

Так, при причинении вреда или при неправомерном использовании лицом общего имущества в многоквартирном доме у собственников помещений возникает право на получение возмещения (взыскания убытков, неосновательного обогащения)⁸. Один из собственников

помещений в доме в отсутствие специальных указаний в законе не может осуществить такое взыскание за всех остальных в целях последующего распределения полученных денежных средств между собственниками помещений в многоквартирном доме. Да и взыскание денежных средств пропорционально доле в праве собственности на общее имущество не всегда ведет к действительному восстановлению нарушенного права, поскольку для восстановления поврежденного имущества необходимо возмещение убытков в полном объеме⁹.

По этой же причине в некоторых ситуациях становится неприменима и процедура изменения способа исполнения судебного акта (ст. 434 ГПК РФ) через замену неимущественной обязанности на имущественную, например обязанности провести ремонт общего имущества — на взыскание его стоимости (т.е. убытков).

Кроме того, судебная защита часто сопряжена с судебными издержками, в данной ситуации их будет нести один из собственников помещений в доме при защите общего интереса. При этом в случае вынесения судебного акта в пользу другой стороны в процессе с собственника могут быть взысканы судебные издержки, понесенные ответчиком, а также иными лицами, участвующими в деле на его стороне (ст. 88, 94, 98 и др. ГПК РФ¹⁰). При значительности их размера лицо, защищавшее общий интерес, теоретически может и не иметь финансовой возможности возместить издержки, что создает риск злоупотребления правом. Соответственно, должен быть разработан эффективный правовой механизм для регулирования сообществом собственников помещений в многоквартирном доме этих отношений с учетом особой процес-

⁷ См., например: п. 9 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 23 июля 2009 г. № 64 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров о правах собственников помещений на общее имущество здания» // Вестник ВАС РФ. 2009. № 9 ; Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за четвертый квартал 2012 года : утв. Президиумом Верховного Суда РФ 10 апреля. 2013 г. // URL: <http://www.vsrfr.ru>.

⁸ См., например: судебные акты по арбитражным делам № А50-9239/2011, А50-20032/2016 // URL: <https://kad.arbitr.ru>.

⁹ См. подробнее: *Егоров А. В.* Общая долевая собственность: механизм защиты прав сособственников // Вестник гражданского права. 2012. № 4. С. 27.

¹⁰ См. также: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21 января 2016 г. № 1 «О некоторых вопросах применения законодательства о возмещении издержек, связанных с рассмотрением дела» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 4.

суальной роли лица, выступающего в защиту их прав и законных интересов¹¹.

Указанные обстоятельства делают уместной постановку вопроса о возможности уполномочить лицо на судебную защиту прав всех собственников помещений в многоквартирном доме.

Положения Жилищного кодекса РФ не содержат общих норм, регулирующих данный вопрос. Специальные предписания содержатся в п. 8 ст. 138 ЖК РФ о том, что *товарищество собственников жилья обязано представлять законные интересы собственников помещений в многоквартирном доме, связанные с управлением общим имуществом в данном доме, в том числе в отношениях с третьими лицами*. Кроме того, согласно п. 5 ч. 8 ст. 161.1 ЖК РФ, *председатель совета многоквартирного дома на основании доверенности, выданной собственниками помещений в многоквартирном доме, выступает в суде в качестве представителя собственников помещений в данном доме по делам, связанным с управлением данным домом и предоставлением коммунальных услуг*.

Общие положения о представительстве предусмотрены гл. 10 ГК РФ. Так, в соответствии с п. 1 ст. 185 ГК РФ, *доверенностью признается письменное уполномочие, выдаваемое одним лицом другому лицу или другим лицам для представительства перед третьими лицами*. Пункт 4 ст. 185 ГК РФ (в редакции Федерального закона от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ¹²) предусматривает, что *правила Кодекса о доверенности применяются также в случаях, когда полномочия представителя содержатся в решении*

собрания, если иное не установлено законом или не противоречит существу отношений.

Как известно, представительство заключается в юридически значимых действиях одного лица (представителя) от имени и в интересах другого (представляемого) в рамках предоставленных полномочий по созданию, изменению и прекращению гражданских прав и обязанностей представляемого. «По характеру происхождения и по юридической природе полномочие представляет собой субъективное право, производное от правосубъектности представляемого, делегированное представителю по воле представляемого или принадлежащее ему в силу обстоятельств, указанных в законе»¹³. При этом процессуалисты иногда специально уточняют, что судебные представители — это физические лица¹⁴.

Возможность уполномочить лицо на судебную защиту прав сообщества собственников помещений в многоквартирном доме признается в судебной практике. Так, Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ, отменяя апелляционное определение Хабаровского краевого суда от 25 января 2013 г. по делу № 33-455/2013 и направляя дело на новое рассмотрение в суд апелляционной инстанции, указала, что при подаче искового заявления суду представлялись решение внеочередного заочного общего собрания собственников помещений многоквартирного дома, решение совета собственников помещений дома и положение о правах и обязанностях председателя и совета собственников помещений многоквартирного дома, из которых следовало, что председатель совета многоквартирного дома наделен пол-

¹¹ См. также, например: Мицык Г. Ю. Анализ проблем, возникающих при компенсации судебных расходов: защита коллективных интересов // Вестник арбитражной практики. 2017. № 3. С. 71—78; Романова В. Е. Проблема возмещения судебных расходов при рассмотрении дел о защите коллективных интересов // Адвокат. 2015. № 2. С. 35—42.

¹² СЗ РФ. 2013. № 19. Ст. 2327.

¹³ Ем В. С. Осуществление гражданских прав и исполнение гражданских обязанностей // Российское гражданское право : учебник : в 2 т. / В. С. Ем, И. А. Зенин, Н. В. Козлова [и др.] ; отв. ред. Е. А. Суханов. 2-е изд., стер. М. : Статут, 2011. Т. 1 : Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права.

См. также, например: Арбитражный процесс : учебник / А. В. Абсаямов, И. Г. Арсенов, Е. А. Виноградова [и др.] ; отв. ред. В. В. Ярков. М., 2010.

¹⁴ См., например: Салогубова Е. В. Представительство в суде // Гражданский процесс : учебник / В. В. Аргунов, Е. А. Борисова, Н. С. Бочарова [и др.] ; под ред. М. К. Треушников. 5-е изд., перераб. и доп. М. : Статут, 2014.

номочиями представлять собственников помещений многоквартирного дома в судах общей юрисдикции. Мотивов, по которым суд апелляционной инстанции пришел к выводу о том, что данные документы не могут быть признаны доверенностью, выданной собственниками жилья на представление своих интересов в суде, апелляционное определение не содержит¹⁵. Важность указанной правовой позиции подчеркнул и Президиум Верховного Суда РФ в Обзоре судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за январь — июль 2014 г.¹⁶

Анализируя процессуальные обстоятельства указанного дела, следует обратить внимание на то, что в качестве истца по делу выступал совет собственников помещений многоквартирного дома, реализовывавший процессуальные полномочия через представителя — председателя совета. В то же время самостоятельной процессуальной правосубъектностью совет собственников помещений многоквартирного дома не обладал, а его полномочия основывались на решении собрания собственников помещений в многоквартирном доме, и, соответственно, именно они и должны были выступать в качестве истцов по делу, однако к участию в нем не привлекались. Кроме того, следует заметить, что совет собственников помещений в многоквартирном доме не является юридическим лицом, не обладает правосубъектностью, а выражает волю гражданско-правового сообщества собственников помещений в многоквартирном доме. Так, В. В. Долинская отмечает, что «не может существовать только процессуальный элемент правосубъектности в отрыве от материально-правового»¹⁷.

Другое дело с интересующими нас обстоятельствами было рассмотрено Верховным Судом РФ в 2015 г. Судебная коллегия по экономическим спорам сформулировала позицию о том, что

иск, обусловленный нарушением вещных прав собственников помещений в многоквартирном доме на общее имущество в доме, может быть заявлен управляющей компанией в их интересах. При этом, поскольку управляющая организация не имеет самостоятельного экономического интереса, она вправе предъявить иск при наличии полномочий, предоставленных ей решением общего собрания собственников помещений в многоквартирном доме¹⁸. В результате при новом рассмотрении дела решением Арбитражного суда Хабаровского края от 7 сентября 2015 г. по делу № А73-10959/2013 иск ООО «Сантехстрой» о признании права общей долевой собственности собственников помещений в многоквартирном доме был частично удовлетворен. Аналогичный подход применен арбитражными судами и при рассмотрении других дел¹⁹.

Следует заметить, что, как и в предыдущем случае, собственники помещений в многоквартирном доме к участию в деле не привлекались. При этом Судебная коллегия Верховного Суда РФ не делала ссылок на положения об институте представительства. Фактически было установлено право управляющей организации на основании решения общего собрания собственников помещений в многоквартирном доме представлять их интересы в арбитражном суде от собственного имени. Этим обстоятельством объясняется и подведомственность спора.

Полагаем, что подобный подход не основан на положениях действующего законодательства, хотя и продиктован целью повышения эффективности правосудия через уменьшение количества лиц, участвующих в деле. Соответственно, могут быть предложены следующие способы устранения данного противоречия.

Во-первых, в ч. 1.1 ст. 46 ГПК РФ, регулирующей вопросы обращения в суд в защиту прав, свобод и законных интересов других лиц, мож-

¹⁵ Определение Верховного Суда РФ от 24 декабря 2013 г. № 58-КГ13-10 // URL: <http://www.vsrfr.ru>.

¹⁶ Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за январь — июль 2014 года : утв. Президиумом Верховного Суда РФ 1 сентября 2014 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2014. № 11.

¹⁷ Долинская В. В. Правовой статус и правосубъектность // Законы России: опыт, анализ, практика. 2012. № 2. С. 10.

¹⁸ См.: определение Верховного Суда РФ от 12 мая 2015 г. по делу № 303-ЭС14-4720 // URL: <http://ras.arbitr.ru>.

¹⁹ См., например: судебные акты по арбитражным делам № А73-9636/2012, А36-3859/2017 // URL: <http://ras.arbitr.ru>.

но закрепить норму о том, что лицо, управляющее многоквартирным домом или нежилым зданием (производственным, офисным, торговым), председатель совета многоквартирного дома могут быть уполномочены на представление от собственного имени интересов собственников помещений в здании решением общего собрания таких собственников или членов жилищного кооператива, товарищества собственников недвижимости, принимаемым в соответствии с положениями гл. 9.1 ГК РФ. В этой же части могут быть определены и иные процессуальные вопросы, в частности о несении судебных издержек.

Во-вторых, в ГПК РФ может найти отражение уже известный отечественному процессуальному законодательству (гл. 28.2 АПК РФ и ст. 42 КАС РФ) институт защиты прав и законных интересов группы лиц²⁰.

Представляется целесообразным закрепление в процессуальном законе обоих подходов. С одной стороны, заявление иска в интересах группы лиц не наделяет истца правами, связанными с получением денежных средств за других лиц, в том числе посредством процедуры изменения способа исполнения судебного акта. Кроме того, важно, что в интересах группы может действовать один или несколько ее участников, уполномочить же решением общего собрания можно и иное лицо. С другой стороны, собрание собственников помещений в многоквартирном доме (особенно с большим их количеством) может не состояться, а его проведение нередко требует значительных временных затрат. При этом решение по рассматриваемому вопросу может быть принято и отрицательное. Одним из выходов из этих ситуаций станет заявление иска в защиту интересов группы лиц.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Арбитражный процесс : учебник / А. В. Абсаямов, И. Г. Арсенов, Е. А. Виноградова [и др.] ; отв. ред. В. В. Ярков. — М., 2010. — 880 с.
2. Байгушева Ю. В. Решение объединения лиц о выдаче полномочия // Lex Russica. — 2015. — № 3. — С. 43—47.
3. Гражданский процесс : учебник / В. В. Аргунов, Е. А. Борисова, Н. С. Бочарова [и др.] ; под ред. М. К. Треушников. — 5-е изд., перераб. и доп. — М. : Статут, 2014. — 960 с.
4. Долинская В. В. Правовой статус и правосубъектность // Законы России: опыт, анализ, практика. — 2012. — № 2. — С. 6—19.
5. Мицык Г. Ю. Анализ проблем, возникающих при компенсации судебных расходов: защита коллективных интересов // Вестник арбитражной практики. — 2017. — № 3. — С. 71—78.
6. Романова В. Е. Проблема возмещения судебных расходов при рассмотрении дел о защите коллективных интересов // Адвокат. — 2015. — № 2. — С. 35—42.
7. Российское гражданское право : учебник : в 2 т. / В. С. Ем, И. А. Зенин, Н. В. Козлова [и др.] ; отв. ред. Е. А. Суханов. — 2-е изд., стер. — М. : Статут, 2011. — Т. 1 : Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права. — 958 с.
8. Харсеева В. Л. Правовое регулирование представительства в свете концептуальных изменений гражданского законодательства // Адвокат. — 2014. — № 9. — С. 17—20.
9. Ярков В. В. Групповой иск в проекте единого ГПК России // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. — 2015. — № 8. — С. 100—111.

Материал поступил в редакцию 19 июля 2018 г.

²⁰ См., например: Ярков В. В. Групповой иск в проекте единого ГПК России // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 8. С. 100—111 ; проект федерального закона № 133974-6 «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» (ред., внесенная в ГД ФС РФ, текст по состоянию на 31 августа 2012 г.) // Доступ из СПС «КонсультантПлюс» ; Концепция единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации : одобр. решением Комитета по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству ГД ФС РФ от 8 декабря 2014 г. № 124 (1) // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

A PROCEDURAL STATUS OF A PERSON AUTHORIZED BY THE GENERAL MEETING OF OWNERS OF PREMISES IN AN APARTMENT BUILDING TO REPRESENT THEIR INTERESTS IN COURT

STEPANOV Vitaliy Vitalevich, PhD, Associate Professor of the Department of Criminal Law and Public Prosecutors' Supervision of the Perm State National Research University
vitaliystepanov2017@mail.ru
620137, Russia, Perm, ul. Bukireva, d. 15

Abstract. *The paper analyzes the provisions of housing and procedural legislation concerning the possibility and procedure of representation in court of the interests of the community of owners of premises in an apartment building. The relevant law enforcement practice is critically evaluated. On this basis the author determines ways to improve the procedural regulation of representation of interests of the owners of premises in an apartment building by a person appointed by the General Meeting of Owners or members of the nonprofit organization that manages the building. To this end, it is proposed to take into account the opportunities available within the framework of class actions and appeal to the court to protect the rights and legitimate interests of others.*

Keywords: *civil procedure, legal capacity, owner of premises, apartment building, civil society, representation in court, right to judicial protection.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Arbitrazhnyy process : uchebnik / A. V. Absalyamov, I. G. Arsenov, E. A. Vinogradova [i dr.] ; otv. red. V. V. Yarkov. — M., 2010. — 880 s.
2. Bajgusheva Yu. V. Reshenie ob»edineniya lic o vydache polnomochiya // Lex Russica. — 2015. — № 3. — S. 43—47.
3. Grazhdanskij process : uchebnik / V. V. Argunov, E. A. Borisova, N. S. Bocharova [i dr.] ; pod red. M. K. Treushnikova. — 5-e izd., pererab. i dop. — M. : Statut, 2014. — 960 s.
4. Dolinskaya V. V. Pravovoj status i pravosub»ektnost' // Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika. — 2012. — № 2. — S. 6—19.
5. Micyk G. Yu. Analiz problem, vznikayushchih pri kompensacii sudebnyh raskhodov: zashchita kollektivnyh interesov // Vestnik arbitrazhnoj praktiki. — 2017. — № 3. — S. 71—78.
6. Romanova V. E. Problema vozmeshcheniya sudebnyh raskhodov pri rassmotrenii del o zashchite kollektivnyh interesov // Advokat. — 2015. — № 2. — S. 35—42.
7. Rossijskoe grazhdanskoe pravo : uchebnik : v 2 t. / V. S. Em, I. A. Zenin, N. V. Kozlova [i dr.] ; otv. red. E. A. Suhanov. — 2-e izd., ster. — M. : Statut, 2011. — T. 1 : Obshchaya chast'. Veshchnoe pravo. Nasledstvennoe pravo. Intellektual'nye prava. Lichnye neimushchestvennye prava. — 958 s.
8. Harseeva V. L. Pravovoe regulirovanie predstavitel'stva v svete konceptual'nyh izmenenij grazhdanskogo zakonodatel'stva // Advokat. — 2014. — № 9. — S. 17—20.
9. Yarkov V. V. Gruppovoj isk v proekte edinogo GPK Rossii // Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossijskoj Federacii. — 2015. — № 8. — S. 100—111.

ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ И КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО

Д. М. Ашфа*

Система внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства в России: проблемы и перспективы развития правового регулирования

Аннотация. Статья посвящена исследованию основных направлений развития системы внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства как нового института конкурентного права России. Проанализированы определение, содержание и стимулы для реализации системы внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства хозяйствующими субъектами. Автор заключает, что эффективная система внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства может предоставить разумную, но не абсолютную уверенность в соблюдении антимонопольных требований. Хозяйствующим субъектам следует выстраивать комплаенс-систему таким образом, чтобы продемонстрировать антимонопольному органу действительное принятие всех зависящих мер по соблюдению требований антимонопольного законодательства.

Ключевые слова: конкурентное право, юридическая ответственность, хозяйствующий субъект, антимонопольный комплаенс.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.101.4.087-094

Свобода осуществления экономической деятельности служит одной из фундаментальных ценностей, которая гарантируется Конституцией Российской Федерации. Конституция РФ предусматривает право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (ч. 1 ст. 34) и устанавливает

запрет на монополизацию и недобросовестную конкуренцию (ч. 2 ст. 34). Вместе с тем ГК РФ предусматривает запрет на использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции и на злоупотребление доминирующим положением на рынке (ст. 10). В развитие данных принципов принят Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»¹, который устанавливает базовые запреты на

¹ СЗ РФ. 2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3434.

© Ашфа Д. М., 2019

* Ашфа Даниэль Мохамедович, аспирант кафедры конкурентного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
ashfa0408@gmail.com
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

антиконкурентное поведение хозяйствующих субъектов.

Антимонопольные правонарушения способны повлечь существенные неблагоприятные последствия как для хозяйствующего субъекта, так и для его руководства и сотрудников, в том числе юридическую ответственность:

1. *Административная ответственность*²: за совершение антимонопольного нарушения хозяйствующему субъекту может быть назначен «оборотный» административный штраф в размере до 15 % суммы выручки нарушителя. Руководство и сотрудники хозяйствующего субъекта могут быть привлечены к административной ответственности в виде назначения штрафа в размере до 50 тыс. руб. или дисквалификации на срок до 3 лет.
2. *Уголовная ответственность*³: за картельный сговор с конкурентами руководство и сотрудники хозяйствующего субъекта могут быть привлечены к уголовной ответственности, вплоть до лишения свободы на срок до 7 лет.
3. *Гражданско-правовая ответственность*⁴: лица, права которых нарушены в результате антимонопольного правонарушения, могут обратиться в суд с исками к хозяйствующему субъекту с требованием о возмещении убытков.

В силу изложенного приобретает значение предупреждение антимонопольных правонарушений через реализацию системы внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства (антимонопольного комплаенса, от англ. compliance — соответствие), которая направлена на развитие корпоративной этики соблюдения антимонопольных требований в деятельности хозяйствующего субъекта.

Стратегия развития конкуренции и антимонопольного регулирования в Российской Феде-

рации на период 2013—2024 годов⁵ в качестве одной из стратегических задач для Федеральной антимонопольной службы России предусматривает разработку и осуществление комплекса мер по адвокатию антимонопольного комплаенса как основного направления сокращения антимонопольных правонарушений хозяйствующих субъектов.

В частности, руководитель ФАС России И. Ю. Артемьев в рамках VII ежегодной конференции «Антимонопольное регулирование в России», состоявшейся 16 октября 2015 г., среди ключевых тем по законопроектной деятельности антимонопольного органа отметил необходимость определения антимонопольного комплаенса и правовых последствий его применения⁶.

Вместе с тем заместитель руководителя ФАС России С. А. Пузыревский подчеркивает, что институт комплаенса может стать важной составляющей для развития антимонопольного регулирования в России. Исходя из этого, среди ключевых вопросов, требующих законодательного решения, указаны: определение понятия и признаков антимонопольного комплаенса, основных требований к содержанию внутренних процедур, установление позитивных правовых последствий и определение способов для проверки соответствия комплаенс-системы требованиям антимонопольного законодательства⁷.

В связи с этим при совместной работе ФАС России с представителями научного и экспертного сообщества в сфере конкурентного права в 2016 г. был разработан соответствующий проект федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон “О защите конкуренции” и Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях”⁸ (далее также — Законопроект «Об антимонопольном комплаенсе»), который в том числе устанавливает легальное опреде-

² Ст. 14.31—14.33 КоАП РФ.

³ Ст. 178 УК РФ.

⁴ Ст. 15 ГК РФ, ст. 37 Закона о защите конкуренции.

⁵ URL: http://www.fas.gov.ru/netcat_files/File/Str_razv_konk_i_antimonop_reg.pdf (дата обращения: 17.07.2018).

⁶ URL: <https://events.vedomosti.ru/events/anti15/> (дата обращения: 17.07.2018).

⁷ Пузыревский С. А. Комплаенс как способ предупреждения нарушений антимонопольного законодательства // Конкуренция и право. 2014. № 5. С. 5—9.

⁸ URL: <http://regulation.gov.ru> (ID проекта: 02/04/06-16/00050178) (дата обращения: 17.07.2018).

ление, основные требования к содержанию внутренних мер и последствия реализации системы внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства.

Законопроект закрепляет легальное определение системы внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства (антимонопольный комплаенс), предлагая понимать под ней совокупность правовых и организационных мер, предусмотренных внутренним актом (актами) хозяйствующего субъекта либо другого лица из числа лиц, входящих в одну группу лиц с таким хозяйствующим субъектом, если внутренний акт (акты) распространяются на такого хозяйствующего субъекта, и направленных на соблюдение требований антимонопольного законодательства и предупреждение его нарушений. Следовательно, комплаенс-система должна выражаться не только в правовом акте (актах), но и организационных мерах, состоящих в действиях по соблюдению антимонопольного законодательства и предупреждению его нарушения.

Законопроект «Об антимонопольном комплаенсе» предусматривает ряд основных требований, которые должен содержать внутренний акт (акты) о реализации системы внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства:

- 1) требования к оценке и анализу рисков нарушения антимонопольного законодательства, связанных с деятельностью хозяйствующего субъекта;
- 2) меры по снижению хозяйствующим субъектом рисков нарушения антимонопольного законодательства, связанных с его деятельностью;
- 3) меры по осуществлению хозяйствующим субъектом контроля за реализацией системы внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства;
- 4) порядок ознакомления сотрудников хозяйствующего субъекта с внутренним актом (актами), включая внутренние политики и кодексы;

- 5) должностное лицо, ответственное за комплаенс-систему.

Помимо перечисленных требований, хозяйствующий субъект вправе включить в такой внутренний акт (акты) дополнительные требования к комплаенс-системе, то есть в итоге структура антимонопольного комплаенса определяется самостоятельно.

Законопроект предусматривает, что для целей соблюдения требований антимонопольного законодательства и предупреждения его нарушений хозяйствующий субъект вправе внедрить систему внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства, однако для отдельных видов субъектов, поименованных в Законопроекте «Об антимонопольном комплаенсе», предполагается обязательная комплаенс-система. Следовательно, выделяются две категории хозяйствующих субъектов, для которых антимонопольный комплаенс служит обязанностью и правом.

Первую категорию составляют следующие хозяйствующие субъекты: государственные корпорации, компании; субъекты естественных монополий; организации, осуществляющие отдельные регулируемые виды деятельности; государственные и муниципальные унитарные предприятия; автономные учреждения; хозяйственные общества, в уставном капитале которых доля участия РФ, субъекта РФ, муниципального образования в совокупности превышает 50 %.

Вторая категория представлена хозяйствующими субъектами, которые вправе реализовать антимонопольный комплаенс, то есть все субъекты, не относящиеся к первой категории.

В этой связи в ходе разработки и публичного обсуждения концепции Законопроекта «Об антимонопольном комплаенсе» возникла дискуссия о целесообразности как законодательной регламентации системы внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного комплаенса, так и ее обязательной реализации отдельными видами хозяйствующих субъектов.

Первая группа экспертов, в том числе начальник Правового управления ФАС России А. В. Молчанов⁹, представители ПАО «МТС»

⁹ Молчанов А. В. Антимонопольный комплаенс: значение и перспективы правового регулирования // Юрист. 2017. № 17. С. 11—14.

А. В. Рего и С. В. Войченко¹⁰, партнер юридической фирмы Antitrust Advisory E. С. Хохлов¹¹, анти-траст-менеджер ПАО «Уралкалий» А. Ю. Абдульменов и руководитель юридической службы AIG по России и странам СНГ И. В. Вялкова¹², полагает необходимым законодательное закрепление антимонопольного комплаенса, что позволит внести ясность в его понимание, оценить наличие основных элементов, создать стимулы для хозяйствующих субъектов к его реализации. Однако отмечается важность добровольного применения, от которого прямо зависит эффективность комплаенс-системы, а обязывание может приводить к формальной реализации.

Вторая группа экспертов, среди которых заместитель директора по комплаенс ПАО «Вымпелком» Ю. В. Глубокая¹³, партнер международной консалтинговой компании RBB Economics В. Е. Пружанский и партнер московского офиса международной юридической фирмы Baker & McKenzie CIS А. В. Суббот¹⁴, придерживается позиции о нецелесообразности законодательной регламентации комплаенс-системы и считают необходимой разработку специальных методик, разъяснений и оценку комплаенс-систем антимонопольным органом.

Минэкономразвития России в заключении об оценке регулирующего воздействия на Законопроект «Об антимонопольном комплаенсе» также высказало содержательные замечания к разработчикам, в том числе: неопределенность обязывания организаций, осуществляющих регулируемые виды деятельности, к приме-

нению комплаенс-системы; введение избыточных обязанностей, запретов и ограничений для физических и юридических лиц в предпринимательской и иной экономической деятельности; возникновение необоснованных расходов данных лиц и бюджетной системы РФ.

Вместе с тем по результатам многочисленных экспертных дискуссий руководитель ФАС России И. Ю. Артемьев указал, что комплаенс-система должна быть добровольным решением каждого хозяйствующего субъекта¹⁵. Такой подход полностью согласуется с мировой практикой, которая исходит из принципа добровольности применения антимонопольного комплаенса¹⁶. При этом ФАС России была подготовлена новая редакция Законопроекта, которая оставляет положения об антимонопольном комплаенсе в исходном виде, но исключает требования о его обязательности.

В развитие положений рассматриваемого Законопроекта ФАС России были разработаны Методические рекомендации по внедрению внутреннего контроля соблюдения антимонопольного законодательства, законодательства о государственном оборонном заказе и законодательства, регулирующего закупочную деятельность¹⁷, которые содержат методологическую основу для комплаенс-системы.

Поскольку практика антимонопольного комплаенса находится на этапе становления, представляется необходимым определенное подтверждение о соответствии применяемой хозяйствующим субъектом комплаенс-систе-

¹⁰ Рего А. В., Войченко С. В. Антимонопольный комплаенс — новый инструмент предупреждения нарушений // Российское конкурентное право и экономика. 2016. № 3. С. 25—26.

¹¹ Хохлов Е. С. Меры предупредительного воздействия на хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение // Закон. 2017. № 4. С. 132—140.

¹² Абдульменов А., Вялкова И. Антимонопольные риски: инструменты предупреждения и минимизации // Конкуренция и право. 2014. № 2. С. 17—21.

¹³ Глубокая Ю. Антимонопольный комплаенс в США и Европе. По какому пути пойдет Россия? // Конкуренция и право. 2015. № 4. С. 34—38.

¹⁴ Пружанский В. Е., Суббот А. В. Антимонопольный комплаенс: цена вопроса // Закон. 2017. № 12. С. 38—43.

¹⁵ Интервью с руководителем ФАС России И. Ю. Артемьевым. Работа ФАС России над изменением законодательства в области антимонопольной деятельности // Российское конкурентное право и экономика. 2016. № 3. С. 10.

¹⁶ См.: Аналитический доклад Управления по конкурентной политике Аналитического центра при Правительстве РФ «Антимонопольный комплаенс: текущая практика и перспективы развития». 2015. С. 18.

¹⁷ Утверждены распоряжением Правительства РФ от 26.04.2017 № 795-р.

мы требованиям антимонопольного законодательства.

Аналитический центр при Правительстве РФ предложил два способа сертификации антимонопольного комплаенса — независимой организацией и антимонопольным органом¹⁸. В последнем случае сертификация сопряжена с дополнительной ответственностью антимонопольного органа, которому при совершении хозяйствующим субъектом антимонопольного правонарушения необходимо будет принимать на себя выявление причины неэффективности комплаенс-системы. Вместе с тем следует отдавать приоритет сертификации антимонопольным органом для объективной оценки комплаенс-системы.

Важно подчеркнуть, что Указом Президента РФ от 21.12.2017 № 618 «Об основных направлениях государственной политики по развитию конкуренции»¹⁹ выделена задача стимулирования хозяйствующих субъектов, в том числе занимающих доминирующее положение на товарных рынках и применяющих систему внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства, а Правительству РФ до 01.01.2019 поручено внести Законопроект «Об антимонопольном комплаенсе» в Государственную Думу РФ.

В связи с указанным создание правовых стимулов в целях реализации антимонопольного комплаенса хозяйствующими субъектами является одной из наиболее дискуссионных проблем, что предполагает решение вопроса о целесообразности установления комплаенс-системы как обстоятельства или смягчающего или освобождающего от административной ответственности за антимонопольное правонарушение²⁰.

Первая группа экспертов, в частности старший юрист ООО «Сибур» управляющей орга-

низации ПАО «СИБУР Холдинг» Е. А. Горшкова, а также руководитель направления управления регуляторными рисками ПАО «МТС» С. В. Войченко, полагает, что установление правовых гарантий смягчения административной ответственности может стать серьезным стимулом в целях инвестирования компаниями в комплаенс-систему.

Вторая группа экспертов, среди которых начальник Управления по конкурентной политике Аналитического центра при Правительстве РФ Т. А. Радченко и главный правовой эксперт ОАО ЛУКОЙЛ В. В. Мартемьянов, отмечает, что компании сами должны быть заинтересованы в снижении рисков, поскольку это основной стимул, и комплаенс-система не должна учитываться как смягчающее обстоятельство.

Третья группа экспертов, а именно специалист юридической фирмы «Пепеляев групп» А. Гаврилов и руководитель группы по антимонопольному регулированию «Пепеляев групп» Е. А. Соколовская²¹, считает допустимым учитывать комплаенс-систему одновременно в качестве обстоятельства как для освобождения от административной ответственности, так и для ее смягчения, поскольку эти основания не являются взаимоисключающими; если принятые хозяйствующим субъектом меры не представляется возможным признать достаточными для освобождения от ответственности, следует учитывать их как смягчающее обстоятельство.

При этом, как справедливо подчеркивает руководитель ФАС России И. Ю. Артемьев, комплаенс-система должна быть направлена на обеспечение соблюдения антимонопольного законодательства хозяйствующим субъектом и не выступать способом ухода от наказания при наступлении негативных последствий для рынка в результате антимонопольного правонарушения²².

¹⁸ См.: Аналитический доклад Управления по конкурентной политике Аналитического центра при Правительстве РФ «Антимонопольный комплаенс: текущая практика и перспективы развития». 2015. С. 18.

¹⁹ Указ Президента РФ от 21.12.2017 № 618 «Об основных направлениях государственной политики по развитию конкуренции» (вместе с Национальным планом развития конкуренции в Российской Федерации на 2018—2020 годы) // СЗ РФ. 2017. № 52 (ч. 1). Ст. 8111.

²⁰ См.: Формула «скидки» за комплаенс // Конкуренция и право. 2016. № 2. С. 41—46.

²¹ См.: Соколовская Е. Антимонопольный комплаенс: инструкция к применению // Конкуренция и право. 2016. № 2. С. 3—4.

²² См.: Интервью с руководителем ФАС России И. Ю. Артемьевым. С. 10.

Законопроектом «Об антимонопольном комплаенсе» установлено, что при возбуждении и рассмотрении дела об антимонопольном правонарушении обязанность по доказыванию организации и функционирования системы внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства возлагается на хозяйствующий субъект, однако критерии оценки эффективности не установлены, что может приводить к выводу об отсутствии у антимонопольного органа необходимости давать оценку данному обстоятельству. В связи с этим представляется, что в законопроекте следует установить критерий эффективности, поскольку антимонопольный орган при рассмотрении дела должен оценивать эффективность комплаенс-системы, которая свидетельствует о стремлении хозяйствующего субъекта правомерно осуществлять свою деятельность.

Вместе с тем при доказанности хозяйствующим субъектом применения эффективной комплаенс-системы она не может учитываться как основание для освобождения от привлечения к административной ответственности. Представляется, что принятие всех зависящих мер по соблюдению требований антимонопольного законодательства, но не способное предупредить факт совершения антимонопольного правонарушения целесообразно учитывать только как обстоятельство, смягчающее административную ответственность хозяйствующего субъекта.

Антимонопольный орган разделяет указанный подход, отраженный в законопроекте «Об антимонопольном комплаенсе», который устанавливает, что организация функционирующей системы внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства до момента антимонопольного правонарушения, а при длящемся правонарушении — до момента выявления антимонопольным органом признаков антимонопольного правонарушения будет учитываться в качестве обстоятельства, смягчающего административную ответствен-

ность хозяйствующего субъекта, при условии, что антимонопольное правонарушение на момент возбуждения дела будет прекращено.

Таким образом, смягчение административной ответственности создает ощутимый правовой стимул, одновременно не ограничивая результативность административного наказания, а хозяйствующему субъекту предоставляется возможность инвестировать средства в реализацию комплаенс-системы для ее совершенствования.

Поскольку Законопроект еще не принят, примечательно, что на сегодня ряд государственных и частных компаний добровольно внедрились комплаенс: ГК «Автодор», ПАО «Уралкалий», ПАО МТС, ПАО «СИБУР Холдинг», ПАО «М.Видео», ООО «Пивоваренная компания «Балтика»».

В качестве показательного примера по реализации комплаенс-системы можно считать дело, рассмотренное ФАС России по признакам установления ПАО «Уралкалий» монополично высокой цены на продукцию²³. После оценки способа ценообразования ПАО «Уралкалий», занимающего доминирующее положение на рынке карналлита обогащенного, ФАС России прекратила дело о нарушении антимонопольного законодательства в связи с отсутствием в действиях компании нарушения и учитывая, что цены были установлены после проведения комплаенс-процедур²⁴.

В завершение следует отметить, что эффективная система внутреннего обеспечения соответствия требованиям антимонопольного законодательства может предоставить разумную, но не абсолютную уверенность в соблюдении антимонопольных требований. Хозяйствующим субъектам следует выстраивать комплаенс-систему таким образом, чтобы продемонстрировать антимонопольному органу действительное принятие всех зависящих мер по соблюдению требований антимонопольного законодательства.

²³ См.: решение ФАС России от 14.10.2015 по делу № 1-10-207/00-05-14 в отношении ПАО «Уралкалий».

²⁴ См.: Абдульменов А., Пружанский В. Процедура комплаенса при установлении цен: случай из практики // Конкуренция и право. 2015. № 5. С. 47—52.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Абдульменов А., Вялкова И. Антимонопольные риски: инструменты предупреждения и минимизации // Конкуренция и право. — 2014. — № 2. — С. 17—21.
2. Абдульменов А., Пружанский В. Процедура комплаенса при установлении цен: случай из практики // Конкуренция и право. — 2015. — № 5. — С. 47—52.
3. Глубокая Ю. Антимонопольный комплаенс в США и Европе. По какому пути пойдет Россия? // Конкуренция и право. — 2015. — № 4. — С. 34—38.
4. Интервью с руководителем ФАС России И. Ю. Артемьевым. Работа ФАС России над изменением законодательства в области антимонопольной деятельности // Российское конкурентное право и экономика. — 2016. — № 3. — С. 6—11.
5. Молчанов А. В. Антимонопольный комплаенс: значение и перспективы правового регулирования // Юрист. — 2017. — № 17. — С. 11—14.
6. Пружанский В. Е., Суббот А. В. Антимонопольный комплаенс: цена вопроса // Закон. — 2017. — № 12. — С. 38—43.
7. Пузыревский С. А. Комплаенс как способ предупреждения нарушений антимонопольного законодательства // Конкуренция и право. — 2014. — № 5. — С. 5—9.
8. Рего А. В., Войченко С. В. Антимонопольный комплаенс — новый инструмент предупреждения нарушений // Российское конкурентное право и экономика. — 2016. — № 3. — С. 24—27.
9. Соколовская Е. Антимонопольный комплаенс: инструкция к применению // Конкуренция и право. — 2016. — № 2. — С. 3—4.
10. Формула «скидки» за комплаенс // Конкуренция и право. — 2016. — № 2. — С. 41—46.
11. Хохлов Е. С. Меры предупредительного воздействия на хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение // Закон. — 2017. — № 4. — С. 132—140.

Материал поступил в редакцию 19 июля 2018 г.

THE SYSTEM OF INTERNAL COMPLIANCE WITH THE REQUIREMENTS OF ANTITRUST LAWS IN RUSSIA: PROBLEMS AND PROSPECTS FOR THE DEVELOPMENT OF LEGAL REGULATION

ASHFA Daniel Mokhamadovich, Postgraduate Student of the Department of Competition Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ashfa0408@gmail.com
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The paper is devoted to the study of the main directions of development of the system of internal compliance with the requirements of antitrust laws as a new institution of competition law in Russia. The author analyzes the definition, content and incentives for the implementation of the system of internal compliance with the requirements of anti-monopoly legislation by business entities. The author concludes that an effective system of internal enforcement of compliance with antitrust laws can provide a reasonable, but not absolute, assurance of compliance with antitrust requirements. Business entities should build a compliance system in such a way as to demonstrate to the anti-monopoly body the actual adoption of all possible measures to comply with the requirements of anti-monopoly legislation.*

Keywords: *competition law, legal liability, business entity, antitrust compliance.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Abdul'menov A., Vyalkova I. Antimonopol'nye riski: instrumenty preduprezhdeniya i minimizacii // Konkurenciya i pravo. — 2014. — № 2. — S. 17—21.
2. Abdul'menov A., Pruzhanskij V. Procedura komplaensa pri ustanovlenii cen: sluchaj iz praktiki // Konkurenciya i pravo. — 2015. — № 5. — S. 47—52.
3. Glubokaya Yu. Antimonopol'nyj komplaens v SShA i Evrope. Po kakomu puti pojdet Rossiya? // Konkurenciya i pravo. — 2015. — № 4. — S. 34—38.
4. Interv'yu s rukovoditelem FAS Rossii I. Yu. Artem'evym. Rabota FAS Rossii nad izmeneniem zakonodatel'stva v oblasti antimonopol'noj deyatel'nosti // Rossijskoe konkurentnoe pravo i ekonomika. — 2016. — № 3. — S. 6—11.
5. Molchanov A. V. Antimonopol'nyj komplaens: znachenie i perspektivy pravovogo regulirovaniya // Yurist. — 2017. — № 17. — S. 11—14.
6. Pruzhanskij V. E., Subbot A. V. Antimonopol'nyj komplaens: cena voprosa // Zakon. — 2017. — № 12. — S. 38—43.
7. Puzyrevskij S. A. Komplaens kak sposob preduprezhdeniya narushenij antimonopol'nogo zakonodatel'stva // Konkurenciya i pravo. — 2014. — № 5. — S. 5—9.
8. Rego A. V., Vojchenko S. V. Antimonopol'nyj komplaens — novyj instrument preduprezhdeniya narushenij // Rossijskoe konkurentnoe pravo i ekonomika. — 2016. — № 3. — S. 24—27.
9. Sokolovskaya E. Antimonopol'nyj komplaens: instrukciya k primeneniyu // Konkurenciya i pravo. — 2016. — № 2. — S. 3—4.
10. Formula «skidki» za komplaens // Konkurenciya i pravo. — 2016. — № 2. — S. 41—46.
11. Hohlov E. S. Mery predupreditel'nogo vozdejstviya na hozyajstvuyushchih sub»ektov, zanimayushchih dominiruyushchee polozhenie // Zakon. — 2017. — № 4. — S. 132—140.

Ошибка законодателя: виды, причины, пути исправления

Аннотация. В статье ставится вопрос о неизбежности не только судебных (по конкретным уголовным делам) ошибок, но также ошибок правоприменения (сложившаяся стихийно или по указанию вышестоящих судебных органов практика неправильного применения уголовно-правовой нормы), а также законотворческих ошибок уголовно-политического, системного и технического характера. Рассматривая конкретные правотворческие ошибки, допущенные в нормах Общей части и в каждом из структурных элементов многих норм Особенной части УК РФ, автор с удовлетворением отмечает заметную работу законодателя по устранению ошибок. Вместе с тем приводятся конкретные примеры ошибок, которые многократно отмечались в специальной литературе и тем не менее до сих пор законотворцем не исправляются, и предлагаются пути их исправления, в частности внесение изменений в Регламент Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации в части процедуры обсуждения законопроектов.

Ключевые слова: судебная ошибка; ошибка правоприменения; ошибка законодателя уголовно-политического, системного и технического характера; исправление законотворческих ошибок.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.101.4.095-103

Ошибка в праве — понятие многогранное. Оно включает и субъективную ошибку (неверные представления субъекта преступления о юридических или фактических свойствах совершаемого деяния), и судебную ошибку (неправильное установление или неправильная оценка фактических обстоятельств дела), и ошибку правоприменения (стихийно или по указанию вышестоящих судебных органов сложившаяся практика неправильного применения уголовно-правовой нормы), и ошибку законодателя (пробелы, противоречия и технические ошибки). Последняя из названных видов ошибок в праве является самой вредной, по-

скольку закон стоит (во всяком случае, должен стоять) выше практики и выше науки. Тем не менее законотворческих ошибок можно найти немало в нормах УК РФ. Ошибки законодателя могут быть уголовно-политическими, системными и техническими.

Уголовно-политическая ошибка — это неправильное правотворческое решение, являющееся прямым результатом законодательной инициативы одного из ее субъектов. Такие ошибки неочевидны и устраняются с трудом.

Примером подобной ошибки может служить реализованный в Законе от 08.12.2003 № 162-ФЗ¹ принципиальный отказ от админи-

¹ СЗ РФ. 2003. № 50. Ст. 4848.

© Парог А. И., 2019

* Парог Алексей Иванович, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ, почетный юрист города Москвы, профессор кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
alek.rarog@yandex.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

стративной преюдиции и от квалифицирующего значения специального рецидива. Осознав ошибочность своего решения, законодатель явочным порядком начал восстанавливать и то и другое.

Другим примером этого же вида законодательной ошибки является снятие Законом от 07.03.2011 № 26-ФЗ² минимального предела наказания в санкциях многих норм о преступлениях средней тяжести, тяжких и особо тяжких преступлениях, что, по сути, подменило судебское усмотрение судебским произволом. После этого формально законным стало назначение, скажем, за умышленное причинение тяжкого вреда здоровью, повлекшее по неосторожности смерть потерпевшего, наказания в виде лишения свободы как на 2 месяца, так и на 15 лет. Такое законодательное решение не только противоречит идеям деления преступлений на категории и дифференциации уголовной ответственности, но и содержит явный коррупциогенный потенциал. Несмотря на жесткую негативную реакцию научного и правоприменительного сообщества, законодатель до сих пор не отступает от своей сомнительной в этом вопросе позиции.

Действующий УК РФ содержит немало системных ошибок.

Например, ч. 3 ст. 81 УК РФ предусматривает обязательное освобождение от отбывания наказания военнослужащими, отбывающими арест либо содержание в дисциплинарной воинской части, в случае заболевания, делающего их негодными к военной службе. Однако при подобном заболевании становится невозможным исполнение не только названных видов наказания, но и ограничения по военной службе. Тем не менее эта ситуация осталась без внимания законодателя. Отмеченный пробел восполнен уголовно-исполнительным законодательством (ч. 1 ст. 174 УИК РФ), но в Уголовном кодексе РФ он сохраняется и сегодня.

Многие ошибки выявляются в результате несоответствия первоначального и актуального текста уголовного закона.

Так, первоначально обязательные работы в случае злостного уклонения от их отбывания суд мог заменить ограничением свободы или арестом, а исправительные работы — ограничением свободы, арестом или лишением свободы. Этому соответствовало положение о том, что в случае замены обязательных или исправительных работ арестом его срок может быть и менее одного месяца (ч. 2 ст. 54 УК РФ). Но Закон от 27.12.2009 № 377-ФЗ³ исключил возможность замены обязательных или исправительных работ арестом, и теперь в случае злостного уклонения от их отбывания они могут быть заменены только принудительными работами или лишением свободы. Тем не менее в ст. 54 УК РФ сохраняется положение о том, что срок ареста в случае его назначения взамен обязательных работ или исправительных работ может быть и менее одного месяца. И этой ошибке уже 10 лет.

Статья 80 УК РФ предоставляет суду право заменить неотбытую часть наказания более мягким его видом. Первоначально это относилось только к лицам, отбывающим лишение свободы, и только за преступления небольшой и средней тяжести. Упомянутый выше Закон от 08.12.2003 № 162-ФЗ распространил действие ст. 80 УК РФ на осужденных к ограничению свободы и содержанию в дисциплинарной воинской части (Законами от 27.12.2009 № 377-ФЗ и от 07.12.2011 № 420-ФЗ⁴ упоминание о лицах, отбывающих ограничение свободы, было заменено указанием на лиц, отбывающих принудительные работы). Но в ч. 2 этой нормы отбытие определенной части назначенного наказания как необходимое условие замены наказания более мягким по-прежнему связывалось только с лишением свободы. Тем самым вопрос о том, какую же часть наказания обязан отбыть осужденный к принудительным работам или к содержанию в дисциплинарной воинской части, остался открытым. Хотя этот пробел не раз отмечался в юридической литературе⁵, он продолжает существовать до сих пор.

² СЗ РФ. 2011. № 11. Ст. 1495.

³ СЗ РФ. 2009. № 52 (ч. I). Ст. 6453.

⁴ СЗ РФ. 2011. № 50. Ст. 7362.

⁵ См., например: *Грачева Ю. В.* Оценка пределов судебного усмотрения в нормах о замене неотбытой части наказания более мягким видом наказания // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке :

Различного рода законодательные ошибки встречаются и в нормах Особенной части УК РФ.

Закон от 27.12.2009 № 377-ФЗ установил уголовную ответственность за злостное уклонение от отбывания ограничения свободы (ч. 1 ст. 314 УК РФ). Злостное уклонение от отбывания ограничения свободы, назначенного в качестве основного вида наказания, влечет замену его неотбытой части принудительными работами или лишением свободы (ч. 5 ст. 53 УК РФ). Поэтому в примечании к ст. 314 УК РФ разъясняется, что уголовная ответственность наступает за злостное уклонение от отбывания наказания в виде ограничения свободы, назначенного только в качестве дополнительного наказания. Таким образом, последствия уклонения от отбывания наказания в виде ограничения свободы, назначенного в одном из двух возможных качеств, принципиально различаются.

Уклонение от отбывания основного наказания влечет его замену более строгим наказанием (принудительными работами либо лишением свободы), а уклонение от отбывания дополнительного наказания объявляется самостоятельным преступлением. Здесь налицо явное нарушение логики в оценке опасности уклонения от отбывания ограничения свободы как основного и как дополнительного наказания. Алогичность законодательного решения становится еще очевиднее, если сравнить установленные законом сроки применения более строгого наказания.

Допустим, лицо осуждено к одному году ограничения свободы. В случае злостного уклонения от его отбывания ограничение свободы может быть в соответствии с ч. 5 ст. 53 УК РФ заменено принудительными работами или лишением свободы максимум на 6 меся-

цев. А если то же наказание было назначено в качестве дополнительного, то при злостном уклонении от его отбывания максимальное наказание по ст. 314 УК РФ может составить 1 год лишения свободы. Получается, что законодатель оценивает уклонение от отбывания основного наказания как менее опасное правонарушение, чем уклонение от отбывания дополнительного наказания. Позиция выглядит странной и, видимо, нуждается в корректировке, тем более что злостное уклонение от отбывания штрафа или иных видов наказания, назначенных в качестве дополнительных, законодателем вообще не рассматривается в качестве преступления.

Ошибочные законотворческие решения встречаются и в основных составах преступлений, и в формулировании квалифицирующих признаков.

Одним из таких решений представляется изобретение норм, придающих значение самостоятельного преступления соучастию в других преступлениях, которые законом уже предусмотрены. Яркой иллюстрацией этому служит ст. 205.1 УК РФ, введенная Законом от 24.07.2002 № 103-ФЗ⁶ и после этого неоднократно реконструированная. Криминализация пособничества в совершении террористического акта как самостоятельного преступления не согласуется с общим учением о соучастии⁷ и порождает немало правоприменительных проблем.

Во-первых, вряд ли возможно найти теоретическое обоснование повышенной опасности пособничества совершению террористического акта (наказание от 10 до 20 лет лишения свободы) по сравнению с исполнением этого же преступления (от 8 до 15 лет). И дореволюционное российское⁸, и советское⁹ уголовное право

материалы X Междунар. науч.-практ. конференции. М., 2013. С. 177 ; Рарог А. И. «Работа над ошибками» — обязанность законодателя // Государство и право. 2014. № 4. С. 67.

⁶ СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3020.

⁷ См. об этом: Борисов С. В. К вопросу о криминологической основе состава преступления в виде пособничества в совершении террористического акта // Криминологические основы уголовного права : материалы X Российского конгресса уголовного права. М., 2016. С. 288 ; Некрасова А. А. Проблемы систематизации уголовно-правового регулирования специальных видов прикосновенности и соучастия в преступлениях террористического характера // Общество и право. 2016. № 4 (58). С. 69—71.

⁸ См.: Бернер А. Ф. Учебник уголовного права. СПб., 1865. Т. 1 : Часть Общая. С. 511.

⁹ См.: Шаргородский М. Д. Вина и наказание в советском уголовном праве. М., 1945. С. 23 ; Бурчак Ф. Г. Учение о соучастии по советскому уголовному праву. Киев, 1969. С. 169 ; Тельнов П. Ф. Ответственность за соучастие в преступлении. М., 1974. С. 95.

неизменно рассматривали пособничество как наименее опасную разновидность соучастия. Более снисходительное отношение к пособнику в сравнении с организатором и подстрекателем закреплено в российском УК (ч. 4 ст. 31) и явно выражено Верховным Судом РФ в определении по делу Дюльдина¹⁰. Кстати, уголовное законодательство ряда стран предусматривает обязательное (например, ч. 1 ст. 27 УК КРН, ч. 2 ст. 32 Республики Корея, ст. 63 УК Японии) либо факультативное (например, абз. 2 § 27 Уголовного уложения ФРГ, § 2 ст. 19 УК Польши, § 23 УК Дании) смягчение наказания пособнику.

Во-вторых, действующая редакция ст. 205.1 УК РФ порождает неизбежную конкуренцию между ее частью 3 и частью 1, которая предусматривает, в частности, пособничество совершению террористического акта в формах подготовки или вооружения исполнителя либо финансирования этого акта, а это ставит перед судьями весьма трудную задачу разграничить виды пособничества и обосновать различие в степени их общественной опасности.

Отход от оценки пособничества как наименее опасной разновидности соучастия проявился и в составе посредничества во взяточничестве, от которого УК РФ в 1996 г. принципиально отказался, но который был восстановлен Законом от 04.05.2011 № 97-ФЗ в отечественном уголовном законодательстве.

Разумеется, формулирование новых или воссоздание старых составов преступления — это суверенное право законодателя, но даже оно не должно нарушать системность уголовного законодательства как отрасли.

Во-первых, в первоначальной редакции посредничество во взяточничестве при значительном размере взятки (ч. 1 ст. 291.1 УК РФ) рассматривалось как более опасное преступление (наказание — до 5 лет лишения свободы), чем сама дача взятки в таком же размере (лишение свободы на срок до 3 лет). Этот переко-

был устранен только Законом от 03.07.2016 № 324-ФЗ¹¹.

Во-вторых, при крупном размере взятки посредничество во взяточничестве (п. «б» ч. 3 ст. 291.1 УК РФ) по степени опасности приравнивалось к получению взятки (п. «в» ч. 5 ст. 290 УК РФ) и наказывалось строже (лишение свободы на срок от 7 до 12 лет), чем действия взяткодателя (п. «б» ч. 4 ст. 291 УК РФ — лишение свободы на срок от 5 до 10 лет). Эта ошибка также была исправлена упомянутым Законом № 324-ФЗ, который оценил посредничество как менее опасное деяние, чем дача взятки и ее получение.

В-третьих, ответственность за реальное посредничество при отсутствииотягающих обстоятельств законом вообще не предусмотрена, а при значительном размере взятки самым строгим наказанием за такое деяние является лишение свободы на срок до 4 лет. В то же время за обещание или предложение посредничества во взяточничестве ответственность наступает даже при незначительном размере взятки, а наказание установлено в виде лишения свободы на срок до 7 лет.

Ситуация с пенализацией получения и дачи взятки, а также посредничества во взяточничестве и его обещания или предложения свидетельствует о том, что у законодателя нет каких-то логически обоснованных критериев для оценки сравнительной опасности трех известных ему разновидностей взяточничества, поэтому он вынужден периодически изменять санкции норм о взяточничестве¹².

Большие сомнения вызывает и редакция ст. 205.3 УК РФ.

Во-первых, вряд ли можно найти удовлетворительное объяснение тому, что действия, которые по своей сути являются приготовлением к совершению преступлений террористического характера, признаются самостоятельным оконченным преступлением.

¹⁰ См.: кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 09.08.2012 № 48-012-65 // СПС «КонсультантПлюс».

¹¹ СЗ РФ. 2016. № 27 (ч. II). Ст. 4257.

¹² Критический анализ этой ситуации см., например: *Грошев А. В.* Антикоррупционные новеллы уголовного законодательства Российской Федерации (критический анализ) // Современные проблемы уголовной политики. Краснодар, 2011. Т. 2. С. 104—106; *Савенко И. А.* Изменения в законодательстве по преступлениям коррупционной направленности // Там же. С. 116.

Во-вторых, совершенно необъяснимо, почему приготовление к этим преступлениям законодатель считает гораздо более опасным (наказание — вплоть до пожизненного лишения свободы), чем сами подготавливаемые преступления.

В-третьих, вряд ли можно обосновать установление уголовной ответственности за прохождение обучения потенциальными террористами при отсутствии уголовной ответственности за организацию такого обучения.

Одним из видов законодательных ошибок является непродуманное включение квалифицирующих признаков. Примерами могут служить:

- приращение квалифицирующего значения применению огнестрельного оружия при совершении террористического акта (исключено только в 2008 г.);
- приращение умышленному причинению смерти человека статуса особо квалифицирующего признака захвата заложника (ч. 4 ст. 206), террористического акта (п. «б» ч. 3 ст. 205) и диверсии (ч. 3 ст. 281 УК РФ), реализованное Законом от 28.12.2008 № 321-ФЗ¹³. Отрицательное отношение к последней законодательной новелле автор настоящей статьи уже выразил и привел веские аргументы¹⁴. Одним из них является несогласие с позицией Пленума Верховного Суда РФ, который рекомендует судам квалифицировать террористический акт, повлекший умышленное причинение смерти одному или большему числу лиц, только по п. «б» ч. 3 ст. 205 УК РФ, без дополнительной квалификации по ст. 105 УК РФ¹⁵. Следуя такой рекомендации, суд оставит вне поля зрения многие квалифицирующие признаки, предусмотренные ч. 2 ст. 105 УК РФ, и к тому же назначит необоснованно мягкое наказание. Дело в том, что террористический акт с человеческими жертвами по п. «б» ч. 3 ст. 205 УК РФ может повлечь максимальное наказание в виде лишения свободы на срок до 20 лет (если не

прибегать к пожизненному лишению свободы). А если бы оно назначалось по совокупности с ч. 2 ст. 105 УК РФ, то могло бы составить до 30 лет лишения свободы, не говоря уже о невозможности применения смертной казни, предусмотренной (хотя и формально) за квалифицированные виды убийства.

Вряд ли обоснованным является и включение неосторожного причинения смерти человека в число квалифицирующих признаков террористического акта (п. «в» ч. 2 т. 205 УК РФ). Эти последствия органично присущи террористическому акту, а нередко составляют его цель, поэтому вряд ли могут находиться за пределами умысла террориста.

К числу законодательных ошибок относится нарушение системности в формулировках примечаний к статьям Уголовного кодекса.

Так, представляется странным отсутствие в ст. 127 УК РФ поощрительного примечания, тогда как в других статьях УК РФ о преступлениях, связанных с посягательством на личную свободу (126, 127.1, 206), такие примечания имеются.

Весьма сомнительным является ограничение сферы применения освобождения от уголовной ответственности при добровольном освобождении потерпевшего в статье УК РФ о торговле людьми, тогда как при похищении человека и захвате заложника такие ограничения не установлены.

Еще более удивительным было установление Законом от 24.07.2007 № 211-ФЗ¹⁶ тождественных примечаний к ст. 282.1 и 282.2 УК РФ.

Эти нормы появились в УК РФ в 2002 г. В примечании к ст. 282.2 УК РФ освобождение от уголовной ответственности связывалось с вступлением в законную силу судебного решения о ликвидации экстремистской организации или о запрете ее деятельности. Это было вполне обоснованно, ибо до судебного решения организация не считалась экстремистской. Но ст. 282.1 УК РФ предусматривала принципиально другую ситуацию: экстремистское сообщество по за-

¹³ СЗ РФ. 2009. № 1. Ст. 29.

¹⁴ См.: Рарог А. И. Уголовный кодекс России против терроризма // Lex Russica. 2017. № 4 (125). С. 165.

¹⁵ См.: постановление от 09.12.2012 № 1 «О некоторых вопросах судебной практики по уголовным делам о преступлениях террористической направленности». П. 9 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2012. № 4.

¹⁶ СЗ РФ. 2008. № 19.

кону являлось преступным с самого момента создания и для установления его преступного характера не требовалось никакого судебного решения. Поэтому примечание к этой норме предусматривало освобождение от уголовной ответственности лица, добровольно прекратившего участие в экстремистском сообществе, если в его действиях не содержится состава иного преступления. Однако Закон от 24.07.2007 сформулировал примечание 1 к ст. 282.1 УК РФ точно так же, как и примечание к ст. 282.2 УК РФ, что сделало его принципиально неисполнимым. И только через 7 лет эта ошибка была исправлена Законом от 28.09.2014 № 179-ФЗ¹⁷, который вернулся к первоначальной редакции примечания к ст. 282.1 УК РФ.

Наиболее распространены законодательские ошибки в санкциях норм Особенной части УК РФ.

Значение системы наказаний заключается, в частности, в том, что не только для суда, но и для законодателя являются безусловно обязательными правила, сформулированные в Общей части Уголовного кодекса и определяющие порядок применения каждого вида наказания и его количественные характеристики, т.е. сроки или размеры. Грубым нарушением изложенного требования было, например, установление Законом от 08.12.2003 № 162-ФЗ в санкции ч. 1 ст. 241 УК РФ (организация занятия проституцией) наказания в виде ограничения свободы на срок до *пяти лет*, тогда как по действующему законодательству ограничение свободы как основной вид наказания за умышленное преступление не может превышать *трех лет*. До этого предела и была Федеральным законом от 21.07.2004¹⁸ снижена продолжительность ограничения свободы в санкции ч. 1 ст. 241 УК РФ.

Примером системной ошибки может служить и санкция ч. 3 ст. 281 УК РФ, где, вопреки положениям ст. 57 УК РФ, в которой преступления против государственной власти не упоминаются, установлено наказание в виде пожизненного лишения свободы.

К этому же виду ошибки можно отнести и несбалансированные санкции ч. 1 и 2 ст. 173.1 УК РФ: основной состав преступления влечет наказание в виде принудительных работ (наряду со штрафом и лишением свободы), а квалифицированный — обязательные работы (также наряду со штрафом и лишением свободы).

Самой распространенной системной ошибкой в санкциях является недопустимое установление наказания в виде принудительных работ либо установление недопустимых размеров этого наказания.

Принудительные работы — это альтернативный вид наказания (ч. 1 ст. 53.1 УК РФ). В соответствии с ч. 2 той же статьи УК РФ он не может назначаться как самостоятельный вид наказания, а применяется вместо назначенного наказания в виде лишения свободы, если суд придет к убеждению, что исправление осужденного возможно без реального отбывания наказания в местах лишения свободы¹⁹. В этом случае продолжительность принудительных работ равна (и это принципиально важно!) назначенному сроку лишения свободы. Значит, она ни при каких обстоятельствах не может превышать назначенного судом срока лишения свободы. Между тем установленный в ст. 53.1 УК РФ порядок применения принудительных работ самим же законодателем часто нарушается.

Игнорируя юридическую природу принудительных работ как альтернативного вида наказания, законодатель включает их в те санкции, которые вообще не предусматривают лишения свободы (например, части первые всех статей УК о специальных видах мошенничества, ч. 1 и ч. 2 ст. 200.1 УК РФ), либо устанавливает возможность применения принудительных работ на срок, превышающий максимально возможный срок лишения свободы (например, ч. 2 ст. 121, ч. 1 ст. 135, ч. 1 ст. 145.1, ст. 172 УК РФ).

Наряду с уголовно-политическими и системными ошибками, в санкциях встречаются и технические ошибки, т.е. откровенный брак.

¹⁷ СЗ РФ. 2014. № 26 (ч. I). Ст. 3385.

¹⁸ СЗ РФ. 2004. № 30. Ст. 3091.

¹⁹ К рассматриваемому вопросу не имеет отношения возможность применения принудительных работ в порядке замены обязательных (ч. 3 ст. 49 УК РФ) либо исправительных (ч. 4 ст. 50 УК РФ) работ в случае злостного уклонения от их отбывания, а также замены лишения свободы принудительными работами на основании ст. 80 УК РФ.

Так, не раз упоминавшимся Законом от 08.12.2003, изменившим в том числе и многие санкции, в ч. 1 ст. 165 УК РФ (основной состав) было установлено наказание вплоть до 6 лет, в ч. 2 той же статьи (квалифицированный состав) — до 3 лет, а в ч. 3 — до 5 лет лишения свободы. Эта несуразица была ликвидирована Законом от 21.07.2004 № 73-ФЗ.

Закон от 25.12.2008 № 280-ФЗ²⁰, внося изменения в целый ряд санкций, установил, что деяние, предусмотренное ч. 2 ст. 201 УК РФ, может быть наказано «штрафом в размере до одного миллиона рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до пяти лет *или без такового*». Общеизвестно, что формулировка «или без такового» относима исключительно к дополнительным видам наказания. После этого в санкцию ч. 2 ст. 201 УК РФ изменения вносились дважды: Законами от 27.12.2009 № 377-ФЗ и от 07.12.2011 № 420-ФЗ, однако отмеченный очевидный законодательный брак до сих пор не устранен.

Думается, что законодательные ошибки неизбежны и обусловлены несовершенством законодательного процесса в нашей стране.

Конституция Российской Федерации предоставила право законодательной инициативы очень многим субъектам, каждый из которых вносит свой законопроект по какому-то узкому вопросу без согласования с другими законопроектами и даже с общей идеологией Уголовного кодекса. Проекты рассматриваются Правовым управлением и профильными комитетами Государственной Думы каждый в отдельности. Таким же путем проекты передаются на заключение Правительства РФ и заинтересованных ведомств. В итоге из-за несовершенства Регламента Государственной Думы, принятого еще

22 января 1998 г., законодатель рассматривает несколько законопроектов одновременно, но без взаимосвязи и без сопоставления с идеологией Уголовного кодекса. Поэтому поправки к УК принимаются «пачками» — по 4—5 в день. Так, 27 декабря 2018 г. были приняты 6 законов, вносящих изменения в УК РФ. При таком методе рассмотрения и принятия законов вряд ли возможно обеспечить их непротиворечивость. Видимо, изменений можно не ждать, пока эффективность работы Государственной Думы будет оцениваться по числу принятых законов.

В связи с проблемой законодательных ошибок с ностальгией вспоминается советское законодательство второй половины прошлого столетия. Оно было более стабильно, а правовые нормы были более обоснованы теоретически и совершенны с точки зрения юридической техники. Единообразное их применения гарантировалось правом Президиума Верховного Совета СССР (и, соответственно, президиумов верховных советов союзных республик) давать официальное толкование закона, а также правом Верховного Суда СССР (и, соответственно, верховных судов союзных республик) давать разъяснения, которые по закону являлись руководящими.

В постсоветский период сложилась иная ситуация: Конституция РФ не предоставила ни одному органу власти права давать официальное толкование закона, а разъяснения Верховного Суда по вопросам судебной практики лишила свойства руководящих. Поэтому сомнения относительно смысла той или иной нормы, которые возникают довольно часто, не могут быть разрешены ни на каком официальном уровне, что приводит к разногласиям в теории права и к отсутствию единообразия в практическом применении закона.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Бернер А. Ф. Учебник уголовного права. — СПб., 1865. — Т. 1 : Часть Общая. — 940 с.
2. Борисов С. В. К вопросу о криминологической основе состава преступления в виде пособничества в совершении террористического акта // Криминологические основы уголовного права : материалы X Российского конгресса уголовного права. — М., 2016. — С. 285—288.
3. Бурчак Ф. Г. Учение о соучастии по советскому уголовному праву. — Киев, 1969. — 216 с.

²⁰ СЗ РФ. 2008. № 52 (ч. I). Ст. 6235.

4. Грачева Ю. В. Оценка пределов судейского усмотрения в нормах о замене неотбытой части наказания более мягким видом наказания // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке : материалы X Международной научно-практической конференции. — М., 2013. — С. 176—178.
5. Грошев А. В. Антикоррупционные новеллы уголовного законодательства Российской Федерации (критический анализ) // Современные проблемы уголовной политики. — Краснодар, 2011. — Т. 2. — С. 104—106.
6. Кадников Н. Г. К вопросу о квалификации некоторых преступлений, посягающих на общественную безопасность и общественный порядок // Вестник Моск. ун-та МВД России. — 2012. — № 3. — С. 182—187.
7. Некрасова А. А. Проблемы систематизации уголовно-правового регулирования специальных видов прикосновенности и соучастия в преступлениях террористического характера // Общество и право. — 2016. — № 4 (58). — С. 69—71.
8. Рарог А. И. «Работа над ошибками» — обязанность законодателя // Государство и право. — 2014. — № 4. — С. 65—73.
9. Российское уголовное право. Общая и Особенная части : в 3 т. / под ред. Н. А. Лопашенко. — М., 2014. — Т. 3. — 664 с.
10. Савенко И. А. Изменения в законодательстве по преступлениям коррупционной направленности // Современные проблемы уголовной политики. — Краснодар, 2011. — Т. 2. — С. 113—119.
11. Тельнов П. Ф. Ответственность за соучастие в преступлении. — М., 1974. — 208 с.
12. Уголовное право России. Особенная часть / под ред. И. Э. Звечаровского. — М., 2010. — 640 с.
13. Уголовное право России. Особенная часть / под ред. О. С. Капинус. — М., 2015. — Т. 2. — 941 с.
14. Шаргородский М. Д. Вина и наказание в советском уголовном праве. — М., 1945. — 56 с.

Материал поступил в редакцию 10 января 2019 г.

LEGISLATOR'S ERROR: TYPES, REASONS, WAYS OF CORRECTION

RAROG Aleksey Ivanovich, Doctor of Law, Professor, Honored Scientist of the Russian Federation, Honorary Lawyer of the City of Moscow, Professor of the Department of Criminal Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
alek.rarog@yandex.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The paper raises the question of the inevitability not only of judicial (in specific criminal cases) errors, but also of law enforcement errors (the practice of incorrect application of the criminal law established spontaneously or at the direction of higher judicial authorities), as well as legislative errors of political, system or technical nature. Considering the specific law-making mistakes made in the norms of the General Part and in each of the structural elements of many of the norms of the Special Part of the Criminal Code of the Russian Federation, the author notes the appreciable work of the legislator to eliminate errors with satisfaction. At the same time, the paper provides specific examples of errors that are repeatedly noted in the special literature, still yet to be corrected, and suggests ways to correct them, in particular, amending the Regulations of the State Duma of the Federal Assembly of the Russian Federation regarding the procedure for discussing bills.*

Keywords: *judicial error; law enforcement error; legislator's error of a criminal political, systemic and technical nature; correction of legislative errors.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Berner A. F. Uchebnik ugovnogo prava. — SPb., 1865. — T. 1 : Chast' Obshchaya. — 940 s.
2. Borisov S. V. K voprosu o kriminologicheskoy osnove sostava prestupleniya v vide posobnichestva v sovershenii terroristicheskogo akta // Kriminologicheskie osnovy ugovnogo prava : materialy H Rossijskogo kongressa ugovnogo prava. — M., 2016. — S. 285—288.
3. Burchak F. G. Uchenie o souchastii po sovetскому ugovnomu pravu. — Kiev, 1969. — 216 s.
4. Gracheva Yu. V. Ocenka predelov sudejskogo usmotreniya v normah o zamene neotbytoj chasti nakazaniya bolee myagkim vidom nakazaniya // Ugovnoe pravo: strategiya razvitiya v XXI veke : materialy X Mezhdunarodnoj nauchno-prakticheskoy konferencii. — M., 2013. — S. 176—178.
5. Groshev A. V. Antikorrupcionnye novelly ugovnogo zakonodatel'stva Rossijskoj Federacii (kriticheskij analiz) // Sovremennye problemy ugovnoy politiki. — Krasnodar, 2011. — T. 2. — S. 104—106.
6. Kadnikov N. G. K voprosu o kvalifikacii nekotoryh prestuplenij, posyagayushchih na obshchestvennuyu bezopasnost' i obshchestvennyj poryadok // Vestnik Mosk. un-ta MVD Rossii. — 2092. — № 3. — S. 182—187.
7. Nekrasova A. A. Problemy sistematizacii ugovno-pravovogo regulirovaniya special'nyh vidov prikosnovennosti i souchastiya v prestupleniyah terroristicheskogo haraktera // Obshchestvo i pravo. — 2016. — № 4 (58). — S. 69—71.
8. Rarog A. I. «Rabota nad oshibkami» — obyazannost' zakonodatelya // Gosudarstvo i pravo. — 2014. — № 4. — S. 65—73.
9. Rossijskoe ugovnoe pravo. Obshchaya i Osobennaya chasti : v 3 t. / pod red. N. A. Lopashenko. — M., 2014. — T. 3. — 664 s.
10. Savenko I. A. Izmeneniya v zakonodatel'stve po prestupleniyam korrupcionnoj napravlenosti // Sovremennye problemy ugovnoy politiki. — Krasnodar, 2011. — T. 2. — S. 113—119.
11. Tel'nov P. F. Otvetstvennost' za souchastie v prestuplenii. — M., 1974. — 208 s.
12. Ugovnoe pravo Rossii. Osobennaya chast' / pod red. I. E. Zvecharovskogo. — M., 2010. — 640 s.
13. Ugovnoe pravo Rossii. Osobennaya chast' / pod red. O. S. Kapinus. — M., 2015. — T. 2. — 941 s.
14. Shargorodskij M. D. Vina i nakazanie v sovetском ugovnom prave. — M., 1945. — 56 s.

Правовое регулирование стадии возбуждения уголовного дела: зарубежный опыт

Аннотация. В статье рассмотрены основные тенденции развития стадии возбуждения уголовного дела в российском уголовном процессе. Проанализированы изменения уголовно-процессуального законодательства Украины, Республики Казахстан в части отказа от возбуждения уголовного дела как стадии уголовного судопроизводства. Автором сделан вывод о значимости стадии возбуждения уголовного дела в российском уголовном процессе. Также не исключается необходимость совершенствования уголовно-процессуального законодательства в части регулирования рассматриваемой стадии путем законодательного определения прав участников проверки сообщения о преступлении, определения перечня следственных действий, по результатам производства которых можно было бы использовать доказательства в стадии предварительного расследования вне дублирования уже произведенных действий и т.д.

Ключевые слова: стадия возбуждения уголовного дела, УПК РФ, УПК Украины, УПК Республики Казахстан, Единый реестр досудебных расследований, зарубежный опыт реформирования стадии возбуждения уголовного дела.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.101.4.104-110

Федеральным законом от 4 марта 2013 г. № 23-ФЗ в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации¹ внесены существенные изменения, регламентирующие в том числе порядок рассмотрения сообщения о преступлении в стадии возбуждения уголовного дела.

Согласно ч. 1 ст. 144 УПК РФ при проверке сообщения о преступлении дознаватель, орган дознания, следователь, руководитель следственного органа вправе получать объяснения, образцы для сравнительного исследования, истребовать документы и предметы, изымать их в порядке, установленном УПК РФ, назначать

судебную экспертизу, принимать участие в ее производстве и получать заключение эксперта в разумный срок, производить осмотр места происшествия, документов, предметов, трупов, освидетельствование, требовать производства документальных проверок, ревизий, исследований документов, предметов, трупов, привлекать к участию в этих действиях специалистов.

Кроме того, законодательной новеллой стала возможность использования в качестве доказательств сведений, полученных в ходе проверки сообщения о преступлении (ч. 1.2 ст. 144 УПК РФ).

Данные изменения законодательства дали новый виток уже существующим спорам — как

¹ Федеральный закон от 04.03.2013 № 23-ФЗ «О внесении изменений в статьи 62 и 303 Уголовного кодекса Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» // Российская газета. № 48. 06.03.2013.

© Ростова В. Н., 2019

* Ростова Виктория Николаевна, прокуратура Челябинской области, прокурор отдела по надзору за процессуальной деятельностью ГУ МВД, ГСУ ГУ МВД России по Челябинской области, юрист 1-го класса vikarostova@rambler.ru
454091, Россия, г. Челябинск, ул. Елькина, д. 11

в научных кругах, так и среди практиков — о необходимости дальнейшего существования стадии возбуждения уголовного дела в российском уголовном процессе.

Как отмечает Л. В. Головкин, появились дискуссии, в ходе которых «ставятся и обсуждаются, в частности, вопросы о необходимости сохранения стадии возбуждения уголовного дела, унификации форм предварительного расследования, деформализации досудебного производства, имплементации в уголовный процесс оперативно-розыскной деятельности и др.»².

Ряд авторов придерживаются точки зрения о том, что «курс законодателя на расширение перечня следственных действий, используемых для проверки сообщения о преступлении, в целом следует расценивать как положительное явление, отвечающее потребностям практики»³.

Некоторые авторы расценивают данные изменения в качестве начала ликвидации стадии возбуждения уголовного дела как таковой. Так, М. Махмутов указывает, что после изменений, внесенных в УПК РФ Законом от 04.03.2013 № 23-ФЗ, «практически стерлась грань между стадией возбуждения уголовного дела и предварительного расследования»⁴. Ю. В. Деришев и К. А. Наумов отмечают, что «стадия постепенно, но настойчиво трансформируется в своеобразный «суррогат» расследования (или расследование первого уровня), и, соответственно, органы предварительного следствия перерождаются в органы дознания»⁵. А. Халиков в ходе анализа внесенных в ст. 144 УПК РФ изменений пишет, что «фактически законодатель сделал первый шаг к отмене стадии возбуждения уголовного дела... эта стадия давно уже в большинстве случаев работает «вхолостую», отнимая время и силы у работников правоохранитель-

ных органов, результаты которой не могли быть до этого признаны доказательствами»⁶.

Следует отметить, что расширенная рабочая группа, образованная в феврале 2013 г. при министре внутренних дел Российской Федерации, по дальнейшему реформированию органов внутренних дел разработала так называемую «дорожную карту»⁷. В ней отмечается, что «достижение положительных результатов работы по противодействию преступности и обеспечению правопорядка невозможно без проведения модернизации уголовного, уголовно-процессуального и административного законодательства» (п. 4.1). Наряду с этим, в п. 4.4 Дорожной карты говорится о необходимости тщательного изучения существующего зарубежного опыта организации уголовного судопроизводства; выбора наиболее оптимальной для нашей страны модели; определения комплекса требуемых изменений в действующее уголовно-процессуальное законодательство, с учетом экономической составляющей процесса. Помимо этого, разработчиками Дорожной карты рассматривается возможность применения процессуальной модели, согласно которой по поступившему заявлению, сообщению о преступлении следователь, дознаватель, орган дознания начинают производство по уголовному делу (п. 4.5).

При этом участниками рабочей группы по разработке Дорожной карты отмечается, что «новыми критериями оценки эффективности должны стать показатели выявления реального количества преступлений и иных правонарушений (снижения уровня их латентности), своевременности и качества реагирования на них, а также полноты и быстроты восстановления законных интересов заявителей».

² Курс уголовного процесса / под ред. Л. В. Головкин. М., 2017. С. 181.

³ Каретников А. С., Коретников С. А. Следственные действия как способы проверки сообщения о преступлении // Законность. 2014. № 7. С. 41.

⁴ Махмутов М. Закон о дознании в сокращенной форме и реформа стадии возбуждения уголовного дела // Законность. 2013. № 7. С. 41.

⁵ Деришев Ю. В., Наумов К. А. Предусматривает ли УПК отмену руководителем следственного органа постановления о возбуждении уголовного дела? // Законность. 2016. № 7. С. 54.

⁶ Халиков А. Собирающие доказательства в ходе проверки сообщения о преступлении // Законность. 2013. № 12. С. 57.

⁷ Дорожная карта дальнейшего реформирования органов внутренних дел Российской Федерации // URL: <https://rg.ru/2013/02/04/karta-mvd-site-dok.html> (дата обращения: 18.12.2017) (далее — Дорожная карта).

Очевидно, что тезис о продолжении существования в российском уголовном процессе стадии возбуждения уголовного дела после соответствующих изменений УПК РФ, произошедших в 2013 г., не является таким однозначным. Одновременно констатировать отсутствие в настоящее время стадии возбуждения уголовного дела также затруднительно.

Идея полного отказа от института возбуждения уголовного дела путем его трансформации в институт начала уголовного судопроизводства требует исключительно взвешенного подхода. Это обусловлено тем, что, как представляется, воплощение в жизнь данных предложений может повлечь намного большие негативные последствия, чем отмечается противниками стадии возбуждения уголовного дела.

К данному выводу можно прийти после установления проблемных вопросов, следующих из анализа уголовно-процессуального законодательства зарубежных стран. При этом желательно обратиться к опыту именно тех зарубежных стран, отказавшихся в недавнем времени от стадии возбуждения уголовного дела, уголовный процесс которых близок к российскому уголовному процессу.

Так, 13 апреля 2012 г. был принят новый УПК Украины, 4 июля 2014 г. — новый УПК Республики Казахстан.

Данные кодифицированные нормативные правовые акты устанавливают, что досудебное расследование начинается с момента внесения сведений о преступлении (уголовном правонарушении) в Единый реестр досудебных расследований (ЕРДР), который не связывается с вынесением постановления о возбуждении уголовного дела.

В связи с чем если раньше сведения о преступности складывались по результатам про-

хождения своеобразного «фильтра» в виде стадии возбуждения уголовного дела, на котором «отсеивались» события, не содержащие в себе признаков уголовно наказуемых деяний, то в настоящее время в этих странах регистрация преступления (уголовного правонарушения) в Едином реестре досудебных расследований означает начало предварительного расследования.

Так, если в 2014 г. в производстве органов предварительного расследования Республики Казахстан находилось 545 592 уголовных дел, то в 2016 г. — 824 408. При этом в 2014 г. прекращено по реабилитирующим основаниям 39 090 дел, что составляет 7,2 % от общего числа находившихся в производстве дел, в 2016 г. прекращено по реабилитирующим основаниям уже 249 334 дела, что составляет 30,2 % от числа дел, находившихся в производстве⁸.

При исследовании статистических показателей Украины также отмечается, что ранее ежемесячно возбуждалось не больше 38—40 тыс. уголовных дел. За 10 же месяцев действия нового УПК было зафиксировано повышение на 70 % количества начатых уголовных производств. Только за два месяца 2013 г. в Едином реестре досудебных расследований Украины зарегистрировано 281 190 преступлений, из них закрыто и снято с учета 83 981 уголовное правонарушение⁹.

И если до принятия нового УПК Республики Казахстан, например, в 2013 г. из 2 230 318 поступивших сообщений о преступлениях, об административных правонарушениях, происшествиях было возбуждено только 351 868 уголовных дел (15 % от общего числа поступивших сообщений), а по 666 141 сообщению приняты решения об отказе в возбуждении уголовного дела (30 %)¹⁰, то в настоящее время данная треть

⁸ Данные отчетов формы 1-Е «Общий межведомственный отчет о работе органов следствия и дознания» за 12 месяцев 2014 г., 12 месяцев 2016 г. (сводная информация по всем органам расследования, с учетом остатка дел, находившихся в производстве на начало отчетных периодов) // Информационный сервис Комитета по правовой статистике и специальным учетам Генеральной прокуратуры Республики Казахстан. URL: <http://qamqor.gov.kz/portal/page/portal/POPageGroup/Services/Pravstat> (дата обращения: 25.05.2018).

⁹ Карипова А. Т., Касымова А. С., Муканов Д. Ж. О влиянии учетно-регистрационной системы на показатели преступности в новых правовых условиях (на примере квартального анализа преступности) // Всероссийский криминологический журнал. 2016. Т. 10. № 4. С. 706.

¹⁰ Данные отчета формы № 2-ЗС «Сводный отчет о рассмотрении заявлений и сообщений о преступлениях органами уголовного преследования» за 12 месяцев 2013 г. // Информационный сервис Комитета по

сообщений, в которых отсутствуют признаки уголовно наказуемых деяний, необоснованно попадает в уголовно-правовую сферу, тем самым еще больше искажая реальную картину преступности.

Соответственно, не исключено искусственное повышение уровня преступности за счет регистрации деяний, уголовные дела по которым в последующем прекращаются по реабилитирующим основаниям.

В связи с этим представителями Института Генеральной прокуратуры Республики Казахстан отмечается, что на практике встречались случаи, когда «при явном отсутствии признаков уголовного правонарушения органы уголовного преследования начинали досудебное расследование с его последующим прекращением по реабилитирующим основаниям, например, по фактам хищения документов, кражи или мелкого хищения, тогда как заявитель изначально заявлял об утере имущества»¹¹.

Вместе с тем назначением российского уголовного судопроизводства является как защита прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений, так и защита личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод (ст. 6 УПК). Соответственно, в случае принятия модели уголовного процесса, не включающей в свое содержание стадию возбуждения уголовного дела, очевидны риски незаконного или необоснованного ограничения прав и свобод человека и гражданина.

В данном случае следует согласиться с точкой зрения М. В. Зяблиной о том, что упразднение стадии возбуждения уголовного дела «предоставит возможность должностным лицам органов предварительного расследования производить следственные действия, сопряженные с применением мер процессуального

принуждения, по всем зарегистрированным заявлениям и сообщениям о преступлении»¹².

Безусловно, необоснованный отказ в возбуждении уголовного дела является грубым нарушением закона, но необходимо учитывать, что зачастую на практике процессуальные проверки проводятся по сообщениям, касающимся гражданско-правовых споров, утери вещей, семейных конфликтов, фиксации повреждения имущества с целью обращения в страховую компанию и т.д., то есть по сообщениям, не содержащим в себе признаков уголовно наказуемого деяния. Необоснованное возбуждение уголовного дела в таких случаях повлечет за собой намного больше негативных последствий.

Кроме того, думается, что осуществление предварительного расследования по всем зарегистрированным сообщениям о преступлениях может создать необоснованную трату сил и средств, прежде всего органов дознания и органов предварительного расследования.

Так, в 2016 г. только следственными подразделениями МВД России и Следственного комитета Российской Федерации рассмотрено 1 899 926 сообщений, при этом по 629 551 сообщению приняты решения об отказе в возбуждении уголовного дела (33,1 % от общего числа зарегистрированных сообщений)¹³. И только 1 % от числа указанных процессуальных решений оказался необоснованным и по ним в последующем возбуждены уголовные дела. Вопрос о том, насколько обоснованно будет вовлечь всех лиц по оставшимся 99 % сообщений в уголовный процесс со всеми видами уголовного принуждения, следственными действиями, существенно ограничивающими права граждан, является риторическим.

Довод противников стадии возбуждения уголовного дела о том, что ликвидация стадии возбуждения поможет побороть латентную пре-

правовой статистике и специальным учетам Генеральной прокуратуры Республики Казахстан. URL: <http://qamqor.gov.kz/portal/page/portal/POPageGroup/Services/Pravstat> (дата обращения: 25.05.2018).

¹¹ Карпова А. Т., Касимова А. С., Муканов Д. Ж. Указ. соч. С. 705.

¹² Зяблина М. В. К вопросу об исключении из российского уголовного процесса стадии возбуждения уголовного дела // Российская юстиция. 2017. № 7. С. 68.

¹³ Информационное письмо Генеральной прокуратуры РФ от 04.05.2017 № 36-11-2017 «О состоянии законности при приеме, регистрации и рассмотрении сообщений о преступлениях в следственных органах и практике прокурорского надзора на данном направлении деятельности» // Официально не опубликовано.

ступность, конечно, заслуживает внимания, но не может быть стопроцентной гарантией данного вывода.

Следует отметить еще одно негативное последствие, сложившееся в уголовно-процессуальной деятельности в ранее обозначенных странах. Как пишет В. Песков, оценивая спустя год положения УПК Украины, на практике «встречаются отдельные случаи, когда заявления о преступлении регистрируются как обычные обращения граждан, что в принципе исключает производство по ним в соответствии с нормами УПК Украины. В такой ситуации пострадавший сталкивается с обычным бездействием органов досудебного расследования, которое проявляется в невнесении заявления о преступлении в реестр. Эта проблематика ярко раскрывается в случае, если заявление о преступлении даже не попало в конкретный следственный орган досудебного расследования»¹⁴.

При этом очевидно, что начальный этап уголовного судопроизводства в данных странах также обладает особенностями.

Так, в приказе Генерального прокурора Республики Казахстан от 19 сентября 2014 г. № 89 «Об утверждении Правил приема и регистрации заявления, сообщения или рапорта об уголовных правонарушениях, а также ведения Единого реестра досудебных расследований» содержится перечень заявлений и сообщений, которые не подлежат регистрации в ЕРДР:

- «1) в которых отсутствуют сведения о нарушениях действующего законодательства, об ущербе, существенном вреде либо незаконном доходе, подтвержденных актами проверок, ревизий, аудита и другими, когда их наличие является обязательным признаком уголовного правонарушения;
- 2) о нарушениях, основанных на неисполнении или ненадлежащем исполнении гражданско-правовых сделок, совершенных в пись-

менной форме и не признанных судом действительными, мнимыми или притворными;

- 3) по которым имеется налоговый или гражданско-правовой спор, рассматриваемый в соответствии с действующим законодательством Республики Казахстан;
- 4) о нарушениях в сфере налогового законодательства без приложения акта налоговой проверки, заключения (справки) специалиста или сведений, заключения, справки органов налоговой службы, в выводах которых содержатся достаточные данные, указывающие на наличие признаков уголовного правонарушения»¹⁵.

Приказом Генерального прокурора Украины от 14 ноября 2012 г. № 113 «О внесении изменений в Положение о порядке ведения Единого реестра досудебных расследований» также пытались предусмотреть порядок проверки сообщений и заявлений до регистрации в ЕРДР:

«Если в заявлении, сообщении, вопреки требованиям части 5 ст. 214 УПК Украины (№ 4651-VI), не приведено достаточной информации о совершенном уголовном правонарушении, то для его установления производятся следующие действия: направление требований в учреждения, предприятия, организации о предоставлении документов или соответствующих данных и тому подобное. Такие действия должны быть выполнены в срок, не превышающий 7 дней.

При неподтверждении в ходе проверки обстоятельств, свидетельствующих о совершении уголовного правонарушения, согласно п. 1 (№ 4651-VI) или 2 ч. 1 ст. 284 УПК Украины (№ 4651-VI) принимается постановление о закрытии уголовного производства.

При условии установления обстоятельств, свидетельствующих о совершении уголовного правонарушения, проводится досудебное рас-

¹⁴ См.: Новый УПК глазами практиков: первые итоги применения // URL: <http://jurliga.ligazakon.ua/news/2013/9/12/97602.htm> (дата обращения: 22.09.2017).

¹⁵ Приказ Генерального прокурора Республики Казахстан от 19 сентября 2014 г. № 89 «Об утверждении Правил приема и регистрации заявления, сообщения или рапорта об уголовных правонарушениях, а также ведения Единого реестра досудебных расследований» // Информационно-правовая система нормативных правовых актов Республики Казахстан. URL: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/V14W0009744#z22> (дата обращения: 25.05.2018).

следование в соответствии с требованиями статьи 214 УПК Украины (№ 4651-VI)»¹⁶.

Данный краткий анализ нормативных правовых актов показывает, что после отказа от стадии возбуждения уголовного дела необходимость в том самом «фильтре» для проверки сообщений, которые не должны попасть в уголовно-правовую сферу, не утрачена.

Таким образом, стадия возбуждения уголовного дела необходима российскому уголовно-

му процессу. При этом не исключена необходимость ее совершенствования в восполнении существующих пробелов, например путем законодательного определения прав участников проверки сообщения о преступлении, определения перечня следственных действия, по результатам производства которых можно было бы использовать доказательства в стадии предварительного расследования вне дублирования уже произведенных действий¹⁷, и т.д.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Деришев Ю. В., Наумов К. А. Предусматривает ли УПК отмену руководителем следственного органа постановления о возбуждении уголовного дела? // Законность. — 2016. — № 7. — С. 53—57.
2. Зяблина М. В. К вопросу об исключении из российского уголовного процесса стадии возбуждения уголовного дела // Российская юстиция. — 2017. — № 7. — С. 66—69.
3. Каретников А. С., Коретников С. А. Следственные действия как способы проверки сообщения о преступлении // Законность. — 2014. — № 7. — С. 37—42.
4. Карипова А. Т., Касимова А. С., Муканов Д. Ж. О влиянии учетно-регистрационной системы на показатели преступности в новых правовых условиях (на примере квартального анализа преступности) // Всероссийский криминологический журнал. — 2016. — Т. 10. — № 4. — С. 701—709.
5. Курс уголовного процесса / под ред. Л. В. Головки. — М., 2017. — 1280 с.
6. Махмудов М. Закон о дознании в сокращенной форме и реформа стадии возбуждения уголовного дела // Законность. — 2013. — № 7. — С. 39—43.
7. Новый УПК глазами практиков: первые итоги применения // URL: <http://jurliga.ligazakon.ua/news/2013/9/12/97602.htm> (дата обращения: 22.09.2017).
8. Халиков А. Собираение доказательств в ходе проверки сообщения о преступлении // Законность. — 2013. — № 12. — С. 54—57.
9. Шалумов М. С. Использование материалов, собранных до возбуждения уголовного дела, в качестве доказательств // Уголовный процесс. — 2005. — № 3. — С. 28—32.

Материал поступил в редакцию 9 августа 2018 г.

¹⁶ Приказ Генеральной прокуратуры Украины от 14 ноября 2012 г. № 113 «О внесении изменений в Положение о порядке ведения Единого реестра досудебных расследований» (утратил силу) // URL: <http://document.ua/pro-vnesennja-zmin-do-polozhennja-pro-porjadok-vedennja-edin-doc134640.html> (дата обращения: 25.05.2018).

В настоящее время действует приказ Генеральной прокуратуры Украины от 6 апреля 2016 г. № 139 «Об утверждении Положения о порядке ведения Единого реестра досудебных расследований» (см.: URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/RE28810.html (дата обращения: 25.05.2018)).

¹⁷ Актуальность данного вопроса, в частности, затронута в статье М. С. Шалумова. См.: Шалумов М. С. Использование материалов, собранных до возбуждения уголовного дела, в качестве доказательств // Уголовный процесс. 2005. № 3. С. 32.

LEGAL REGULATION OF INITIATION STAGE OF CRIMINAL PROCEEDINGS: FOREIGN EXPERIENCE

ROSTOVA Viktoria Nikolaevna, Prosecutor's Office of the Chelyabinsk Region, Prosecutor of the Department for Supervision of the Procedural Activity of the Directorate of the Ministry of the Interior of Russia, Main Directorate of the Ministry of the Interior of Russia in the Chelyabinsk Region, 1st Class Lawyer
vikarostova@rambler.ru
454091, Russia, Chelyabinsk, ul. Elkina, d. 11

Abstract. *The paper describes the main trends in the development of the criminal case in the Russian criminal procedure. The author analyzed changes in the criminal procedure legislation of Ukraine, the Republic of Kazakhstan regarding refusal to initiate a criminal case as a stage of criminal proceedings. The author makes a conclusion about the significance of the stage of initiation of a criminal case in the Russian criminal procedure. It also does not exclude the need to improve criminal procedural legislation in terms of regulating the stage in question by legislatively defining the rights of participants to verify a crime report, defining a list of investigative actions, the results of which could be used for evidence at the preliminary investigation stage, beyond duplication of actions already taken and so on.*

Keywords: *stage of initiation of a criminal case, Criminal Procedural Code of the Russian Federation, Criminal Procedure Code of Ukraine, Criminal Procedure Code of the Republic of Kazakhstan, Unified Register of Pre-Trial Investigations, foreign experience in reforming the stage of initiating a criminal case.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Derishev Yu. V., Naumov K. A. Predusmatrivaet li UPK otmenu rukovoditelem sledstvennogo organa postanovleniya o возбуждении уголовного дела? // *Zakonnost'*. — 2016. — № 7. — S. 53—57.
2. Zhablina M. V. K voprosu ob iskluchenii iz rossijskogo уголовного процесса stadii возбуждения уголовного дела // *Rossiyskaya yusticiya*. — 2017. — № 7. — S. 66—69.
3. Karetnikov A. S., Koretnikov S. A. Sledstvennye dejstviya kak sposoby proverki soobshcheniya o prestuplenii // *Zakonnost'*. — 2014. — № 7. — S. 37—42.
4. Karipova A. T., Kasymova A. S., Mukanov D. Zh. O vliyaniy uchetno-registracionnoj sistemy na pokazateli prestupnosti v novyh pravovyh usloviyah (na primere kvartal'nogo analiza prestupnosti) // *Vserossiyskij kriminologicheskij zhurnal*. — 2016. — T. 10. — № 4. — C. 701—709.
5. Kurs уголовного процесса / pod red. L. V. Golovko. — M., 2017. — 1280 s.
6. Mahmutov M. Zakon o doznanii v sokrashchennoj forme i reforma stadii возбуждения уголовного дела // *Zakonnost'*. — 2013. — № 7. — S. 39—43.
7. Novyj UPK glazami praktikov: pervye itogi primeneniya // URL: <http://jurliga.ligazakon.ua/news/2013/9/12/97602.htm> (data obrashcheniya: 22.09.2017).
8. Halikov A. Sobiranie dokazatel'stv v hode proverki soobshcheniya o prestuplenii // *Zakonnost'*. — 2013. — № 12. — S. 54—57.
9. Shalunov M. S. Ispol'zovanie materialov, sobrannyh do возбуждения уголовного дела, v kachestve dokazatel'stv // *Ugolovnyj process*. — 2005. — № 3. — S. 28—32.

КРИМИНАЛИСТИКА И КРИМИНОЛОГИЯ. СУДЕБНАЯ ЭКСПЕРТИЗА

Л. В. Лазарева*

Особенности правового статуса субъектов судебно-экспертной деятельности

Аннотация. В статье рассматриваются основные проблемы правообеспечительного механизма при назначении и производстве судебной экспертизы. Показано, что положения действующего уголовно-процессуального законодательства в недостаточной мере осуществляют нормативно-правовое регулирование субъектов судебно-экспертной деятельности. Особое внимание уделено вопросам обеспечения прав и законных интересов участвующих в экспертном исследовании лиц. Анализируя нормы, регулирующие порядок назначения судебных экспертиз, автор обращает внимание на отсутствие временных ограничений на ознакомление участников уголовного процесса с постановлением о назначении экспертизы. Обосновывается возможность наделения стороны защиты правом назначения экспертизы, которое могло бы быть реализовано через негосударственные судебно-экспертные учреждения или частных экспертов. Сформулированы предложения по совершенствованию законодательства и правоприменительной практики. Теоретические выводы, сформулированные в статье, служат основанием для дальнейшего исследования проблем судебной экспертизы, а также могут способствовать совершенствованию нормотворчества в указанной сфере.

Ключевые слова: судебно-экспертная деятельность, субъект судебно-экспертной деятельности, судебная экспертиза, судебный эксперт, уголовное судопроизводство, заключение эксперта, судебно-экспертное учреждение, назначение судебной экспертизы, экспертное исследование, руководитель экспертного учреждения.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.101.4.111-117

Судебная экспертиза является одним из эффективных средств установления обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, а также способом защиты прав и свобод граждан, вовлеченных в уголовный процесс. Назначение и производство судебной экспертизы рассматривается как приоритетное следственное действие, проводимое в ходе доследственной проверки сообщения о преступле-

нии наряду с осмотром места происшествия, освидетельствованием и другими. В последние годы наблюдается значительный рост производства судебных экспертиз в уголовном процессе, что обусловлено возрастающими требованиями к повышению качества производства по уголовным делам, усилением гарантий прав и свобод граждан, а также развитием демократических основ государственной и общественной жизни.

© Лазарева Л. В., 2019

* Лазарева Лариса Владимировна, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовно-процессуального права и криминалистики Владимирского юридического института ФСИН России, профессор кафедры уголовно-правовых дисциплин Владимирского государственного университета имени А. Г. и Н. Г. Столетовых
larisa_vui@mail.ru
600020, Россия, г. Владимир, ул. Б. Нижегородская, д. 67е

Несмотря на то что в настоящее время органы уголовного преследования и суд все чаще обращаются за помощью к эксперту, вынуждены признать, что и в теории, и в практике судебно-экспертной деятельности остается множество дискуссионных вопросов. Учитывая всю сложность и многогранность существующих в судебно-экспертной деятельности проблем, попытаемся изложить в настоящей статье авторское видение некоторых из них, не претендуя на полноту и завершенность исследования.

Судебно-экспертная деятельность включает комплекс действий по назначению, производству судебной экспертизы и оценке экспертного заключения, в которую вовлечены многие участники уголовного судопроизводства, наделенные определенными правами и обязанностями. Как известно, судебный эксперт приобретает статус субъекта деятельности после назначения экспертизы и вынесения лицом или органом, назначившим экспертизу, соответствующего постановления. При этом неважно, является ли эксперт сотрудником экспертного учреждения или работает в другом учреждении, но назначен в установленном законом порядке экспертом при расследовании конкретного уголовного дела. Другими словами, экспертом может выступать любое лицо, которому поручено производство судебной экспертизы.

Сущность уголовно-процессуального статуса эксперта заключается в совокупности не только его прав и обязанностей, но и гарантий их осуществления, а также ответственности за невыполнение своих обязанностей.

Нет оснований оспаривать излагаемые различными авторами взгляды на процессуальный статус судебного эксперта, все они в достаточной степени аргументированны и убедительны¹. Можно только отметить, что, как правило, полномочия эксперта анализируются с точки зрения либо его прав, либо обязанностей.

Если попытаться суммировать высказанные многочисленные предложения по совершенствованию статуса эксперта, то можно утверждать, что его процессуальный статус неразрывно связан с профессиональным, образуя целый комплекс. При этом отдельные процедурные нюансы могут быть детализированы в ведомственных подзаконных нормативных правовых актах.

Для осуществления судебно-экспертной деятельности весьма неоднозначен и одновременно важен вопрос о статусе иных субъектов экспертного исследования. Прежде всего речь идет о присутствии при производстве судебной экспертизы лица, ее назначившего. Существующая по этому поводу точка зрения, что «присутствие следователя при производстве экспертизы помогает ему лучше оценить экспертное заключение, его обоснованность, соответствие выводов результатам проведенного исследования»², бесспорно, заслуживает одобрения.

Обосновывать это очевидное обстоятельство, казалось бы, нет необходимости, но все же выскажем свои соображения. Представляется целесообразным поддержать позиции указанных авторов и, дополняя вышесказанное, сделать вывод о возможности следователя не только получать разъяснения эксперта, но и самому давать пояснения эксперту. Это предотвратит возможность обоим участникам решать на месте возникшие вопросы, а также позволит избежать проведения дополнительных или повторных экспертиз, что в конечном итоге будет способствовать повышению эффективности производства по уголовному делу.

Однако следует обратить внимание на то, в какой форме могут быть даны разъяснения: простые комментарии эксперта по ходу проведения исследования или ответы на новые вопросы, помимо указанных в постановлении?

Бесспорно, личный контакт следователя с экспертом во время экспертизы помогает

¹ Например: Судебная экспертиза в гражданском, арбитражном, административном и уголовном процессе / Е. Р. Россинская. М. : Норма, 2005 ; Судебные экспертизы / С. А. Аксенов, Е. Г. Дмитриев, С. М. Зосимов, В. В. Колкутин [и др.]. 2-е изд., доп. М. : Юрлитинформ, 2006. С. 20—26 ; *Шляхов А. Р.* Судебная экспертиза: организация и проведение. М. : Юрид. лит., 1979. С. 79—91 ; Эксперт : руководство для экспертов органов внутренних дел / под ред. Т. В. Аверьяновой и В. Ф. Статкуса. М. : КноРус : Право и закон, 2003. С. 27—40.

² Комментарий к законодательству о судебной экспертизе: уголовное, гражданское, арбитражное судопроизводство / Ю. Г. Корухов [и др.] ; отв. ред. В. Ф. Орлова. М. : Норма, 2004. С. 48.

прояснить некоторые детали предмета исследования. Для следователя представляет наибольший интерес возможность получения ответов на те вопросы, которые не были сформулированы в постановлении о назначении экспертизы и возникли уже в ходе проведения экспертного исследования. Обратим внимание на результаты проведенного опроса практических работников: 20 % респондентов поддержали предложение о необходимости закрепить право следователя на постановку новых вопросов, имеющих отношение к предмету экспертизы, во время экспертного исследования³. Сейчас же данное положение можно рассматривать как рекомендацию.

Дальнейшее исследование по данной проблематике привело нас к убеждению, что присутствие следователя подразумевает его полное невмешательство в действия эксперта ввиду ряда обстоятельств. Во-первых, следователь не обладает специальными знаниями, необходимыми для проведения судебной экспертизы, т.е. некомпетентен в конкретной области знаний. Во-вторых, порядок назначения и производства судебной экспертизы гарантирует судебному эксперту самостоятельность в выборе методов, средств и методик экспертного исследования, необходимых, с его точки зрения, для изучения данных конкретных объектов экспертизы. Только соблюдение данных условий позволит обеспечить объективность, беспристрастность, непредубежденность эксперта.

В контексте рассматриваемого вопроса следует сделать одно замечание. В своих публикациях на данную тему мы уже высказывались по поводу ограничения присутствующих при производстве экспертизы в зависимости от ее вида⁴. Например, при производстве судебной экспертизы в отношении живых лиц полагаем категорически невозможным присутствие при проведении исследования тех лиц, которые не являются объектом экспертизы. Эта рекомендация полностью относится и к следователю,

которому стоит более взвешенно принимать решение о собственном присутствии или присутствии других субъектов.

Другой нерешенный вопрос вокруг возможности и необходимости присутствия других участников процесса при производстве судебной экспертизы вызвал полемику в научных кругах. Напомним, что согласно ст. 198 УПК РФ таким правом обладают подозреваемый, обвиняемый, его защитник, потерпевший, но только с разрешения следователя, другими словами, данное правомочие согласовано с процессуальным статусом участника уголовного процесса. Можно предположить, что в анализируемой статье также наличествует и потенциальная возможность реализации уголовно-процессуальных отношений путем дачи объяснений указанными субъектами.

В этой связи изменения, внесенные в УПК РФ Федеральным законом от 4 марта 2013 г. № 23-ФЗ⁵, побуждают к определенным размышлениям. Анализ этих поправок показывает, что значительная их часть направлена на усиление публичного начала, активизацию обвинительной деятельности. В ряде случаев эти шаги законодателя, вызванные, видимо, трудностями в правоприменительной деятельности, ограничивают состязательность процесса и в определенной мере права и свободы граждан. По распространенному мнению, причина изменений состояла в необходимости освобождения от двойного исследования одних и тех же объектов. В связи с этим, по мысли авторов предлагаемых изменений, следователь сможет на этапе проверки сообщений о преступлениях назначать судебную экспертизу, принимать участие в ее производстве и получать заключение эксперта. Процессуальный порядок назначения и производства судебной экспертизы в стадии возбуждения уголовного дела должен, во-первых, предотвращать риск вынесения необоснованных процессуальных решений, во-вторых,

³ Лазарева Л. В. Концептуальные основы использования специальных знаний в российском уголовном судопроизводстве : дис. ... д-ра юрид. наук. Владимир, 2011. С. 298.

⁴ Лазарева Л. В. Производство судебной экспертизы на стадии возбуждения уголовного дела: проблемы регулирования и реализации // Судебная экспертиза. 2015. № 3. С. 10—22.

⁵ Федеральный закон от 4 марта 2013 г. № 23-ФЗ «О внесении изменений в статьи 62 и 303 Уголовного кодекса Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» (с изменениями и дополнениями) // СЗ РФ. 2013. № 9. Ст. 875.

создавать условия для обеспечения прав и свобод граждан, вовлекаемых в уголовный процесс на первоначальной стадии.

К сожалению, слабая адаптация судебно-экспертной деятельности к законодательным новеллам создает препятствия для достижения указанных целей. Способ урегулирования правовых взаимоотношений на стадии возбуждения уголовного дела, предложенный законодателем, порождает новую правовую неопределенность. Его следует скорректировать в законодательном порядке. Но вопрос пока также ждет своего решения.

Касаясь вопроса присутствия сторон и суда при производстве судебной экспертизы на стадии судебного разбирательства, Пленум Верховного Суда РФ разъяснил, что «участники судебного разбирательства по их ходатайствам с согласия суда вправе присутствовать при производстве экспертного исследования, производимого вне зала судебного заседания, за исключением случаев, когда суд по ходатайству эксперта сочтет, что данное присутствие будет препятствовать производству экспертизы»⁶.

К субъектам судебно-экспертной деятельности по праву можно отнести руководителя экспертного учреждения, которому УПК РФ отводит лишь организационно-административную роль, не стесняющую процессуальную самостоятельность эксперта. Объем процессуальных полномочий минимальный и закрепен в ст. 199 УПК. Полагаем, что такая фигура заслуживает больших полномочий, в частности наделения функцией процессуального контроля. В государственном судебно-экспертном учреждении такая функция руководителю предоставлена ст. 14 Федерального закона от 31 мая 2001 г. № 73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации»⁷.

Руководитель экспертного учреждения, оставаясь должностным лицом, оказался лишенным полномочий, без которых невозможно в полном объеме осуществлять контрольную функцию, например, в случае несогласия руководителя экспертного учреждения с выводами эксперта. Полагаем, что следовало бы наделить руково-

дителя экспертного учреждения комплексом прав, направленных на усиление контроля за качеством экспертиз, выполняемых подчиненными экспертами, в том числе правом назначить другого эксперта; при необходимости провести не однородную экспертизу, а комплексную либо повторную экспертизу и др.

К субъектам судебно-экспертной деятельности может быть отнесен и специалист. Аргументом послужила в первую очередь диспозиция ст. 58 УПК РФ, где в качестве одной из функций закреплено содействие для постановки вопросов эксперту. Учитывая предоставляемую законом возможность привлечения специалиста с этой целью, следует допустить, что ему могут быть предъявлены предметы и документы, направляемые на экспертизу. Это согласуется с правом следователя привлечь специалиста к участию в осмотре места происшествия, вещественных доказательств и других следственных действиях.

По поводу постановки вопросов эксперту следует заметить, что данный вид деятельности может осуществляться как в процессуальной форме, так и в непроцессуальной. Специалист может оказать помощь в постановке вопросов эксперту в ходе дачи своего заключения или показаний. Помимо этого, следователь (дознатель), а также судья могут получить любую консультацию у компетентного специалиста по поводу постановки вопросов эксперту. Такого рода советы и консультации даются не в процессуальной форме (возможно, по телефону или в частной беседе), процессуально никак не оформляются, никаких процессуальных прав и обязанностей не порождают. Как показывают результаты проведенного нами исследования, участие специалиста в постановке вопросов эксперту чаще всего осуществляется в непроцессуальной форме, в виде консультационной деятельности.

Дополнительным аргументом для включения специалиста в круг субъектов судебно-экспертной деятельности послужил вывод о привлечении специалиста к оценке заключения эксперта, сделанный также в результате анализа законодательных норм. Кроме этого, сейчас ст. 70 УПК РФ допускает возможность специалиста

⁶ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21 декабря 2010 г. № 28 «О судебной экспертизе по уголовным делам» // Российская газета. 2010. 30 декабря.

⁷ Российская газета. 2001. 5 июня.

выступить затем в статусе эксперта, в отличие от УПК РСФСР, согласно п. 3 «а» ст. 67 которого эксперту запрещалось принимать участие в производстве по делу, если он участвовал в деле в качестве специалиста.

Учитывая название заявленной тематики, остановимся на еще одном достаточно объемном и неоднозначном вопросе, который, на наш взгляд, периодически освещается в литературе. Суть его заключается в расширении круга субъектов судебно-экспертной деятельности путем предоставления права назначения экспертизы стороне защиты. В юридической науке существуют достаточно влиятельные точки зрения по данному вопросу. В частности, С. А. Шейфер в своих работах отмечал, что необходимо закрепить в законе обязанность следователя и суда удовлетворить ходатайство о назначении экспертизы и дать возможность защитнику присутствовать при экспертизе, проводимой как в государственном, так и в негосударственном экспертном учреждении⁸.

В определении Конституционного Суда РФ от 4 марта 2004 г. отмечено, что основанием для производства судебной экспертизы в государственном судебно-экспертном учреждении является не заявление обвиняемого или его защитника, а постановление органа дознания, предварительного следствия прокурора или суда⁹.

Другой взгляд на данную проблему заключается в возможности предоставления стороне защиты права назначения экспертизы. По этому поводу Ю. К. Орлов совершенно справедливо отмечал, что действующим УПК РФ негосударственные судебно-экспертные учреждения полностью уравниены с государственными, какая-либо регламентация их деятельности — как на законодательном, так и на ведомственном уровне — полностью отсутствует и не существует никаких, где-либо установленных требований к работающим там экспертам¹⁰.

Справедливость этих выводов и основанных на них предложений подтверждается результатами проведенного нами исследования, в процессе которого было выявлено, что 47 % адво-

катов обращались за производством экспертизы в негосударственные экспертные учреждения или к частным экспертам. Однако в 2/3 случаев следователем было отказано в приобщении к материалам уголовного дела заключения эксперта, выполненного по инициативе защитника из-за того, что данный документ получен без соблюдения процессуальных норм. В других случаях после дополнительной проверки и оценки это заключение было приобщено в качестве иного документа. Сложившаяся ситуация усугубляется еще и тем, что у стороны защиты отсутствуют правовые механизмы, позволяющие влиять на решение должностных лиц.

В качестве компенсации, частично оправдывающей запрет на назначение экспертизы стороной защиты, можно рассматривать обращение к специалистам за консультацией в виде заключения, хотя и этот механизм работает неэффективно.

Еще И. Я. Фойницкий, рассматривая вопрос об инициативе в назначении экспертизы, указывал на то, что значительную роль в привлечении сведущих лиц в уголовное судопроизводство играют стороны: «Если сторона, не ограничиваясь ходатайством о производстве экспертизы вообще, укажет суду определенных лиц, требуя их вызова в суд в качестве сведущих людей, то такое требование, предполагая формальные условия выполненными, представляется для суда в конце концов обязательным (например, если сторона заявляет согласие принять вызов экспертов за свой счет)»¹¹.

Интересен в этом отношении зарубежный опыт. Например, ст. 243 УПК Украины предоставляет стороне защиты право самостоятельно приглашать экспертов на договорных условиях для проведения экспертизы.

Следует учитывать тот факт, что за последние годы в судебно-экспертной деятельности наблюдается усиление негосударственного сектора услуг по производству экспертиз. Причем многие из них в техническом плане отвечают всем требованиям сегодняшнего дня, применяя

⁸ Шейфер С. А. Следственные действия. 2-е изд. М., 2001. С. 146—148.

⁹ Российская газета. 7 июля 2004.

¹⁰ Судебная экспертиза как средство доказывания в уголовном судопроизводстве : научное издание. М. : ИПК РФЦСЭ, 2005. С. 63.

¹¹ Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. СПб., 1996. Т. 2. С. 294.

новые методы в технике и естественных науках, сокращают сроки производства экспертиз и достигают более высокой степени точности в получении результатов экспертного исследования.

Прекрасно осознавая возможную критику, все же настаиваем, что эта идея заслуживает внимания, потому как не только законодательство и правоприменительная практика, но и сама жизнь продолжают развиваться. В связи с этим некоторые постулаты процессуальной доктрины нуждаются в переосмыслении, уточнении, корректировке в соответствии с современными представлениями о сущности и содержании уголовного судопроизводства.

В то же время следует учитывать, что чрезмерное расширение круга участников судебно-экспертной деятельности вступает в противоречие с разрабатываемыми теорией доказательств постулатами: единственными субъектами доказывания являются должностные лица и органы предварительного расследования, а также суд, имеющие исключительное право на производство следственных действий и оформление полученных сведений в соответствующую процессуальную форму доказательства.

Анализ современного состояния организации судебно-экспертной деятельности приводит к мысли о необходимости кардинального реформирования системы судебно-экспертных учреждений по примеру Республики Беларусь.

Вышеизложенное свидетельствует о том, что вопросы судебно-экспертной деятельности, ее соотношения с уголовным процессом остаются весьма актуальными, особенно с учетом современных реалий борьбы с преступностью, перспектив развития этих наук, их влияния на отправление уголовного судопроизводства.

В любом случае нужно понимать, что развитие уголовно-процессуальных отношений затрагивает широкий круг отношений в сфере судебно-экспертной деятельности, соответственно, их правовое регулирование должно пополняться все новыми нормами, выработка которых является насущной необходимостью. Надеемся, что преодоление обозначенных в настоящей статье проблем будет способствовать повышению компетентности субъектов судебно-экспертной деятельности, а также решению задач, стоящих перед судебно-следственными органами, что в конечном итоге повысит эффективность судопроизводства.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Баев О. Я. Тактика уголовного преследования и профессиональной защиты от него. Следственная тактика : научно-практическое пособие. — М. : Экзамен, 2003. — 432 с.
2. Комментарий к законодательству о судебной экспертизе: уголовное, гражданское, арбитражное судопроизводство / Ю. Г. Корухов [и др.] ; отв. ред. В. Ф. Орлова. — М. : Норма, 2004. — 191 с.
3. Лазарева Л. В. Концептуальные основы использования специальных знаний в российском уголовном судопроизводстве : дис. ... д-ра юрид. наук. — Владимир, 2011. — 470 с.
4. Лазарева Л. В. Производство судебной экспертизы на стадии возбуждения уголовного дела: проблемы регулирования и реализации // Судебная экспертиза. — 2015. — № 3. — С. 10—22.
5. Россинская Е. Р. Комментарий к Федеральному закону «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации». — М. : Право и закон : Юрайт-Издат, 2002. — 384 с.
6. Россинская Е. Р. Судебная экспертиза в гражданском, арбитражном, административном и уголовном процессе. — М. : Норма, 2005. — 656 с.
7. Судебная экспертиза как средство доказывания в уголовном судопроизводстве : научное издание. — М. : ИПК РФЦСЭ, 2005. — 264 с.
8. Судебные экспертизы / С. А. Аксенов, Е. Г. Дмитриев, С. М. Зосимов, В. В. Колкутин [и др.]. — 2-е изд., доп. — М. : Юрлитинформ, 2006. — 288 с.
9. Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. — СПб., 1996. — Т. 2.
10. Шейфер С. А. Следственные действия. — 2-е изд. — М. : Юрлитинформ, 2001. — 208 с.
11. Шляхов А. Р. Судебная экспертиза: организация и проведение. — М. : Юрид. лит., 1979. — 167 с.
12. Эксперт: руководство для экспертов органов внутренних дел / под ред. Т. В. Аверьяновой и В. Ф. Статкус. — М. : КноРус : Право и закон, 2003. — 591 с.

Материал поступил в редакцию 12 октября 2018 г.

NATURE OF LEGAL STATUS OF THE SUBJECTS OF FORENSIC ACTIVITIES

LAZAREVA Larisa Vladimirovna, Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of Criminal Procedure and Forensic Science of the Vladimir Law Institute of the Federal Enforcement Service of Russia, Professor of the Department of Criminal Law Disciplines of the Vladimir State University named after Alexander and Nikolay Stoletovs
larisa_vui@mail.ru
600020, Russia, Vladimir, ul. B. Nizhegorodskaya, d. 67e

Abstract. *The paper discusses the main problems of the enforcement mechanism in the appointment and production of forensic examination. It is shown that the provisions of the current criminal procedural legislation inadequately carry out the legal regulation of the subjects of forensic activities. Particular attention is given to ensuring the rights and legitimate interests of those participating in the expert study of individuals. Analyzing the rules governing the procedure for the appointment of forensic examinations, the author draws attention to the absence of temporary restrictions on familiarizing the participants in the criminal process with the resolution on the appointment of the examination. The author justifies the possibility of vesting the defense with the right to assign expertise, which could be implemented through non-state forensic institutions or private experts. Proposals for the improvement of legislation and law enforcement practice are formulated. The theoretical conclusions formulated in the paper serve as a basis for further research of forensic issues, and can also contribute to the improvement of rule-making in this area.*

Keywords: *forensic expert activity, subject of forensic expert activity, forensic examination, forensic expert, criminal justice, expert opinion, forensic expert institution, appointment of forensic examination, expert research, head of expert institution*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Baev O. Ya. Taktika ugovnogo presledovaniya i professional'noj zashchity ot nego. Sledstvennaya taktika : nauchno-prakticheskoe posobie. — M. : Ekzamen, 2003. — 432 s.
2. Kommentarij k zakonodatel'stvu o sudebnoj ekspertize: ugovnoe, grazhdanskoe, arbitrazhnoe sudoproizvodstvo / Yu. G. Koruhov [i dr.] ; otv. red. V. F. Orlova. — M. : Norma, 2004. — 191 s.
3. Lazareva L. V. Konceptual'nye osnovy ispol'zovaniya special'nyh znaniy v rossijskom ugovnom sudoproizvodstve : dis. ... d-ra yurid. nauk. — Vladimir, 2011. — 470 s.
4. Lazareva L. V. Proizvodstvo sudebnoj ekspertizy na stadii vzbuzhdeniya ugovnogo dela: problemy regulirovaniya i realizacii // Sudebnaya ekspertiza. — 2015. — № 3. — S. 10—22.
5. Rossinskaya E. R. Kommentarij k Federal'nomu zakonu «O gosudarstvennoj sudebno-ekspertnoj deyatel'nosti v Rossijskoj Federacii». — M. : Pravo i zakon : Yurajt-Izdat, 2002. — 384 s.
6. Rossinskaya E. R. Sudebnaya ekspertiza v grazhdanskom, arbitrazhnom, administrativnom i ugovnom processe. — M. : Norma, 2005. — 656 s.
7. Sudebnaya ekspertiza kak sredstvo dokazyvaniya v ugovnom sudoproizvodstve : nauchnoe izdanie. — M. : IPK RFCSE, 2005. — 264 s.
8. Sudebnye ekspertizy / S. A. Aksenov, E. G. Dmitriev, S. M. Zosimov, V. V. Kolkutin [i dr.]. — 2-e izd., dop. — M. : Yurlitinform, 2006. — 288 s.
9. Fojnickij I. Ya. Kurs ugovnogo sudoproizvodstva. — SPb., 1996. — T. 2.
10. Shejfer S. A. Sledstvennye dejstviya. — 2-e izd. — M. : Yurlitinform, 2001. — 208 s.
11. Shlyahov A. R. Sudebnaya ekspertiza: organizaciya i provedenie. — M. : Yurid. lit., 1979. — 167 s.
12. Ekspert : rukovodstvo dlya ekspertov organov vnutrennih del / pod red. T. V. Aver'yanovoj i V. F. Statkusa. — M. : KnoRus : Pravo i zakon, 2003. — 591 s.

В. Д. Никишин*

Текст религиозного характера экстремистско-террористической направленности как объект герменевтического исследования и источник криминалистически значимой информации в судебной лингвистической экспертизе

Аннотация. Актуальность выбранной темы исследования обусловлена возрастающей потребностью следственной и судебной практики в исследованиях речевых произведений религиозного дискурса в связи с нарастанием экстремистских настроений в современном обществе. Несмотря на очевидную потребность экспертной практики в разработке научно-методического обеспечения экспертизы текстов религиозного содержания, до настоящего времени они остаются малоизученными с точки зрения их потенциальной конфликтности. Это обусловило новизну исследованной темы и ее практическую значимость.

Цель работы заключалась в исследовании проблем использования специальных лингвистических знаний по делам о словесном религиозном экстремизме, а именно проблем теоретического аспекта судебной экспертизы материалов религиозного характера (текстов религиозного дискурса) экстремистско-террористической направленности.

Для решения поставленных задач использовался корпус источников по судебной лингвистике (судебному речеведению), судебной экспертологии, российское и зарубежное законодательство, международно-правовые акты, экспертная и судебная практика.

Автор дает собственную концепцию соотношения понятий «словесный (вербальный) экстремизм», «язык вражды» и «словесный религиозный экстремизм», выделяя круг статей УК РФ, содержащих составы преступлений, коррелирующие с данными феноменами.

В статье исследуется проблема компетентности привлекаемых по данной категории дел экспертов-лингвистов, а также проблема пределов их компетенции.

Ключевые слова: судебное речеведение, криминалистика, судебная экспертология, судебная лингвистическая экспертиза, лингвокриминалистика, юрислингвистика, герменевтика, экстремизм, религиозный экстремизм, язык вражды, эксперт.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.101.4.118-127

© Никишин В. Д., 2019

* Никишин Владимир Дмитриевич, аспирант кафедры судебных экспертиз Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
nikishin.v.d@mail.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

ВВЕДЕНИЕ

Религиозно мотивированный экстремизм и терроризм в современных условиях представляют собой угрозу национальной безопасности и стабильности общественного и государственного развития любой страны. Анализ нормативно-правовой базы противодействия экстремизму и терроризму показывает, что более половины правовых норм направлены на противодействие именно вербальным (словесным) проявлениям данных феноменов.

В юридической и филологической литературе в последние годы закрепилось понятие вербального (словесного) экстремизма как особого вида речевого правонарушения, предполагающего использование комплекса языковых средств в процессе устной или письменной коммуникации экстремистско-террористического дискурса, комплекса, имеющего собственные правовые и лингвистические характеристики¹. Вербальный экстремизм (включая призывы к осуществлению террористической деятельности и публичное оправдание терроризма как крайней формы экстремизма) охватывает преступления экстремистской направленности, не сопряженные с применением насилия: ст. 280, 282, 205.2 УК РФ. Более широкое понятие «язык вражды» (калька с англ. hate speech) есть обобщенное обозначение языковых средств выражения резко отрицательного (нетолерантного) отношения «оппонентов» как носителей иной системы культурных, национальных, религиозных или же иных ценностей

и включает в том числе ксенофобские вербальные проявления, не являющиеся уголовно наказуемыми².

1. СУДЕБНАЯ ЭКСПЕРТИЗА КАК ФОРМА ИСПОЛЬЗОВАНИЯ СПЕЦИАЛЬНЫХ ЛИНГВИСТИЧЕСКИХ ЗНАНИЙ ДЛЯ ВЫЯВЛЕНИЯ ПРИЗНАКОВ СЛОВЕСНОГО РЕЛИГИОЗНОГО ЭКСТРЕМИЗМА

Словесный (вербальный) религиозный экстремизм — это совершенные в словесной (вербальной) форме действия³, направленные на возбуждение ненависти и вражды в отношении представителя(-ей) определенной религиозной общности или на унижение человеческого достоинства и/или оскорбление религиозных чувств лиц, включенных в данную общность, а также призывы религиозного дискурса к осуществлению экстремистской и/или террористической деятельности.

Судебная практика показывает, что на сегодняшний день ни одно дело о словесном религиозном экстремизме не обходится без назначения судебной экспертизы (лингвистической или комплексной психолого-лингвистической/лингво-религиоведческой, в целях данного исследования для краткости изложения предлагаем судебную экспертизу материалов религиозного характера экстремистско-террористической направленности именовать судебной экспертизой религиозного дискурса)⁴.

Судебная экспертиза спорного текста непосредственно связана с такой филологической

¹ См. подробнее: Громова Н. С. Свобода слова и вербальный экстремизм в России: лингво-правовой аспект: монография. Екатеринбург: Уральский институт коммерции и права, 2015.

² См., например: Lucas B. Methods for monitoring and mapping online hate speech // GSDRC Applied Knowledge Services. 2014, July 14. URL: <http://www.gsdr.org>; Weber A. Manual on hate speech. Strasbourg: Council of Europe publishing, 2009; Дубровский Д. В. [и др.] Язык вражды в русскоязычном Интернете: материалы исследования по опознаванию текстов ненависти. СПб.: Изд-во Европ. ун-та в Санкт-Петербурге, 2003. 72 с.; Евстафьева А. В. «Язык вражды» в средствах массовой информации: лингвистические и экстралингвистические факторы функционирования: автореф. дис. ... канд. филол. наук. Тамбов, 2009.

³ См., например: Delruelle. Incitement to hatred: when to say is to do. Seminar in Brussels, 25 November 2011; Tulkens F. When to say is to do Freedom of expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights. Strasbourg: Seminar on Human Rights for European Judicial Trainers, 2012.

⁴ О проблеме названия данного вида судебной экспертизы см. подробнее: Галяшина Е. И. Основы судебного речеведения: монография / под ред. М. В. Горбаневского. М.: СТЭНСИ, 2003. 236 с.; Подкатилина М. Л. Судебная лингвистическая экспертиза экстремистских материалов: монография / под ред. Е. И. Галяшиной. М.: Юрлитинформ, 2013. 184 с.

отраслью, как герменевтика⁵, задача которой состоит в истолковании, интерпретации письменного или устного текста с целью понимания его смысла, т.е. понимания интеллектуального и эмоционально-экспрессивного содержания текста.

Судебная экспертиза представляет собой одну из форм использования специальных знаний (прежде всего лингвистических) для выявления признаков словесного религиозного экстремизма. По мнению Е. Р. Россинской, Е. И. Галяшиной и А. М. Зинина, судебная экспертиза — это «процессуальное действие, состоящее из проведения исследований и дачи заключения экспертом по вопросам, разрешение которых требует применения специальных знаний в области науки, техники, искусства или ремесла и которые поставлены перед экспертом судом, судьей, органом дознания, лицом, производящим дознание, следователем или прокурором в целях установления обстоятельств, подлежащих доказыванию по конкретному делу»⁶.

В делах о словесном религиозном экстремизме такими обстоятельствами являются обстоятельства, подтверждающие выражение в продукте речевой деятельности (в тексте) коммуникативной установки адресанта на создание резко отрицательных установок у адресата в отношении представителей определенной религиозной общности, а также на унижение человеческого достоинства данной группы лиц путем распространения соответствующей информации; на побуждение адресата к совершению определенных действий, в том числе насильственного характера, в отношении лица

или группы лиц, выделяемых по признаку отношения к религии.

Текст (в том числе креолизованный текст) является источником криминалистически значимой информации по делам о словесном религиозном экстремизме, выступает объектом судебной лингвистической экспертизы материалов религиозного характера экстремистско-террористической направленности и, следовательно, одновременно является объектом герменевтического исследования в рамках данной экспертизы.

2. ПРЕДМЕТ СУДЕБНОЙ ЛИНГВИСТИЧЕСКОЙ ЭКСПЕРТИЗЫ МАТЕРИАЛОВ РЕЛИГИОЗНОГО ХАРАКТЕРА ЭКСТРЕМИСТСКО-ТЕРРОРИСТИЧЕСКОЙ НАПРАВЛЕННОСТИ. ПРЕДЕЛЫ КОМПЕТЕНЦИИ ЭКСПЕРТА-ЛИНГВИСТА

Предметом судебной экспертизы религиозного дискурса является определение смысловой направленности продукта речевой деятельности (его семантики и прагматики) через установление фактических данных о его особенностях.

Выявление признаков словесного религиозного экстремизма представляет собой анализ смыслового содержания информации, способной формировать отрицательную эмоциональную установку по отношению к представителям определенной религиозной общности, побуждая к действиям против индивидов или группы.

Следует отметить, что при исследовании объектов судебной экспертизы религиозного

⁵ Герменевтика (греч. Hermeneutike, от hermeneia — толкование, объяснение) — это учение об истолковании произведения, установлении его подлинного смысла и точного понимания его содержания. Происхождение термина «герменевтика» связывают обычно с именем бога древнегреческой мифологии Гермеса, который был посредником между богами Олимпа и людьми. Гермес был обязан доводить до сознания людей волю богов, истолковывая ее, переводя ее с языка богов на естественный язык людей. Поэтому этимологически термин «герменевтика» означает истолкование, интерпретацию.

Термин «герменевтика» применялся сначала в отношении библейских текстов, затем — в значении учения о восстановлении первоначального смысла литературных памятников, дошедших в искаженном и частичном виде, непонятных без комментариев, а также в значении истолкования всякого произведения (сюда относятся, например, объяснительные издания авторов). В этом смысле герменевтика — дисциплина филологической критики (см.: URL: http://cito-web.yspu.org/link1/lab/lab_inf1/node1/index.html (дата обращения: 24.07.2017)).

⁶ Россинская Е. Р., Галяшина Е. И., Зинин А. М. Теория судебной экспертизы (Судебная экспертология) : учебник / под ред. Е. Р. Россинской. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2016. С. 38.

дискурса эксперт анализирует то, что выражено в тексте и не может приписывать автору то или иное значение, если в речевом продукте отсутствуют средства его выражения. Если эксперт использует в заключении такие понятия, как «скрытый призыв», «приемы манипуляций», «скрытое намерение» и другие, он должен продемонстрировать конкретные и доказуемые средства выражения значения наличествующего скрытого приема, намерения и т.п.

Кроме того, исследованию подлежат те установки, на формирование которых направлен продукт речевой деятельности. Эксперт не может решать вопрос о том, могут ли они реально быть сформированы у адресата и с какой степенью вероятности, поскольку для этого необходимо проведение социологического эксперимента, недопустимого в экспертизе исходя из положений судебной экспертологии.

Несомненно, задачи, решаемые в рамках судебной экспертизы религиозного дискурса, носят диагностический характер, а в целом основную задачу данного рода экспертиз можно определить как установление на основе применения специальных знаний в области судебного речеведения, лингвистики (факультативно — религиоведения и психологии) наличия или отсутствия в речевом продукте признаков выражения определенного типа значения.

Такой многоаспектный анализ текста в судебной экспертизе религиозного дискурса обусловлен, с одной стороны, ее связью с герменевтическим методом. Как и в традиционном герменевтическом исследовании, в судебной экспертизе религиозного дискурса на основе анализа семантической и композиционно-стилистической структуры речевого продукта решается задача раскрытия и истолкования понятийно-логического содержания и эмоционально-экспрессивной стороны продукта речевой деятельности.

3. ОБЪЕКТ СУДЕБНОЙ ЛИНГВИСТИЧЕСКОЙ ЭКСПЕРТИЗЫ МАТЕРИАЛОВ РЕЛИГИОЗНОГО ХАРАКТЕРА ЭКСТРЕМИСТСКО-ТЕРРОРИСТИЧЕСКОЙ НАПРАВЛЕННОСТИ

Согласно ст. 1 Федерального закона от 25 июля 2002 г. № 114-ФЗ «О противодействии экстремистской деятельности» экстремистские материалы — это «предназначенные для обнаружения документы либо информация на иных носителях, призывающие к осуществлению экстремистской деятельности либо обосновывающие или оправдывающие необходимость осуществления такой деятельности, в том числе труды руководителей национал-социалистической рабочей партии Германии, фашистской партии Италии, публикации, обосновывающие или оправдывающие национальное и (или) расовое превосходство либо оправдывающие практику совершения военных или иных преступлений, направленных на полное или частичное уничтожение какой-либо этнической, социальной, расовой, национальной или религиозной группы»⁷.

Таким образом, понятием «экстремистские материалы», которые, собственно, и являются объектом исследования, охватывается не только сам текст, но и его антураж — связанные с ним невербальные компоненты (например, иллюстрации при анализе мемов, видеоряд, саундтрек и т.д.). По мнению известного эксперта-лингвиста А. Н. Баранова, текст может включать в себя, помимо текста как такового, изображения и т.п.⁸ Для обозначения таких текстов в лингвистике появился специальный термин — «креолизованный текст», то есть медиатекст, фактура которого состоит из вербального и невербального элементов разных семиотических систем, имеющих смысловую связь, формирующую устойчивое смысловое единство.

Исходя из вышесказанного объект судебной экспертизы материалов религиозного характера экстремистско-террористической направленности — это речевой продукт религиозного

⁷ Федеральный закон от 25 июля 2002 г. № 114-ФЗ «О противодействии экстремистской деятельности» (с изменениями и дополнениями) // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3031.

⁸ Баранов А. Н. Лингвистическая экспертиза текста: теория и практика : учеб. пособие. М. : Флинта, Наука, 2007. С. 46.

дискурса (устный или письменный текст), представленный на любом материальном носителе. На исследование могут быть представлены книги, буклеты, газеты, журналы, листовки, аудио- и видеофонограммы, видеосюжеты, видео- и кинофильмы, то есть любые материальные носители, фиксирующие результаты вербальной коммуникации.

Продукт речевой деятельности, зафиксированный на материальном носителе, есть источник криминалистически значимой информации, носитель речевых следов, относимых с точки зрения криминалистики к материальным следам.

Текст как продукт речевой деятельности является чрезвычайно сложным объектом исследования, поскольку подразумевает участие в распространении информации не только самого злоумышленника — субъекта преступления, но и потенциальной жертвы, становящейся в процессе коммуникации «соучастником». Как отмечает Н. С. Громова, «текст, потенциально несущий экстремистскую угрозу и являющийся орудием совершения преступления, необходимо проанализировать как с точки зрения целевых установок его автора, так и с позиции его потенциальных интерпретаций автором»⁹.

Данное выше определение демонстрирует, что в принципе может быть объектом судебной экспертизы религиозного дискурса с процессуальной точки зрения. Тем не менее весьма важно остановиться на вопросе, какие тексты могут быть причислены к экстремистским материалам с точки зрения лингвистики и судебного речеведения.

Прежде всего необходимо отметить важность стилистической принадлежности текста: концепт экстремизма может быть реализован только в социально актуальных, т.е. публицистических, текстах. Таким образом, экстремизм априори не может «содержаться» в религиозных текстах и текстах художественного стиля.

Однако следует иметь в виду, что «в де-структивных целях часто используется дискурсивно-стилистическая мимикрия, когда якобы религиозный или художественный текст с помощью различных коммуникативных технологий, включаясь в публицистический социально актуализированный контекст, становится публицистическим»¹⁰.

Речь идет прежде всего о случаях, когда цитаты из священных писаний, иных религиозных, а также художественных источников «вырываются» из контекста и помещаются в публичный, социально актуальный контекст, то есть в речевой продукт публицистического стиля (листовки, статьи в СМИ и блогосфере, мемы, посты и постеры, комментарии в блогах и социальных сетях и т.д.). В качестве приема дискурсивно-стилистической мимикрии используется также стилизация под художественный текст¹¹.

Таким образом, при исследовании текста на предмет выявления признаков религиозно мотивированного экстремизма и терроризма первоочередная задача эксперта-лингвиста — определить дискурсивно-стилистическую природу продукта речевой деятельности. Только в случае наличия в тексте публичности, публицистичности, социальной актуальности целесообразно дальнейшее судебно-экспертное исследование.

4. ПОНЯТИЯ «СМЫСЛ» И «ЗНАЧЕНИЕ» В ГЕРМЕНЕВТИКЕ И СУДЕБНОЙ ЭКСПЕРТИЗЕ РЕЛИГИОЗНОГО ДИСКУРСА

Судебная экспертиза религиозного дискурса направлена на установление смысла продукта речевой деятельности (текста). Но что есть смысл высказывания? Сколько смыслов в слове? Это есть первая герменевтическая проблема, поставленная еще на этапе зарождения герменевтических идей и решавшаяся разными философами по-разному: единомышленники объединялись в школы, принципиально проти-

⁹ Громова Н. С. Особенности и проблемы производства лингвистической экспертизы по делам о преступлениях экстремистской направленности // Материалы VI Междунар. науч.-практ. конференции «Теория и практика судебной экспертизы в современных условиях», посвящ. памяти заслуж. юриста РФ, д. ю. н., проф. Юрия Кузьмича Орлова (г. Москва, 19—20 января 2017 г.). М.: Проспект, 2017. С. 109—110.

¹⁰ Орлова О. В. Религиозный текст и экстремизм — две вещи несовместные // URL: <http://konference.siberia-expert.com> (дата обращения: 20.06.2017).

¹¹ См. подробнее: Орлова О. В. Указ. соч.

востоявшие друг другу. Так, в I-III вв. возникают две противоположные по методологическим установкам герменевтические школы — Пергамская (аномалисты) и Александрийская (аналогисты). Первая придерживалась дословного толкования Священного Писания, основывалась на единственности смысла; вторая, напротив, придерживалась аллегорического толкования, основывалась на принципе множественности смыслов слова.

Средневековая герменевтика характеризуется как метод, «наделяющий» текст смыслом, а не устанавливающий тот самый единственный смысл, который вложен в него автором. В связи с этим и возникают антагонистические религиозные школы, по-разному толкующие писания, при этом каждая школа считает, что именно их толкование является единственно истинным, ниспосланным Богом. «Основная ложь библейской герменевтики, — писал Г. Шпет, — в том и состоит, что она допускает как предпосылку двойственность смысла в выражении: человеческий и боговдохновенный. Затем уже под эту предпосылку подводится основание: утверждается принципиальная допустимость для знака иметь несколько значений. Пока речь идет о «втором» значении как боговдохновенном, — как бы научнообразно ни оправдывалось положение о многозначности знака, — это все остается вне науки»¹².

К сожалению, и сегодня в экспертной практике нередко случаи именно «наделения» текста смыслом. Судебные эксперты — переученные филологи, не обремененные знаниями судебной экспертологии, — часто страдают «филологическим романтизмом», веря во всеисильность филологии в решении любых задач по установлению смысла. На деле же получается, что задача по установлению смысла не решена вовсе, тексту просто приписан смысл, удобный судебному эксперту — интерпретатору.

Видный философ эпохи Реформации Матиус Флациус Иллирийский вводит герменевтические принципы учета контекста слов, цели

текста и отношения части к целому. В соответствии с ними по-новому решается проблема количества смыслов в слове: «Подлинный смысл в слове всегда один, а различные контексты употребления данного слова могут лишь изменять первоначальный смысл, «играть» смысловыми оттенками, полутонами и скрытыми значениями. Учет цели текста позволяет связать смысл толкуемого источника с его происхождением и с задачами социальной практики»¹³.

Близок по взглядам к Флацию известный российский ученый XIX в. П. И. Савваитов: «В каждом месте Писания подлинный буквальный смысл только один»¹⁴. Он отрицает концепцию многосмысленности, так как она противоречит здравому смыслу и цели Священного Писания дать людям истинный смысл догматов веры. Единственность буквального смысла не исключает того факта, что «некоторые места Священного Писания вне состава речи могут давать много смыслов»¹⁵. Савваитов, по сути, подтверждает уже высказанный нами выше тезис о том, что цитаты, «вырванные» из Писания и включенные в иной контекст или использованные обособленно, приобретают совершенно иной смысл, зависящий от интенции автора нового речевого продукта.

Г. Фреге выделяет два типа выражений: имя и предложение, имеющие смысл и значение в качестве семантических характеристик. Имя обозначает предмет (который и является его значением). Смысл имени — информация, содержащаяся в имени. Данный ученый также связывает смысл имени с контекстом его употребления. Имя имеет только одно значение, но может иметь несколько смыслов. Значения предложений — «истина» и «ложь» как особые абстрактные объекты.

Л. Витгенштейн развивает идеи Г. Фреге, однако не принимает его исходного положения о том, что имена априори имеют значение. Он утверждает, что имена не имеют значения вне контекста, а «получают значение в предложениях, которые истолковывают значение имен»¹⁶.

¹² Цит. по: Кузнецов В. Г. Герменевтика и гуманитарное познание. М. : Изд-во МГУ, 1991. С. 22.

¹³ Цит. по: Кузнецов В. Г. Указ. соч. С. 5.

¹⁴ Цит. по: Кузнецов В. Г. Указ. соч. С. 28.

¹⁵ Цит. по: Кузнецов В. Г. Указ. соч. С. 90.

¹⁶ Цит. по: Кузнецов В. Г. Указ. соч. С. 100.

«Поздний» Витгенштейн отказывается от именной трактовки предложения и рассматривает предложение как особого рода описание факта. «Мысль, заключенная в предложении, — это логический образ факта»¹⁷, его смысл.

Соотношение понятий «смысл» и «значение» неоднозначно в научной литературе, и до сих пор отсутствует единство подходов даже внутри отдельных наук (философия, логика, лингвистика и т.д.). Лингвисты (в том числе и судебные эксперты-лингвисты), как правило, не дифференцируют понятия «смысл» и «значение»¹⁸.

Мы же считаем, что в рамках производства судебной экспертизы материалов религиозного характера экстремистско-террористической направленности (как, собственно, и иных видов лингвистической экспертизы) необходимо разделение понятий «смысл» и «значение» слова. Значение слова есть величина относительно устойчивая, изменять ее может лишь влияние определенного контекста употребления, а также использование средств языковой выразительности (тропов) и т.д. Тем не менее слово, воплощенное в речевом акте, имеет только один смысл, обусловленный контекстом¹⁹ данного продукта речевой деятельности. Но слову может соответствовать ряд значений, основные из которых

закреплены в толковых словарях. Таким образом, в тексте находит свою реализацию одно из потенциально безграничного количества значений слова, становясь, таким образом, его смыслом; значение же существует вне конкретного текста, составляет элемент языкового сознания общества. Предложение же, напротив, не может иметь значений, а имеет только смысл, обусловленный смыслами составляющих его слов, находится с ними в тесной семантической взаимообусловленности в рамках герменевтического круга.

Таким образом, в данной статье были рассмотрены некоторые проблемы теоретического аспекта судебной экспертизы материалов религиозного характера экстремистско-террористической направленности с позиций герменевтики как одной из «материнских» наук для судебной лингвистической экспертизы и судебной экспертологии (судебного речеведения). Рассмотрение текста с позиций герменевтического исследования (в том числе разграничение понятий «смысл» и «значение») позволило выявить черты и принципы, имеющие значение для процесса судебно-экспертного исследования в целях установления криминалистически значимой информации, а также пределы компетенции эксперта-лингвиста.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Абрамов А. А. Борьба против диффамации религий в резолюциях ООН // ЖМП. — 2011. — № 6. — С. 61—75.
2. Бринев К. И. Судебная лингвистическая экспертиза по делам о религиозном экстремизме // Вестник Томского государственного университета. — 2013. — № 376. — С. 20—24.
3. Бурковская В. А. Криминальный религиозный экстремизм в современной России. — М. : Ин-т правовых и сравнительных исследований, 2005. — 49 с.
4. Верховский А. М. Цена ненависти. Национализм в России и противодействие расистским преступлениям : сб. статей. — М. : Центр «Сова», 2005. — 256 с.
5. Галяшина Е. И. Лингвистика vs экстремизма: в помощь судьям, следователям, экспертам / под ред. проф. М. В. Горбаневского. — М. : Юридический мир, 2006. — 96 с.
6. Галяшина Е. И. Судебная экспертиза вербальных проявлений экстремизма: правовые и методические проблемы // Эксперт-криминалист. — 2009. — № 2. — С. 14—16.

¹⁷ Цит. по: Кузнецов В. Г. Указ. соч. С. 102.

¹⁸ См., например: Кукушкина О. В., Сафонова Ю. А., Секераж Т. Н. Теоретические и методические основы судебной психолого-лингвистической экспертизы текстов по делам, связанным с противодействием экстремизму / РФЦСЭ при Минюсте России. М., 2011. 330 с.

¹⁹ Общепринятым считается деление контекстов на языковые и неязыковые (реальные или возможные положения дел, факты и события, фоновые знания).

7. Громова Н. С. Особенности и проблемы производства лингвистической экспертизы по делам о преступлениях экстремистской направленности // Материалы VI Международной научно-практической конференции «Теория и практика судебной экспертизы в современных условиях», посвященной памяти заслуженного юриста РФ, доктора юридических наук, профессора Юрия Кузьмича Орлова (г. Москва, 19—20 января 2017 г.). — М. : Проспект, 2017. — С. 109—110.
8. Громова Н. С. Свобода слова и вербальный экстремизм в России: лингво-правовой аспект : монография. — Екатеринбург : Уральский институт коммерции и права, 2015.
9. Дубровский Д. В. [и др.] Язык вражды в русскоязычном Интернете : материалы исследования по опознанию текстов ненависти. — СПб. : Издательство Европейского университета в Санкт-Петербурге, 2003. — 72 с.
10. Евстафьева А. В. «Язык вражды» в средствах массовой информации: лингвистические и экстралингвистические факторы функционирования» : автореф. дис. ... канд. филол. наук. — Тамбов, 2009.
11. Зеленина О. В., Сулонов П. Е. Методика выявления признаков экстремизма. Процессуальные исследования (экспертизы) аудио-, видео- и печатных материалов : научно-практическое пособие. — Екатеринбург, 2009. — 84 с.
12. Кузнецов В. Г. Герменевтика и гуманитарное познание. — М. : Изд-во МГУ, 1991.
13. Кукушкина О. В., Сафонова Ю. А., Секераж Т. Н. Теоретические и методические основы судебной психолого-лингвистической экспертизы текстов по делам, связанным с противодействием экстремизму / РФЦСЭ при Минюсте России. — М., 2011. — 330 с.
14. Литвинов Н. Д., Литвинова А. Н. Литература и террор : монография / Общественный центр «Антитеррор». — Новосибирск, 2007. — 37 с.
15. Некоторые особенности производства по делам, связанным с проявлением ксенофобии / отв. ред. Л. А. Воскобитова. — М. : Американская ассоциация юристов при участии «ООО «Вариант»», 2011.
16. Орлова О. В. Религиозный текст и экстремизм — две вещи несовместные? // URL: <http://konference.siberia-expert.com> (дата обращения: 20.06.2017).
17. Ответственность за разжигание вражды и ненависти: психолого-правовая характеристика / под ред. А. Р. Ратинова. — М. : Юрлитинформ, 2005.
18. Подкатилина М. Л. Судебная лингвистическая экспертиза экстремистских материалов : монография / под ред. Е. И. Галяшиной. — М. : Юрлитинформ, 2013. — 184 с.
19. Россинская Е. Р., Галяшина Е. И., Зинин А. М. Теория судебной экспертизы (Судебная экспертология) : учебник / под ред. Е. Р. Россинской. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2016. — 368 с.
20. Экспертиза в судопроизводстве : учебник для бакалавров / под ред. Россинской Е. Р. — М., 2015. — 336 с.
21. Asquith N. The role of verbal-textual hostility in hate crime regulation. Final Report. — London : London Metropolitan Police Service, 2013.
22. Bhikhu P. Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory. — 2nd ed. — New York : Palgrave Macmillan, 2006.
23. Blasphemy, insult and hatred: finding answers in a democratic society // Science and technique of democracy. — 2010. — 47.
24. Delruelle. Incitement to hatred: when to say is to do. Seminar in Brussels, 25 November 2011.
25. Gagliardone I., Danit G., Alves T., & Martinez G. Countering online hate speech. — France : United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, 2015.
26. International Legal Research Group on Online Hate Speech. Final report. — Council of Europe publishing, 2014.
27. Keen E., Georgescu M., & Gomes R. (eds.) Bookmarks. A manual for combating hate speech online through human rights education. — Hungary: Council of Europe, 1999.
28. Lange Y. (ed.) Living together. A handbook on Council of Europe standards on media's contribution to social cohesion, intercultural dialogue, understanding, tolerance and democratic participation. Council of Europe publishing, 2009, April. URL: http://www.un.org/en/sc/ctc/specialmeetings/2011/docs/coe/coe-dg-hrla-livingtogether_en.pdf.

29. Lucas B. Methods for monitoring and mapping online hate speech // GSDRC Applied Knowledge Services, 2014, July 14. URL: <http://www.gsdr.org>.
30. McGonagle T. Minority rights, freedom of expression and of the media: dynamics and dilemmas // URL: <https://sites.google.com/a/alulas.stream/elvinsidney/minority-rights-freedom-of-expression-and-of-the-media-dynamics-and-dilemmas-school-of-human-rights-B01K04XC5U>. 2011, December 30.
31. McGonagle T. The Council of Europe against online hate speech: Conundrums and challenges. Expert paper. — Belgrade : Council of Europe Conference of Ministers responsible for Media and Information Society, 2013.
32. Perry B. & Olsson P. Cyberhate: the globalization of hate // Information & Communications Technology Law. — 2009. — 18(2). — URL: <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13600830902814984>.
33. Prentice S., Rayson P., & Taylor P. The language of Islamic extremism: Towards an automated identification of beliefs, motivations and justifications // International Journal of Corpus Linguistics. — 2010.
34. Tulkens F. When to say is to do Freedom of expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights. — Strasbourg : Seminar on Human Rights for European Judicial Trainers. — 2012, October 12.
35. Weber A. Manual on hate speech. — Strasbourg : Council of Europe publishing, 2009.

Материал поступил в редакцию 12 августа 2018 г.

TEXTS OF RELIGIOUS NATURE WITH AN EXTREMIST-TERRORIST FOCUS AS AN OBJECT OF HERMENEUTIC RESEARCH AND A SOURCE OF FORENSICALLY SIGNIFICANT INFORMATION IN JUDICIAL LINGUISTIC EXPERTISE

NIKISHIN Vladimir Dmitrievich, Postgraduate Student of the Forensic Examination Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
 nikishin.vd@mail.ru
 125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The relevance of the chosen research topic is due to the growing need of investigative and judicial practice in the research of speech works of religious discourse in connection with the rise of extremist sentiments in modern society. Despite the obvious need for expert practice in the development of scientific and methodological support for the examination of texts of religious content, to date they have been poorly studied in terms of their potential conflict. This led to the novelty of the studied topic and its practical significance.*

The purpose of the work is to study the problems of using special linguistic knowledge in cases of verbal religious extremism, namely the problems of the theoretical aspect of forensic examination of religious materials (texts of religious discourse) with extremist-terrorist focus.

To accomplish the tasks, a corpus of sources on judicial linguistics (judicial verbal studies), judicial expertology, Russian and foreign legislation, international legal acts, and expert and judicial practice were used.

The author gives his own concept of the relationship between the concepts of «verbal (verbal) extremism», «hate speech» and «verbal religious extremism», highlighting the range of articles of the Criminal Code of the Russian Federation containing offenses correlated with these phenomena.

The paper examines the problem of competence of linguistic experts involved in this category of cases, as well as the problem of the limits of their competence.

Keywords: *judicial verbal studies, criminalistics, judicial expertology, forensic linguistic examination, linguocriminalism, jurisprudence, hermeneutics, extremism, religious extremism, hate speech, expert.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Abramov A. A. Bor'ba protiv diffamacii religij v rezolyuciyah OON // ZhMP. — 2011. — № 6. — S. 61—75.
2. Brinev K. I. Sudebnaya lingvisticheskaya ekspertiza po delam o religioznom ekstremizme // Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. — 2013. — № 376. — S. 20—24.
3. Burkovskaya V. A. Kriminal'nyj religioznyj ekstremizm v sovremennoj Rossii. — M. : In-t pravovyh i sravnitel'nyh issledovanij, 2005. — 49 s.
4. Verhovskij A. M. Cena nenavisti. Nacionalizm v Rossii i protivodejstvie rasistskim prestupleniyam : sb. statej. — M. : Centr «Sova», 2005. — 256 s.
5. Galyashina E. I. Lingvistika vs ekstremizma: v pomoshch' sud'yam, sledovatelyam, ekspertam / pod red. prof. M. V. Gorbanevskogo. — M. : Yuridicheskij mir, 2006. — 96 s.
6. Galyashina E. I. Sudebnaya ekspertiza verbal'nyh proyavlenij ekstremizma: pravovye i metodicheskie problemy // Ekspert-kriminalist. — 2009. — № 2. — S. 14—16.
7. Gromova N. S. Osobennosti i problemy proizvodstva lingvisticheskoy ekspertizy po delam o prestupleniyah ekstremistской направленности // Materialy VI Mezhdunarodnoj nauchno-prakticheskoy konferencii «Teoriya i praktika sudebnoj ekspertizy v sovremennyh usloviyah», posvyashchennoj pamyati zaslužennogo yurista RF, doktora yuridicheskikh nauk, professora Yuriya Kuz'micha Orlova (g. Moskva, 19—20 yanvarya 2017 g.). — M. : Prospekt, 2017. — S. 109—110.
8. Gromova N. S. Svoboda slova i verbal'nyj ekstremizm v Rossii: lingvo-pravovoj aspekt : monografiya. — Ekaterinburg : Ural'skij institut kommercii i prava, 2015.
9. Dubrovskij D. V. [i dr.] Yazyk vrazhdy v russkoyazychnom Internetе : materialy issledovaniya po opoznavaniyu tekstov nenavisti. — SPb. : Izdatel'stvo Evropejskogo universiteta v Sankt-Peterburge, 2003. — 72 s.
10. Evstaf'eva A. V. «Yazyk vrazhdy» v sredstvakh massovoj informacii: lingvisticheskie i ekstralingvisticheskie faktory funkcionirovaniya : avtoref. dis. ... kand. filol. nauk. — Tambov, 2009.
11. Zelenina O. V., Suslonov P. E. Metodika vyavleniya priznakov ekstremizma. Processual'nye issledovaniya (ekspertizy) audio-, video- i pechatnyh materialov : nauchno-prakticheskoe posobie. — Ekaterinburg, 2009. — 84 s.
12. Kuznecov V. G. Germenevtika i gumanitarnoe poznanie. — M. : Izd-vo MGU, 1991.
13. Kukushkina O. V., Safonova Yu. A., Sekerazh T. N. Teoreticheskie i metodicheskie osnovy sudebnoj psihologo-lingvisticheskoy ekspertizy tekstov po delam, svyazannym s protivodejstviem ekstremizmu / RFCSE pri Minyuste Rossii. — M., 2011. — 330 s.
14. Litvinov N. D., Litvinova A. N. Literatura i terror : monografiya / Obshchenac. centr «Antiterror». — Novosibirsk, 2007. — 37 c.
15. Nekotorye osobennosti proizvodstva po delam, svyazannym s proyavleniem ksenofobii / otv. red. L. A. Voskobitova. — M. : Amerikanskaya asociaciya yuristov pri uchastii «ООО «Variant»», 2011.
16. Orlova O. V. Religioznyj tekst i ekstremizm — dve veshchi nesovmestnye? // URL: <http://konference.siberia-expert.com> (data obrashcheniya: 20.06.2017).
17. Otvetstvennost' za razzhiganie vrazhdy i nenavisti: psihologo-pravovaya harakteristika / pod red. A. R. Ratinova. — M. : Yurlitinform, 2005.
18. Podkatilina M. L. Sudebnaya lingvisticheskaya ekspertiza ekstremistskih materialov : monografiya / pod red. E. I. Galyashinoj. — M. : Yurlitinform, 2013. — 184 s.
19. Rossinskaya E. R., Galyashina E. I., Zinin A. M. Teoriya sudebnoj ekspertizy (Sudebnaya ekspertologiya) : uchebnik / pod red. E. R. Rossinskoj. — 2-e izd., pererab. i dop. — M., 2016. — 368 s.
20. Ekspertiza v sudoproizvodstve : uchebnik dlya bakalavrov / pod red. Rossinskoj E. R. — M., 2015. — 336 s.

М. М. Долгиева*

Операции с криптовалютами: актуальные проблемы теории и практики применения уголовного законодательства

Аннотация. В статье рассмотрены мнения отечественных и зарубежных авторов о понятии криптовалюты, принципах ее функционирования и необходимости установления ее правового статуса. Сформулировано авторское определение криптовалюты и обоснован тезис о том, что криптовалюту можно отнести к категории «иное имущество». Автором анализируются наиболее распространенные судебные решения по уголовным делам. На основании исследования зарубежного опыта борьбы с нелегальным оборотом криптовалюты выявлено, что изначально, до появления массового спроса на криптовалюты во всем мире, спрос на них наблюдался в криминальной среде для расчетов за поставку наркотических средств и оружия, для финансирования терроризма и легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем, в связи с чем многие впоследствии ошибочно предположили, что транзакции с криптовалютами анонимны. Между тем криптовалюта далеко не анонимна: каждая транзакция, осуществляемая в распределенной сети, навсегда записывается в публичном блокчейне, что способствует раскрытию преступлений в указанной сфере. Принятие в Российской Федерации основополагающего закона, содержащего необходимые термины и понятия относительно криптовалютной деятельности и регламентирующего статус криптовалюты в России, позволит в дальнейшем разработать меры уголовно-правовой охраны объектов посягательств, которые в настоящее время никак не регулируются.

Ключевые слова: криптовалюта, правовой статус криптовалюты, биткоин, уголовно-правовая охрана криптовалютных отношений, цифровая валюта, блокчейн.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.101.4.128-139

ВВЕДЕНИЕ

Развитие мировых торговых систем, глобализация и возрастающее внимание к научно-технологическим и информационным исследованиям закономерно привели к появлению нового финансового инструмента, который позволяет значительно упростить процесс проведения платежей за товары и услуги между физическими и юридическими лицами, обеспечить прозрач-

ную инвестиционную деятельность и использовать новейшие технологии для улучшения качества жизни.

Таким инструментом стали криптовалюты — децентрализованные конвертируемые цифровые валюты, основанные на математических принципах, которые генерируются и управляются автоматически с помощью программного обеспечения. Параллельно с внедрением криптовалют широкое распространение полу-

© Долгиева М. М., 2019

* Долгиева Мадина Муссаевна, кандидат юридических наук, младший советник юстиции, старший прокурор отдела государственных обвинителей уголовно-судебного управления прокуратуры Московской области

novator111@mail.ru

107031, Россия, г. Москва, Малый Кисельный пер., д. 5, стр. 1

чила и технология блокчейн, на основе которой функционирует самая популярная криптовалюта в мире — биткоин. Как указывают Д. Ефанов и П. Рошин, в настоящее время блокчейн считается самым значительным изобретением после Интернета¹.

По мнению Д. Хилла, несмотря на то, что скептики не так уверены в сохранности цифровых валют, все согласны с тем, что лежащая в основе технология распределенной книги (блокчейн) имеет большие перспективы².

В российском законодательстве отсутствует понятие криптовалюты, как не определен и ее правовой статус.

В свою очередь, в теории уголовного права дается несколько различных определений и понятий криптовалюты. Например, И. И. Кучеров определяет, что криптовалюты являются системным элементом современных альтернативных платежных систем³, а А. И. Савельев относит криптовалюты к разновидностям электронного средства обмена⁴.

Помимо электронной, неосязаемой природы происхождения криптовалюты и использования алгоритмов шифрования данных при ее обороте, основными отличительными свойствами криптовалюты от иных электронных платежных средств являются ее децентрализованное функционирование и анонимность владельца.

Стоимость криптовалюты установлена теоретически, то есть она не подкреплена каким-либо физическим товаром и не гарантируется ни компаниями, ни государствами. И даже при этом спрос на использование криптовалюты очень высок.

Эволюция денег — начиная с предметов обмена до фиатных денег, а в данное время и до

криптовалют, на фоне их высокой популярности — подтверждает, что криптовалюты вполне могут быть эффективным средством для хранения и сбережения богатства.

К. В. Никитин полагает, что пока еще невозможно вести речь о криптовалютах как о сложившемся правовом институте, имеющем определенный правовой статус⁵, другие авторы, например Д. Тарасов и А. Попов, указывают, что криптовалюта является следующей логической ступенью развития денег, когда доверие переносится с посредника на всю систему в целом⁶.

Из анализа зарубежного опыта в сфере правового регулирования виртуальной валюты и мер противодействия отмыванию денег Ю. В. Трунцевский выделяет три государственных подхода: а) когда установлен статус цифровых валют и расширена область их применения; б) правовой статус четко не определен, но негативного отношения к цифровым валютам не наблюдается; в) когда операции с криптовалютами запрещены под угрозой уголовного наказания⁷.

Криптовалюты, безусловно, самые мобильные средства сбережения, которые когда-либо использовались человеком. Приватные ключи, представляющие собой сотни миллионов долларов, можно хранить на крошечном USB-накопителе и легко переносить в любое место. Кроме того, крупные суммы можно практически мгновенно перемещать между людьми на противоположных концах земли.

Следует отметить, что интерес к криптовалютам вырос еще и потому, что сама идея цифровой валюты, не имеющей централизованного эмитента, уравнивающая во многих отношениях граждан различных государств, на разных континентах, заставляет государственные экономи-

¹ Efanov D., Roschin P. The All-Pervasiveness of the Blockchain Technology // *Procedia Computer Science*. 2018. Pp. 116—121. DOI: 10.1016/j.procs.2018.01.019

² Hill J. Chapter 3 — Money: A Medium of Exchange, Unit of Account, and Store of Wealth // *FinTech and the Remaking of Financial Institutions*. 2018. Pp. 41—68. DOI: 10.1016/B978-0-12-813497-9.00003-2.

³ Кучеров И. И. Криптовалюта как правовая категория // *Финансовое право*. 2018. № 5. С. 3—8.

⁴ Савельев А. И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. 2-е изд. М. : Статут, 2016. С. 489—491.

⁵ Никитин К. В. Обращение биткоинов в условиях правовой неопределенности // *Юридическая работа в кредитной организации*. 2014. № 3. С. 48.

⁶ Тарасов Д., Попов А. От золота до биткойна. М. : Альпина Паблишер, 2018. С. 50.

⁷ Трунцевский Ю. В. Цифровая (виртуальная) валюта и противодействие отмыванию денег: правовое регулирование // *Банковское право*. 2018. № 2. С. 18—28.

ческие системы конкурировать с каждым человеком, участвующим в создании или обороте криптовалюты и с его экономическим потенциалом. Следовательно, государство становится подчиненным обществу, а не наоборот.

Некоторые зарубежные авторы, например Юкун Лю, Олег Цывински, указывают, что криптовалюты не подвержены риску, как наиболее распространенные фондовые рынки, напротив, оборот криптовалюты может быть предсказан факторами, специфичными для криптовалютных рынков⁸.

Однако, как и любое явление, помимо положительных, оригинальных и прогрессивных качеств, криптовалюты и связанная с ними деятельность имеют оборотную, негативную (незаконную) сторону.

БОРЬБА С ПРЕСТУПНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬЮ

Технологии являются ключом к росту в XXI в., и цифровые экономики будут иметь большую долю в общем мировом ВВП. Но с этими возможностями приходит много угроз, связанных с финансовой преступностью. Связь между преступностью и технологиями является многомерной, включая многие отрасли и виды деятельности, такие как азартные игры, криптовалюты, социальные сети и инвестиционные фонды⁹.

Следует отметить, что изначально, до появления массового спроса на криптовалюты во всем мире, спрос на них наблюдался в криминальной среде и заключался он в использовании криптовалюты в незаконной торговле наркотическими средствами и оружием, в финансировании терроризма и легализации (отмывании) доходов, полученных преступным путем¹⁰, в связи с чем многие впоследствии ошибочно предположили, что транзакции с криптовалютами анонимны. Между тем криптовалюта далеко не анонимна: каждая транзакция, осуществляемая в распре-

деленной сети, навсегда записывается в публичном блокчейне.

Действительно, для того, чтобы стать владельцем криптовалютного кошелька, необязательно где-либо регистрироваться и предоставлять свои данные, достаточно использовать псевдоним. Но на этом анонимность заканчивается, поскольку любое перемещение криптовалюты, будь то оплата ею каких-либо товаров или услуг в сети, обмен или передача, будет видна всем пользователям, и история этих транзакций сохраняется за каждой монетой, даже если она сменит владельца.

В частности, Европейской полицейской организацией (Европол) как правоохранительным агентством Европейского Союза, предназначенным для оказания информационной поддержки и практического содействия правоохранительным органам стран — членов Европейского Союза в борьбе с транснациональной организованной преступностью, международным терроризмом и другими тяжкими формами преступности международного характера, в начале 2018 г. была пресечена деятельность нелегальной сети, которая использовала криптовалюты и банковские кредитные карты для отмывания более чем 8 млн евро, полученных от колумбийского наркотрафика¹¹.

Расследование показало, что преступники приобрели кредитные карты, связанные с банковскими счетами, на которые были депонированы преступные доходы. Затем некоторые из них отправились в Колумбию с кредитными картами и сняли наличные с банковских счетов. Как только преступники поняли, что снятие наличных и банковские операции легко отслеживать, они изменили свои методы отмывания и обратились к криптовалютам, в основном к биткоину. Благодаря сотрудничеству с финскими властями, сотрудники полиции смогли обнаружить, что местная биржа биткоинов, основанная в Финляндии, собрала всю информа-

⁸ Yukun Liu, Tsyvinski A. Risks and Returns of Cryptocurrency // NBER Working Paper No. 24877. August 2018. URL: <http://www.nber.org/papers/w24877.pdf?sy=877>.

⁹ Frunza M.-C. Innovation and Crime // Frunza M.-C. Solving Modern Crime in Financial Markets Analytics and Case Studies. 2016. Pp. 3—6. DOI: 10.1016/B978-0-12-804494-0.00001-2.

¹⁰ Рыжов Н. А. Анализ перспектив правового регулирования криптовалют в рамках обеспечения национальной и международной безопасности // Юрист. 2018. № 5. С. 63—67.

¹¹ URL: <http://www.europol.europa.eu> (дата обращения: 10.08.2018)

цию о транзакциях криптовалют, используемых подозреваемыми. Преступники использовали обмен, чтобы конвертировать свои незаконные доходы в биткоины, затем обменять их на колумбийские песо и депонировать на колумбийские банковские счета. В результате операции испанская Гражданская гвардия провела 8 обысков и конфисковала несколько компьютеров, устройств и оборудования, используемых для совершения преступлений. 11 человек были арестованы, а 137 находятся под следствием. Расследование показывает, что подозреваемые депонировали более 8 млн евро наличными на 174 банковских счетах.

Таким образом, анонимность криптовалюты и использование ее в преступных целях уже не является такой сложной задачей для правоохранительных органов.

В начале 2018 г. Европол, Интерпол и Базельский институт по вопросам управления совместно организовали в Базеле (Швейцария) семинар для финансовых следователей по вопросам обнаружения, расследования, ареста и конфискации криптовалют.

Именно такая стратегия сделала успешными две крупные операции правоохранительных органов в июле 2017 г., которые возглавляло Федеральное бюро расследований США, Агентство США по борьбе с наркотиками и голландская Национальная полиция при поддержке Европола. Общими усилиями полицейских служб была закрыта инфраструктура подпольной криминальной экономики, в деятельность которой входила торговля более чем 350 000 незаконных товаров, в том числе наркотиками, огнестрельным оружием и вредоносными компьютерными программами. Данная операция считается одной из самых сложных по расследованию и уничтожению преступной деятельности в Интернете, поскольку расчеты с поставщиками незаконных

товаров и услуг осуществлялись в криптовалюте по всему миру.

Подпольный рынок AlphaBay на протяжении 4 лет был крупнейшим криминальным рынком в виртуальной сети DarkNet¹², владельцы которого использовали скрытый сервис в сети Tor, для того чтобы эффективно маскировать пользователей и местоположение серверов. К моменту закрытия рынка насчитывалось более 200 000 его пользователей и 40 000 поставщиков. В AlphaBay обнаружилось более 250 000 списков наркотических средств и токсичных химических веществ, а также более 100 000 списков украденных и мошеннических документов, удостоверяющих личность, и устройств доступа, контрафактных товаров, вредоносных программ и других средств взлома компьютеров, огнестрельного оружия и мошеннических услуг. Приблизительная оценка оборота товаров и услуг на данном рынке составляла примерно 1 млрд долл. США с момента его создания в 2014 г. Транзакции оплачивались в биткоинах и других криптовалютах¹³.

Аналогичный подпольный рынок Hansa был третьим по величине криминальным рынком в сети DarkNet, торговавшим столь же высокими объемами запрещенных наркотиков и других незаконных товаров¹⁴.

В результате многолетнего расследования были арестованы два администратора указанных нелегальных платформ и арестованы серверы в Нидерландах, Германии и Литве, также был арестован создатель и организатор AlphaBay, канадский гражданин, проживавший в Таиланде. Его счета на миллионы долларов, в том числе и в криптовалюте, были заморожены.

Стоит отметить, что самым результативным по числу расследований криптовалютных преступлений является Федеральное бюро расследований США¹⁵.

¹² Koops B.-J., Kosta E. Looking for some light through the lens of «cryptowar» history: Policy options for law enforcement authorities against «going dark» // Computer Law & Security Review. Vol. 34. Iss. 4. August 2018. Pp. 890-900. DOI: 10.1016/j.clsr.2018.06.003.

¹³ URL: <http://www.europol.europa.eu> (дата обращения: 10.08.2018).

¹⁴ URL: <https://forklog.com/zakrytie-krupnejshego-rynka-v-darknete-proizoshlo-po-pryamomu-rasporyazheniyu-donalda-trampa/>.

¹⁵ Bancroft A., Reid P. S. Concepts of illicit drug quality among darknet market users: Purity, embodied experience, craft and chemical knowledge // International Journal of Drug Policy. Vol. 35. 2016. Pp. 42—49. DOI: 10.1016/j.drugpo.2015.11.008.

Так, в Нью-Йорке в 2016 г. был осужден основатель и организатор криптовалютной биржи Bitcoin Savings and Trust за мошенничество с ценными бумагами, который продавал биткоин-инвестиции через Интернет. В общей сложности осужденный обманным путем получил около 146 000 биткоинов, которые составили около 807 380 долл. по курсу на тот период. Схема работы данной биржи заключалась в том, что инвесторы одалживали свои биткоины бирже под еженедельную ставку 7 %, при этом, как в классической финансовой пирамиде, выплаты по процентам производились от получения новых инвестиций, а оставшиеся биткоины обменивались на доллары США и тратились оператором биржи на личные нужды¹⁶.

Аналогичным образом в 2017 г. в Нью-Йорке была пресечена деятельность криптовалютной биржи Coin.mx, за время существования которой был осуществлен незаконный обмен биткоина на денежные средства в сумме 10 млн долларов¹⁷.

Что касается правомерности/неправомерности оборота криптовалюты в России, то здесь стоит обратиться к числу выявленных преступлений в сфере оборота криптовалюты, среди которых наиболее распространенными являются сбыт и контрабанда наркотических средств, осуществляемые бесконтактным способом через сеть Интернет, оплата за которые происходит в криптовалюте (приговор Ленинского районного суда г. Саранска Республики Мордовия от 02.05.2017, дело № 1-87/2017; приговор Индустриального районного суда г. Ижевска Удмуртской Республики от 13.06.2017, дело № 1-102/2017; апелляционное определение Оренбургского областного суда от 27.07.2017, дело № 2079/2017)¹⁸.

Несмотря на то что преступные посягательства в сфере оборота криптовалюты продолжают совершенствоваться и привлекать все новые средства и способы их совершения, легальный

оборот криптовалют также набирает большую популярность.

Не так давно основной вопрос о статусе криптовалют упирался в главную дилемму: криптовалюта — это валюта в привычном понимании этого слова, товар, средство платежа или обмена? Устанавливать ли административную или уголовную ответственность за оборот криптовалюты? По мнению Е. В. Воскресенской, криптовалюта может использоваться для осуществления платежей, хотя при этом она не относится к денежным средствам и законным средствам платежа¹⁹, а вот Е. Г. Хоменко полагает, что криптовалюта имеет все признаки денежных суррогатов²⁰, несмотря на то что понятия денежных суррогатов в законодательстве Российской Федерации также не содержится.

До тех пор пока эти ключевые вопросы остаются неразрешенными, создаются дополнительные проблемы в правоприменении и в судебной практике.

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ

Необходимо отметить, что криптовалюта в данный момент находится в некоем правовом вакууме.

Однозначно криптовалюты имеют потенциал для получения реальных выгод для клиентов. Сторонники криптовалют в России утверждают, что платежи и взаиморасчеты в криптовалюте будут осуществляться быстрее, удобнее и безопаснее. Однако такая позиция в настоящее время не разделяется Центральным банком России, поскольку, по его мнению, такие платежи будут способствовать увеличению числа фактов легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем.

¹⁶ Texas Man Sentenced For Operating Bitcoin Ponzi Scheme // URL: <https://www.justice.gov/usao-sdny/pr/texas-man-sentenced-operating-bitcoin-ponzi-scheme> (дата обращения: 10.08.2018).

¹⁷ Operator Of Unlawful Bitcoin Exchange Sentenced To More Than 5 Years In Prison For Leading Multimillion-Dollar Money Laundering And Fraud Scheme // URL: <https://www.justice.gov/usao-sdny/pr/operator-unlawful-bitcoin-exchange-sentenced-more-5-years-prison-leading-multimillion> (дата обращения: 10.05.2018).

¹⁸ По данным системы ГАС Правосудие. URL: <http://www.sudrf.ru> (дата обращения: 10.05.2018).

¹⁹ Воскресенская Е. В. О необходимости правового регулирования виртуальных валют // Вестник Омской юридической академии. 2018. № 2. С. 148—151.

²⁰ Хоменко Е. Г. О возможности использования криптовалюты при оказании платежных услуг // Законы России: опыт, анализ, практика. 2018. № 3. С. 79—83.

Тем более что в Российской Федерации в настоящее время криптовалюты на законодательном уровне никак не регулируются. С 2014 г. различные попытки запретить оборот криптовалюты в России предпринимались как Министерством финансов РФ, так и Центральным банком.

В частности, Минфином в 2016 г. был разработан законопроект, которым предлагалось ввести в Уголовный кодекс Российской Федерации²¹ ст. 187.1, устанавливающую уголовную ответственность за оборот денежных суррогатов, к которым и была отнесена криптовалюта. Однако законопроект в данном виде не был внесен в Государственную Думу РФ.

И действительно, отнесение криптовалюты к денежным суррогатам представляется необоснованным, поскольку как такового определения самих денежных суррогатов отечественным законодательством не устанавливается. Кроме того, криптовалютная деятельность стала настолько популярной, что от идеи запрета криптовалюты в России Министерству финансов пришлось отказаться.

Кроме того, Центральный банк России 4 сентября 2017 г. издал письмо о высоких рисках при использовании и инвестировании в криптовалюты, где подтвердил свою позицию, высказанную в январе 2014 г., в отношении разного рода частных «виртуальных валют» (криптовалют)²².

В частности, Банк России указал, что большинство операций совершается вне правового регулирования как России, так и большинства других государств. Однако позиция Центрального банка России совсем не означает, что дискуссии о статусе криптовалюты так и останутся на уровне обсуждений, поскольку в стране ведется активная работа по легализации криптовалюты.

Так, советник Президента РФ по вопросам региональной экономической интеграции Сергей Глазьев в июле 2017 г. в ходе совещания по определению правового статуса криптовалют и их законодательного регулирования заявил, что «с точки зрения законодательного регулирования... нужно в законах, которые описывают денежное обращение, зафиксировать, что есть еще третий тип денег — наличные, безналичные и цифровые, или криптоденьги»²³.

На данный момент можно предположить, что создание правовой базы, регламентирующей статус и оборот криптовалюты, — это лишь вопрос времени, поскольку в интересах государства возглавить процесс, который невозможно остановить. Хотя Е. В. Кудряшова считает, что «полная законность» криптовалюты в условиях ускорения оборота в интернет-пространстве уже не так важна²⁴.

Н. В. Макаrchук обоснованно указала, что установление публично-правовых ограничений в использовании криптовалют позволит решить возникающие проблемы и дать правовое определение криптовалютам²⁵.

Определение правового статуса криптовалют в рамках установления уголовно-правового противодействия незаконному их обороту является крайне необходимым в настоящее время в России, поскольку судебная практика зачастую сталкивается с проблемами определения ущерба от хищения криптовалют либо с проблемами правильной квалификации содеянного.

Например, представляется крайне спорной квалификация действий Ш. и О., осужденных Сургутским городским судом Ханты-Мансийского автономного округа — Югры по ч. 3 ст. 272, ч. 3 ст. 159 УК РФ²⁶. В соответствии с приговором

²¹ СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

²² Информация об использовании частных «виртуальных валют» (криптовалют) // URL: http://www.cbr.ru/press/PR/?file=04092017_183512if2017-09-04T18_31_05.htm (дата обращения: 10.05.2018).

²³ Новый тип денег: Глазьев предложил ввести криптовалюты в законодательство // URL: <https://ria.ru/economy/20171212/1510774352.html> (дата обращения: 10.05.2018).

²⁴ Кудряшова Е. В. Правовое регулирование криптовалют: выбор вектора развития // Финансовое право. 2018. № 6. С. 7—11.

²⁵ Макаrchук Н. В. Публично-правовые ограничения как основание для определения криптовалют // Право и экономика. 2018. № 1. С. 22—25.

²⁶ Приговор Сургутского городского суда ХМАО от 13.11.2017 // URL: https://surggor-hmao.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=doc&number=167725855&delo_id=1540006&new=0&text_number=1№ 1-160/2016 (дата обращения: 10.05.2018).

суда Ш. и О. совершили неправомерный доступ к охраняемой законом компьютерной информации, повлекший модификацию компьютерной информации, совершенный из корыстной заинтересованности, группой лиц по предварительному сговору, а также мошенничество, то есть хищение чужого имущества путем обмана, совершенное группой лиц по предварительному сговору, в крупном размере. В частности, согласно приговору суда Ш. и О. путем обмана, имея умысел на хищение кодов BTC-е, ввели потерпевшего в заблуждение, пообещав ему обменять код BTC-е на российские рубли, не намереваясь этого делать. В результате чего потерпевший, используя свою учетную запись на созданном подсудимыми сайте, с целью обмена принадлежащего ему BTC-е кода на 10 тыс. долл. США на российские рубли в личном сообщении передал Ш. и О. указанный BTC-е код, рыночная стоимость которого по состоянию на момент совершения преступления, согласно заключению эксперта, составляла 821 100 руб. 00 коп. Тем самым Ш. и О. похитили указанный код и в дальнейшем распорядились им по своему усмотрению, чем причинили потерпевшему материальный ущерб в крупном размере на указанную сумму.

Между тем мотивы, по которым суд отнес похищенную криптовалюту к имуществу, вообще не исследовались, так же как не исследовался и размер ущерба, который, согласно приговору суда, был признан крупным размером.

Представленный приговор суда, на наш взгляд, наглядно показывает, насколько далеко в своей неправоте может пойти судебная практика в отсутствие правового регулирования криптовалюты.

Пока в Российской Федерации не будет легальным образом определено понятие криптовалюты и законные сферы ее оборота, будут иметь место такие неоднозначные и сомнительные приговоры.

Отдельного обсуждения в рамках установления признаков конкретного состава преступления требует вопрос об ущербе, причиняемом хищениями криптовалюты, поскольку, согласно

отечественному законодательству, криптовалюта не имеет стоимости, однако фактически она имеет реальный курс и реальную цену и вопрос об ущербе от таких хищений несправедливо умалчивается.

На наш взгляд, представляется справедливым при определении суммы ущерба, причиненного хищением криптовалюты, исходить не из ее курса на момент совершения преступления, поскольку курс криптовалюты является неофициальным и устанавливается членами криптосообщества, а исходить из сумм, реально затраченных на ее приобретение, по аналогии с хищением имущества.

Уголовно-правовая доктрина, в свою очередь, в вопросах квалификации преступлений, совершаемых в сфере оборота криптовалюты, безусловно, связана с иными отраслями права, так как даже в случае установления уголовно-правовых запретов в законе такие нормы будут однозначно бланкетными.

Так, в частности, 25 января 2018 г. Министерством финансов был опубликован проект федерального закона «О цифровых финансовых активах»²⁷, который прежде всего определяет основные понятия в сфере виртуальных финансов.

Министерство финансов предлагает считать криптовалюты и токены цифровыми финансовыми активами, то есть имуществом в электронной форме, созданном с использованием шифровальных (криптографических средств), которые не являются законным средством платежа в Российской Федерации. Майнинг, в свою очередь, определен как предпринимательская деятельность. Криптовалюты, токены и другие цифровые активы, согласно законопроекту, могут обмениваться на другие активы только через счета операторов обмена цифровых финансовых активов, то есть юридических лиц, созданных и осуществляющих свою деятельность в соответствии с Федеральными законами от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»²⁸ и от 21.11.2011 № 325-ФЗ «Об организованных торгах»²⁹. Цифровой кошелек — программно-техническое средство, позволяю-

²⁷ URL: https://www.minfin.ru/ru/document/?id_4=121810&area_id=4 (дата обращения: 10.05.2018).

²⁸ СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1918.

²⁹ СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6726.

щее хранить информацию о цифровых записях и обеспечивающее доступ к реестру цифровых транзакций, открывается оператором только после прохождения процедуры идентификации его владельца в соответствии с Федеральным законом от 07.08.2001 № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма»³⁰.

По сути, целью данного законопроекта является закрепление в российском правовом поле определений наиболее широко распространенных в настоящее время финансовых активов, создаваемых и/или выпускаемых с использованием цифровых финансовых технологий, к которым законопроект относит распределенный реестр цифровых транзакций, а также создание правовых условий для привлечения российскими юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями инвестиций путем выпуска токенов, являющихся одним из видов цифровых активов.

При всей своей неоднозначности законопроект является положительным шагом в отношении криптовалютной индустрии и направлен на возвращение в страну российских капиталов. Продвигая законопроект, Министерство финансов РФ рассчитывает на приток налогов с бурно развивающегося рынка.

Введение процедуры идентификации владельца криптовалютного кошелька в проекте закона свидетельствует о том, что вслед за США Россия идет по пути создания комфортных условий для развития рынка криптовалют на территории страны.

В США после введения процедуры верификации клиентов криптовалютных бирж финансовые регуляторы начали обсуждать вопросы налогообложения криптовалютной торговли. Следовательно, в России в случае осуществления вышеуказанных положений на законодательном уровне возможно аналогичное развитие ситуации.

Вместе с тем представленный Минфином законопроект был неоднозначно воспринят

участниками криптосообщества, которые обнаружили в нем много недостатков, узких некорректных определений и терминов, а также слишком жестких, по их мнению, ограничений крипторынка³¹.

Очевидно, что проект закона не определяет, каким образом будет контролироваться его исполнение и чем грозит его несоблюдение, а также не содержит норм о том, каким образом имеющиеся цифровые активы должны декларироваться. И, пожалуй, основной момент, на который обратили внимание участники криптовалютного сообщества, — в проекте закона не содержится понятия блокчейна.

Вместе с тем законодательно определять технологию представляется неправильным, поскольку технологии постоянно развиваются и совершенствуются, и законодательные нормы в таком случае перестанут быть актуальными.

Авторы законопроекта предлагают считать цифровые финансовые активы имуществом. Права собственности на них закрепляются в реестре цифровых транзакций. Фактически цифровые деньги приравняют к ценным бумагам. Операторами обмена могут выступать лицензированные биржи и брокеры. Однако в проекте закона не определена деятельность иностранных криптовалютных бирж. Предполагается, что регулирование цифровых активов должно снизить случаи мошенничества, отмывания денег и обезопасить инвесторов. С другой стороны, государственный контроль может выдвинуть многих участников рынка на peer2peer-биржи. Эти площадки позволяют торговать без посредников и под закон не подпадают. Peer2peer-биржи поддерживаются самой технологией блокчейн, фундаментальные принципы функционирования которой позволяют передавать активы с рук на руки без какого-либо доверия между сторонами.

Кроме того, из смысла положений проекта закона следует, что торговать цифровыми валютами можно будет только с разрешения Центрального банка России и только открыв специальный счет.

³⁰ СЗ РФ. 2001. № 33 (ч. I). Ст. 3418.

³¹ Разбираем все минусы законопроекта о цифровых финансовых активах // URL: <https://bitjournal.media/01-02-2018/razbiraem-vse-minusy-zakonoproekta-minfina-rf-o-tsifrovyyh-finansovyh-aktivah/> (дата обращения: 10.05.2018).

На наш взгляд, такое правовое регулирование действительно несет в себе высокие риски для участников криптовалютного сообщества уйти в тень, поскольку сама идея децентрализации нарушается навязыванием посредника в виде Центрального банка.

МНЕНИЯ И РЕЗУЛЬТАТЫ ИССЛЕДОВАНИЯ

Таким образом, нельзя отрицать того факта, что криптовалюта уже успешно существует и развивается во всем мире. В связи с этим и в теории юридической науки, и на законодательном уровне необходимо выработать подходы к определению правовой природы криптовалют.

Э. Л. Сидоренко выделяет четыре основных подхода к оценке виртуальной валюты: криптовалюта как денежное средство, как универсальный финансовый инструмент, как товар, как денежный суррогат³².

Другие авторы определяют криптовалюту как «негосударственные расчетные единицы, не имеющие единого эмиссионного центра»³³. Специалисты пришли к выводу, что криптовалюте невозможно отнести к электронным денежным средствам, как это следует из Федерального закона от 27.06.2011 № 161-ФЗ «О национальной платежной системе»³⁴, так как криптовалюта не имеет предоплаченную природу и не является денежным знаком соответствующих государств. Также криптовалюты не учитываются на банковских счетах или банковских вкладах в соответствии со ст. 1 Федерального закона от 10.12.2003 № 173-ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле»³⁵.

И действительно, криптовалюта не подпадает под определение электронных денежных средств, содержащееся в ст. 2 Федерального закона «О национальной платежной системе»,

как и под определение платежной системы как таковой.

В соответствии с п. 2 ст. 1 Федерального закона «О валютном регулировании и валютном контроле», криптовалюта не является иностранной валютой и не подпадает под объекты гражданских прав, перечисленных в ст. 128 Гражданского кодекса РФ, поскольку не является вещью (товаром), наличными или безналичными деньгами, бездокументарными ценными бумагами и имущественными правами³⁶.

Соответственно криптовалюту, которая в настоящий момент не охватывается ни одним существующим законодательным определением, на наш взгляд, следует отнести к *иному имуществу* в рамках ст. 128 ГК РФ.

Между тем установить сущность и правовую природу данного явления, при отсутствии четко закрепленного определения в нормативных актах, представляется возможным только через установление основных признаков криптовалюты, в частности указанных А. Т. Хидзевым³⁷:

1. Криптовалюты децентрализованы, они не имеют единого эмитента, централизованного органа управления и контроля. Физически криптовалюта представляет собой математический шифр (код), вычисление таких шифров (так называемая эмиссия) осуществляется группой пользователей, сообществом вычислительных мощностей, то есть работающими в распределенной сети компьютерами.
2. Владелец криптовалютного кошелька может анонимно осуществлять операции с криптовалютой, то есть имеет возможность рассчитываться криптовалютой в сети Интернет за товары, услуги (в том числе и незаконные), а также осуществлять их обмен на другие криптовалюты или фиатные деньги.
3. Криптовалюты, как не имеющие эмитента, не обеспечены никакими гарантиями. Их

³² Сидоренко Э. Л. Криптовалюта как новый юридический феномен // Общество и право. 2016. № 3 (57). С. 193—197.

³³ Достов В. Л., Шуст П. М. Рынок криптовалют: риски и возможности для кредитных организаций // Расчеты и операционная работа в коммерческом банке. 2014. № 1. С. 75—86.

³⁴ СЗ РФ. 2011. № 27. Ст. 3872.

³⁵ СЗ РФ. 2003. № 50. Ст. 4859.

³⁶ Лейба А. Реальная жизнь виртуальных денег // ЭЖ-Юрист. 2014. № 23. С. 1, 4.

³⁷ Хидзев А. Т. Криптовалюта: правовые подходы к формированию понятия // Право и современные государства. 2014. № 4. С. 10—15.

курс и стоимость чрезвычайно непостоянны и поддерживаются самими участниками криптовалютной деятельности.

4. Приобретение и использование криптовалюты возможно исключительно в децентрализованной сети на основе блокчейна или иной технологии распределенного реестра через виртуальную сеть.

Таким образом, автором в целях правового регулирования криптовалюты и последующего законодательного закрепления ее статуса для обоснования мер уголовно-правового противодействия незаконным проявлениям в сфере ее оборота предлагается следующее определение: *криптовалюта — это цифровое имущество (существующее в электронной форме), созданное на основе криптографических методов, использование и оборот которого осуществляется на базе технологии распределенного реестра.*

Процесс внедрения криптовалют в современное общество и в жизнь практически каждого молодого гражданина страны носит массовый и необратимый характер, в связи с чем государство должно занять более лояльную позицию в отношении правового статуса криптовалюты.

На наш взгляд, принятие в Российской Федерации закона в сфере регулирования криптова-

лютных отношений позволит сохранить баланс технологических инноваций и рынка, позволит избежать давления со стороны налоговых органов на криптосообщество, не препятствуя при этом внедрению новых технологий.

Вместе с тем наличие такого основополагающего закона, содержащего необходимые термины и понятия относительно криптовалютной деятельности и регламентирующего статус криптовалюты в России, позволит в дальнейшем разработать меры уголовно-правовой охраны объектов посягательств, которые в настоящее время никак не регулируются.

Тот факт, что официальная статистика уголовных дел о преступлениях, совершаемых в сфере оборота криптовалюты, не фиксируется или выявляется сотрудниками правоохранительных органов в единичных случаях, говорит о высокой латентности указанного вида преступлений и об отсутствии профессиональной подготовки специалистов по их расследованию.

В связи с чем в Российской Федерации необходимо также разработать специальные правила и рекомендации по совершенствованию раскрытия и расследования преступных посягательств, связанных с нелегальным оборотом криптовалюты, используя международно-правовой опыт ФБР и Европола.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Воскресенская Е. В. О необходимости правового регулирования виртуальных валют // Вестник Омской юридической академии. — 2018. — № 2. — С. 148—151.
2. Достов В. Л., Шуст П. М. Рынок криптовалют: риски и возможности для кредитных организаций // Расчеты и операционная работа в коммерческом банке. — 2014. — № 1. — С. 75—86.
3. Кудряшова Е. В. Правовое регулирование криптовалют: выбор вектора развития // Финансовое право. — 2018. — № 6. — С. 7—11.
4. Кучеров И. И. Криптовалюта как правовая категория // Финансовое право. — 2018. — № 5. — С. 3—8.
5. Лейба А. Реальная жизнь виртуальных денег // ЭЖ-Юрист. — 2014. — № 23.
6. Макаrchук Н. В. Публично-правовые ограничения как основание для определения криптовалют // Право и экономика. — 2018. — № 1. — С. 22—25.
7. Никитин К. В. Обращение биткоинов в условиях правовой неопределенности // Юридическая работа в кредитной организации. — 2014. — № 3.
8. Рыжов Н. А. Анализ перспектив правового регулирования криптовалют в рамках обеспечения национальной и международной безопасности // Юрист. — 2018. — № 5. — С. 63—67.
9. Савельев А. И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. — 2-е изд. — М.: Статут, 2016.
10. Сидоренко Э. Л. Криптовалюта как новый юридический феномен // Общество и право. — 2016. — № 3 (57). — С. 193—197.

11. Тарасов Д., Попов А. От золота до биткойна. — М. : Альпина Паблишер, 2018.
12. Трунцевский Ю. В. Цифровая (виртуальная) валюта и противодействие отмыванию денег: правовое регулирование // Банковское право. — 2018. — № 2. — С. 18—28.
13. Хидзев А. Т. Криптовалюта: правовые подходы к формированию понятия // Право и современные государства. — 2014. — № 4. — С. 10—15.
14. Хоменко Е. Г. О возможности использования криптовалюты при оказании платежных услуг // Законы России: опыт, анализ, практика. — 2018. — № 3. — С. 79—83.
15. Bancroft A., Reid P. S. Concepts of illicit drug quality among darknet market users: Purity, embodied experience, craft and chemical knowledge // International Journal of Drug Policy. — Vol. 35. — September 2016. — Pp. 42—49. — DOI: 10.1016/j.drugpo.2015.11.008.
16. Efanov D., Roschin P. The All-Pervasiveness of the Blockchain Technology // Procedia Computer Science, 2018. — Pp. 116—121. — DOI: 10.1016/j.procs.2018.01.019.
17. Frunza M.-C. Innovation and Crime // Frunza M.-C. Solving Modern Crime in Financial Markets Analytics and Case Studies. — 2016. — Pp. 3—6. — DOI: 10.1016/B978-0-12-804494-0.00001-2.
18. Hill J. Chapter 3 — Money: A Medium of Exchange, Unit of Account, and Store of Wealth // FinTech and the Remaking of Financial Institutions. — 2018. — Pp. 41—68. — DOI: 10.1016/B978-0-12-813497-9.00003-2.
19. Koops B.-J., Kosta E. Looking for some light through the lens of «cryptowar» history: Policy options for law enforcement authorities against «going dark» // Computer Law & Security Abstract. — Vol. 34. — Iss. 4. August 2018. — Pp. 890—900. — DOI: 10.1016/j.clsr.2018.06.003.
20. Yukun Liu, Tsyvinski A. Risks and Returns of Cryptocurrency // NBER Working Paper No. 24877. -August 2018. — URL: <http://www.nber.org/papers/w24877.pdf?sy=877>.

Материал поступил в редакцию 10 августа 2018 г.

CRYPTOCURRENCY OPERATIONS: TOPICAL ISSUES OF THEORY AND PRACTICE OF CRIMINAL LAW APPLICATION

DOLGIEVA Madina Mussaevna, Ph.D. in Law, Junior Counselor of Justice, Senior Prosecutor of the Public Prosecutors Department of the Criminal and Judicial Administration of the Moscow Region
Prosecutor's Office
novator111@mail.ru
107031, Russia, Moscow, Maly Kiselny pereulok, d. 5, stroenie 1

Abstract. *The paper considers the opinions of domestic and foreign authors on the concept of cryptocurrency, the principles of its operation and the need to establish its legal status. The author's definition of cryptocurrency is formulated and the thesis that cryptocurrency can be classified as «other property» is justified. The author analyzes the most common court decisions in criminal cases. Based on a study of foreign experience in the fight against illegal circulation of cryptocurrency, it was found that initially, before the emergence of mass demand for cryptocurrency all over the world, demand for them was observed in the criminal environment to pay for the supply of narcotic drugs and weapons, to finance terrorism and legalize (launder) income obtained in a criminal manner, in connection with which many people subsequently mistakenly assumed that transactions with cryptocurrencies are anonymous. Meanwhile, the cryptocurrency is far from being anonymous: each transaction carried out in a distributed network is permanently recorded in a public blockchain, which helps to solve crimes in this area. The adoption in the Russian Federation of a fundamental law containing the necessary terms and concepts regarding cryptocurrency activities and regulating the status of cryptocurrency in Russia will further develop measures for the criminal law protection of objects of encroachment that are currently not regulated in any way.*

Keywords: *cryptocurrency, legal status of cryptocurrency, Bitcoin, criminal law protection of cryptocurrency relations, digital currency, blockchain.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Voskresenskaya E. V. O neobходимosti pravovogo regulirovaniya virtual'nyh valyut // Vestnik Omskoj yuridicheskoy akademii. — 2018. — № 2. — S. 148—151.
2. Dostov V. L., Shust P. M. Rynok kriptovalyut: riski i vozmozhnosti dlya kreditnyh organizacij // Raschety i operacionnaya rabota v kommercheskom banke. — 2014. — № 1. — S. 75—86.
3. Kudryashova E. V. Pravovoe regulirovanie kriptovalyut: vybor vektora razvitiya // Finansovoe pravo. — 2018. — № 6. — S. 7—11.
4. Kuchеров I. I. Kriptovalyuta kak pravovaya kategoriya // Finansovoe pravo. — 2018. — № 5. — S. 3—8.
5. Lejba A. Real'naya zhizn' virtual'nyh deneg // EZh-Yurist. — 2014. — № 23.
6. Makarchuk N. V. Publichno-pravovye ogranicheniya kak osnovanie dlya opredeleniya kriptovalyut // Pravo i ekonomika. — 2018. — № 1. — S. 22—25.
7. Nikitin K. V. Obrashchenie bitkoinov v usloviyah pravovoj neopredelennosti // Yuridicheskaya rabota v kreditnoj organizacii. — 2014. — № 3.
8. Ryzhov N. A. Analiz perspektiv pravovogo regulirovaniya kriptovalyut v ramkah obespecheniya nacional'noj i mezhdunarodnoj bezopasnosti // Yurist. — 2018. — № 5. — S. 63—67.
9. Savel'ev A. I. Elektronnaya kommerciya v Rossii i za rubezhom: pravovoe regulirovanie. — 2-e izd. — M. : Statut, 2016.
10. Sidorenko E. L. Kriptovalyuta kak novyj yuridicheskij fenomen // Obshchestvo i pravo. — 2016. — № 3 (57). — S. 193—197.
11. Tarasov D., Popov A. Ot zolota do bitkojna. — M. : Al'pina Pablisher, 2018.
12. Truncevskij Yu. V. Cifrovaya (virtual'naya) valyuta i protivodejstvie otmyvaniyu deneg: pravovoe regulirovanie // Bankovskoe pravo. — 2018. — № 2. — S. 18—28.
13. Hidzev A. T. Kriptovalyuta: pravovye podhody k formirovaniyu ponyatiya // Pravo i sovremennye gosudarstva. — 2014. — № 4. — S. 10—15.
14. Homenko E. G. O vozmozhnosti ispol'zovaniya kriptovalyuty pri okazanii platezhnyh uslug // Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika. — 2018. — № 3. — S. 79-83.

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

М. В. Мажорина*

Сетевая парадигма международного частного права: контурирование концепции¹

Аннотация. Современное общество характеризуется в качестве сетевого, что порождает необходимость переосмысления его надстройки — права — в логике сетевой парадигмы научного познания. На стыке права и информационных технологий возникают новые правовые и субправовые явления, нуждающиеся в концептуализации. Международное частное право, находясь в авангарде происходящих изменений, обладает особой методологией, способной адаптироваться к сетевому обществу. В работе анализируются отдельные признаки, свидетельствующие о формировании новой парадигмы. Одним из наиболее революционных продуктов Сети стали глобальные технологические или цифровые платформы, в рамках которых складываются преимущественно трансграничные частноправовые отношения, опосредованные сделками, понимаемыми в совокупности как e-commerce или m-commerce. Правовой анализ позволяет предположить, что наблюдается американизация «платформенного права». Интерес для исследования сетевой парадигмы представляет складывающаяся практика онлайн-арбитража по спорам с участием потребителей. Значимая роль в регулировании современных трансграничных отношений отводится нормам негосударственного регулирования, традиционно концептуализируемым через призму *lex mercatoria*, которое в настоящее время систематизируется в логике правовой системы с выделением подсистем, вызванных к жизни процессами глобализации. Соответствующие изменения свидетельствуют о видоизменении архитектуры регулирования трансграничных отношений.

Ключевые слова: Сеть, сетевое право, глобализация, международное частное право, негосударственное регулирование, *lex mercatoria*, международный коммерческий арбитраж, международные контракты, *law of platform*, e-commerce, m-commerce.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.101.4.140-159

¹ Статья подготовлена при финансовой поддержке Российского фонда фундаментальных исследований (РФФИ) в рамках научно-исследовательского проекта РФФИ «Сетевое право в условиях сетевого общества: новые регуляторные модели», проект № 18-29-16061, реализуемого по результатам конкурса на лучшие научные проекты междисциплинарных фундаментальных исследований (код конкурса 26-816 «Трансформация права в условиях развития цифровых технологий»).

© Мажорина М. В., 2019

* Мажорина Мария Викторовна, кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) mvmazhorina@msal.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

1. СЕТЬ КАК НАУЧНАЯ ПАРАДИГМА: ТЕОРИЯ СИСТЕМ VERSUS ТЕОРИЯ СЕТЕЙ

Можно ли усмотреть что-то общее между математической задачей о семи кенигсбергских мостах², заложившей основу теории графов; теорией шести рукопожатий³; Тимом Бёрнерсом-Ли⁴; платформой Uber; победой Барака Обамы на президентских выборах⁵; Blockchain и мочковатой корневой системой клевера ползучего?⁶ Можно. И это будет сеть. Здесь стоит оговориться, что сеть не сводима к Интернету, так как последний есть, в нашем понимании, одна из причин и/или техническая возможность выстраивания новой модели коммуникации социума. Сеть в настоящей работе понимается как явление, как технология, как форма организации коммуникации, а также как теория, как принцип, как метод исследования. Сеть также является научной парадигмой, модернизированной синергией между технологической революцией

и социальной эволюцией. Если продолжить рассуждения американского ученого-психиатра Юргена Рюша, который в середине XX в. говорил, что новый кибернетический мир интересуется не людьми, а «системами»⁷, то можно заметить, что современный информационный век интересуется не людьми, а «сетями».

Объективное изменение современного мироустройства под влиянием процессов глобализации и «осетевления»⁸ привело в последние годы к взрыву научных исследований, побуждающему некоторых ученых к размышлениям о «новой» сетевой науке (Network Science)⁹. А так называемая «сетевая» (network-like) концепция права довольно успешно применяется к национальным, межнациональным и наднациональным формам правовой интеграции в рамках Европейского Союза¹⁰.

Исследование нового явления, которое, кроме всего прочего, носит глобальный характер и не сводимо к предмету какой-либо отрасле-

² В научном смысле считается, что истоки современной теории сетей лежат в теории графов и связываются с именем математика Леонарда Эйлера, который в 1736 г. в одном из своих писем сформулировал и предложил решение задачи о семи кенигсбергских мостах. См.: Euler L. Seven Bridges of Königsberg // Newman J. R. (ed). The World of Mathematics. Vol. 1. Mineola, NY : Courier Dover Publications, 2000. Pp. 573—580.

³ Социолог из Гарвардского университета Стенли Милграм (Stanly Milgram) в 1967 г. эмпирически показал, что любых двух человек на Земле можно соединить цепочкой из шести знакомых. Это утверждение получило название «явление тесного мира» (small world phenomenon). См.: Milgram S. The small world problem // Psychology Today. 1967. № 2. P. 60—67.

⁴ Сэр Тимоти Джон Бёрнерс-Ли OM (англ. Sir Timothy John «Tim» Berners-Lee) — изобретатель URI, URL, HTTP, HTML, создатель Всемирной паутины (совместно с Робертом Кайо) и действующий глава Консорциума Всемирной паутины. Автор концепции семантической паутины. Автор множества других разработок в области информационных технологий. По данным: URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%91%D0%B5%D1%80%D0%BD%D0%B5%D1%80%D1%81-%D0%9B%D0%B8,%D0%A2%D0%B8%D0%BC> (дата обращения: 12.12.2018).

⁵ Ряд экспертов объясняют победу Барака Обамы на президентских выборах США в 2008 г. широким использованием интернет-технологий. См., например: Кастельс М. Власть коммуникации : учеб. пособие : пер. с англ. М. : Изд. дом ВШЭ, 2017. С. 13.

⁶ Клевер ползучий имеет мочковатую корневую систему. У такой системы основной корень живет относительно короткое время или не развивается, но формируются придаточные, боковые корни, которые стремительно разрастаются и существенно затрудняют возможности искоренения растения.

⁷ Ruesch J. Epilogue // Toward A Unified Theory of Human Behaviour / R. R. Grinker (Ed.). 2nd ed. New York : Basic Books, 1967. Pp. 376—390.

⁸ Этот термин использован М. Кастельсом в работе: Кастельс М. Указ. соч. С. 17.

⁹ Сетевая наука представляет собой научную область, изучающую сложные сети: телекоммуникационные, компьютерные, биологические, когнитивные и семантические, социальные сети и пр. См., например: Guadamuz A. Networks Complexity and Internet Regulation: Scale-Free Law. Edward Elgar, 2011. Pp. 17—19.

¹⁰ Lateur K. H. Towards a New Theory of Supremacy — The Viability of the Network-concept // European Law Journal. 1997. P. 33 ; Guehenno J. M. The End of the Nation State. Ann Arbor, 1995.

вой науки, возможно, на наш взгляд, наиболее эффективно через призму парадигмального подхода, основы которого применительно к научному знанию были заложены американским историком и философом науки Томасом Куном¹¹. Методологический плюрализм и междисциплинарность, по мнению Е. А. Войниканис, выступают важными характеристиками парадигмального подхода¹². Парадигмальный подход позволяет исследовать и оценивать правовые феномены, которые еще не встраиваются в систему права. В последние десятилетия в юридической литературе говорят об «исследовательских парадигмах глобализации»¹³, о новой глобальной парадигме права¹⁴, коей, по нашему мнению, выступает сетевая парадигма, позволяющая переосмыслить многие институты права и общества.

Собственно, сеть не является чем-то новым в современном обществе и науке, так как она, по мнению американского физика Фритьофа Капры, есть паттерн, общий для всех видов жизни¹⁵. Мир — это мириады сетей: экономических, политических, социальных, информационных, производственных и пр. Особенно нынешний мир, характерной чертой которого, по замечанию американского социолога, разработчика концепции «сетевого общества» и «сетевого государства» Мануэля Кастельса, является формирование информационных сетей глобального характера, которые меняют принципы построения общественных отношений и коммуникации. Цифровые сетевые технологии позволяют индивидам и организациям генерировать собственный контент, распространяя его в киберпространстве и в значительной степени избегая контроля корпораций и бюрократических структур. Автор пишет о сдвиге в сторону массовой

самокоммуникации, ставшей возможной благодаря Интернету. При этом такая свободная коммуникация, будучи самой подрывной практикой из всех возможных, бросает вызов властным отношениям, укорененным в общественных институтах и организациях¹⁶. Собственно идеи децентрализации, конструирования автономии и неподвластности так привлекательны сегодня, например, для разработчиков и пользователей технологии Blockchain, которая, на наш взгляд, есть один из новых способов регулирования сетевых отношений. При этом речь, как видится, идет не о крахе института государственности, но об адаптации государств к новому мироустройству, к поиску иных форм власти, к коим М. Кастельс относит «сетесозидающую власть», будучи убежденным, что во многих случаях обладатели власти сами являются сетями¹⁷.

В этой ситуации крайне любопытно наблюдать за юстировкой права в ответ на нарастающую делегализацию общественных отношений. Можно предположить, что новая архитектура современных сетей выстраивается не в духе вертикально организованных, централизованных, устойчивых иерархических структур, а в логике горизонтальной, децентрализованной, масштабируемой самокоммуникации, способность управления которой и предопределяет актуальное мироустройство. Во многих сферах: от прав человека и защиты окружающей среды до Интернета и международных финансовых операций — широкое распространение получили международные стандарты, которые, не будучи юридически обязательными, тем не менее в разных формах оказывают беспрецедентное воздействие на регулирование соответствующих отношений. Они в совокупности с механизмами их распространения и внедре-

¹¹ См.: Кун Т. Структура научных революций. М., 1977.

¹² Войниканис Е. А. Парадигмальный подход к исследованию интеллектуальных прав // дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2016. С. 14—15.

¹³ Руденко М. Н. Исследовательские парадигмы глобализации // Вестник АГТУ. 2009. № 1 (48). С. 132—136.

¹⁴ Доминго Р. Гай, Ваттель и новая глобальная парадигма права : [реферат Б. Л. Полунина] // Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература. Серия 4 : Государство и право : реферативный журнал. 2013. № 1. С. 165—172.

¹⁵ Capra F. Hidden Connections: Integrating the Biological, Cognitive and Social Dimensions of Life into a Science of Sustainability. N. Y. : Random House, 2002. P. 9.

¹⁶ Кастельс М. Указ. соч. С. 10—11.

¹⁷ Кастельс М. Указ. соч. С. 91—92.

ния в нормативное поле даже получили название «транснациональных регулирующих сетей» (transnational regulatory networks)¹⁸. Вызывая смешанные чувства: от «эйфории» до «беспокойства», глобальные частнопроводные режимы (global private law regimes), как их называет американский антрополог и юрист Аннелиза Райлз (Annelise Riles), завораживают теоретиков права, для которых сила закона неизбежно связана с государством¹⁹.

Актуальная научная повестка нуждается в новых понятиях, новых концепциях, новом языке, которые сегодня концентрируются вокруг понятия «сеть». Рискнем допустить, что формирующаяся в XXI в. теория сетей может играть ту же роль, что и теория систем, возникшая в свое время как реакция на существенные изменения в понятийной картине мира XX в.²⁰ И если научное знание в XX в. генерировалось в логике системного анализа, основанного на постулатах общей теории систем, то XXI в. вполне может стать сетевым, заложив в исследовательский

базис сетевую парадигму научного познания. И, как следствие, необходимо развитие нового языка, языка сетевого права, языка «юриспруденции сетевых коммуникаций», так как юридический язык не только отражает правовую реальность, он ее переформатирует, производит и имитирует²¹.

Право, диффундируя с технологиями, должно исследоваться в парадигме технологизации социума. Очевидно, что сфера соприкосновения права и технологии весьма широка и не вмещается в рамки отдельных отраслей права. В связи с этим исследователи концептуализируют возникающие на стыке права и информационных технологий явления, обозначая их различными терминами: компьютерное право (computer law)²², киберправо или право киберпространства (cyber or cyberspace law)²³, электронное коммерческое право (electronic commerce law)²⁴, электронное lex mercatoria (e-merchant law)²⁵, интернет-право (internet law)²⁶, право информационных технологий (information technology

¹⁸ См.: Verdier P.-H. Transnational Regulatory Networks and Their Limits. The Yale Journal of International Law. Vol. 34. 2009. Pp. 113—172 ; Gadinis S. Three Pathways to Global Standards: Private, Regulator, and Ministry Networks // American Journal of International Law. Vol. 109. Iss. 1. 2015. P. 109.

¹⁹ См.: Riles A. The Anti-network: Private Global Governance, Legal Knowledge, and the Legitimacy of the State // American Journal Of Contemporary Law. Vol. 56. 2008. Pp. 605—630.

²⁰ Можно констатировать, что XX в. был не только веком покорения атома и создания компьютера. Одно из главных его достижений — создание системного мировоззрения, системного метода получения знаний. См.: Кононюк А. Е. Системология. Общая теория систем : в 4 кн. Киев : Освіта України, 2014. Кн. 1. С. 34. Первый вариант общей теории систем был предложен в 1912 г. философом А. А. Богдановым, второй вариант общей теории систем создал австрийский биолог и философ Людвиг фон Берталанфи (1901—1972), которого считают основоположником целого научного направления, связанного с созданием общей теории систем. См.: Кононюк А. Е. Указ. соч. С. 61—64.

²¹ Веденеев Ю. А. Теория государства и права: между апологией и критикой концептуальных оснований // Lex Russica. 2018. № 4 (137). С. 7—22.

²² См.: Reed C., Angel J. (eds). Computer Law: The Law and Regulation of Information Technology. Oxford : Oxford University Press, 2011 ; Bainbridge D. Introduction to Computer Law. 5th edn. Pearson Education Limited, 2004 ; Raysman R. Computer Law: Drafting and Negotiating Forms and Agreements. Law Journal Press, 1984.

²³ См.: Bird R. and Others. Cyber Law: Text and Cases. Cengage, 2011 ; Rosenoer J. Cyber Law: The Law of the Internet. Springer, 1997 ; Ku R. S. R., Lipton J. (eds). Cyberspace Law: Cases and Materials. 3rd edn. Aspen Publisher, 2010 ; Travis H. (ed). Cyberspace Law: Censorship and Regulation of the Internet. Routledge, 2013.

²⁴ Wild Ch., Weinstein S., MacEwan N., Geach N. Electronic and Mobile Commerce Law: An analysis of trade, finance, media and cybercrime in the digital age. Hatfield Hertfordshire : University of Hertfordshire Press, 2011.

²⁵ Trakman L. E. From the Medieval Law Merchant to E-Merchant Law // The University of Toronto Law Journal. 2003. Vol. 53. No. 3. Pp. 265—304.

²⁶ См.: Рассолов И. М. Право и Интернет. Теоретические проблемы. 2-е изд., доп. М. : Норма, 2009 ; Smith G. J. H. (ed). Internet Law and Regulation. Sweet & Maxwell, 2007 ; Reed C. Internet Law: Text and Materials. Cambridge University Press, 2004 ; Savin A. EU Internet Law. Edward Elgar Publishing, 2013.

law (IT law))²⁷, информационное право²⁸, цифровое право²⁹, сетевое право³⁰, право мировых торговых площадок (типа eBay-law³¹, Walmart law³²) и пр. Все это порождает юридическую дилемму: формируется ли под влиянием технологизации и осетевления самостоятельный круг общественных отношений, можно ли выделить особый предмет регулирования и состоятельна ли дискуссия о формировании обособленных массивов норм и институтов и, как следствие, о появлении новых отраслей права или же речь может идти лишь о выработке новой методологии регулирования уже известных общественных отношений, эволюционирующих под воздействием новых форм коммуникации в связи с развитием технологий? Этим вопросом уже озабочены некоторые ученые. Например, профессор Э. В. Талапина обосновывает, что, поскольку информация и технологии содержатся в каждой отрасли права, указанные технологии, становясь общим знаменателем, определяют единую логику права, что, в свою очередь, снижает ценность отраслевого деления³³. То есть можно гипотезировать возможность стирания граней между отраслями права, форсированную развитием цифровых технологий?

В настоящей работе делается попытка ответить на эти общие вопросы, прибегнув к индуктивному методу познания, базируясь на современном состоянии развития отраслевой

юридической науки международного частного права, оценивая изменения, прогнозируя дальнейшую эволюцию с возможностью экстраполяции полученных результатов на иные области научного знания. Международное частное право имеет для этих целей крайне благодатный эмпирический материал в виде собственного предмета — трансграничных частноправовых отношений, которые находятся в авангарде изменений, привнесенных глобализационными и информационными сдвигами.

2. СЕТЕВОЙ ХАРАКТЕР ТРАНСГРАНИЧНЫХ ЧАСТНОПРАВОВЫХ ОТНОШЕНИЙ И МЕТОДОЛОГИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Одновременное наличие «иностранный элемент» и частноправовая природа конституируют определенный круг общественных отношений в предмет международного частного права — трансграничные частноправовые отношения. Последние коррелируют с сущностью сетевого общества, являются фактически его нейронными связями. Сетевым структурам свойственны децентрализованность, горизонтальная организация, антииерархичность, адаптивность, способность к самоорганизации и саморегуляции³⁴. Сетевые структуры в виде транснациональных корпораций, иностранных дочерних компаний,

²⁷ См.: Murray A. Information Technology Law: The Law and Society. Oxford University Press, 2010 ; Lloyd I. Information Technology Law. 6th edn. Oxford University Press, 2011 ; Rowland D., Kohl U., Charlesworth A. Information Technology Law. 4th edn. Routledge, 2012 ; Mooney Cotter A.-M., Babe C. (eds). Information Technology Law. Cavendish, 2004.

²⁸ См.: Рассолов И. М. Информационное право : учебник для магистров. 2-е изд., испр. и доп. М. : Юрайт, 2013 ; Бачило И. Л. Информационное право. М., 2001 ; Тедеев А. А. Информационное право (право Интернета). М., 2005.

²⁹ Радченко М. Ю., Горбунов В. П. Цифровое право будущего // Третья Всероссийская конференция «Право и Интернет: теория и практика», 28—29 ноября 2000. С. 47—53.

³⁰ Голоскоков Л. В. Теория сетевого права / под ред. А. В. Малько. СПб., 2006. С. 32.

³¹ См.: González A. G. eBay Law: The legal implications of the C2C electronic commerce model // Computer Law & Security Review. December 2003. Vol. 19. Iss. 6. Pp. 468—473 ; Katsh E., Rifkin J., Gaitenby A. E-Commerce, E-Disputes, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of «eBay Law» // Ohio State Journal on Dispute Resolution. 2000. Vol. 15. No. 3. Pp. 705—734.

³² См.: Backer L. C. Economic Globalization and the Rise of Efficient Systems of Global Private Lawmaking: Walmart as Global Legislator // Connecticut Law Review. May 2007. Vol. 39. No. 4. Pp. 3—46.

³³ Талапина Э. В. Право и цифровизация: новые вызовы и перспективы // Журнал российского права. 2018. № 2.

³⁴ См.: Коробейникова Л. А., Гиль А. Ю. Сетевые структуры в условиях глобализации // Известия Томского политехнического университета. 2010. Т. 316. № 6. С. 107.

холдингов, филиалов; транснациональных производств, корпоративных слияний и поглощений, секундных транзакций капитала; виртуального заключения сделок; разрешения споров в режиме онлайн; потоковости капиталов, информации, услуг и трудовых ресурсов и пр. — все это в условиях проницаемости государственных границ, единства финансового, торгового пространства, интернационализации процессов производства товаров и услуг и есть черты сетевого общества, которые наиболее очевидным образом проявляются в сфере предмета регулирования международного частного права.

Как образно замечают А. Райлз и Флер Джонс (Fleur E. Johns), международное частное право дает нам метафору мира, в котором государства все еще в значительной степени сохраняют присутствие, но часто распадаются или преломляются посредством частных интересов³⁵. Методология международного частного права, будучи уникальной, является в настоящее время наиболее адаптированной к сетевому обществу. В иностранной литературе встречается оценка международного частного права как децентрализованной сети самостоятельно выбранных и индивидуально настроенных правил³⁶. В контексте регулирования трансграничных отношений территориальные границы не устанавливаются ограничения, но только определяют границы выбора³⁷. Это подчеркивает методологические особенности международного частного права. То есть сам метод регулирования международного частного права, объединяющий материально-правовой и коллизионный способы, обладает значительным потенциалом в части подстройки под формирующиеся особенности сетевого общества.

Коллизионные нормы — это своего рода маршрутизаторы сети, связывающие общественные отношения с юрисдикциями и порядками разных государств. Кроме того, коллизионная норма санкционирует распространение иностранного права за пределы го-

сударства, делокализует право, переопределяет территориальные границы действия права. Гибкость и универсальность коллизионного способа регулирования позволяет ему перенастраиваться в зависимости от обстоятельств, находить новые соединения, используя инструментарий закона наиболее тесной связи (Proper law).

Иной способ регулирования международного частного права — материально-правовой — также функционирует по правилам сети: посредством унификации формируются единые правила, единые стандарты для всех участников этого процесса, складывается единообразная практика применения унифицированных норм. Таким образом, результаты унификации служат, образно выражаясь, векторами сетевой коммуникации. В сходном ключе осуществляются гармонизация и стандартизация норм частного права, принципов, обычаев, лучших практик, договорных форм и пр. Результаты соответствующих процессов, своего рода паттерны частного права, в форме международных договоров, сводов принципов и норм, модельных законов, типовых законов, унифицированных правил масштабируются и распространяются по сетям мирового бизнес-сообщества, вплетаются в национальное право, инкорпорируются в правоприменительную практику разными способами в зависимости от юридической силы искомых норм. Распространение таких норм, созданных на международном, негосударственном уровнях, порождает любопытные изменения в праве: оставаясь по форме национальным, частное право государств мира по содержанию становится все более интернациональным.

3. ЦИФРОВЫЕ ПЛАТФОРМЫ И МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

Сеть породила еще один революционный эффект — новую форму организации бизнес-коммуникации — технологические или цифровые

³⁵ Johns F. E., Riles A. Beyond Bunker and Vaccine: The DNC Hack as a Conflict of Laws Issue // URL: https://www.researchgate.net/publication/313782817_Beyond_Bunker_and_Vaccine_The_DNC_Hack_as_a_Conflict_of_Laws_Issue (дата обращения: 18.12.2018).

³⁶ Slaughter A.-M. International Law in a World of Liberal States. *European Journal of International Law*. № 6. 1995. P. 518.

³⁷ Slaughter A.-M. *Op. cit.* P. 518.

платформы и их разновидность — электронные торговые площадки. Оливер Лебонд (Oliver Lebond), председатель Консультативного комитета ICANN, в свое время применительно к Интернету в целом заявил, что Интернет — это многосторонняя (multi-stakeholder) платформа, которую не может контролировать ни одно правительство³⁸, а Эндрю Гуадамус (Andrew Guadamuz), доцент Университета Сассекса, назвал Интернет «сетями сетей» («networks of networks») ³⁹. Платформы создают принципиально новые способы потребления товаров и услуг и формируют так называемую «экономику по требованию» или «экономику совместного потребления»⁴⁰. Платформы объединяют производителей с потребителями и позволяют им обмениваться ценностью. Некоторые платформы обеспечивают прямые связи между пользователями. В этом смысле взаимодействие на платформе аналогично любому экономическому или социальному обмену, в процессе которого передаются три вещи: информация, продукты и некая форма валюты. Иногда выделяется еще четвертая составляющая обмена — внимание аудитории⁴¹. Примерами таких глобальных платформ служат Uber, eBay, Alibaba, Airbnb, Google, Amazon и пр. Самые известные из современных платформ пришли из сферы B2C контрактов, из сферы услуг. Цифровые платформы значительно сокращают издержки по сделкам, в том числе трансграничным, преодолевают факторы, препятствующие сделкам, минимизируют барьеры для пользователей. Они способны быстро масштабироваться и создавать «сетевой эффект», который в экономической литературе означает

влияние количества пользователей платформы на ценность, создаваемую для каждого из них⁴². Глобальные цифровые платформы служат ареной возникновения, изменения и прекращения трансграничных частноправовых отношений, для регламентации которых используются многочисленные правовые инструменты, одним из которых выступает трансграничный контракт как центральный институт международного частного права. Наряду с термином «e-commerce» (электронная торговля)⁴³, применимым к сделкам купли-продажи товаров или услуг через электронные системы, такие как Интернет и другие компьютерные сети, появился термин «m-commerce» (мобильная коммерция/торговля), означающий любую сделку, предполагающую передачу права собственности или прав на использование товаров и услуг, которая инициируется с помощью мобильного доступа в компьютерные сети с помощью электронного устройства⁴⁴.

В. Тутыхин вводит термин «Право 2.0», считая при этом, что право пока подверглось наименьшему воздействию. В качестве «прорывных направлений» автор, среди прочего, называет развитие технологий «эффективной юстиции» (efficient justice) через платформы сетевого взаимодействия, позволяющие «потребителям правосудия» обойти неэффективность государственного регулирования и юстиции⁴⁵.

Любая электронная транзакция включает условия, доступные по гиперссылке или путем прокрутки экрана с условиями. При изучении пользовательских соглашений (которые являются, по сути, договорами присоединения

³⁸ Цит. по: *Murad Al-Bayati B. A. (Hons). Reform of the Iraqi Private International Law on Transnational Online Contracting: Lessons from the EU and the USA* // Thesis submitted to Bangor University for the degree of Doctor of Philosophy. August 2014. P. 30. URL: <http://e.bangor.ac.uk/5004/1/Reform%20of%20the%20Iraqi%20Private%20International%20Law%20on%20Transnation.pdf> (дата обращения: 02.12.2018).

³⁹ *Guadamuz A. Networks Complexity and Internet Regulation: Scale-Free Law*. Edward Elgar, 2011. P. 71.

⁴⁰ *Шваб К. Четвертая промышленная революция* : пер. с англ. М. : Эксмо, 2018. С. 39.

⁴¹ *Паркер Д., ван Альстин М., Чаудари С. Революция платформ. Как сетевые рынки меняют экономику — и как заставить их работать на вас* / пер. с англ. Е. Пономаревой. М. : Манн, Иванов и Фербер, 2017. С. 50.

⁴² См.: *Паркер Д., ван Альстин М., Чаудари С.* Указ. соч. С. 31—47.

⁴³ Подробнее о международной унификации в сфере электронной коммерции см.: *Терентьева Л. В.* Использование электронных сообщений в международных договорах // *Право. Журнал Высшей школы экономики*. 2011. № 2. С. 77—87.

⁴⁴ См.: *Wild Ch., Weinstein S., MacEwan N., Geach N.* Op. cit. P. VIII.

⁴⁵ *Тутыхин В.* Право 2.0 // URL: <http://vvtlaw.com/articles/pravo-2-0/> (дата обращения: 28.12.2018).

и субъектами которых становятся миллионы людей) Google, eBay, Amazon и прочих компаний платформенного типа, объемы продаж ко-

торых сопоставимы с бюджетами отдельных государств, можно найти любопытные условия (см. таблицу).

Тип оговорки	Пользовательское соглашение eBay ⁴⁶ Раздел «Правовые конфликты»	Условия пользования Google ⁴⁷	Пользовательское соглашение Amazon Web Services / AWS Customer Agreement ⁴⁸
Оговорка о применимом праве	«Вы согласны с тем, что, за исключением ситуаций, относящихся к юрисдикции федерального законодательства, это Пользовательское соглашение, и любой конфликт, возникший или могущий возникнуть между вами и eBay, регулируется законами штата Юта, США, без учета норм коллизионного права , кроме случаев, когда в настоящем Пользовательском соглашении указано иное»	«В некоторых случаях суды ряда стран не признают законодательство Калифорнии. Если вы проживаете в одном из таких регионов, законодательство Калифорнии не будет применяться при рассмотрении исков, связанных с данными Условиями использования. В противном случае вы соглашаетесь с тем, что все споры в отношении Условий использования или Служб будут разрешаться в соответствии с законодательством штата Калифорния (США), исключая положения о конфликте законов »	13.4 Применимое право Применимое право, исключая коллизионные нормы, регулирует настоящее соглашение и любой спор любого рода, который может возникнуть между вами и нами. Конвенция Организации Объединенных Наций о международной купле-продаже товаров не применяется к настоящему Соглашению. Далее в Соглашении указывается, что если стороной по контракту выступает Amazon Web Services EMEA SARL, то применимым правом является законотельство Великого Герцогства Люксембург . Если стороной по контракту выступает Amazon Web Services, Inc., применимым правом является право штата Вашингтон
Арбитражная оговорка	«Вы согласны с тем, что любые конфликты и претензии, которые возникли или могут возникнуть между вами и eBay... должны разрешаться исключительно путем окончательного и обязательного арбитражного		13.5. Разрешение споров Любые споры или претензии... будут рассматриваться в соответствии с оговоркой о подсудности, и вы соглашаетесь на исключительную юрисдикцию

⁴⁶ URL: https://www.ebay.com/pages/ru/help/ua_previous.html (дата обращения: 17.12.2018).

⁴⁷ URL: <https://policies.google.com/terms?hl=ru> (дата обращения: 17.12.2018).

⁴⁸ URL: <https://aws.amazon.com/ru/agreement/> (дата обращения: 17.12.2018).

Соглашение на английском языке. Представлен недословный перевод автора статьи.

	решения, а не в суде общего права. Вы также можете подать иск в суд мелких тяжб при условии, что ваши требования соответствуют критериям такой подсудности... Толкование и применение этого согласия на арбитраж регулируются Федеральным законом об арбитраже США (U.S. Federal Arbitration Act). Арбитражное разбирательство должно проводиться Американской арбитражной ассоциацией (ААА) согласно ее правилам и процедурам, включая процедуры ААА для потребительских конфликтов (в применимых пределах) с учетом изменений, внесенных в раздел «Согласие на арбитраж»		и территориальную подсудность судам, определенным в соглашении. За исключением случая, когда стороной по контракту выступает Amazon Web Services, Inc., любой такой спор с участием этой стороны будет разрешен посредством обязательного арбитража, а не в суде, за исключением того, что вы можете предъявлять иск в суд мелких тяжб, если ваши претензии соответствуют требованиям... Арбитраж будет проводиться Американской арбитражной ассоциацией (ААА) в соответствии с ее правилами
Оговорка о подсудности спора	Лицо вправе отказаться от Согласия на арбитраж, что регулируется следующими положениями: «Если вы и компания eBay не договоритесь об ином... любая претензия или конфликт, которые возникли или могут возникнуть между вами и eBay, подлежат рассмотрению исключительно в суде штата или федеральном суде, расположенном в округе Солт-Лейк штата Юта, США»	«Если суд в вашей стране откажется признавать юрисдикцию и округ судов Санта-Клары (штат Калифорния, США), то иски, относящиеся к данным Условиям использования, должны рассматриваться в рамках местной юрисдикции и судебного округа. В противном случае все иски, так или иначе связанные с настоящими Условиями использования или самими Службами, находятся в компетенции судов федерального уровня или уровня штата, расположенных в округе Санта-Клара (штат Калифорния, США). Вы наравне с компанией Google признаете юрисдикцию этих судебных органов»	Если стороной по контракту выступает Amazon Web Services EMEA SARL, спор подсуден окружным судам Великого Герцогства Люксембург. Если стороной по контракту выступает Amazon Web Services, Inc., спор подсуден федеральным судам или судам штата округа Кинг, Вашингтон

Указанные оговорки дают эмпирическую основу для анализа двух проблемных вопросов: применимое право и определение способов разрешения споров, вытекающих из соответствующих пользовательских соглашений.

Во-первых, оговорки о выборе права аргументируют крайне любопытную и малоизученную в российской доктрине международного частного права тенденцию, суть которой сводима к тому, что при регулировании тех или иных сегментов трансграничных отношений в качестве применимого права стандартно выбирается право одной и той же юрисдикции. Легитимным основанием этого служит принцип автономии воли сторон (*lex voluntatis*), породивший так называемый правовой рынок (*law market*)⁴⁹, на котором определенные национальные законы в силу тех или иных причин «продаются» лучше и де-факто становятся глобальными законами различных отраслей⁵⁰. Например, договоры международной перевозки традиционно подчиняются английскому праву. А франчайзинговые отношения выстраиваются на основе норм американского права. К международным сделкам своп применяется английское право или право штата Нью-Йорк (*ISDA Master agreements*). Такая практика нередко закрепляется в качестве стандартных условий типовых проформ договоров. Собственно, профессиональные объединения, разрабатывающие такие проформы, сами во многом популяризируют право (закон) того или иного государства. Такая «доминирующая» в той или иной области юрисдикция косвенно влия-

ет и на содержание норм негосударственного регулирования, разрабатываемых в рамках соответствующей отрасли.

Условность автономии воли сторон в пользовательских соглашениях, опосредующих деятельность технологических или цифровых платформ, формирует ситуацию правового доминирования, а именно американизации «платформенного права».

Стремительное развитие интернет-торговли на базе электронных торговых площадок привело к целому ряду серьезных научных исследований, преимущественно в иностранной доктрине, посвященных транснациональному потребительскому праву (*Transnational Consumer Law*) в контексте электронной коммерции⁵¹.

Во-вторых, как следует из приведенных выше пользовательских соглашений, достаточно распространенной является практика включения в B2C-контракты арбитражных оговорок, что часто становится предметом рассмотрения судов различных стран, Суда Европейского Союза, различного рода органов и организаций, занимающихся защитой прав потребителей⁵², особенно в части арбитрабельности/неарбитрабельности потребительских споров⁵³. Зачастую потребительские споры (наряду с завещательными, а также спорами, связанными с трастами, спорами о несостоятельности и пр.), регулируемые специальным законодательством, принятым в обеспечение общественных целей, не могут быть предметом решения в арбитраже из-за наличия в них элемента общественного интереса.

⁴⁹ См.: *O'Hara E., Ribstein L. E. The Law Market. Oxford : Oxford University Press, 2009.*

⁵⁰ *O'Hara E., Ribstein L. E. Op. cit.*

⁵¹ См.: *Calliess G-P. Transnational Consumer Law: Co-Regulation of B2C-E-Commerce // Responsible business: self-governance in transnational economic transactions / O. Dilling, M. Herberg, & G. Winter, eds. Oxford : Hart Publishing, 2008. Pp. 225—258.*

⁵² Например, см. дело *Aftab Singh v. Emaar MGF Land Limited & Anr.*, в рамках которого обсуждался вопрос действительности арбитражной оговорки и арбитрабельности потребительских споров (URL: <https://www.livelaw.in/consumer-forums-neednt-refer-parties-arbitration-terms-valid-arbitration-agreement-sc-upholds-ncdrc-order-read-order/> (дата обращения: 18.12.2018)). Одним из относительно недавних дел в практике Верховного Суда Калифорнии является дело *McGill v. Citibank*, 06.04.2017 (URL: <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/2017/s224086.html> (дата обращения: 15.02.2018)).

⁵³ В российской науке одним из недавних исследований на тему арбитрабельности стала диссертация А. И. Мининой на тему «Понятие и виды арбитрабельности в теории и практике международного коммерческого арбитража», защищенная в 2013 г., где вопросы арбитрабельности потребительских споров также обсуждались.

Проблема включения в потребительские контракты арбитражных оговорок, ограничивающих права потребителей на доступ к правосудию, стоит достаточно остро и широко исследуется в иностранной литературе. Например, в банковском секторе, по некоторым исследованиям, практика включения в потребительские контракты арбитражных оговорок расширяется, препятствуя подаче коллективных исков потребителей⁵⁴. Директор Бюро по защите прав потребителей, США, Ричард Кордрей (Richard Cordray) заявил, что арбитражные оговорки в контрактах на такие продукты, как банковские счета и кредитные карты, делают практически невозможным для потребителей призвать компанию к суду, когда всё идет не так. Эти положения позволяют компаниям избежать ответственности, блокируя групповые иски и заставляя людей идти в одиночку или сдаваться⁵⁵. В приведенных выше потребительских соглашениях содержатся арбитражные оговорки, легитимизирующие компетенцию Американской арбитражной ассоциации (AAA), также введены запреты на коллективные иски.

Наряду с институциональным арбитражем для споров с участием потребителей, вытекающих из онлайн-контрактов, нередки оговорки об онлайн-разрешении споров. Безусловным

лидером в части администрирования таких арбитражей и разработки регулирующих их норм являются США. Американский арбитр, медиатор, юрист Джеффри Дастил (Jeffrey H. Dasteel) в своем исследовании, посвященном онлайн-арбитражу по потребительским спорам, замечает, что есть две технологии встраивания в онлайн-контракты условия об арбитраже, которые влияют на квалификацию в дальнейшем презюмируемой осведомленности (constructive notice) потребителя об арбитражной оговорке и зависят от типа сайтов, на которых размещаются условия онлайн-контрактов: *browsewrap*⁵⁶ и *clickwrap*⁵⁷. Суд оценивает эти технологии, отвечая на вопрос: был ли потребитель должным образом уведомлен об условиях сделки? Так, например, в деле *Fagerstrom v. Amazon.com, Inc.* суд счел, что согласие на условия вебсайта определяется в зависимости от того, был ли предоставлен потребителю разумный срок для согласия с условиями⁵⁸. А в деле *Van Tassell v. United Marketing Group LLP* было признано, что отсутствует действительное соглашение об арбитраже между оператором сайта и пользователем в связи с тем, что отсутствие какой-либо ссылки на условие эксплуатации сопряжено с многоступенчатым процессом обнаружения

⁵⁴ The Pew Charitable Trusts. Research & Analysis. Consumers Want the Right to Resolve Bank Disputes in Court // URL: <http://www.pewtrusts.org/~media/assets/2016/08/consumerswanttherighttoresolvebankdisputesincourt.pdf> (дата обращения: 15.04.2018).

⁵⁵ URL: <https://www.usatoday.com/story/money/2017/07/10/cfpb-banks-credit-card-firms-can-no-longer-force-consumers-use-arbitration/465495001/> (дата обращения: 12.10.2018). См. также: *Lehrer B. R. Arbitration Clauses and Consumer Agreements* // New Jersey Lawyer. February 2011.

⁵⁶ Означает пассивное согласие с условиями онлайн-контракта. На *browsewrap*-сайтах потребитель может совершить сделку без необходимости активными действиями выразить согласие с условиями договора. На таких сайтах обычно где-то дается гиперссылка, кликнув на которую можно увидеть условия договора. В большинстве случаев арбитраж не применяется, когда условия о нем были представлены в документах, размещенных на *browsewrap*-сайте, за исключением случаев, когда будет установлено, что потребитель знал об арбитражной оговорке или обладает специальными знаниями в этой области (см.: *Dasteel J. H. Consumer click arbitration: a review of online consumer arbitration agreements* // *Arbitration Law Review*. 1. 2017).

⁵⁷ Означает активное принятие потребителем условий онлайн-контракта. *Clickwrap*-сайты требуют от потребителя кликнуть на поле, где указаны условия сделки, до того, как она будет совершена. При размещении оговорки об онлайн-арбитраже на сайтах *clickwrap*-типа, которые отображают условия контракта на том же экране, где находится кнопка «принять условия», соответствующие арбитражные соглашения, как правило, исполняются принудительно даже в тех случаях, когда потребитель фактически не читал условий контракта (см.: *Dasteel J. H. Op cit*).

⁵⁸ См.: *Fagerstrom v. Amazon.com, Inc.*, 141 F. Supp. 3d 1051, 1069 (S. D. Cal. 2015) // URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/california/casdcce/3:2015cv00096/463876/25/> (дата обращения: 27.12.2018).

на сайте соответствующих условий⁵⁹. В деле *Fteja v. Facebook, Inc.* было установлено, что в случаях, связанных с clickwrap, суды регулярно признают юридическую силу арбитражных оговорок в потребительских онлайн-контрактах, независимо от того, прочитал ли потребитель на самом деле соответствующий пункт контракта⁶⁰. Различия между browserwrap и clickwrap-технологиями для целей определения действительности арбитражного соглашения исследовались также в делах *Specht v. Netscape Communications Corp.*⁶¹, *Nguyen v. Barnes & Noble, Inc.*⁶²

Определенный интерес могли бы представлять следующие документы, содержащие, кроме всего прочего, категориальный аппарат, который может быть использован для целей разработки национальных и международных актов: Кодекс онлайн-бизнес-практик, разработанный Бюро по улучшению деловой прак-

тики (США)⁶³; Руководящие принципы ADR — соглашение между Всемирной организацией потребителей и такой организацией, как «Глобальный диалог бизнеса», по вопросам электронной торговли⁶⁴; Рекомендации Американской ассоциации юристов о лучших практиках для провайдеров ODR-услуг⁶⁵; Разработанные в рамках Американской арбитражной ассоциации Правила арбитража с участием потребителя⁶⁶ и Протокол должного ведения процесса с потребителем, содержащий принципы разрешения потребительских споров⁶⁷, Политика JAMS в отношении потребительского арбитража в соответствии с положениями о досудебном разбирательстве и минимальными стандартами процессуальной справедливости⁶⁸, а также документы неамериканского происхождения, разработанные Международной торговой палатой (ICC) по вопросам разрешения споров, вытекающих из B2C-контрактов. Объем источни-

⁵⁹ См.: *Van Tassel v. United Mktg. Group LLP*, 795 F. Supp. 2d 770, (N. D. Ill. 2011) // URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/illinois/ilndce/1:2010cv02675/242929/80/> (дата обращения: 27.12.2018)

⁶⁰ См.: *Fteja v. Facebook, Inc.*, 841 F. Supp. 2d 829, 837 (S.D.N.Y. 2012) // URL: <https://ru.scribd.com/document/333755525/Fteja-v-Facebook> (дата обращения: 27.12.2018).

⁶¹ См.: *Specht v. Netscape Commc'ns Corp.*, 306 F.3d 17 (2d Cir. 2002) // URL: <https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1002960.html> (дата обращения: 28.12.2018).

⁶² См.: *Nguyen v. Barnes & Noble, Inc.* // URL: <https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1675706.html> (дата обращения: 28.12.2018).

⁶³ Better Business Bureau (BBB). Online Code of Online Business Practices // URL: <http://www.powdercote.com/images/bbb/CodeEnglish.pdf> (дата обращения: 12.10.2018).

⁶⁴ Agreement between Consumers International and the Global Business Dialogue on Electronic Commerce — Alternative Dispute resolution Guidelines // URL: http://www.gbd-e.org/ig/cc/Alternative_Dispute_Resolution_Nov03.pdf (дата обращения: 12.10.2018).

⁶⁵ American Bar Association (Task force) Recommendation on Best Practices for Online Dispute Resolution Service (ODR) Provider // URL: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/dispute/documents/BestPracticesFinal102802.authcheckdam.pdf> (дата обращения: 12.10.2018).

Интерес также представляет финальный доклад Американской ассоциации юристов о разрешении споров, вытекающих из электронной торговли: Addressing Disputes in Electronic Commerce. Final Report and Recommendations of The American Bar Association's Task Force on Electronic Commerce and Alternative Dispute Resolution // URL: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/dispute/documents/FinalReport102802.authcheckdam.pdf> (дата обращения: 12.10.2018).

⁶⁶ Consumer Arbitration Rules // URL: https://www.adr.org/sites/default/files/Consumer_Rules_Web_0.pdf (дата обращения: 27.12.2018).

⁶⁷ American Arbitration Association — Consumer Due Process Protocol Statement of Principles // URL: [https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Consumer%20Due%20Process%20Protocol%20\(1\).pdf](https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Consumer%20Due%20Process%20Protocol%20(1).pdf) (дата обращения: 12.10.2018).

⁶⁸ JAMS Policy on Consumer Arbitration Pursuant to Pre-Dispute Clauses Minimum Standards of Procedural Fairness, Judicial and Mediation Services // https://www.jamsadr.com/files/Uploads/Documents/JAMS-Rules/JAMS_Consumer_Min_Std-2009.pdf (дата обращения: 20.12.2018).

ков негосударственного регулирования трансграничных договорных отношений с участием потребителей в настоящее время значителен и представляет нормативный и интерпретационный потенциал для российского законодателя и правоприменителя в том числе. А потому его доктринальное осмысление, будучи формой инкорпорирования в правовое поле России, видится полезным.

4. СИМУЛЯКРЫ *LEX MERCATORIA*? ИЛИ СИСТЕМАТИЗАЦИЯ НЕПРАВА В СТИЛЕ ПРАВА

Концепция симулякра, зародившаяся в Античности («симулякр», или «симулякрум» (от лат. *simulare* — притворяться)), относится к феноменам, позволяющим проиллюстрировать глубинные и фундаментальные аспекты виртуального мира, формирующегося сегодня под влиянием информационно-коммуникационных технологий. Платон понимал симулякр как «копию копии», «след следа», «удвоение удвоения», которое, так же как и копия, претендует на обозначение оригинала, подлинника⁶⁹. Широкое распространение концепции симулякра связано с именем Ж. Бодрийара, подразумевавшего, что симулякр представляет собой сконструированный привлекательный символический по своим характеристикам объект, ориентированный на удовлетворение желаний потребителя. Это ложное подобие, условный знак чего-либо, функционирующий в обществе как его заместитель⁷⁰.

Общество XXI в. технологично, и реальность частично подменяется или заменяется сложными технологиями, новыми материалами. Так, например, дорогие материалы или индивидуальные изделия, воплощающие идею, подменяются имитирующими их дешевыми материалами или копиями, и последним придается квазиценность — так ценность симулируется подделкой (вещью). Вещи копируются, изготавливаются серийно, в промышленных масштабах — вещь симулирует вещь. Сегодня же производятся не только вещи, но и нематериальные сущности, символы, например продукты массмедиа, рекламные продукты, бренды, обретающие свое собственное бытие.

Нечто подобное происходит и с правом, которое имманентно присуще государству: с ним конкурируют субправовые, псевдоправовые, неправовые системы регулирования, которые сами масштабируются, множатся, систематизируются, кодифицируются в стиле правовых систем. *Lex mercatoria* концептуализируется как некая субправовая система, существующая параллельно с международным частным правом, регулирующая один и тот же круг общественных отношений. Однако в последние десятилетия наблюдается фрагментация *lex mercatoria*, развитие многочисленных, в терминологии В. Н. Липовцева, «аватаров» *lex mercatoria*⁷¹, таких как *lex finanziaria*⁷², *lex informatica/lex digitalis/lex electronica* или *lex networkia*⁷³, *lex numerica*⁷⁴, *lex sportiva*⁷⁵, *lex constructionis*⁷⁶, *lex laboris internationalis*⁷⁷, *lex maritima*, *lex petroli*⁷⁸, *lex investionis*, *e-merchant law* и пр. Возможно,

⁶⁹ См.: Кирюшин А. Н., Асташова А. Н. Идея симулякра в понимании виртуального: от Платона к постмодернизму // Гуманитарные научные исследования. 2012. № 8. URL: <http://human.snauka.ru/2012/08/1593> (дата обращения: 23.12.2018).

⁷⁰ Бодрийар Ж. Система вещей. М., 1995. С. 68.

⁷¹ Липовцев В. Н. *Lex mercatoria* на международном финансовом рынке : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. 21 с.

⁷² Липовцев В. Н. Указ. соч.

⁷³ См.: Valauskas E. J. *Lex Networkia: Understanding the Internet community* // URL: <http://www.ojphi.org/ojs/index.php/fm/article/view/490/411>. (дата обращения: 24.12.2017) ; Karavas V., Teubner G. *www.CompanyNameSucks.com: the horizontal effect of fundamental rights on 'private parties' within autonomous Internet law* // German Law Journal. Vol. 4. No. 12. 2003. Pp. 1335—1356.

⁷⁴ Druzin B. *Law Without the State: The Theory Of High Engagement and the Emergence of Spontaneous Legal Order within Commercial Systems* // Georgetown Journal of International Law. Vol. 41. 2010. P. 594.

⁷⁵ Foster K. *Is there a global sports law?* // Entertainment Law. 2003. Vol. 2. No. 1. Pp. 1—18 ; Latty F. *La lex sportiva — Recherche sur le droit transnational*. Leiden, Boston, 2007.

все эти симулякры *lex mercatoria* обозначают становление новой архитектуры последнего в логике права и свидетельствуют о появлении «отраслей» *lex mercatoria*. Все эти «отрасли» *lex mercatoria* аккумулируют в себе нормы, созданные негосударственными акторами и не являющиеся юридически обязательными.

В зарубежной литературе для обозначения норм, не производных от государства, но применимых для регулирования трансграничных частноправовых отношений, используются термины «частным образом созданные негосударственные нормы» (*privately-made non-state*

*norms*⁷⁹), «частное нормотворчество» (*private rule-making*)⁸⁰, «негосударственные нормы» (*non-state norms*⁸¹), «вненациональные нормы» (*a-national norms*⁸²), «негосударственное право» (*non-state law*⁸³), «новое *lex mercatoria*» (*new lex mercatoria*⁸⁴), реже — «неформальные нормы» (*informal norms*⁸⁵) или даже «право без происхождения» (*law of no origin*)⁸⁶ и «grey-letter law»⁸⁷. Профессор Школы права Гарвардского университета Анна-Мари Слейтер (*Anne-Marie Slaughter*) вводит в научный оборот термины «voluntary norms» и «Voluntary Law»⁸⁸ для обозначения норм / системы норм, которые не

⁷⁶ *Molineaux C.* Moving toward a construction *lex mercatoria*: a *lex constructioni* // *Journal of International Arbitration*. Iss. 1. 1997. Pp. 55—66 ; *Perez O.* Using private-public linkages to regulate environmental conflicts: the case of international construction contracts // *Journal of Law and Society*. 29(1). 2002. Pp. 77—110.

⁷⁷ См.: *Globalization and Private Law* / Ed. by M. Faure, A. van der Walt. Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA. 2010. P. 18.

⁷⁸ *Berger K. P.* The New Law Merchant and the Global Market Place — A 21st Century View of Transnational Commercial Law // URL: <https://www.trans-lex.org/2/pdf/> (дата обращения: 16.03.2018).

⁷⁹ *Symeonides S. C.* Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: The *Lex Mercatoria* that Isn't // *Festschrift für Konstantinos D. Kerameus 1397—1423*. Ant. N. Sakkoulas & Bruylant Publishers 2009. P. 4. URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.946007> (дата обращения: 14.05.2018).

⁸⁰ См.: *Schiek D.* Private rule-making and European governance — issues of legitimacy // *European Law Review*. 2007.

⁸¹ *Symeonides S. C.* Contracts Subject to Non-State Norms // *American journal of comparative law*. 2006. № Extra 1. Pp. 209—232.

⁸² См.: A-national rules as the applicable law in international commercial contracts with particular reference to the ICC Model Contracts // URL: <http://store.iccwbo.org/content/uploaded/pdf/Developing%20neutral%20legal%20standards%20for%20Intl%20contracts.pdf> ; *Marrella F.* Choice of Law in the Third Millennium Arbitrations: The Relevance of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts // *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 2003. № 36. Pp. 1137—1187. URL: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/marrella.html#> (дата обращения: 30.05.2018).

⁸³ *Saumier G.* The Hague Principles and the Choice of Non-State «Rules of Law» to Govern an International Commercial Contract // URL: <http://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol40/iss1/1> (дата обращения: 28.05.2018).

⁸⁴ См.: *Cooter R. D.* Structural Adjudication and the New Law Merchant: A Model of Decentralized Law // *International Review of Law and Economics*. 1994. Vol. 14. Pp. 215—223.

⁸⁵ *Symeonides S. C.* Contracts Subject to Non-State Norms.

⁸⁶ *Heidemann M.* Methodology of uniform contract law: the UNIDROIT principles in international legal doctrine and practice. PhD thesis. University of Nottingham, 2005. P. 69 // URL: <http://eprints.nottingham.ac.uk/12078/1/423638.pdf> (дата обращения: 15.07.2018).

⁸⁷ Используется в иностранной литературе для обозначения процесса и результатов квазирегулирования, которое может принимать различные формы, такие как кодексы практики, рекомендации, руководящие принципы, поведенческие нормы, созданные как государственными, так и негосударственными субъектами. См.: *Grey Letter Law: Report of the Commonwealth Interdepartmental Committee on Quasi-regulation*. December 1997. P. IX // URL: <https://www.pc.gov.au/research/supporting/grey-letter-law/greyletterlaw.pdf> (дата обращения: 15.08.2018).

⁸⁸ Что может быть переведено как «добровольные нормы» / «добровольное право» или «спонтанные (стихийные) нормы» / «спонтанное (стихийное) право».

являются правом *per se* и могут быть охарактеризованы как «рекомендательные / добровольно исполняемые нормы» или «стихийные/спонтанные нормы» и, соответственно, система таких норм⁸⁹.

Сетевой характер отношений подразумевает децентрализацию, в то время как право в формально-догматическом смысле имеет иерархическую структуру⁹⁰. Существует убеждение, что нормы и сообщества более «реальны», чем право и государства, так как они формируют контекст для государственного права, а контекст всегда более устойчив и определен, чем текст⁹¹. В этой связи применительно к частному праву возникает серьезное противоречие или даже конфликт, выражающийся в неадекватности фрагментарного и относительно статичного правового ландшафта и локализованных систем разрешения споров трансграничным отношениям, интегрированным в глобальную сеть. А потому все наблюдаемые изменения в международном частном праве, в его парадигме, в той или иной степени обусловлены этим конфликтом и/или являются способом его разрешения. К наиболее рельефным изменениям относятся:

- разрастание массива норм негосударственного регулирования и его масштабируемость; диффундирование правовых и неправовых массивов в правоприменительной практике. Функциональное значение норм негосударственного регулирования трансформируется настолько, что позволяет ставить вопрос об эволюции правопонимания, идущего вразрез с позитивистской правовой парадигмой;
- беспрецедентный рост числа негосударственных институций по разрешению споров, в том числе путем онлайн-разбирательств, ADR-процедур и пр. Феномен арбитража интересен сегодня не только юристам, но и, например, ученым социологам, так как последние видят на его примере, как частные субъекты объединяются, разрабатыва-

ют свою собственную систему разрешения споров, свой собственный свод арбитражных норм, а государства все чаще санкционируют это. То есть арбитраж, как замечает А. Райлз, выступает неким аналогом национального права, альтернативой национальному праву со всеми функциональными элементами национального права: режимом норм, комплексом процедур, комплексом проблем (споров)⁹².

5. ОТДЕЛЬНЫЕ ВЫВОДЫ

Трансграничные частноправовые отношения имманентно являются сетевыми. И именно трансграничные частноправовые отношения стали авангардным сегментом общественных отношений, трансформирующимся в условиях развития информационно-коммуникативных технологий. Онлайн-контракты, smart-контракты с применением технологии Blockchain, онлайн-платформы, онлайн-арбитраж, Blockchain-арбитраж, m-commerce и прочие институты международного частного права адаптируются к новому социуму или рождаются им. Особенности трансграничных частноправовых отношений служат их делокализованность, наличие связей с разными правовыми порядками, высокая степень автономии их участников, в том числе в части выбора применимого права и способа разрешения споров.

С одной стороны, трансграничные частноправовые отношения подлежат регулированию в рамках традиционного инструментария международного частного права. Трансграничные частноправовые отношения регулируются в логике локального правового пространства, а вытекающие из них споры администрируются в государственных судах или коммерческих арбитражах по нормам применимого национального права. В этом смысле парадигма международного частного права остается соотносимой с правовой

⁸⁹ *Slaughter A.-M.* International Law in a World of Liberal States // *European Journal of International Law*. 1995. № 6. P. 517—518.

⁹⁰ *Войниканис Е. А.* Указ. соч. С. 143.

⁹¹ *Riles A.* The Network Inside Out. University of Michigan Press, Ann Arbor, MI, 2000. 272 pp.

⁹² *Riles A.* The Anti-network: Private Global Governance, Legal Knowledge, and the Legitimacy of the State // *American Journal of contemporary law*. 2008. Vol. 56. P. 623.

парадигмой, сформировавшейся под влиянием формально-юридического подхода к праву.

С другой стороны, невозможно игнорировать лавинообразное разрастание массива норм негосударственного регулирования вкупе с беспрецедентным ростом числа негосударственных институций по разрешению споров. Значительный пласт трансграничных частноправовых отношений сдвигается в «серую зону» — в сторону неправовых реальностей, не акцептируемых позитивистской правовой парадигмой. Трансграничные частноправовые отношения упорядочиваются в логике сети как децентрализованного пространства, автономного от жестких привязок к территории государств и национальному праву.

Создается эффект «запараллеливания» социальных реальностей и соответствующих им нормативных и институциональных надстроек. Методология международного частного права, с одной стороны, не воспринимает огромный объем негосударственного регулирования, так как материально-правовой или коллизионный способы регулирования санкционируют применение норм права. И в этом смысле инструментарий международного частного права обнару-

живает свою неподготовленность к регулированию современных трансграничных отношений сетевого характера⁹³. С другой стороны, именно методология международного частного права обладает значительным адаптивным потенциалом в выстраивании и перенастраивании регуляторных сетей, переопределении границ действия права, санкционировании применения тех или иных нормативных систем, поиске наиболее тесной связи общественных отношений с нормативными регуляторами, паттернизации частного права.

Международному частному праву известны отдельные попытки реагирования на новые регуляторные модели, формируемые самими бизнес- и профессиональными сообществами, посредством выработки концепта «rules of law»⁹⁴, применения при разрешении трансграничных споров норм негосударственного регулирования и пр. «Серая зона» негосударственных регуляторов трансграничных частноправовых отношений и негосударственных институциональных систем столь стремительно разрастается, что ведет уже к парадигмальным сдвигам в международном частном праве и манифестации новых регуляторных моделей.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Бачило И. Л. Информационное право. — М., 2001.
2. Бодрийяр Ж. Система вещей. — М., 1995.
3. Веденеев Ю. А. Теория государства и права: между апологией и критикой концептуальных оснований // Lex Russica. — 2018. — № 4 (137).
4. Войничанис Е. А. Парадигмальный подход к исследованию интеллектуальных прав : дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2016.
5. Голоскоков Л. В. Теория сетевого права / под ред. А. В. Малько. — СПб., 2006.
6. Доминго Р. Гай, Ваттель и новая глобальная парадигма права : [реферат Б. Л. Полунина] // Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература. Серия 4 : Государство и право : реферативный журнал. — 2013. — № 1. — С. 165—172.
7. Кастельс М. Власть коммуникации : учебное пособие : пер. с англ. — М. : Изд. дом Высшей школы экономики, 2017.
8. Кирюшин А. Н., Астахова А. Н. Идея симулякра в понимании виртуального: от Платона к постмодернизму // Гуманитарные научные исследования. — 2012. — № 8. — URL: <http://human.snauka.ru/2012/08/1593> (дата обращения: 23.12.2018).
9. Кононюк А. Е. Системология. Общая теория систем : в 4 кн. — Киев : Освіта України, 2014. — Кн. 1.

⁹³ Riles A. Op. cit. P. 623.

⁹⁴ См. об этом: Saumier G. Op. cit.

10. Коробейникова Л. А., Гиль А. Ю. Сетевые структуры в условиях глобализации // Известия Томского политехнического университета. — 2010. — Т. 316. — № 6.
11. Кун Т. Структура научных революций. — М., 1977.
12. Липовцев В. Н. Lex mercatoria на международном финансовом рынке : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2013.
13. Паркер Д., ван Альстин М., Чаудари С. Революция платформ. Как сетевые рынки меняют экономику — и как заставить их работать на вас / пер. с англ. Е. Пономаревой. — М. : Манн, Иванов и Фербер, 2017.
14. Радченко М. Ю., Горбунов В. П. Цифровое право будущего // Третья Всероссийская конференция «Право и Интернет: теория и практика», 28—29 ноября 2000.
15. Рассолов И. М. Информационное право : учебник для магистров. — 2-е изд., испр. и доп. — М. : Юрайт, 2013.
16. Рассолов И. М. Право и Интернет. Теоретические проблемы. — 2-е изд., доп. — М. : Норма, 2009.
17. Руденко М. Н. Исследовательские парадигмы глобализации // Вестник АГТУ. — 2009. — № 1 (48).
18. Талапина Э. В. Право и цифровизация: новые вызовы и перспективы // Журнал российского права. — 2018. — № 2.
19. Тедеев А. А. Информационное право (право Интернета). — М., 2005.
20. Терентьева Л. В. Использование электронных сообщений в международных договорах // Право. Журнал Высшей школы экономики. — 2011. — № 2.
21. Шваб К. Четвертая промышленная революция : пер. с англ. — М. : Эксмо, 2018.
22. Backer L. C. Economic Globalization and the Rise of Efficient Systems of Global Private Lawmaking: Wal-Mart as Global Legislator // Connecticut Law Abstract. — Vol. 39. — May 2007. — No. 4. — Pp. 3—46.
23. Bainbridge D. Introduction to Computer Law. — 5th edn. — Pearson Education Limited, 2004.
24. Berger K. P. The New Law Merchant and the Global Market Place — A 21st Century View of Transnational Commercial Law // URL: <https://www.trans-lex.org/2/pdf/> (дата обращения: 16.03.2018).
25. Bird R. and Others. Cyber Law: Text and Cases. — Cengage, 2011.
26. Capra F. Hidden Connections: Integrating the Biological, Cognitive and Social Dimensions of Life into a Science of Sustainability. — N. Y. : Random House, 2002.
27. Cooter R. D. Structural Adjudication and the New Law Merchant: A Model of Decentralized Law // International Review of Law and Economics. — 1994. — Vol. 14.
28. Dasteel J. H. Consumer click arbitration: a review of online consumer arbitration agreements // Arbitration Law Abstract. — 2017. — 1.
29. Druzin B. Law Without the State: The Theory Of High Engagement and the Emergence of Spontaneous Legal Order within Commercial Systems // Georgetown Journal of International Law. — 2010. — Vol. 41.
30. Euler L. Seven Bridges of Königsberg // Newman J. R. (ed). The World of Mathematics. — Vol. 1. — Mineola, NY : Courier Dover Publications, 2000.
31. Foster K. Is there a global sports law? // Entertainment Law. — 2003. — Vol. 2. — No. 1.
32. Gadinis S. Three Pathways to Global Standards: Private, Regulator, and Ministry Networks // American Journal of International Law. — 2015. — Vol. 109. — Iss. 1.
33. Globalization and Private Law / Ed. by M. Faure, A. van der Walt. — Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2010.
34. González A. G. eBay Law: The legal implications of the C2C electronic commerce model // Computer Law & Security Abstract. Vol. 19. Iss. 6. December 2003.
35. Guadamuz A. Networks Complexity and Internet Regulation: Scale-Free Law. — Edward Elgar, 2011.
36. Guehenno J. M. The End of the Nation State. — Ann Arbor, 1995.
37. Heidemann M. Methodology of uniform contract law: the UNIDROIT principles in international legal doctrine and practice. — PhD thesis. — University of Nottingham, 2005.
38. Johns F. E., Riles A. Beyond Bunker and Vaccine: The DNC Hack as a Conflict of Laws Issue // URL: https://www.researchgate.net/publication/313782817_Beyond_Bunker_and_Vaccine_The_DNC_Hack_as_a_Conflict_of_Laws_Issue (дата обращения: 18.12.2018).

39. *Katsh E., Rifkin J., Gaitenby A.* E-Commerce, E-Disputes, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of «eBay Law» // *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. — 2000. — Vol. 15. — No. 3.
40. *Ku R. S. R., Lipton J.* (eds). *Cyberspace Law: Cases and Materials*. — 3rd edn. — Aspen Publisher, 2010.
41. *Ladeur K. H.* Towards a New Theory of Supremationality — The Viability of the Network-concept // *European Law Journal*. — 1997.
42. *Latty F.* *La lex sportiva — Recherche sur le droit transnational*. — Leiden, Boston, 2007.
43. *Lloyd I.* *Information Technology Law*. — 6th edn. — Oxford University Press, 2011.
44. *Milgram S.* The small world problem // *Psychology Today*. — 1967. — № 2.
45. *Molineaux C.* Moving toward a construction *lex mercatoria: a lex constructioni* // *Journal of International Arbitration*. — 1997. — Iss. 1.
46. *Mooney Cotter A.-M., Babe C.* (eds). *Information Technology Law*. — Cavendish, 2004.
47. *Murad Al-Bayati B. A.* (Hons). *Reform of the Iraqi Private International Law on Transnational Online Contracting: Lessons from the EU and the USA* // Thesis submitted to Bangor University for the degree of Doctor of Philosophy. — August 2014.
48. *Murray A.* *Information Technology Law: The Law and Society*. — Oxford University Press, 2010.
49. *O'Hara E., Ribstein L. E.* *The Law Market*. — Oxford : Oxford University Press, 2009.
50. *Perez O.* Using private-public linkages to regulate environmental conflicts: the case of international construction contracts // *Journal of Law and Society*. — 2002. — 29 (1).
51. *Raysman R.* *Computer Law: Drafting and Negotiating Forms and Agreements* // Law Journal Press, 1984.
52. *Reed C.* *Internet Law: Text and Materials*. — Cambridge University Press, 2004.
53. *Reed C., Angel J.* (eds). *Computer Law: The Law and Regulation of Information Technology*. — Oxford University Press, 2011.
54. *Riles A.* The Anti-network: Private Global Governance, Legal Knowledge, and the Legitimacy of the State // *American Journal of Contemporary law*. — 2008. — Vol. 56.
55. *Riles A.* *The Network Inside Out*. — University of Michigan Press, Ann Arbor, MI, 2000. — 272 pp.
56. *Rosenoer J.* *Cyber Law: The Law of the Internet*. — Springer, 1997.
57. *Rowland D., Kohl U., Charlesworth A.* *Information Technology Law*. — 4th edn. — Routledge, 2012.
58. *Ruesch J.* *Epilogue // Toward A Unified Theory of Human Behaviour* / R. R. Grinker (Ed.). — 2nd ed. — New York : Basic Books, 1967.
59. *Saumier G.* The Hague Principles and the Choice of Non-State «Rules of Law» to Govern an International Commercial Contract // URL: <http://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol40/iss1/1> (дата обращения: 28.05.2018).
60. *Savin A.* *EU Internet Law*. — Edward Elgar Publishing, 2013.
61. *Slaughter A.-M.* International Law in a World of Liberal States // *European Journal of International Law*. — 1995. — № 6.
62. *Smith G. J. H.* (ed). *Internet Law and Regulation*. — Sweet & Maxwell, 2007.
63. *Symeonides S. C.* Contracts Subject to Non-State Norms // *American journal of comparative law*. — 2006. — № Extra 1.
64. *Symeonides S. C.* Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: The Lex Mercatoria that Isn't // *Festschrift für Konstantinos D. Kerameus 1397—1423*. — Ant. N. Sakkoulas & Bruylant Publishers 2009. — P. 4. — URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.946007> (дата обращения: 14.05.2018).
65. *Trakman L. E.* From the Medieval Law Merchant to E-Merchant Law. *The University of Toronto Law Journal*. — 2003. — Vol. 53. — No. 3. — Pp. 265—304.
66. *Travis H.* (ed). *Cyberspace Law: Censorship and Regulation of the Internet*. — Routledge, 2013.
67. *Verdier P.-H.* Transnational Regulatory Networks and Their Limits // *The Yale Journal of International Law*. — 2009. — Vol. 34. — Pp. 113—172.
68. *Wild Ch., Weinstein S., MacEwan N., Geach N.* *Electronic and Mobile Commerce Law: An analysis of trade, finance, media and cybercrime in the digital age*. — Hatfield Hertfordshire : University of Hertfordshire Press, 2011.

Материал поступил в редакцию 15 января 2019 г.

NETWORK PARADIGM OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW: CONCEPT CONTOURING⁹⁴

MAZHORINA Maria Viktorovna, PhD in Law, Associate Professor of the Department of Private International Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
 mvmazhorina@msal.ru
 125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *Modern society is characterized as a network, which makes it necessary to rethink its superstructure — law — in the logic of the network paradigm of scientific knowledge. At the interface of law and information technology, new legal and sub-legal phenomena arise that need to be conceptualized. International private law, being in the forefront of the changes that are taking place, possesses a special methodology that can adapt to the network society. The paper analyzes the individual signs of the formation of a new paradigm. One of the most revolutionary products of the Network are global technological or digital platforms, within which predominantly cross-border private law relationships are formed, mediated by transactions, collectively understood as e-commerce or m-commerce. The legal analysis suggests that americanization of «platform law» is observed. Of interest for the study of the network paradigm is the emerging practice of online arbitration in disputes involving consumers. A significant role in the regulation of modern cross-border relations is assigned to the norms of non-state regulation, traditionally conceptualized through the prism of lex mercatoria, which is now systematized in the logic of the legal system, highlighting the subsystems brought to life by globalization processes. The corresponding changes testify to the modification of the architecture of the regulation of cross-border relations.*

Keywords: *Network, network law, globalization, international private law, non-state regulation, lex mercatoria, international commercial arbitration, international contracts, law of platform, e-commerce, m-commerce.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Bachilo I. L. Informacionnoe pravo. — M., 2001.
2. Bodriyyar Zh. Sistema veshchej. — M., 1995.
3. Vedeneev Yu. A. Teoriya gosudarstva i prava: mezhdru apologiej i kritikoj konceptual'nyh osnovanij // Lex Russica. — 2018. — № 4 (137).
4. Vojnikanis E. A. Paradigmal'nyj podhod k issledovaniyu intellektual'nyh prav : dis. ... d-ra yurid. nauk. — M., 2016.
5. Goloskokov L. V. Teoriya setevogo prava / pod red. A. V. Mal'ko. — SPb., 2006.
6. Domingo R. Gaj, Vattel' i novaya global'naya paradigma prava : [referat B. L. Polunina] // Social'nye i gumanitarnye nauki. Otechestvennaya i zarubezhnaya literatura. Seriya 4 : Gosudarstvo i pravo : peferativnyj zhurnal. — 2013. — № 1. — S. 165—172.
7. Kastel's M. Vlast' kommunikacii : uchebnoe posobie : per. s angl. — M. : Izd. dom Vyshej shkoly ekonomiki, 2017.
8. Kiryushin A. N., Astashova A. N. Ideya simulyakra v ponimanii virtual'nogo: ot Platona k postmodernizmu // Gumanitarnye nauchnye issledovaniya. — 2012. — № 8. — URL: <http://human.snauka.ru/2012/08/1593> (data obrashcheniya: 23.12.2018).
9. Kononyuk A. E. Sistemologiya. Obshchaya teoriya sistem : v 4 kn. — Kiev : Osvita Ukraïni, 2014. — Kn. 1.

⁹⁵ The article was prepared with the financial support of the Russian Foundation for Basic Research (RFBR) in the framework of the research project of the Russian Foundation for Basic Research «Network Law in a Network Society: New Regulatory Models», project No. 18-29-16061, implemented on the basis of the results of the competition for the best scientific projects of interdisciplinary basic research (competition code 26-816 «Transformation of law in the context of the development of digital technologies»).

10. Korobejnikova L. A., Gil' A. Yu. Setevye struktury v usloviyah globalizacii // Izvestiya Tomskogo politekhnicheskogo universiteta. — 2010. — T. 316. — № 6.
11. Kun T. Struktura nauchnyh revolyucij. — M., 1977.
12. Lipovcev V. N. Lex mercatoria na mezhdunarodnom finansovom rynke : avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. — M., 2013.
13. Parker D., van Al'stin M., Chaudari S. Revolyuciya platform. Kak setevye rynki menyayut ekonomiku — i kak zastavit' ih rabotat' na vas / per. s angl. E. Ponomarevoj. — M. : Mann, Ivanov i Ferber, 2017.
14. Radchenko M. Yu., Gorbunov V. P. Cifrovoe pravo budushchego // Tret'ya Vserossiyskaya konferenciya «Pravo i Internet: teoriya i praktika», 28—29 noyabrya 2000.
15. Rassolov I. M. Informacionnoe pravo : uchebnik dlya magistrrov. — 2-e izd., ispr. i dop. — M. : Yurajt, 2013.
16. Rassolov I. M. Pravo i Internet. Teoreticheskie problemy. — 2-e izd., dop. — M. : Norma, 2009.
17. Rudenko M. N. Issledovatel'skie paradigmy globalizacii // Vestnik AGTU. — 2009. — № 1 (48).
18. Talapina E. V. Pravo i cifrovizaciya: novye vyzovy i perspektivy // Zhurnal rossijskogo prava. — 2018. — № 2.
19. Tedeev A. A. Informacionnoe pravo (pravo Interneta). — M., 2005.
20. Terent'eva L. V. Ispol'zovanie elektronnyh soobshchenij v mezhdunarodnyh dogovorah // Pravo. Zhurnal Vysshej shkoly ekonomiki. — 2011. — № 2.
21. Shvab K. Chetvertaya promyshlennaya revolyuciya : per. s angl. — M. : Eksmo, 2018.

Разрешение споров с помощью технологии блокчейн

Аннотация. Одним из наиболее важных технологических достижений последнего времени является технология блокчейн, которая постепенно приобретает все большее признание, оказывая существенное воздействие на целый ряд отраслей. При этом наиболее интересной технологией на базе блокчейна являются смарт-контракты, позволяющие избавиться от посредников и существенно снизить издержки сторон трансграничных контрактов. С развитием новых технологий появляются и новые виды споров, которые не всегда могут быть разрешены с помощью существующих механизмов, таких как суд или международный коммерческий арбитраж. Как следствие, возникает необходимость модификации уже существующих или внедрения новых механизмов, более подходящих для разрешения споров в глобальной цифровой децентрализованной экономике. Одним из таких механизмов является блокчейн-арбитраж. В настоящее время разработано несколько проектов такого арбитража, наиболее интересными из которых являются CodeLegit, SAMBA и Kleros, каждый с определенной спецификой. При этом особого внимания заслуживает проект Kleros, представляющий собой попытку создания децентрализованной квазисудебной системы разрешения споров, возникающих из смарт-контрактов. Анализируя каждый из названных проектов, автор указывает на некоторые проблемы, которые могут возникать при их использовании, и предлагает пути их решения.

Ключевые слова: блокчейн, смарт-контракт, цифровые технологии, блокчейн-арбитраж, международный коммерческий арбитраж, разрешение споров, децентрализованная судебная система.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.101.4.160-167

В современных условиях цифровые технологии получают все большее распространение, оказывая существенное воздействие практически на все сферы общественной жизни, включая право. При этом одним из наиболее перспективных направлений в этой области яв-

ляется развитие технологии блокчейн¹, представляющей собой «безопасную цифровую базу данных (реестр), содержащую информацию (например, записи транзакций), которая может одновременно использоваться и быть доступной децентрализованной и публичной сети»².

¹ Подробнее о блокчейне см.: Генкин А., Михеев А. Блокчейн : Как это работает и что ждет нас завтра. М., 2018 ; Свон М. Блокчейн. Схема новой экономики. М., 2017 ; Могайер У., Бутерин В. Блокчейн для бизнеса. М., 2017.

² Merriam-Webster // URL: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/blockchain> (дата обращения: 29 июля 2018 г.).

© Засемкова О. Ф., 2019

* Засемкова Олеся Федоровна, кандидат юридических наук, преподаватель кафедры международного частного права, преподаватель Центра международных правовых конкурсов Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
zasemkova.olesya@mail.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Так, в ходе проведения Петербургского международного экономического форума в 2016 г. блокчейн был признан одной из наиболее перспективных технологий в мире³, которая к 2025 г. приобретет массовый характер и станет неотъемлемой частью мирового капитала⁴, существенно изменив целый ряд отраслей (включая банковскую сферу, страхование, договоры и др.)⁵. Аналогичное мнение отражено в журнале *Harvard Business Review*, где блокчейн также назван одним из важнейших технологических достижений последних лет⁶.

О значимости развития цифровых технологий свидетельствует также разработка многими государствами (в том числе и Российской Федерацией) законодательных актов, посвященных регулированию данной сферы. Так, согласно программе «Цифровая экономика Российской Федерации», утвержденной распоряжением Правительства РФ от 28.07.2017 № 1632-р⁷, развитие цифровых технологий провозглашено в качестве одного из приоритетных направлений стратегического развития государства до 2025 г., а на рассмотрении Государственной Думы РФ находится проект федерального закона № 419059-7 «О цифровых финансовых активах»⁸, направленного на регулирование отношений в данной сфере.

При этом одной из наиболее интересных технологий на базе блокчейна являются смарт-контракты,

представляющие собой самоисполнимые компьютерные коды, включающие условия контракта и записываемые в блокчейн⁹. Схожее определение содержится в ст. 2 проекта федерального закона «О цифровых финансовых активах», где смарт-контракты определяются как «договоры в электронной форме, исполнение прав и обязательств по которым осуществляется путем совершения в автоматическом порядке цифровых транзакций в распределенном реестре цифровых транзакций в строго определенной такими договорами последовательности при наступлении определенных ими обстоятельств».

Несмотря на многочисленные преимущества смарт-контрактов (такие как возможность избавления от посредников, безопасность и снижение издержек), они не исключают возможности возникновения споров. Однако существующие способы разрешения споров не всегда в полной мере подходят для урегулирования споров, возникающих в глобальной, цифровой, децентрализованной экономике. Как следствие, развитие новых технологий предполагает необходимость разработки новых или пересмотра уже существующих способов разрешения споров. Данный вывод находит свое подтверждение в опубликованном Международной ассоциацией юристов (IBA) в 2017 г. докладе, посвященном блокчейну, криптовалюте, их правовому

³ ПМЭФ'17: Петербургский международный экономический форум // URL: <http://tass.ru/pmef-2017/articles/4271147> (дата обращения: 28 июля 2018 г.).

⁴ Accenture: Blockchain Technology: Preparing for Change // URL: <https://www.accenture.com/pl-en/~media/Accenture/next-gen/top-ten-challenges/challenge4/pdfs/Accenture-2016-Top-10-Challenges-04-Blockchain-Technology.pdf> (дата обращения: 28 июля 2018 г.).

⁵ Brave New Coin. Digital Currency Insights // URL: <https://bravenewcoin.com/news/when-will-bitcoin-cross-the-chasm/> (дата обращения: 29 июля 2018 г.).

⁶ См.: Webb A. 8 Tech Trends to Watch in 2016 // *Harvard Business Review*. URL: <https://hbr.org/2015/12/8-tech-trends-to-watch-in-2016> (дата обращения: 28 июля 2018 г.).

⁷ URL: <http://static.government.ru/media/files/9gFM4FHj4PsB79I5v7yLVuPgu4bvR7M0.pdf> (дата обращения: 29 июля 2018 г.).

⁸ По состоянию на 28.07.2018 данный проект принят Государственной Думой в первом чтении. См.: URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=PRJ&n=170088&rnd=85012659DA2C89EA85EACCE8343C8A1C#07672624836325197> (дата обращения: 28 июля 2018 г.).

⁹ См.: Szabo N. Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets. 1996 // URL: http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html (дата обращения: 30 июля 2018 г.) ; Hourani S. Cross-Border Smart Contracts: Boosting International Digital Trade through Trust and Adequate Remedies // *UNCITRAL Congress on Modernizing International Trade Law to Support Innovation and Sustainable Development*. 4—7 July 2017. Vienna. P. 1.

регулированию, влиянию на право и юридические услуги в целом¹⁰, где прямо отмечается, что «использование блокчейна приведет к появлению новых видов споров и механизмов их разрешения».

При этом в последнее время всё большую поддержку получает идея о возможности создания особой децентрализованной системы разрешения споров, возникающих в сфере цифровых технологий. Одним из первых идею создания такой системы озвучил основатель Эфириума В. Бутерин, по мнению которого «технология блокчейн может быть использована для создания многоуровневой системы со случайно избранными судьями (членами жюри), заседающими в децентрализованной судебной системе»¹¹.

Одной из попыток создать такую систему является проект Kleros, представляющий собой децентрализованный протокол, предназначенный для разрешения споров, возникающих из смарт-контрактов, с привлечением независимых арбитров (членов жюри), обладающих навыками по урегулированию споров¹². Данный проект существенно отличается от всех существовавших ранее способов разрешения споров и предполагает создание «квазисудебной» системы, состоящей из общего (генерального) суда и специализированных судебных подразделений¹³. В рамках каждого такого подразделения существуют определенные правила разрешения споров, лимиты времени сессии, стоимости рассмотрения споров, количества членов жюри и т.д. Разрешение споров осуществляется на основе

сводов правил (set policies) — руководящих указаний относительно рассмотрения конкретных видов споров, представляющих собой аналог законов в традиционной системе правосудия¹⁴.

Процесс разрешения споров посредством Kleros достаточно прост¹⁵: пользователи создают смарт-контракт и выбирают Kleros в качестве протокола по вынесению решения. В случае возникновения спора соответствующая информация в зашифрованном виде направляется в Kleros, после чего происходит отбор членов жюри (арбитров), которые избираются системой из числа пользователей. При этом в качестве членов жюри могут выступать лишь те пользователи, которые зарегистрированы в системе в качестве таковых и используют токены¹⁶, удостоверяющие их права в рамках децентрализованной платформы, — pinakoin (PNK). Отбор осуществляется с помощью метода генерации случайных чисел с учетом суммы токенов, находящихся на депозитах лиц, зарегистрированных в качестве жюри (арбитров): чем выше сумма токенов, тем выше вероятность назначения соответствующего лица членом жюри (арбитром) по конкретному спору¹⁷.

В отличие от обычного арбитражного разбирательства, где стороны вправе самостоятельно определить как число арбитров, так и их кандидатуры, в данном случае при составлении смарт-контракта стороны устанавливают лишь число членов жюри (арбитров), а также выбирают подразделение суда, которое больше всего подходит для разрешения возможных споров между ними (например, подразделение суда

¹⁰ IBA Legal Policy & Research Unit Legal Paper: Rule of Law Versus Rule of Code: A Blockchain-Driven Legal Word / G. Patrick, A. Bana. 2017 // URL: <https://www.ibanet.org/LPRU/Disruptive-Innovation.aspx> (дата обращения: 28 июля 2018).

¹¹ Buterin V. Decentralized Court // URL: https://www.reddit.com/r/ethereum/comments/4gigyde/decentralized_court/?st=jk5uaa08&sh=eae1485f (дата обращения: 29 июля 2018 г.).

¹² Kleros // URL: <https://kleros.io/ru/#solution> (дата обращения: 28 июля 2018 г.).

¹³ Lesaage Cl., Ast F. Kleros: Short Paper v1.0.5. P. 3 // URL: <https://kleros.io/assets/whitepaper.pdf> (дата обращения: 28 июля 2018 г.).

¹⁴ Lesaage Cl., Ast F. Op. cit. P. 10.

¹⁵ Lesaage Cl., Ast F. Op. cit. Pp. 2—8.

¹⁶ Под токеном понимается вид цифрового финансового актива, выпускаемого юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем с целью привлечения финансирования, подлежащий учету в реестре цифровых транзакций. См.: проект федерального закона № 419059-7 «О цифровых финансовых активах».

¹⁷ Lesaage Cl., Ast F. Op. cit. P. 6.

по разработке программного обеспечения; подразделение по страховым делам и т.д.). Однако личности членов жюри (арбитров) остаются анонимными и не раскрываются сторонам, что обусловлено стремлением обеспечить их максимальную беспристрастность и независимость, а также исключить возможность их подкупа. При этом гарантией достаточного уровня компетентности членов жюри выступает тот факт, что при регистрации в качестве члена жюри (арбитра) пользователь выбирает конкретное подразделение суда, наиболее соответствующее его знаниям и навыкам.

После формирования состава жюри каждый из его членов оценивает доказательства, предоставленные сторонами, и путем голосования выносит решение. При этом в смарт-контракте заранее указываются варианты (опции), которые члены жюри смогут выбрать для голосования в случае возникновения спора¹⁸. Например, в случае с договором купли-продажи могут быть предусмотрены опции «возвратить денежные средства покупателю», «предоставить продавцу дополнительный срок для устранения недостатков товара», «перевести денежные средства продавцу». Кроме того, указывается, что произойдет с контрактом после того, как будет принято то или иное решение.

После завершения голосования система производит подсчет голосов. Выигравшей считается опция, набравшая наибольшее количество голосов. После принятия решения процесс считается завершенным и происходит автоматическое исполнение решения с помощью смарт-контракта. Например, в случае выбора опции «предоставление продавцу дополнительного срока для устранения недостатков товара» на указанный период времени автоматически блокируется возможность инициирования новых споров, а данная опция удаляется из дальнейшего спора. Если же решение выносится в пользу покупателя, средства автоматически перечисляются на его счет.

При этом справедливость вынесенного членами жюри решения обеспечивается при помощи особой системы, основанной на одной из концепций теории игр, а именно на концепции «точки Шеллинга» (или «фокальной точки»), разработанной лауреатом Нобелевской премии по экономике 2005 г. Т. Шеллингом¹⁹. Данная точка представляет собой «решение, которое люди склонны использовать для координации своего поведения (в отсутствие общения между сторонами или в ситуации, когда ни одна из сторон не может быть уверена в правдивости заявлений другой стороны), поскольку такое решение кажется им естественным или релевантным»²⁰. Основываясь на данной идее, В. Бутерин предложил создать особые экономические стимулы, позволяющие гарантировать принятие справедливого решения²¹. Применительно к разрешению спора это означает, что члены жюри будут голосовать справедливо, поскольку ожидают, что и другие члены жюри поступят так же²². При этом члены жюри, проголосовавшие в меньшинстве, теряют определенное количество токенов, которые передаются тем членам жюри, которые проголосовали в большинстве.

Сторона, несогласная с вынесенным жюри решением, вправе подать апелляцию. В таком случае дело рассматривается новым составом жюри, число членов которого — вдвое больше первого плюс один. При этом члены жюри, вынесшие обжалуемое решение, не получают оплату, что заставляет их мотивировать свое решение, тем самым снижая риск его обжалования.

Таким образом, Kleros представляет собой особый, принципиально новый способ разрешения споров, сочетающий в себе отдельные черты арбитражного и судебного разбирательства, но существенно отличающийся от них по целому ряду признаков (анонимность членов жюри, способ их выбора, метод принятия решения и др.) и основанный на технологии блокчейн.

¹⁸ Lesaege Cl., Ast F. Op. cit. P. 4.

¹⁹ Schelling T. The strategy of conflict. Cambridge, 1980.

²⁰ Lesaege Cl., Ast F. Op. cit. P. 4.

²¹ Buterin V. Schellingcoin: A minimal-trust universal data feed // URL: <https://blog.ethereum.org/2014/03/28/schellingcoin-a-minimal-trust-universal-data-feed/> (дата обращения: 29 июля 2018 г.).

²² Lesaege Cl., Ast F. Op. cit. P. 8.

На принципиально иных началах функционирует другой проект, также предназначенный для разрешения споров, возникающих из смарт-контрактов, — CodeLegit²³. Будучи основанным на технологии блокчейн (как и Kleros), CodeLegit гораздо ближе к традиционной процедуре разрешения споров посредством международного коммерческого арбитража.

При этом процедура рассмотрения споров регламентируется сводом Правил блокчейн-арбитража (Blockchain Arbitration Rules)²⁴, разработанным CodeLegit в сотрудничестве с экспертом в области технологии блокчейн Маркусом Кауларцем. Данные Правила во многом напоминают стандартный арбитражный регламент, что объясняется тем фактом, что за основу при их разработке был принят Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, предназначенный для регулирования процедуры разрешения споров международным коммерческим арбитражем.

В частности, как и в обычном арбитражном разбирательстве, необходимым условием рассмотрения споров блокчейн-арбитражем является наличие арбитражного соглашения, которое имеет специфическую форму, будучи зафиксированным в виде кода, включенного в смарт-контракт, и обозначается термином «арбитражная библиотека» (arbitration library)²⁵. При этом в «обычный» контракт включается арбитражная оговорка, предусматривающая рассмотрение споров арбитражем в соответствии с Правилами блокчейн-арбитража.

Процесс рассмотрения споров по Правилам блокчейн-арбитража также напоминает стандартную процедуру рассмотрения споров международным коммерческим арбитражем, хотя и имеет некоторые особенности, обусловленные технологией блокчейн. В частности, в случае возникновения спора сторона, считающая свои права нарушенными, запускает арбитражную библиотеку путем вызова функции «Пауза и направить запрос арбитру» (Pause and Send

to Arbitrator). После этого смарт-контракт приостанавливает свое исполнение, а арбитражная библиотека направляет уведомление об арбитраже назначающему органу, в качестве которого выступает CodeLegit.

Арбитры избираются сторонами спора из числа лиц, входящих в список арбитров, предоставленный CodeLegit, либо назначаются CodeLegit²⁶. Так же, как и в обычном арбитраже, арбитр блокчейн-арбитража должен заполнить декларацию независимости и беспристрастности, а также дать свое согласие на рассмотрение спора. При этом необходимо учитывать, что лицо, назначаемое в качестве арбитра блокчейн-арбитража, должно обладать не только знаниями, позволяющими ему разрешить спор, но и иметь представление о технологии блокчейн и смарт-контрактах, что существенно усложняет выбор арбитров.

После назначения состава арбитража истец и ответчик обмениваются процессуальными документами, которые также направляются арбитрам. При этом весь обмен информацией происходит в электронной форме (как правило, посредством электронной почты), а доказательства размещаются на блокчейне Эфириума. В случае необходимости проводятся устные слушания (например, посредством видеоконференцсвязи), и затем выносится решение, которое автоматически исполняется. Так, в зависимости от вынесенного решения CodeLegit вызывает функцию «Возобновить контракт», «Изменить контракт» или «Завершить контракт» в арбитражной библиотеке. После получения соответствующего сообщения от CodeLegit смарт-контракт автоматически выполняет соответствующее решение.

Решение также может быть направлено сторонам по электронной почте, а в случае необходимости оно параллельно направляется в письменной форме по почте.

Еще одной интересной инициативой в данной сфере является созданное Miami Blockchain

²³ CodeLegit // URL: <http://codelegit.com/> (дата обращения: 29 июля 2018 г.).

²⁴ CodeLegit White Paper on Blockchain Arbitration // URL: https://docs.google.com/document/d/1v_AdWbMuc2Ei70ghITC1mYX4_5VQsF_28O4PsLckNM4/edit (дата обращения: 28.07.2018).

²⁵ CodeLegit White Paper on Blockchain Arbitration.

²⁶ CodeLegit White Paper on Blockchain Arbitration.

²⁷ The Miami Blockchain Group: Smart Arbitration & Mediation Blockchain Application // URL: <http://www.miamiblockchaingroup.com/> (дата обращения: 27 июля 2018).

Group приложение The Smart Arbitration & Mediation Blockchain Application (SAMBA), тоже основанное на технологии блокчейн и предназначенное для разрешения споров, возникающих из смарт-контрактов²⁷. Как отмечают разработчики данного приложения, основным преимуществом SAMBA является возможность подачи заявления об арбитраже на блокчейн-портал, принадлежащий арбитражному институту²⁸.

В целом процедура рассмотрения спора в рамках SAMBA аналогична правилам, разработанным CodeLegit: процесс разрешения спора полностью автоматизирован, слушания проводятся посредством видеоконференцсвязи, а доказательства предоставляются в электронном виде посредством программы Dropbox. Вынесенное арбитражем решение размещается на блокчейн-портале, где оно будет доступно только для сторон спора²⁹, а затем автоматически исполняется.

Как следует из всего вышеизложенного, разрешение споров, возникающих из смарт-контрактов, посредством блокчейн-арбитража имеет множество преимуществ. Во-первых, использование электронных средств связи позволяет существенно сократить издержки сторон на проведение разбирательства, а также увеличить скорость рассмотрения спора. Во-вторых, вынесенное блокчейн-арбитражем решение, как правило, автоматически исполняется с помощью смарт-контракта и не требует обращения в государственный суд за его признанием и приведением в исполнение.

Однако, несмотря на кажущуюся простоту и эффективность данной технологии рассмотрения споров, остается нерешенным целый ряд вопросов, препятствующих широкому распространению блокчейн-арбитража. В частности, может ли арбитражное решение, вынесенное блокчейн-арбитражем, в случае необходимости быть признано и приведено в исполнение по правилам Нью-Йоркской конвенции о призна-

нии и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г.? Соответствует ли арбитражная оговорка в виде кода, прописанного в смарт-контракте, требованиям п. 2 ст. II Нью-Йоркской конвенции о письменной форме арбитражного соглашения?

Ответа на этот и многие другие вопросы в настоящее время нет. Во многом это обусловлено новизной рассматриваемых способов разрешения споров. Так, первое и в настоящее время единственное модельное разбирательство по Правилам блокчейн-арбитража было проведено в 2017 г.³⁰, а рассмотренный выше проект SAMBA впервые был представлен на конференции в Сан-Паулу 14 марта 2018 г., и работа над ними все еще продолжается. В связи с этим многие вопросы, возникающие в связи с проведением разбирательства с помощью технологии блокчейн, требуют дальнейшего изучения. При этом особого внимания потребует использование проекта Kleros, обладающего существенной спецификой.

Несмотря на это, уже сейчас можно говорить о новом этапе развития способов разрешения споров и существенном влиянии на них новых технологий, таких как блокчейн. При этом распространение блокчейн-арбитража потребует адаптации существующих документов к новым условиям.

В современных же условиях сторонам, желающим обеспечить признание и приведение в исполнение решения, вынесенного блокчейн-арбитражем, в государственном суде следует, во-первых, использовать «комбинированный» способ заключения арбитражного соглашения, включая его не только в смарт-контракт, но и в обычный договор, составленный в письменной форме; и, во-вторых, воспользоваться предусмотренной Правилами блокчейн-арбитража CodeLegit возможностью запросить письменное арбитражное решение, что позволит избежать проблем с его признанием и устранил любые неопределенности.

²⁸ The Miami Blockchain Group: Smart Arbitration & Mediation Blockchain Application.

²⁹ Simpson C. Blockchain Will Improve Int'l Dispute Resolution, Group Says // URL: [http://www.miamiblockchaingroup.com/press/Law360 %20Press%20Release%20Blockchain%20Will%20Improve%20Int%27l%20Dispute%20Resolution,%20Group%20Says%20\(March%2014 %202018\).pdf](http://www.miamiblockchaingroup.com/press/Law360%20Press%20Release%20Blockchain%20Will%20Improve%20Int%27l%20Dispute%20Resolution,%20Group%20Says%20(March%2014%202018).pdf) (дата обращения: 28 июля 2018 г.).

³⁰ CodeLegit Conducts First Blockchain-based Smart Contract Arbitration Proceeding // URL: <https://datarella.com/codelegit-conducts-first-blockchain-based-smart-contract-arbitration-proceeding/> (дата обращения: 29 июля 2018 г.).

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Генкин А., Михеев А. Блокчейн : Как это работает и что ждет нас завтра. — М. : Альпина Пабlishер, 2018. — 592 с.
2. Мозайер У., Бутерин В. Блокчейн для бизнеса. — М. : Эксмо, 2017. — 224 с.
3. Свон М. Блокчейн. Схема новой экономики. — М. : Олимп-Бизнес, 2017. — 240 с.
4. Buterin V. Decentralized Court // URL: https://www.reddit.com/r/ethereum/comments/4gigydecentralized_court/?st=jk5uaa08&sh=eae1485f (дата обращения: 29 июля 2018 г.).
5. Buterin V. Schellingcoin: A minimal-trust universal data feed // URL: <https://blog.ethereum.org/2014/03/28/schellingcoin-a-minimal-trust-universal-data-feed/> (дата обращения: 29 июля 2018 г.).
6. Hourani S. Cross-Border Smart Contracts: Boosting International Digital Trade through Trust and Adequate Remedies // UNCITRAL Congress on Modernizing International Trade Law to Support Innovation and Sustainable Development. 4—7 July 2017. Vienna.
7. Lesaege Cl., Ast F. Kleros: Short Paper v1.0.5 // URL: <https://kleros.io/assets/whitepaper.pdf> (дата обращения: 28 июля 2018 г.).
8. Schelling T. The strategy of conflict. — Cambridge : Harvard University Press, 1980. — 309 p.
9. Simpson C. Blockchain Will Improve Int'l Dispute Resolution, Group Says // URL: [http://www.miamiblockchaingroup.com/press/Law360 %20Press%20Release%20Blockchain%20Will%20Improve%20Int%27l%20Dispute%20Resolution,%20Group%20Says%20\(March%2014 %202018\).pdf](http://www.miamiblockchaingroup.com/press/Law360%20Press%20Release%20Blockchain%20Will%20Improve%20Int%27l%20Dispute%20Resolution,%20Group%20Says%20(March%2014%202018).pdf) (дата обращения: 28 июля 2018 г.).
10. Szabo N. Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets. 1996 // URL: http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html (дата обращения: 30 июля 2018 г.).
11. Webb A. 8 Tech Trends to Watch in 2016 // Harvard Business Abstract. URL: <https://hbr.org/2015/12/8-tech-trends-to-watch-in-2016> (дата обращения: 28 июля 2018 г.).

Материал поступил в редакцию 7 августа 2018 г.

DISPUTE RESOLUTION BY MEANS OF BLOCKCHAIN TECHNOLOGY³¹

ZASEMKOVA Olesya Fedorovna, PhD in Law, Lecturer of the Department of Private International Law, Lecturer at the Center for International Legal Competitions of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
 zasemkova.olesya@mail.ru
 125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *One of the most important technological advances of recent times is the blockchain technology, which is gradually gaining recognition, having a significant impact on a number of industries. At the same time, the most interesting blockchain-based technology is smart contracts, which makes it possible to get rid of intermediaries and significantly reduce the costs the parties to cross-border contracts carry. With the development of new technologies, new types of disputes appear, which can not always be resolved through existing mechanisms, such as the court or international commercial arbitration. As a result, there is a need to modify existing or introduce new mechanisms that are more suitable for resolving disputes in the global digital decentralized economy. One of these mechanisms is blockchain-arbitration. Currently, several projects of such arbitration have been developed, the most interesting of which are CodeLegit, SAMBA and Kleros, each with a certain specificity. At the same time, the Kleros project, which*

³¹ This paper is prepared in the development of the author's theses submitted for a speech at the XIII International Workshop School of Young Lawyers on the topic: «Law in the conditions of digital reality» (June 6—7, 2018, Moscow, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation).

is an attempt to create a decentralized quasi-judicial system for resolving disputes arising from smart contracts, deserves special attention. Analyzing each of these projects, the author points out some problems that may arise when using them, and suggests ways to solve them.

Keywords: *blockchain, smart contract, digital technologies, blockchain arbitration, international commercial arbitration, dispute resolution, decentralized judicial system.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Genkin A., Mixeev A. Blockchain : Kak eto rabotaet i chto gdet nas zavtra. M. : Alpina Pablisher, 2018. 592 s.
2. Moguayer W., Buterin V. Blockchain dlya biznesa. M.: Eksmo, 2017. 224 s.
3. Swon M. Blockchain. Chema novoi ekonomiki. M.: Olimp-Bisnes, 2017. 240 s.

Роль Европейского омбудсмана в реализации концепции хорошего управления

Аннотация. Целью статьи является анализ феноменов права Европейского Союза, обеспечивающих деятельность Европейского омбудсмана в качестве органа, способствующего процессу интеграции в Европейском Союзе.

Предметом рассмотрения в статье выступают правовые аспекты статуса Европейского омбудсмана, его роль и место в институциональной системе Европейского Союза.

В статье дается краткий обзор компетенции Европейского омбудсмана и методов осуществления его деятельности, исследуется роль Европейского омбудсмана в реализации концепции хорошего управления, анализируется практика Европейского омбудсмана и ее влияние на деятельность институтов и органов ЕС.

Определено, что решения Европейского омбудсмана, направленные против нарушений порядка управления, затрагивают отношения в различных областях деятельности Европейского Союза, способствуя реализации на практике концептуальных принципов хорошего управления. Не имея юридически обязательной силы, решения Европейского омбудсмана воплощаются в актах институтов ЕС, устанавливающих соответствующие правила уже в качестве обязательных.

Ключевые слова: Европейский Союз, Европейский омбудсмен, Европейский парламент, Европейская комиссия, хорошее управление, прозрачность, участие, эффективность, подотчетность, права человека, стратегические расследования, стратегические инициативы.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.101.4.168-173

Межгосударственная интеграция в современном мире — явление, привлекающее пристальное внимание многих исследователей. В XX — начале XXI в. эта интеграция идет особенно высокими темпами. Четвертая научная революция, современниками которой мы являемся, прорыв в сфере технологий обработки информации, транснационализация экономики усилили интеграционные тенденции, способствуя расширению действующих интеграционных союзов (Европейский Союз,

НАТО) и появлению новых (ЕАЭС, Южноазиатское соглашение о свободной торговле (SAFTA), зона свободной торговли США — Южная Корея (соглашение KORUS) и др.).

Успешное достижение целей не только в экономической, но и в политической, правоохранительной, научно-технической, экологической, а зачастую и в социальной, культурной областях становится крайне затруднительным или даже невозможным вне межгосударственного объединения с определенной степенью интеграции.

© Покровский А. В., 2019

* Покровский Александр Владимирович, аспирант кафедры интеграционного и европейского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
a.pokrovsky@mail.ru

125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Развитие межгосударственной кооперации, создание общих «пространств», в первую очередь для решения экономических и финансовых задач, представляет собой объективный процесс, обусловленный развитием производительных сил, то есть тем, что в категориях исторического материализма именуется базисом. Именно на экономической основе возникает подавляющее большинство интеграционных объединений.

По мере становления и развития этого базиса происходят изменения и в той области отношений и форм общественного сознания, которые, если опять же воспользоваться категориальным аппаратом исторического материализма, именуется надстройкой — в политике, управлении, праве и даже идеологии. При этом сообразно с положениями теории¹ в результате взаимодействия надстройка не только отражает и закрепляет базис, но и создает нормативно-правовые условия его развития.

Данное диалектическое взаимодействие проявляется, в частности, при закреплении и реализации на уровне Европейского Союза принципа так называемого «хорошего управления» (англ. *good governance*)², при этом весьма примечательной является роль в этом процессе Европейского омбудсмана.

Концепция хорошего управления является одним из механизмов, направленных на совершенствование на наднациональном уровне взаимодействия институтов, органов и учреждений ЕС между собой и с гражданами.

Среди западных исследователей нет единого мнения о сущности концепции хорошего управления. Хорошее управление рассматри-

вается и как стандарт, лежащий в основе политики расширения ЕС, процесса стабилизации и объединения, европейской политики соседства (идея о том, что создание регулирующей среды является решающим предварительным условием для достижения устойчивого развития)³; и как фактор целостности (англ. *integrity*), в том числе в административном, юридико-теоретическом и этическом аспектах⁴; и даже как «один из трех краеугольных камней любого современного государства» (наряду с верховенством закона и демократией) — концепция, развивающаяся в региональном и международном масштабах⁵.

Таким образом, можно сказать, что концепция хорошего управления на современном этапе является не только выражением «идей прав человека, демократизации и демократии, верховенства закона, гражданского общества, децентрализованного разделения власти и благоразумного публичного администрирования»⁶, но и фактором, содействующим эффективности и законности проведения Европейским Союзом его политики и в целом ходу процессов интеграции в ЕС.

Хорошее управление — это общая концепция, не имеющая единого легального определения. Но принципы хорошего управления выработаны доктриной и судебной практикой. Можно сказать, что общая концепция хорошего управления разделяется всеми государствами-членами. Предыстория ее появления на уровне ЕС обнаруживается в нескольких прецедентах Суда Европейского Союза и ряде документов Комиссии. С момента вступления в силу Лиссабонского договора (1 декабря

¹ Новая философская энциклопедия / под ред. В. С. Стёпина. М., 2001.

² Представляется, что имеющиеся в русскоязычных источниках переводы этого термина («эффективное управление», «надлежащее управление», «эффективное государственное управление» и др.) не в полной мере отражают его существо, вкладываемое в него административной и судебной практикой Европейского Союза, включающее в себя не только аспекты эффективности и соответствия (например, какой-либо ситуации или цели), но и ряд других. Поэтому автор полагает, что в данном случае предпочтительно использовать буквальный перевод этого выражения.

³ Börzel T. A. et.al. *Good governance in the European Union* // Berlin Working Paper on European Integration № 7. Berlin, 2008. P. 11, 15—45.

⁴ Addink G. H. *Good governance in EU member states*. Utrecht University, 2015. Pp. 44—45.

⁵ Cuculloska I. *The Right to Good Administration of the EU: Definition, Scope and Content* // *Iustinianus Primus Law Review*. 2014. Vol. 5:2. P. 2, 3.

⁶ European Commission 2003:4.

2009 г.) право на хорошее управление является правом граждан ЕС.

К принципам хорошего управления можно отнести соответствие, прозрачность, участие, эффективность, подотчетность и права человека⁷.

Роль Европейского омбудсмана в обеспечении хорошего управления примечательна тем, что при отсутствии юридической обязательности решений он тем не менее вносит вклад в создание, внедрение и развитие принципов хорошего управления на наднациональном уровне.

К компетенции Европейского омбудсмана относится расследование «случаев нарушения порядка управления в деятельности институтов, органов или учреждений Союза, кроме Суда Европейского Союза» (ст. 228 Договора о функционировании Европейского Союза от 25.03.1957). Однако «нарушение порядка управления» (англ. *maladministration*) Европейский омбудсмен рассматривает не только как нарушение формально определенных правовых предписаний, но и как нарушение указанных выше принципов (прозрачность, подотчетность и т.д.), в совокупности составляющих концепцию хорошего управления.

По роду своей деятельности Европейский омбудсмен применяет почти все шесть из вышеупомянутых принципов. При рассмотрении дел по жалобам Омбудсменом реализуется принцип соблюдения прав человека и принцип соответствия (включая выделяемые в объеме этого принципа «подпринципы» беспристрастности и законных ожиданий). Для изучения деятельности институтов и органов ЕС и оценки эффективности внедрения и исполнения нормативных актов Европейский омбудсмен применяет такие принципы хорошего управления, как эффективность, прозрачность и подотчетность. Не исключено в определенных случаях и применение принципа участия (например, при обжаловании действий (бездействия) институтов и органов, связанных с нарушением права доступа граждан ЕС к управлению).

Нормативными актами ЕС предусмотрено исполнение функций Европейским омбудсменом

посредством направления запросов институтам и органам ЕС, предварительных рекомендаций заинтересованному институту или органу в случае обнаружения нарушения порядка управления, докладов Европейскому парламенту и заинтересованному институту или органу по результатам расследования и ежегодных отчетов о результатах проведенных Омбудсменом расследований Европейскому парламенту в конце каждой ежегодной сессии.

Однако, основываясь на предоставленном ему общем полномочии («Омбудсмен принимает положения во исполнение настоящего решения»⁸), Европейский омбудсмен издает документы общего характера, содержащие как программы действий для него самого, так и положения-ориентиры для других участников отношений. В частности, Омбудсменом принята Стратегия Европейского омбудсмана «К 2019» (англ. «Towards 2019»), содержащая его миссию, намерения, стратегические цели и задачи, а также годовые планы организационной деятельности и годовые отчеты. Европейским омбудсменом издан Европейский кодекс хорошего административного поведения и Принципы публичной службы для гражданских служащих ЕС, положениями которых Омбудсмен руководствуется при определении наличия или отсутствия нарушений порядка управления в деятельности институтов, органов и учреждений ЕС.

Согласно Стратегии «К 2019» Омбудсмен способствует хорошему управлению и культуре государственной службы, помогая администрации ЕС работать открыто, эффективно и целостно⁹.

Миссия Омбудсмана — служить демократии, работая с институтами Европейского Союза для создания более эффективной, подотчетной, прозрачной и нравственной администрации. Одно из намерений Омбудсмана, заявленных в Стратегии, — оказывать подлинное и позитивное влияние на администрацию ЕС.

Результаты выполнения функций Европейского омбудсмана отражаются в докладах по рассмотренным делам, результатах стратегических расследований, рекомендациях, на-

⁷ Addink G. H. Op. cit. Pp. 11—12.

⁸ Решение № 94/262/ECSC, ЕС, Euratom Европейского парламента «О правилах и общих условиях, регулирующих осуществление обязанностей Омбудсмана» от 09.03.1994. Ст. 14.

⁹ URL: <https://www.ombudsman.europa.eu> (дата обращения: 01.05.2018).

правляемых субъектам, в действиях которых выявлены нарушения порядка управления. Осуществляя свои полномочия по расследованию, Европейский омбудсмен не замыкается на вопросах рассмотрения индивидуальной жалобы, а придает разрешению дел системный характер, используя так называемые стратегические расследования и стратегические инициативы, количество и значимость вопросов которых год от года возрастают.

В частности, в 2014 г. Европейским омбудсменом по собственной инициативе было проведено стратегическое расследование, направленное на выявление и устранение основных системных недостатков в общих правилах Европейской комиссии, регулирующих деятельность экспертных групп, привлекаемых Комиссией для получения консультаций и специальных знаний при подготовке законодательных предложений и политических инициатив¹⁰.

С целью обеспечения прозрачности работы этих групп Омбудсменом были даны рекомендации, касающиеся доступа общественности к деталям обсуждений в экспертных группах и информирования о позициях, повлиявших на принятие Комиссией решений. Итогом расследования явилось то, что Комиссия реформировала свою систему экспертных групп, пересмотрев правила, регулирующие их функции и работу.

В 2015 г. Европейский омбудсмен инициировал стратегическое расследование в отношении раскрытия Европейским парламентом, Советом ЕС и Европейской комиссией документов, касающихся «трилогий» и прозрачности «трилогий» в целом. Под «трилогиями» (англ. — Trilogues) понимаются неофициальные встречи между представителями трех институтов ЕС — Европейского парламента, Совета Европейского Союза и Европейской комиссии, задействованных в процессе принятия европейских нормативных актов.

По итогам расследования Омбудсменом были сделаны предложения в Европейский парламент, Совет и Комиссию, направленные на организацию совместной работы этих инсти-

тутов с целью обеспечения прозрачности процесса «трилогий» для общественности, включая публичное размещение «календаря» предстоящих «трилогий», повестки дня «трилогий» до и после проведения заседаний, согласованных текстов документов, списков представителей, несущих политическую ответственность за решения, принятые в ходе обсуждений.

В том же 2015 г. Европейский омбудсмен открыл стратегическое расследование относительно своевременности осуществления Комиссией выплат в коммерческих сделках с уделением особого внимания выплате частным подрядчикам и бенефициарам, «которые, возможно, более всего пострадают в результате несвоевременной оплаты»¹¹. «Выполняя свой запрос, Омбудсмен принимал во внимание обязанность Комиссии обеспечивать надежное финансовое управление, в частности избегая нерегулярных или ошибочных платежей, а также основное право подрядчиков и бенефициаров на хорошее администрирование, в частности путем рассмотрения их платежных требований в течение разумного периода времени»¹².

Закрывая расследование, Омбудсмен представил Комиссии ряд рекомендаций. Так, он предложил улучшить координацию финансовых и оперативных проверок, управлять движением персонала, чтобы свести к минимуму негативные последствия чрезмерной текучести кадров, публиковать дополнительную информацию о сроке брутто-платежей в ежегодных отчетах о деятельности.

В 2017 г. Европейский омбудсмен также инициировал стратегические расследования в отношении подотчетности законодательной работы Совета Европейского Союза, а именно по вопросу доступа к документам, касающимся подготовительных органов Совета, при обсуждении проектов законодательных актов ЕС, а также в отношении организованного Европейским агентством по лекарственным средствам взаимодействия с отдельными разработчиками лекарств, предшествующего подаче заявок для получения разрешений на их коммерческое использование.

¹⁰ Case OI/6/2014/NF // URL: <https://www.ombudsman.europa.eu> (дата обращения: 01.05.2018).

¹¹ Case OI/11/2015/EIS // URL: <https://www.ombudsman.europa.eu> (дата обращения: 01.05.2018).

¹² Case OI/11/2015/EIS.

Как видно из вышеприведенных примеров, решения Европейского омбудсмана, направленные против нарушений порядка управления, затрагивают отношения в различных областях деятельности Европейского Союза, способствуя реализации на практике концептуальных принципов хорошего управления. Не имея юридически обязательной силы, решения Европейского омбудсмана воплощаются в актах институтов ЕС, устанавливающих соответствующие правила уже в качестве обязательных, причем происходит это в подавляющем большинстве случаев. В 2014 г. (согласно готовому отчету за 2015 г.) предложения Европейского омбудсмана, включая его рекомендации, решения, критические и последующие замечания, были выполнены в 90 % случаев (в том числе Европейской комиссией, из всех институтов и органов ЕС подвергавшейся расследованиям Омбудсмана наиболее часто, —

в 86 % случаев)¹³, а в 2015 г. (согласно готовому отчету за 2016 г.) — в 83 % случаев (из них Комиссией — в 82 % случаев). При этом Европейский парламент, Агентство Европейского Союза по безопасности внешних границ (Фронтекс) и Европейское химическое агентство выполнили предложения Омбудсмана в полном объеме¹⁴.

Решения Европейского омбудсмана принимаются во внимание европейскими исследователями при оценке правовых аспектов хорошего управления, в частности вопросов прозрачности¹⁵.

Учитывая вышеизложенное, можно говорить о том, что в настоящее время интеграционные процессы в области институционального строительства в ЕС продолжают и, возможно, в ближайшее время мы увидим усиление роли некоторых органов ЕС в этом процессе, в частности Европейского омбудсмана.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Новая философская энциклопедия / под ред. В. С. Стёпина. — М., 2001.
2. Addink G. H. Good governance in EU member states. — Utrecht University, 2015.
3. Börzel A. et al. Good governance in the European Union // Berlin Working Paper on European Integration. — № 7. — Berlin, 2008.
4. Cuculoska I. The Right to Good Administration of the EU: Definition, Scope and Content // Iustinianus Primus Law Abstract. — Vol. 5:2. — 2014.
5. Driessen B. Transparency in EU Institutional Law. A Practitioners Handbook. — Second completely revised edition. — London, 2012.

Материал поступил в редакцию 1 мая 2018 г.

¹³ European Ombudsman. Annual Report 2015 // URL: <https://www.ombudsman.europa.eu> (дата обращения: 01.05.2018).

¹⁴ European Ombudsman. Annual Report 2016 // URL: <https://www.ombudsman.europa.eu>.

Данные о выполнении решений Омбудсмана за последующие годы на 15.12.2017 не представлены.

¹⁵ См., например: Driessen B. Transparency in EU Institutional Law. A Practitioners Handbook. Second completely revised edition. Kluwer Law International, 2012. P. 34, 35, 41, 55, 63, 134.

ROLE OF THE EUROPEAN OMBUDSMAN IN IMPLEMENTATION OF GOOD GOVERNANCE

POKROVSKIY Aleksandr Vladimirovich, Posgraduate of the Department of Integration and European Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
a.pokrovsky@mail.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The purpose of the paper is to analyze the phenomena of the law of the European Union, ensuring the activities of the European Ombudsman as a body promoting the integration process in the European Union.*

The subject of consideration in the article is the legal status of the European Ombudsman, its role and place in the institutional system of the European Union.

The paper provides a brief overview of the competence of the European Ombudsman and ways of his activities, explores the role of the European Ombudsman in implementing the good governance, analyzes the practice of the European Ombudsman and its impact on the activities of EU institutions and bodies.

It is determined that the decisions of the European Ombudsman, directed against violations of the order of governance, affect relations in various areas of the European Union, contributing to the practical implementation of the conceptual principles of good governance. Not legally binding, the decisions of the European Ombudsman are embodied in acts of EU institutions that establish the relevant rules as binding.

Keywords: *European Union, European Ombudsman, European Parliament, European Commission, good governance, transparency, participation, effectiveness, accountability, human rights, strategic investigations, strategic initiatives.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Novaya filosofskaya enciklopediya / pod red. V. S. Styopina. — M., 2001.

Уголовная ответственность несовершеннолетних по УК РФ и УК Азербайджанской Республики: сравнительная характеристика

Аннотация. Особенности уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних как в УК РФ, так и в УК Азербайджанской Республики регулируются отдельно. При этом в данных кодексах имеются и совпадающие, и различающиеся предписания. В статье выявляются преимущества и недостатки соответствующих уголовно-правовых положений в законодательстве Российской Федерации и Азербайджанской Республики. В ходе анализа уголовных кодексов автор показывает, какие нормы УК РФ могут быть полезны УК Азербайджанской Республики и наоборот. Некоторые же положения об уголовной ответственности несовершеннолетних предлагается изъять из уголовного законодательства обеих стран, другие же — ввести в него.

Ключевые слова: несовершеннолетний, уголовная ответственность, наказание, освобождение от уголовной ответственности, принудительные меры воспитательного воздействия, освобождение от наказания, помещение в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа, судимость.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.101.4.174-185

В УК РФ и УК Азербайджанской Республики регулирование уголовной ответственности несовершеннолетних имеет в целом близкий характер. Однако имеются и отличия. И в тот, и в другой кодекс включены особые разделы, посвященные уголовной ответственности несовершеннолетних. В данные разделы введено по одной главе, отражающей особенности уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних.

С точки зрения юридической техники раздел, состоящий из одной главы, выглядит нелогично¹. Причем в ней в каждом кодексе представлены особенности не только уголовной ответ-

ственности и наказания, но и освобождения от уголовной ответственности или наказания, судимости несовершеннолетних. Вероятно, последние особенности можно вынести в отдельную главу. И тогда не было бы нареканий к юридической технике построения разделов УК РФ и УК Азербайджанской Республики.

В части 1 ст. 87 УК РФ и ст. 84.1 УК Азербайджанской Республики определено, кто такой несовершеннолетний применительно ко времени совершения преступления. Это, конечно, правильно в отношении основания уголовной ответственности. Вместе с тем в исследуемых главах речь идет не о нем, а о реализации уго-

¹ См.: Благов Е. В. Актуальные проблемы уголовного права (Общая часть). Ярославль, 2008. С. 11.

© Иманлы М. Н., 2019

* Иманлы Магомед Наги, доктор юридических наук, ведущий научный сотрудник Института права и прав человека Национальной академии наук Азербайджана
top100orhan@mail.ru
AZ1073, Азербайджанская Республика, г. Баку, пр. Гусейна Джавида, д. 115

ловной ответственности в отношении несовершеннолетних. Е. В. Благов правильно обратил внимание на то, что в ст. 93, 94 и 96 УК РФ говорится о несовершеннолетних не применительно к моменту совершения преступления². Одновременно он не заметил, что и в остальных статьях гл. 14 УК РФ говорится о несовершеннолетних не на момент совершения преступления, а на момент принятия соответствующих правоприменительных решений. Точно такая же ситуация и в гл. 14 УК Азербайджанской Республики.

Соответственно предписания ч. 1 ст. 87 УК РФ и ст. 84.1 УК Азербайджанской Республики, на наш взгляд, следует дополнить указанием следующего содержания:

«Несовершеннолетними в настоящей главе признаются лица, которым ко времени принятия соответствующего правоприменительного решения исполнилось четырнадцать, но не исполнилось восемнадцать лет».

Следует обратить внимание и на ст. 96 УК РФ, согласно которой в исключительных случаях, с учетом характера совершенного деяния и личности, суд может применить положения гл. 14 к лицам, совершившим преступление в возрасте от 18 до 20 лет, кроме помещения их в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа либо воспитательную колонию. Азербайджанскому законодателю, как представляется, есть смысл задуматься о включении аналогичных предписаний в УК Азербайджанской Республики. Речь идет о лицах, подлежащих уголовной ответственности, которые во время совершения преступления в силу психического расстройства не могли в полной мере осознавать фактический характер и общественную опасность своих деяний (действий или бездействия) либо руководить ими (ст. 22 УК Азербайджанской Республики), доведенных иными субъектами до состояния опьянения (ст. 23) с целью совершения преступления. Названные лица вряд ли сильно отличаются от несовершеннолетних и поэтому могут нести уголовную ответственность, близкую им.

В УК РФ и УК Азербайджанской Республики неодинаково решен вопрос о том, какие меры могут быть применены к несовершеннолетним. В статье 84.2 УК Азербайджанской Республики от-

сутствует такая мера воздействия на них, названная в ч. 2 ст. 87 УК РФ, как помещение в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа, хотя в ст. 89.2 УК Азербайджанской Республики предусмотрен аналог таковой в виде помещения в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа или лечебно-воспитательное учреждение. Поскольку оно не отнесено к принудительным мерам воспитательного воздействия (ст. 87 УК Азербайджанской Республики), есть все основания для его размещения в ст. 84.2 УК Азербайджанской Республики.

В остальном в Уголовных кодексах РФ и Азербайджанской Республики вопрос о мерах, применяемых к несовершеннолетним, решен одинаково. Причем с одинаковыми же погрешностями. С одной стороны, и тот и другой кодекс к наказанию подходит слишком широко — создается впечатление, что несовершеннолетним могут быть назначены любые наказания, предусмотренные уголовным законодательством. При этом в ч. 1 ст. 88 УК РФ и ст. 85.1 УК Азербайджанской Республики содержится ограниченный перечень наказаний, которые могут быть назначены лицам, не достигшим совершеннолетия. С другой стороны, кодексы создают впечатление, что кроме принудительных мер воспитательного воздействия и наказания (а также помещения в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа по УК РФ), к несовершеннолетним не может быть применено ничего. Хотя даже в рассматриваемых главах предусмотрены особенности освобождения от уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних без применения принудительных мер воспитательного воздействия, а также особенности судимости несовершеннолетних. Не исключено к ним применение и общих видов освобождения от уголовной ответственности и наказания.

Таким образом, сложно понять, какую мысль хотели довести до правоприменителя законодатели положениями ч. 2 ст. 87 УК РФ и ст. 84.2 УК Азербайджанской Республики. Нам же думается, что в них следует указать только на особенности уголовной ответственности несовершеннолетних, отраженные в гл. 14 УК РФ и УК Азербайджанской Республики.

² Благов Е. В. Указ. соч. С. 243.

В специальный перечень наказаний, назначаемых несовершеннолетним, в ст. 88 УК РФ, в отличие от УК Азербайджанской Республики, включено лишение права заниматься определенной деятельностью. Думается, что УК Азербайджанской Республики в отмеченной части более прав, ибо у несовершеннолетних в силу возраста нет права заниматься большинством видов профессиональной или иной деятельности, а следовательно, и лишать их нечего. В иных случаях для достижения целей наказания можно обойтись теми более строгими его видами, которые предусмотрены для несовершеннолетних. В качестве же дополнительного наказания лишение права заниматься определенной деятельностью в отношении них нецелесообразно по той же причине, по которой исключено в таком качестве назначение несовершеннолетним ограничения свободы. Оба наказания имеют сходную природу, нося прежде всего запретительный для определенного поведения характер.

Более того, уже обращено внимание на то, что наказание в виде лишения права заниматься определенной деятельностью в отношении несовершеннолетних не обладает какими-либо особенностями³. Глава же 14 УК РФ посвящена именно им.

В отношении штрафа для несовершеннолетних преимущества ст. 85.2 УК Азербайджанской Республики нам кажутся очевидными. В ней не отражены предусмотренные ч. 2 ст. 88 УК РФ возможности назначения несовершеннолетнему данного наказания при отсутствии у него самостоятельного заработка или имущества, на которое может быть обращено взыскание, и взыскания штрафа с родителей или иных законных представителей несовершеннолетнего. Думается, российский законодатель ввел возможность взыскания штрафа с законных представителей несовершеннолетнего именно для обеспечения исполнения наказания в случае отсутствия у несовершеннолетнего самостоятельного заработка или имущества, на которое может быть обращено взыскание. В противном

случае уже при назначении штрафа создается прямое условие для применения ч. 5 ст. 43 УК РФ, согласно которой в случае злостного уклонения от уплаты штрафа, назначенного в качестве основного наказания, штраф заменяется иным наказанием, за исключением лишения свободы; при этом назначенное наказание не может быть условным. Причем в литературе, с одной стороны, правильно обращено внимание на бессмысленность указания в законе на случаи назначения штрафа и при наличии, и при отсутствии у несовершеннолетнего самостоятельного заработка или имущества, на которое может быть обращено взыскание, поскольку это означает — в любом случае, тем самым не требует специального регулирования⁴; с другой стороны, указание в законе на возможность взыскания штрафа с законных представителей несовершеннолетнего означает замену при исполнении наказания виновного в совершении преступления невиновным лицом, что противоречит личному характеру уголовной ответственности⁵.

Уголовно-правовое регулирование применительно к несовершеннолетним обязательных (по УК РФ) или общественных (по УК Азербайджанской Республики), а также исправительных работ и ограничения свободы ничем принципиальным в анализируемом законодательстве не различается. Вопросы возникают в отношении двух предписаний. В части 3 ст. 88 УК РФ и ст. 85.3 УК Азербайджанской Республики особо сказано, что продолжительность исполнения данного вида наказания лицами в возрасте до 15 лет не может превышать двух часов в день, а лицами в возрасте от 15 до 16 лет — трех часов в день. Нам неясно, какой смысл в уголовном законодательстве делать акцент на уголовно-исполнительном положении. Так, Пленум Верховного Суда РФ в п. 22 постановления от 01.02.2011 № 1 «О судебной практике применения законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних»⁶ указал, что диф-

³ См.: Оловенцова С. Ю. Особенности уголовной ответственности несовершеннолетних. М., 2018. С. 58.

⁴ См.: Благов Е. В. Указ. соч. С. 245.

⁵ См.: Васильева Т. В. Назначение и исполнение уголовного наказания в виде штрафа (социально-правовые проблемы) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Рязань, 2004. С. 12.

⁶ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2011. № 4. С. 6.

ференцированная ежедневная продолжительность исполнения обязательных работ лицами в возрасте от 14 до 15 лет, от 15 до 16 лет и от 16 до 18 лет относится к порядку его исполнения, поэтому указанный вопрос не подлежит отражению в приговоре. В части 2 ст. 1 Уголовно-исполнительного кодекса РФ установлено, что задачей именно уголовно-исполнительного законодательства является регулирование порядка и условий исполнения и отбывания наказаний. При этом в ч. 2 ст. 27 УИК РФ, в которой отражается исчисление сроков обязательных работ, об особенностях этого в отношении несовершеннолетних ничего не говорится, а следовало бы предусмотреть, изъяв соответствующее положение из уголовного законодательства.

В статье 85.4 УК Азербайджанской Республики в отношении исправительных работ, назначаемых несовершеннолетним, содержится ненужная информация. В законе предусмотрено, что в этом случае из заработка осужденного производятся удержания в доход государства в размере, установленном приговором суда, в пределах от 5 до 20 %. Данное положение полностью дублирует общее предписание ст. 49.2 УК Азербайджанской Республики и потому излишне в главе об особенностях уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних.

В части 5 ст. 88 УК РФ, в отличие от ст. 85.4-1 УК Азербайджанской Республики, говорится о назначении ограничения свободы несовершеннолетним в качестве лишь основного наказания. Различия связаны с тем, что по азербайджанскому уголовному законодательству данное наказание может назначаться только в качестве основного (ст. 43.1 УК Азербайджанской Республики).

В отношении срока лишения свободы в ст. 85.5 УК Азербайджанской Республики сказано лишь то, что оно несовершеннолетним назначается на срок до 10 лет. Как видим, никакой дифференциации наказания не предусмотрено, зато она имеется в ст. 88 УК РФ. В последней, в частности, указано:

- наказание в виде лишения свободы назначается несовершеннолетним осужденным, совершившим преступления в возрасте до 16 лет, на срок не свыше шести лет. Этой же категории несовершеннолетних, совершивших особо тяжкие преступления, а также осталь-

ным несовершеннолетним осужденным наказание назначается на срок не свыше 10 лет и отбывается в воспитательных колониях. Наказание в виде лишения свободы не может быть назначено несовершеннолетнему осужденному, совершившему в возрасте до 16 лет преступление небольшой или средней тяжести впервые, а также остальным несовершеннолетним осужденным, совершившим преступления небольшой тяжести впервые (ч. 6);

- при назначении несовершеннолетнему осужденному наказания в виде лишения свободы за совершение тяжкого либо особо тяжкого преступления низший предел наказания, предусмотренный соответствующей статьей Особенной части УК РФ, сокращается наполовину (ч. 6.1).

На наш взгляд, азербайджанскому законодателю данные положения следовало бы включить в уголовное законодательство.

Напротив, в ст. 85.5 УК Азербайджанской Республики, в отличие от УК РФ, дифференцируется режим отбывания лишения свободы в воспитательных учреждениях:

- несовершеннолетние женского пола, а также несовершеннолетние мужского пола, осужденные впервые к лишению свободы, отбывают наказание в воспитательных учреждениях общего режима;
- несовершеннолетние мужского пола, ранее отбывавшие наказание в виде лишения свободы, отбывают наказание в воспитательных учреждениях усиленного режима.

Здесь уже российскому законодателю можно было бы принять идею раздельного содержания впервые осужденных к лишению свободы и ранее отбывавших его, что исключит возможное негативное влияние последних на первых.

В статье 88 УК РФ имеются еще два предписания, отсутствующие в УК Азербайджанской Республики:

- в случае если несовершеннолетний осужденный, которому назначено условное осуждение, совершил в течение испытательного срока новое преступление, не являющееся особо тяжким, суд с учетом обстоятельств дела и личности виновного может повторно принять решение об условном осуждении, установив новый испытательный срок и воз-

ложив на условно осужденного исполнение определенных обязанностей, предусмотренных ч. 5 ст. 73 УК (ч. 6.2);

- суд может дать указание органу, исполняющему наказание, об учете при обращении с несовершеннолетним осужденным определенных особенностей его личности (ч. 7).

Часть 6.2, как нам кажется, с одной стороны, явно не по принадлежности попала в ст. 88 УК РФ, имеющую заголовок «Виды наказаний, назначаемых несовершеннолетним». Во всяком случае, в гл. 9 «Понятие и цели наказания. Виды наказаний» УК РФ такого наказания, как условное осуждение, не предусмотрено. Поэтому если предписания, содержащиеся в ч. 6.2 ст. 88 УК РФ, и необходимы в гл. 14, то они должны быть указаны в самостоятельной статье. С другой стороны, повторное условное осуждение, по нашему мнению, противоречит сути такого осуждения. Статья 74 УК РФ допускает только сохранение условного осуждения при совершении преступления по неосторожности либо умышленного преступления небольшой или средней тяжести. В соответствии с ч. 1 ст. 73 УК РФ условное осуждение назначается, если суд придет к выводу о возможности исправления осужденного без реального отбывания наказания. На основании ч. 3 ст. 73 УК РФ при назначении условного осуждения суд устанавливает испытательный срок, в течение которого условно осужденный должен своим поведением доказать свое исправление. Совершив в течение испытательного срока новое преступление, лицо доказывает обратное: что доверие ему оказано ошибочно и исправить его без реального отбывания наказания невозможно. Соответственно, нет никаких оснований для нового условного осуждения.

Отсюда следует согласиться с азербайджанским уголовным законодательством, не предусматривающим повторное условное осуждение несовершеннолетнего. Как следствие, предписания ч. 6.2 целесообразно убрать из ст. 88 УК РФ.

Положение ч. 7 ст. 88 УК РФ также не относится к видам наказания. Причем совершенно неясен его уголовно-правовой статус. Е. В. Благов предположил, что место предписаний ч. 7

ст. 88 — в ст. 89 УК РФ⁷. Между тем в последней регулируется назначение наказания несовершеннолетнему. Хотя суд может дать указание органу, исполняющему наказание, об учете при обращении с несовершеннолетним осужденным определенных особенностей его личности только при назначении наказания, собственно назначением наказания указание очевидно не является. Так, в п. 9 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29.05.2014 № 9 «О практике назначения и изменения судами видов исправительных учреждений»⁸ рекомендовано судам на основании ч. 7 ст. 89 УК РФ одновременно с постановлением приговора выносить определение (постановление), в котором указывать органу, исполняющему наказание, на необходимость учитывать при обращении с несовершеннолетним определенные особенности его личности (уровень интеллектуального и физического развития, степень педагогической запущенности, склонность к употреблению спиртных напитков, наркотических средств, иные данные, характеризующие личность несовершеннолетнего). При таких условиях, на наш взгляд, за предписаниями ч. 7 ст. 88 УК РФ следует признать уголовно-процессуальный характер и изъять их из уголовного законодательства.

Назначение наказания несовершеннолетним по УК РФ и УК Азербайджанской Республики регулируется практически одинаково. При этом в отношении предписаний и ч. 1, и ч. 2 ст. 89 УК РФ разгорелись споры. Так, в ч. 1 ст. 89 УК РФ предусмотрен учет условий жизни и воспитания несовершеннолетнего, уровень психического развития, иные особенности личности, а также влияние на него старших по возрасту лиц. Е. В. Благов пришел к выводу, что признание допустимости принятия во внимание перечисленных факторов неоднозначно; на самом деле учету подлежат не любые из них, а лишь имеющие негативную (отрицательную) направленность и влияющие на смягчение наказания; факторы же, имеющие позитивную (положительную) направленность, не должны влиять на повышение наказания по определению. Данное положение было бы желательно отразить

⁷ Благов Е. В. Указ. соч. С. 249.

⁸ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2014. № 7. С. 18.

⁹ См.: Благов Е. В. Указ. соч. С. 249—250.

в законе⁹. Приведенному решению возразила И. В. Волгарева. Она указала, что своеобразие обстоятельств жизни и воспитания конкретного подростка может определить не только размер, но и вид назначенного наказания: отношение родителей или заменяющих их лиц к воспитанию, возможность их положительного влияния и контроля за несовершеннолетним должны оцениваться судом при выборе наказания, не связанного с изоляцией от общества¹⁰.

На наш взгляд, в приведенном споре права И. В. Волгарева. Е. В. Благов не учел, что при назначении наказания указываются вид и размер последнего. Он же в своей критике факторов, приведенных в ч. 1 ст. 89 УК РФ, по существу сконцентрировал внимание только на размере наказания. И в этом плане его позиция безупречна. Однако она не логична в отношении вида наказания, во всяком случае, как отметила И. В. Волгарева, в плане выбора наказаний, связанных и не связанных с изоляцией от общества.

В части 2 ст. 89 УК РФ отражено, на наш взгляд, тривиальное положение о том, что несовершеннолетний возраст как смягчающее обстоятельство учитывается при назначении наказания в совокупности с другими смягчающими и отягчающими обстоятельствами. Собственно, так можно сказать о любом смягчающем или отягчающем обстоятельстве, а следовательно, здесь нет никаких особенностей назначения наказания несовершеннолетнему. Вместе с тем правило ч. 2 ст. 89 УК РФ распространяется не на любой случай назначения наказания несовершеннолетним. Все дело в использовании словосочетания «в совокупности», множественного числа в отношении как смягчающих, так и отягчающих обстоятельств, соединительного союза «и». А если нет никакой совокупности, а имеется лишь несовершеннолетие виновного либо наряду с ним только одно смягчающее и (или) отягчающее обстоятельство?

Е. В. Благов посчитал, что, вместо рассматриваемого правила, в законе должно быть отражено применение п. «б» ч. 1 ст. 61 УК РФ ко всем

несовершеннолетним, несмотря на назначение им наказания в пределах, ограниченных ст. 88 УК РФ¹¹. Правда, М. А. Скрыбин в свое время отмечал, что «в случаях осуждения несовершеннолетнего за преступление, согласно закону наказуемое лишением свободы на срок свыше десяти лет или смертной казнью, при назначении наказания ссылка на несовершеннолетие подсудимого как смягчающее ответственность обстоятельство недопустима, поскольку при ином подходе имел бы место двойной учет одного и того же смягчающего обстоятельства... в подобных случаях законом учтено несовершеннолетие в момент совершения преступления в качестве смягчающего ответственность обстоятельства»¹².

В случаях, предусмотренных ст. 88 УК РФ, законодатель, конечно, принял во внимание несовершеннолетний возраст виновных, когда установил для них пониженную наказуемость при совершении преступлений. Вот только это сделано без учета конкретного возраста несовершеннолетнего, а им бывает как лицо, которому только что исполнилось 14 лет, так и лицо, которому чуть не исполнилось 18 лет. Вряд ли таким несовершеннолетним справедливо назначать одинаковое наказание. Конкретный же возраст несовершеннолетнего позволяет принять во внимание соответствующее смягчающее обстоятельство. Следовательно, никакого двойного учета быть не может. Статья 88 УК РФ устанавливает минимальный предел принятия во внимание несовершеннолетия как смягчающего обстоятельства. Последнее же позволяет индивидуализировать наказание путем его смягчения по отношению к указанному пределу. Причем сам законодатель в уже приводимой ч. 6 ст. 88 УК РФ дифференцирует верхний предел лишения свободы в зависимости от возраста несовершеннолетнего.

Итак, пункт «б» ч. 1 ст. 61 УК РФ все-таки должен применяться ко всем несовершеннолетним для индивидуализации наказания с учетом конкретного возраста несовершеннолетнего.

¹⁰ Уголовное право России. Общая часть / под ред. Н. М. Кропачева, Б. В. Волженкина, В. В. Орехова. СПб., 2006. С. 992.

¹¹ Благов Е. В. Указ. соч. С. 251—252.

¹² Скрыбин М. А. Общие начала назначения наказания и их применение к несовершеннолетним. Казань, 1988. С. 43.

И данный момент во избежание неправильного понимания закона следовало бы отразить в ч. 2 ст. 89 УК РФ вместо неполного и не определяющего особенности назначения наказания несовершеннолетним существующего предписания. То же нужно сделать и в ст. 86.2 УК Азербайджанской Республики.

В части 1 ст. 90 УК РФ и ст. 88.1 УК Азербайджанской Республики предусмотрено освобождение несовершеннолетних от уголовной ответственности с применением принудительных мер воспитательного воздействия. Причем последние в обоих кодексах в целом одинаковы. Разница заключается лишь в том, что УК Азербайджанской Республики связывает освобождение с совершением соответствующего преступления впервые. Правда, эта разница в практическом плане не столь существенна, как может показаться. Достаточно обратить внимание на п. 2 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27.06.2013 № 19 «О применении судами законодательства, регламентирующего основания и порядок освобождения от уголовной ответственности», в соответствии с которым впервые совершившим преступление следует считать, в частности, лицо:

- а) совершившее одно или несколько преступлений (вне зависимости от квалификации их по одной статье, части статьи или несколькими статьям УК РФ), ни за одно из которых оно ранее не было осуждено;
- б) предыдущий приговор в отношении которого на момент совершения нового преступления не вступил в законную силу;
- в) предыдущий приговор в отношении которого на момент совершения нового преступления вступил в законную силу, но ко времени его совершения имело место одно из обстоятельств, аннулирующих правовые последствия привлечения лица к уголовной ответственности (например, освобождение лица от отбывания наказания в связи с истечением сроков давности исполнения предыдущего обвинительного приговора, снятие или погашение судимости);
- г) предыдущий приговор в отношении которого вступил в законную силу, но на момент судебного

разбирательства устранена преступность деяния, за которое лицо было осуждено;

д) которое ранее было освобождено от уголовной ответственности¹³.

Нам представляется, что УК Азербайджанской Республики в отмеченном плане точнее. При этом мы обращаем внимание на то, что почти все остальные виды освобождения от уголовной ответственности по российскому уголовному законодательству применяются в отношении лиц, впервые совершивших соответствующее преступление. Исключение по понятным причинам составляет лишь освобождение в связи с истечением сроков давности (ст. 78 УК РФ).

Хотя в ч. 3 ст. 76.1 УК РФ и отсутствует указание на совершение преступления впервые, в п. 1 ч. 8 ст. 4 Федерального закона от 08.06.2015 № 140-ФЗ «О добровольном декларировании физическими лицами активов и счетов (вкладов) в банках и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹⁴ установлено, что гарантии в части освобождения лица от ответственности за совершение конкретного деяния, содержащего признаки преступления (правонарушения), предоставляются, если на дату представления декларации в отношении лица не было возбуждено уголовное дело в связи с совершением соответствующего преступления, освобождение от ответственности за которое предусмотрено ч. 3 ст. 76.1 УК РФ. Намек на совершение преступления впервые очевиден. Вопрос заключается только в том, можно ли считать его легитимным в отсутствие необходимых положений в УК РФ. В силу предписаний ст. 1 названного Закона это вызывает серьезные сомнения.

Указание на совершение преступления впервые важно для ограничения освобождения от уголовной ответственности несовершеннолетних с применением принудительных мер воспитательного воздействия от освобождения их от наказания с применением таких же мер. Сейчас же положения ч. 1 ст. 90 и ч. 1 ст. 92 УК РФ в отмеченной части совпадают.

В отношении сроков применения принудительных мер воспитательного воздействия

¹³ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2013. № 8. С. 5.

¹⁴ СЗ РФ. 2015. № 24. Ст. 3367.

к несовершеннолетним положения российского уголовного законодательства, думается, предпочтительнее. В части 3 ст. 90 УК РФ предусмотрено, что срок применения принудительных мер воспитательного воздействия в виде передачи под надзор родителей или лиц, их заменяющих, либо специализированного государственного органа, а также ограничения досуга и установления особых требований к поведению несовершеннолетнего устанавливается продолжительностью от одного месяца до двух лет при совершении преступления небольшой тяжести и от шести месяцев до трех лет — при совершении преступления средней тяжести.

В статье 88.3 УК Азербайджанской Республики установлено, что продолжительность срока применения указанных выше мер устанавливается соответствующим государственным органом, назначающим эти меры. Такая неопределенность недопустима в уголовном законодательстве, что, разумеется, желательно устранить.

Оба кодекса признают освобождение от уголовной ответственности несовершеннолетних с применением принудительных мер воспитательного воздействия условным, предусматривая возможность их отмены (ч. 4 ст. 90 УК РФ и ст. 88.4 УК Азербайджанской Республики). При этом Н. Д. Сухарева небезосновательно утверждает, что само существование возможности возобновления уголовной ответственности несовершеннолетнего в случае систематического неисполнения им принудительной воспитательной меры нарушает общий смысл и юридическую природу оснований освобождения, так как допускает возможность возврата к уголовной ответственности при реализованном уголовном правоотношении¹⁵. Приведенный аргумент высвечивает более серьезную погрешность ст. 90 УК РФ и 88 УК Азербайджанской Республики.

Как известно, уголовное правоотношение прекращается самим освобождением от уголовной ответственности. Не случайно лицо, освобожденное от уголовной ответственности, считается совершившим преступление впервые, ибо ранее совершенное преступление призна-

ется юридически ничтожным. Тогда возникает вопрос, за что применяются принудительные меры воспитательного воздействия? За то, чего уже нет, их вряд ли правильно применять. При таких условиях кажется необходимым оставить применение принудительных мер воспитательного воздействия только освобождению от наказания.

Разница в регламентации освобождения от наказания несовершеннолетних с применением принудительных мер воспитательного воздействия в уголовном законодательстве РФ и Азербайджанской Республики заключается в том, что в России задействован весь спектр названных принудительных мер (ч. 1 ст. 92), в Азербайджане — только передача под надзор родителей или лиц, их заменяющих, либо соответствующего государственного органа (ст. 89.1). Вряд ли азербайджанскому законодателю следовало исключать из арсенала освобождения от наказания предупреждение, возложение обязанности загладить причиненный вред, а также ограничение досуга и установление особых требований к поведению несовершеннолетнего. Они, как представляется, не в меньшей мере способны привести к достижению целей наказания без его отбывания.

Отдельно в обоих уголовных кодексах предусмотрено освобождение от наказания несовершеннолетнего: в России — с помещением в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа (ч. 2 ст. 92), а в Азербайджане — в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа или лечебно-воспитательное учреждение (ст. 89.2). Речь идет явно об однородных учреждениях. Между тем в УК РФ представлены более подробные предписания о помещении несовершеннолетнего в соответствующее учреждение, чем в УК Азербайджанской Республики. Позиция УК РФ предпочтительнее, повышает роль уголовного закона в освобождении от наказания несовершеннолетнего с помещением в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа. Во всяком случае, УК Азербайджанской Республики могут быть полезны предписания о том, что:

¹⁵ Сухарева Н. Д. Классификация видов освобождения от уголовной ответственности // Российский судья. 2005. № 5. С. 42.

- пребывание несовершеннолетнего в специальном учебно-воспитательном учреждении закрытого типа прекращается до истечения срока, установленного судом, если у него выявлено заболевание, препятствующее его содержанию и обучению в указанном учреждении (ч. 3 ст. 92 УК РФ);
- суд вправе восстановить срок пребывания несовершеннолетнего в специальном учебно-воспитательном учреждении закрытого типа, пропущенный в результате уклонения его от пребывания в указанном учреждении, а также продлить срок пребывания несовершеннолетнего в специальном учебно-воспитательном учреждении закрытого типа по истечении срока, установленного судом, в случае, если судом будет признано, что несовершеннолетний нуждается в дальнейшем применении данной меры. При этом общий срок пребывания несовершеннолетнего в указанном учреждении не может превышать трех лет (ч. 4).

Азербайджанскому законодателю, возможно, есть смысл задуматься о перечне преступлений, при совершении которых недопустимо освобождение от наказания с помещением в соответствующее учреждение, подобном изложенному в ч. 5 ст. 92 УК РФ. Наоборот, по нашему мнению, ни в коем случае не следует помещать в УК Азербайджанской Республики и лучше изъять из УК РФ предписание ч. 4 той же статьи о том, что в случае необходимости завершения освоения несовершеннолетним соответствующих образовательных программ или завершения профессионального обучения продление срока пребывания его в специальном учебно-воспитательном учреждении закрытого типа допускается только по ходатайству несовершеннолетнего. Как отмечает М. А. Любавина, данное положение закона противоречит принципу справедливости; как не может быть увеличен назначенный срок наказания за конкретное преступление, так не должен увеличиваться ранее назначенный срок пребывания несовершеннолетнего в специальном учреждении¹⁶. То, что это увеличение срока связано только с ходатайством несовершеннолетнего, дела не меняет. Чем хуже аналогичное ходатайство при отбывании наказания?

Следует отметить, что российский законодатель не определился с природой помещения несовершеннолетнего в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа. В части 2 ст. 87 УК РФ оно называется отдельно от принудительных мер воспитательного воздействия, в части же 2 ст. 92 УК РФ указывается, что применяется как принудительная мера воспитательного воздействия. Поскольку в перечне последних (ч. 2 ст. 90, ст. 91 УК РФ) помещение в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа отсутствует, вряд ли оно может считаться принудительной мерой воспитательного воздействия. В УК Азербайджанской Республики подобного различия не имеется.

Условно-досрочное освобождение от наказания несовершеннолетних, на наш взгляд, более привлекательно сформулировано в УК Азербайджанской Республики. В статье 90 предусмотрено, что оно применяется к несовершеннолетним осужденным к исправительным работам, ограничению свободы или лишению свободы после фактического отбытия:

- не менее одной трети срока наказания, назначенного за преступление, не представляющее большой общественной опасности, или менее тяжкое преступление;
- не менее половины срока наказания, назначенного за тяжкое преступление;
- не менее двух третей срока наказания, назначенного за особо тяжкое преступление.

При этом в ст. 76 УК Азербайджанской Республики отражено, что в остальных случаях условно-досрочное освобождение от отбывания наказания может быть применено только после фактического отбытия осужденным:

- не менее половины срока наказания, назначенного за преступление, не представляющего большой общественной опасности или менее тяжкого;
- не менее двух третей срока наказания, назначенного за совершение тяжкого преступления;
- не менее трех четвертей срока наказания, назначенного за совершение особо тяжкого преступления.

Как видим, более льготный режим условно-досрочного освобождения от наказания

¹⁶ Любавина М. А. Особенности уголовной ответственности несовершеннолетних. СПб., 2003. С. 70.

несовершеннолетних прослеживается в отношении всех категорий преступления.

Другое дело УК РФ. В его ст. 93 установлено, что условно-досрочное освобождение от отбывания наказания может быть применено к лицам, совершившим преступление в несовершеннолетнем возрасте, осужденным к лишению свободы, после фактического отбытия:

- не менее одной трети срока наказания, назначенного судом за преступление небольшой или средней тяжести либо за тяжкое преступление;
- не менее двух третей срока наказания, назначенного судом за особо тяжкое преступление.

При этом в ст. 79 УК РФ предусмотрено, что для остальных случаев условно-досрочное освобождение может быть применено только после фактического отбытия осужденным:

- не менее одной трети срока наказания, назначенного за преступление небольшой или средней тяжести;
- не менее половины срока наказания, назначенного за тяжкое преступление;
- не менее двух третей срока наказания, назначенного за особо тяжкое преступление.

Нетрудно заметить, что более льготный режим условно-досрочного освобождения от наказания установлен лишь для несовершеннолетнего, совершившего тяжкое преступление. Оставление же одинакового срока фактического отбытия наказания для совершеннолетних и несовершеннолетних применительно к другим категориям преступлений имеет два недостатка. Во-первых, оно нарушает логику уголовно-правового регулирования в гл. 14 УК РФ. В ней более или менее четко прослеживается направление на смягчение уголовно-правового положения несовершеннолетних. Во-вторых, оно идет вразрез с наименованием гл. 14 УК РФ. В ней опять-таки более или менее четко прослеживается направление на отражение именно особенностей уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних.

Вывод напрашивается сам собой. Российскому законодателю при регулировании условно-досрочного освобождения от наказания несовершеннолетних желательно за основу взять логику его регулирования УК Азербайджанской Республики.

Сроки судимости в отношении несовершеннолетних, наоборот, более привлекательно, по нашему мнению, сформулированы в УК РФ. В статье 95 говорится, что для лиц, совершивших преступления до достижения возраста 18 лет, сроки погашения судимости равны:

- шести месяцам после отбытия или исполнения наказания более мягкого, чем лишение свободы;
- одному году после отбытия лишения свободы за преступление небольшой или средней тяжести;
- трем годам после отбытия лишения свободы за тяжкое или особо тяжкое преступление.

При этом в ст. 86 УК РФ предусмотрено, что лицо, освобожденное от наказания, считается несудимым:

- в отношении лиц, осужденных к более мягким видам наказаний, чем лишение свободы, — по истечении одного года после отбытия или исполнения наказания;
- в отношении лиц, осужденных к лишению свободы за преступления небольшой или средней тяжести, — по истечении трех лет после отбытия наказания;
- в отношении лиц, осужденных к лишению свободы за тяжкие преступления, — по истечении восьми лет после отбытия наказания;
- в отношении лиц, осужденных за особо тяжкие преступления, — по истечении 10 лет после отбытия наказания.

Сокращение сроков погашения судимости в отношении несовершеннолетних по всем показателям очевидно. Правда, по логике ст. 86 УК РФ следовало сформулировать разные сроки погашения судимости несовершеннолетних в отношении тяжких и особо тяжких преступлений.

В статье 92 УК Азербайджанской Республики установлено, что для несовершеннолетних, совершивших преступление, судимость признается погашенной по истечении следующих сроков:

- шесть месяцев со дня отбытия более мягкого наказания, чем лишение свободы;
- один год со дня отбытия наказания в виде лишения свободы за совершение не представляющего большой общественной опасности или менее тяжкого преступления;
- три года со дня отбытия наказания в виде лишения свободы за совершение тяжкого или особо тяжкого преступления.

При этом в ст. 83 УК Азербайджана предусмотрено, что судимость считается погашенной:

- в отношении лиц, осужденных к более мягким видам наказаний, чем лишение свободы, — по истечении одного года после отбытия наказания;
- в отношении лиц, осужденных к лишению свободы за совершение преступлений, не представляющих большой общественной опасности, — по истечении одного года со дня завершения отбывания наказания;
- в отношении лиц, осужденных к лишению свободы за менее тяжкие преступления, — по истечении двух лет после отбытия наказания;
- в отношении лиц, осужденных к лишению свободы за тяжкие преступления, — по истечении шести лет после отбытия наказания;
- в отношении лиц, осужденных за особо тяжкие преступления, — по истечении восьми лет после отбытия наказания.

Нетрудно заметить два негативных обстоятельства. Во-первых, в отношении лиц, осужденных к лишению свободы за совершение преступлений, не представляющих большой общественной опасности, сроки погашения судимости для несовершеннолетних и совершеннолетних оказываются равными. Во-вторых, в отличие от совершеннолетних, для несовер-

шеннолетних уравниваются сроки погашения судимости при отбытии наказания в виде лишения свободы за совершение не представляющего большой общественной опасности и менее тяжкого преступления, а также тяжкого и особо тяжкого преступления.

Напрашивается вывод, противоположный сделанному в отношении условно-досрочного освобождения. Азербайджанскому законодателю при регулировании судимости для несовершеннолетних целесообразно за основу взять логику ее регулирования в УК РФ.

Кстати, в ст. 92 УК Азербайджанской Республики, на наш взгляд, не было особого смысла устанавливать, что сроки судимости, предусмотренные ст. 83.3, сокращаются для несовершеннолетних, совершивших преступление, за исключением судимости за условное осуждение. Судимость в последнем случае погашается по истечении испытательного срока, в течение которого осужденный должен поведением доказать исправление (ст. 70 УК Азербайджанской Республики), и меньше последнего, естественно, быть не может.

Таким образом, уголовно-правовое регулирование особенностей ответственности несовершеннолетних по УК РФ и УК Азербайджанской Республики имеет как плюсы, так и минусы.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Благов Е. В.* Актуальные проблемы уголовного права (Общая часть) : учеб. пособие. — Ярославль : ЯрГУ, 2008. — 303 с.
2. *Васильева Т. В.* Назначение и исполнение уголовного наказания в виде штрафа (социально-правовые проблемы) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Рязань, 2004. — 28 с.
3. *Любавина М. А.* Особенности уголовной ответственности несовершеннолетних : учебное пособие. — СПб. : С.-Петерб. юрид. ин-т Ген. прок-ры РФ, 2003. — 76 с.
4. *Оловенцова С. Ю.* Особенности уголовной ответственности несовершеннолетних : учебное пособие. — М. : Проспект, 2018. — 96 с.
5. *Скрябин М. А.* Общие начала назначения наказания и их применение к несовершеннолетним. — Казань : Казан. ун-т, 1988. — 128 с.
6. *Сухарева Н. Д.* Классификация видов освобождения от уголовной ответственности // Российский судья. — 2005. — № 5. — С. 41—43.
7. Уголовное право Азербайджанской Республики. Общая часть в схемах и определениях : учебное пособие / В. С. Комиссаров [и др.] ; Бакинский государственный университет. — Баку : Zərdabi LTD MMC NPM, 2011. — 352 с.

Материал поступил в редакцию 17 августа 2018 г.

CRIMINAL RESPONSIBILITY OF MINORS UNDER THE CRIMINAL CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION AND THE CRIMINAL CODE OF THE AZERBAIJAN REPUBLIC: COMPARATIVE CHARACTERISTICS

IMANLY Magomed Nagi, Doctor of Law, Leading Researcher at the Institute of Law and Human Rights of the National Academy of Sciences of Azerbaijan
top100orxan@mail.ru
AZ1073, Azerbaijan Republic, Baku, prospekt Huseyn Javid, d. 115

Abstract. *The specifics of criminal responsibility and punishment of minors in both the Criminal Code of the Russian Federation and the Criminal Code of the Azerbaijan Republic are regulated separately. At the same time, there are both coincident and different prescriptions in these codes. The paper identifies the advantages and disadvantages of the relevant criminal law provisions in the legislation of the Russian Federation and the Azerbaijan Republic. In the course of analyzing the criminal codes, the author shows which standards of the Criminal Code of the Russian Federation may be useful to the Criminal Code of the Azerbaijan Republic and vice versa. Some provisions on the criminal responsibility of minors are proposed to be removed from the criminal legislation of both countries, while others are to be introduced into it.*

Keywords: *minor, criminal responsibility, punishment, exemption from criminal responsibility, coercive educational measures, exemption from punishment, placement in a special educational institution of a closed type, criminal record.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Blagov E. V. Aktual'nye problemy ugovnogo prava (Obshchaya chast') : ucheb. posobie. — Yaroslavl' : YarGU, 2008. — 303 s.
2. Vasil'eva T. V. Naznachenie i ispolnenie ugovnogo nakazaniya v vide shtrafa (social'no-pravovye problemy) : avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk. — Ryazan', 2004. — 28 s.
3. Lyubavina M. A. Osobennosti ugovnoy otvetstvennosti nesovershennoletnih : uchebnoe posobie. — SPb. : S.-Peterb. jurid. in-t Gen. prok-ry RF, 2003. — 76 s.
4. Olovcova S. Yu. Osobennosti ugovnoy otvetstvennosti nesovershennoletnih : uchebnoe posobie. — M. : Prospekt, 2018. — 96 s.
5. Skryabin M. A. Obshchie nachala naznacheniya nakazaniya i ih primeneniye k nesovershennoletnim. — Kazan' : Kazan. un-t, 1988. — 128 s.
6. Suhareva N. D. Klassifikatsiya vidov osvobozhdeniya ot ugovnoy otvetstvennosti // Rossijskij sud'ya. — 2005. — № 5. — S. 41—43.
7. Ugolovnoe pravo Azerbajdzhanskoj Respubliki. Obshchaya chast' v skhemah i opredeleniyah : uchebnoe posobie / V. S. Komissarov [i dr.] ; Bakinskij gosudarstvennyj universitet. — Baku : Zardabi LTD MMC NPM, 2011. — 352 s.

ЭНЕРГЕТИЧЕСКОЕ, ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ И ПРИРОДОРЕСУРСНОЕ ПРАВО

Н. Г. Жаворонкова, *

Г. В. Выпханова**

Проблемы совершенствования понятийного аппарата в сфере охраны и использования природных лечебных ресурсов, лечебно- оздоровительных местностей и курортов¹

Аннотация. Статья содержит анализ теоретических проблем, связанных с понятийным аппаратом в санаторно-курортной сфере. Они во многом обусловлены комплексным характером правового регулирования отношений по использованию и охране природных лечебных ресурсов, лечебно-оздоровительных местностей и курортов нормами законодательства о здравоохранении, гражданского, градостроительного, экологического, земельного, других отраслей законодательства. Соответственно, оценка легальных понятий должна охватывать сферу регулирования природоресурсных отношений, связанных с использованием природных ресурсов в лечебных и оздоровительных целях; предоставления услуг, осуществления санаторно-курортной деятельности как составной части здравоохранения и социально-экономических отношений; территориального (пространственного) развития курортных территорий, лечебно-оздоровительных местностей; экологических отношений, обусловленных отнесением таких территорий к числу особо охраняемых. При исследовании базовых понятий — «лечебно-оздоровительная местность», «курорт» — рассмотрены такие их признаки, как «лечеб-

¹ Статья подготовлена в рамках выполнения государственного контракта от 31 мая 2018 г. № 108/ОК на оказание услуг по проведению экспертно-аналитических исследований по теме: «Подходы к совершенствованию правового регулирования охраны и использования лечебно-оздоровительных местностей и курортов», заключенного между Аппаратом Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации и ФГБОУ ВО «Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)».

© Жаворонкова Н. Г., Выпханова Г. В., 2019

* Жаворонкова Наталья Григорьевна, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой экологического и природоресурсного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Gavoron49@mail.ru

125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

** Выпханова Галина Викторовна, доктор юридических наук, доцент кафедры экологического и природоресурсного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

viphanova@mail.ru

125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

ные», «профилактические», «оздоровительные», выявлены противоречия в законодательстве, обоснована необходимость расширения критериев, являющихся основанием для придания территориям, обладающим лечебными природными ресурсами, соответствующего правового статуса. Показана необходимость расширения терминов и понятий, связанных с курортной сферой, — «курортная инфраструктура», «пользователь курортной инфраструктуры», «объект размещения» и др. Обоснованы другие предложения в контексте обсуждаемых в последнее время законодотворческих инициатив в рассматриваемой области.

Ключевые слова: лечебные природные ресурсы, лечебно-оздоровительные местности, курорт, санаторно-курортные организации, рациональное использование, воспроизводство и охрана, реестр курортного фонда, государственная политика, курортное дело, курортная инфраструктура.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.101.4.186-194

Одним из актуальных методологических вопросов правового регулирования отношений в санаторно-курортной сфере является понятийный аппарат. Он имеет определяющее значение для обеспечения правового режима природных лечебных ресурсов, лечебно-оздоровительных местностей и курортов, единообразного применения и совершенствования законодательства в данной области, формирования основ и реализации государственной политики.

Санаторно-курортное законодательство имеет исторически сложившийся понятийный аппарат. Происходящие в обществе процессы, экологические, инфраструктурные, финансовые и другие проблемы санаторно-курортного комплекса заставляют по-новому взглянуть на ставшие привычными понятия в контексте их теоретического обоснования и практического применения.

В условиях изменения законодательства об особо охраняемых природных территориях, земельного, градостроительного законодательства, а также появления законодательных инициатив, связанных с проектами новых редакций Федерального закона от 23 февраля 1995 г. № 26-ФЗ «О природных лечебных ресурсах, лечебно-оздоровительных местностях и курортах»² (далее — Закон «О природных лечебных ресурсах...»), возникает необходимость оценки и уточнения содержащихся в нем понятий и их определений. При этом следует учитывать комплексный характер правового регулирования этих отношений нормами законодательства о здравоохранении, гражданского, градостро-

ительного, экологического, земельного, других отраслей законодательства.

Следует отметить концептуальные несоответствия содержащегося в данном Законе понятийного аппарата, который, с одной стороны, охватывает предметную область — государственную политику и отношения в сфере изучения, использования, развития и охраны природных лечебных ресурсов, лечебно-оздоровительных местностей и курортов на территории Российской Федерации. Тем самым предусмотренные в ст. 1 Закона «О природных лечебных ресурсах...» понятия отражают преимущественно природоресурсное содержание регулируемых отношений. С другой стороны, в них заложена концепция нормотворчества, стратегия развития и основные тренды осуществления государственной политики в области курортного дела, которое определяется как «совокупность всех видов научно-практической деятельности по организации и осуществлению лечения и профилактики заболеваний на основе использования природных лечебных ресурсов».

Для понимания сложности применения нормативно-правовой лексики к такому многогранному и синтетическому понятию стоит обратить внимание на попытки законодателя объединить сферы регулирования природоресурсных отношений, связанных с использованием природных ресурсов в лечебных и оздоровительных целях; по предоставлению услуг, осуществлению санаторно-курортной деятельности как составной части здравоохранения и социально-экономи-

² СЗ РФ. 1995. № 9. Ст. 713.

ческие отношения (охрана здоровья граждан и создание курортной инфраструктуры); территориальному (пространственному) развитию (курортная территория, лечебно-оздоровительная местность), экологические отношения, обусловленные отнесением таких территорий к числу особо охраняемых. При этом возникают вопросы, в какой части интересы территорий (прежде всего земельные, территориального развития) совпадают с интересами здравоохранения, а в какой не совпадают или не полностью совпадают с интересами экологической целесообразности и экономической эффективности, в частности охраны природных лечебных ресурсов и их рационального использования.

Это объективные сложности нормотворчества отягощены стремительными изменениями, происходящими в технологиях здравоохранения, оздоровления, социального, пространственного развития, глобализации экономики. А изменения законодательства не способствуют решению теоретических споров и практических проблем. Так, санаторно-курортное лечение, сформированное еще в советские времена в рамках системы здравоохранения, и в современный период продолжает регулироваться законодательством об охране здоровья граждан как медицинская помощь, осуществляемая медицинскими организациями (санаторно-курортными организациями) на основе использования природных лечебных ресурсов, в том числе в условиях пребывания в лечебно-оздоровительных местностях и на курортах. При этом лечебно-оздоровительные местности и курорты, традиционно относившиеся к самостоятельному виду особо охраняемых природных объектов и территорий с установлением особого правового режима их использования и охраны в первоначальной редакции Закона «О природных лечебных ресурсах...», такой статус утратили в конце 2013 г. в результате исключения из Федерального закона от 14 марта 1995 г. № 33-ФЗ «Об особо охраняемых природных территориях»³ разд. VIII «Лечебно-оздоровительные местности

и курорты». Хотя, как справедливо отмечается в научной литературе, наличие природных лечебных ресурсов является одним из главных признаков и условий организации и функционирования курорта как особо охраняемой природной территории⁴.

Рассматривая особенности понятийного аппарата в курортной сфере, в области природных лечебных ресурсов, лечебно-оздоровительных местностей и курортов в контексте опыта и основных тенденций правоприменения, эффективности природопользования и стратегии социально-экономического развития страны, следует отметить несколько проблем, носящих не только методологический (понятийный, синтаксический, смысловой), но и сугубо практический характер. К ним можно отнести:

- современное осмысление понятия «лечебно-оздоровительная местность», «курорт», их правовой статус, организационное и экономическое содержание курортной деятельности;
- соотношение понятий и особенностей санаторно-курортного регулирования в различных законах и подзаконных нормативных правовых актах;
- вопросы природопользования, особенно землепользования, выделения «лечебных факторов и ресурсов» как отдельных объектов правового регулирования;
- вопросы медицинского характера — лечение, оздоровление, реабилитация, статус санаториев и других лечебных учреждений;
- перспективы, стратегии, планы, концепции использования природных лечебных ресурсов, лечебно-оздоровительных местностей и бальнеологических курортов.

Эти и другие проблемные вопросы требуют рассмотрения во взаимосвязи с понятийным аппаратом, который отражает взгляды, подходы, концепции, традиции, тенденции нормотворчества и одновременно создает правовое поле, нормативную среду для решения. В связи с этим в научной литературе правомерно ставятся вопросы понятийного аппарата в курортной сфере⁵.

³ СЗ РФ. 1995. № 12. Ст. 1024.

⁴ Федоркина В. В. Природные лечебные ресурсы курортов: понятие и особенности их использования // Экологическое право. 2010. № 4. С. 31.

⁵ См.: Бабич М. Е. Пробелы законодательства о курортах и перспективы введения курортного сбора в России // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2016. № 11. С. 96—105.

Сложность его оценки связана еще и с недостаточно обоснованным употреблением терминов и определений в законодательстве, зачастую не несущих в строгом понимании правового смысла. Это относится, например, к часто употребляемому термину «оздоровление», не имеющему критериев и порогов, позволяющих точно измерить эффективность «оздоровления» в зависимости от «лечебной местности».

Кроме того, применительно к курортной сфере в разных законодательных актах и даже в тексте одного закона используются разные термины. Например, в ст. 40 Федерального закона от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»⁶ предусмотрено осуществление санаторно-курортного лечения медицинскими организациями (санаторно-курортными организациями) в профилактических, лечебных и реабилитационных целях (п. 3). Тогда как в п. 4 данной статьи указано, что санаторно-курортное лечение направлено на активацию защитно-приспособительных реакций организма в целях профилактики заболеваний, оздоровления. Хотя в понятии санаторно-курортного лечения в числе целей оздоровительные не выделены. Толкование данных норм не позволяет однозначно определить, включается ли оздоровление в профилактические цели либо является самостоятельной целью. Данный вопрос имеет принципиальное значение в контексте понятий, содержащихся в Законе «О природных лечебных ресурсах...». Несмотря на то что данным Законом предусматривается понятие «лечебно-оздоровительная местность», в ее признаках выделен такой целевой критерий, как «организация лечения и профилактики заболеваний», а «оздоровление» не указывается.

Аналогичные вопросы возникают и в части содержащегося в действующей редакции Закона «О природных лечебных ресурсах...» понятия курорта, который определяется как «освоенная и используемая в лечебно-профилактических целях территория, располагающая природными лечебными ресурсами и необходимыми для их эксплуатации зданиями и сооружениями, включая объекты инфраструктуры». Такие признаки (критерии) данного понятия, как «лечебные»,

«профилактические», «оздоровительные», не уточнены и не легализованы, хотя они характеризуют понятия, фундаментальные для законодательства о курортах.

Такие же проблемы возникают и в отношении предусмотренного этим Законом определения понятия «природные лечебные ресурсы» — минеральные воды, лечебные грязи, рапа лиманов и озер, лечебный климат, другие природные объекты и условия, используемые для лечения и профилактики заболеваний и организации отдыха». Приведенный перечень и отнесение природных ресурсов к «лечебным» достаточно условно, тем более неясно разграничение между терминами «лечебные» и «профилактические» наряду с «оздоровительными», «рекреационными».

В указанном определении содержится некий неполный перечень лечебных ресурсов, с одной стороны, с другой — сложно понимаемое в нормотворчестве определение «другие природные объекты и условия», что в равной мере может относиться к неопределенному кругу понятий и условий. Например, в широком понимании и климат, и многие сочетания природных условий могут быть как «лечебными», так могут и не оказывать такого воздействия в зависимости от внешних условий и состояния организма человека.

На наш взгляд, на законодательном уровне исчерпывающего перечня «лечебных» ресурсов закреплено быть не может, так как меняется само понимание «лечения» и подходы к «оздоровлению». Поэтому в Законе «О природных лечебных ресурсах...» следует избегать конкретных перечней ресурсов, факторов, условий, оставляя право и возможность их динамичного выявления и определения в подзаконных актах, например Минздрава РФ, специальных центрах сертификации.

Согласно п. 1 ст. 2.1 Закона «О природных лечебных ресурсах...» лечебные свойства природных лечебных ресурсов устанавливаются на основании научных исследований, соответствующей многолетней практики. Пунктом 2 ст. 2.1 предусмотрено утверждение классификации природных лечебных ресурсов, медицинских показаний и противопоказаний к их примене-

⁶ СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6724.

нию в лечебно-профилактических целях уполномоченным Правительством Российской Федерации федеральным органом исполнительной власти.

Таким органом власти является Министерство здравоохранения Российской Федерации (Минздрав России). Согласно п. 5.2.196 Положения о Министерстве здравоохранения Российской Федерации, утвержденного постановлением Правительства РФ от 19.06.2012 № 608⁷, на это министерство возложено полномочие по принятию нормативных правовых актов, включая классификацию природных лечебных ресурсов, медицинские показания и противопоказания к их применению в лечебно-профилактических целях. Однако до настоящего времени такой нормативный правовой акт Минздравом России не принят.

Содержащееся в Законе «О природных лечебных ресурсах...» определение понятия «курорт» свидетельствует о том, что его основой является наличие «лечебного природного» ресурса, привязанного в той или иной мере к лечебной местности. Соответственно территориальный признак, характеризующийся обязательным наличием совокупности определенных «природных лечебных ресурсов», является базовым в понятии «курорт».

Использование курорта в лечебно-профилактических целях как особо охраняемой территории, располагающей природными лечебными ресурсами, возможно при условии создания необходимых для их эксплуатации зданий и сооружений, включая объекты инфраструктуры — лечебной, технической, транспортной и т.д. В современных условиях возникают потребности пересмотра этой концепции под углом зрения инновационности и многовекторности развития территорий.

В понятии курорта следует выделять также характеристику, имеющую административно-поселенческий и содержательный характер, которая, например, имеет правовое выражение в постановлениях (решениях) Правительства РФ о присвоении статуса курорта отдельным административно-территориальным единицам (город-курорт, курортный округ, муниципальный курорт). При этом в официальных документах

о статусе курорта следует указывать в качестве основной характеристики «профиль» курорта — лечебный, восстановительный, климатический, морской, горный и т.д. Как отмечалось выше, в законодательстве о курортах и в подзаконных нормативных правовых актах не раскрывается содержание понятий «лечебно-профилактические цели», «лечебно-оздоровительные цели» и «рекреационные цели». Однако указанные термины нередко употребляются в законодательстве в составе иных сложных терминов и конструкций.

Аналогичный круг вопросов возникает и в отношении легального понятия «лечебно-оздоровительная местность», которое определяется как «территория, обладающая природными лечебными ресурсами и пригодная для организации лечения и профилактики заболеваний, а также для отдыха населения». В данном определении также требуется уточнение, что такое «оздоровительная» местность и в чем различие между «рекреационной», «лечебной» и «оздоровительной» местностью. Требуется разъяснения и уточнения одновременное употребление понятий «местность» и «территория». При этом следует исходить из того, что «местность» — часть ландшафта, территория, часть территории, часть поверхности (пространства), имеющая границы. В Законе «О природных лечебных ресурсах...» должно быть понятное и логичное разделение этих понятий, учитывая существующее между ними противоречие — местность и территория могут обладать уникальной природной лечебной особенностью, но не иметь соответствующего правового статуса, не выделяться в качестве «лечебно-оздоровительной» и, следовательно, не охраняться. Весьма распространенной является ситуация, когда до признания территории лечебной уникальный ресурс нерационально используется и даже уничтожается. На наш взгляд, в Законе «О природных лечебных ресурсах...» может быть предусмотрен вариант «резервной», «перспективной» территории на период сбора и подготовки документов о признании территории лечебной.

Признание «территории» лечебно-оздоровительной «местностью» или курортом осуществляется в зависимости от ее значения

⁷ СЗ РФ. 2012. № 26. Ст. 3526.

Правительством РФ, соответствующим органом исполнительной власти субъекта РФ или органом местного самоуправления на основании специальных курортологических, гидрогеологических и других исследований. Законодательно закреплено деление курортов на курорты федерального, регионального и местного значения. При этом возникает вопрос о возможностях федеральных, региональных и местных органов управления. Поскольку признание территории курортом связано с большими инвестициями, обустройством территории, охраной, развитием инфраструктуры, то какова должна быть заинтересованность местных и региональных властей в оформлении статуса курорта? Очевидно, что даже на федеральном уровне ощущается острая нехватка средств на социальные проекты, поэтому новые курорты не будут появляться прежде всего по экономическим причинам, а не из-за отсутствия (наличия) лечебных свойств территорий. Это тем более важно для понятийного аппарата, так как закон о лечебно-оздоровительных местностях и курортах, на наш взгляд, не должен регулировать исключительно существующие положения, вытекающие еще из советской системы курортологии, а должен прежде всего стимулировать создание и повышение конкурентоспособности деятельности экономических агентов, образованию новых отношений в сфере отдыха, лечения, профилактики, туризма, в том числе лечебного. В связи с этим следует ввести в законодательство о туризме, об охране окружающей среды, в документы стратегического планирования дополнительные статьи о развитии лечебного, оздоровительного, восстановительного туризма. При этом возникает также вопрос, являются ли нормы действующего Закона «О природных лечебных ресурсах...» эффективными, стимулирующими развитие этой сферы как с точки зрения здравоохранения, так и в интересах развития территорий, появления новых кластеров, новых инновационных трендов в экономике. В данном контексте нормы Закона в части понятийного аппарата должны

быть гармонизированы с законодательными актами других отраслей, в частности законодательства о туризме, защите прав потребителей, природоохранном законодательством.

Особо следует выделить вопрос о санаторно-курортных организациях. В числе недостатков в курортной сфере следует назвать осуществление санаторно-курортного лечения учреждениями, не расположенными на территории курортов либо лечебно-оздоровительных местностей. Как показывает их перечень Минтруда России и Минздрава России⁸, некоторые из них даже не имеют статуса «санаторий», например открытое акционерное общество «Концерн «Кизлярский электромеханический завод»», открытое акционерное общество «Медпрофцентр» и др.

С одной стороны, государство регулирует санаторно-курортное лечение как приоритетное направление «восстановительной» медицины, а с другой — явно прослеживается тенденция расширения сферы лечебно-восстановительной деятельности без образования санаториев и признания местности «лечебной», «лечебно-оздоровительной». В связи с этим важно соблюдение на практике положений, предусмотренных ст. 15 Закона «О природных лечебных ресурсах...», предусматривающей, во-первых, обязательность статуса лечебно-профилактических организаций для санаторно-курортных организаций, осуществляющих лечебный процесс, и их функционирование на основании предоставленной в соответствии с законодательством РФ лицензии на осуществление медицинской деятельности; во-вторых, осуществление реорганизации санаторно-курортных организаций с сохранением ими лечебно-оздоровительной специализации.

Проблемы реализации требований, предусмотренных для создания курортов, во многом обусловлены несовершенством понятийного аппарата, в том числе в связи с закреплением неопределенных терминов. Так, территория признается лечебно-оздоровительной местностью, если она:

⁸ Приказ Минтруда России № 301н, Минздрава России № 449н от 10.07.2013 «Об утверждении Перечня санаторно-курортных учреждений (государственной, муниципальной и частной систем здравоохранения), в которые предоставляются при наличии медицинских показаний путевки на санаторно-курортное лечение, осуществляемое в целях профилактики основных заболеваний граждан, имеющих право на получение государственной социальной помощи» // Российская газета. № 181. 16.08.2013.

- располагает одним или несколькими уникальными природными лечебными ресурсами;
- обладает необходимыми запасами минеральных вод, лечебных грязей и достаточными ресурсами других природных лечебных факторов;
- имеет площадь, пригодную и достаточную для курортного строительства;
- удовлетворяет экологическим и санитарно-эпидемиологическим нормам и правилам, установленным для особо охраняемых территорий лечебно-оздоровительного назначения;
- обладает источниками хозяйственно-питьевого и технического водоснабжения, а также надежными системами энергообеспечения, способными удовлетворить потребности будущего курорта.

К перечисленным признакам следует добавлять и другие характеристики, например лечебно-оздоровительный потенциал, природоресурсная емкость территории, способность (возможность, достаточность) для организации и осуществления лечения, оздоровления, восстановления, реабилитации, предоставления определенного количества и качества таких услуг.

Как следует из вышеизложенных положений, многие из законодательно закрепленных терминов и определений являются ненормативными, в результате чего их применение вызывает потребность в дополнительном толковании. Такие характеристики, как «уникальность», «надежность», «достаточность» и т.д., не поддаются оценке, хотя они входят в перечень обязательных для признания местности «лечебной», «лечебно-оздоровительной».

Все возможные и допустимые характеристики лечебно-оздоровительной местности, курорта должны отражаться в Реестре курортного фонда, насчитывающем десятки параметров, но там нет критериев «уникальный», «надежный» и т.д. Реестр включает понятия (сведения) о лечебно-оздоровительных местностях и курортах федерального, регионального и местного значения, а также о находящихся на их территориях природных лечебных ресурсах (минеральных водах, лечебных грязях, рапе лиманов и озер, лечебном климате, других природных объектах и условиях, используемых для лечения и профи-

лактики заболеваний) и санаторно-курортных организациях независимо от форм собственности и ведомственной подчиненности, имеющих лицензию на осуществление медицинской деятельности в части работ (услуг), выполняемых при осуществлении санаторно-курортной помощи.

Содержащиеся в Реестре сведения должны включать конкретные характеристики. Соответственно, понятие «характеристика лечебно-оздоровительной местности, курорта, курортного региона (района)» как ключевая величина законодательства в курортной сфере должна быть выражена в необходимых определяемых и проверяемых показателях. Это требуется для подтверждения правового статуса таких территорий на всех уровнях и программах развития, в документах стратегического планирования, градостроительной документации, при налоговом и бюджетном планировании. Правовая основа их функционирования (решение Правительства РФ, органа исполнительной власти субъекта РФ, органа местного самоуправления) должна быть базой для всех последующих решений и планов. При этом географическое положение должно отражать как наличие лечебно-оздоровительных ресурсов, так и обеспечение выявленной потребности в услугах медицинского (оздоровительного) характера. Общая площадь в границах землеотвода должна быть экологически и экономически оправдана и иметь перспективный характер. Обязательные условия установления округов санитарной (горно-санитарной) охраны — положительное заключение государственной экологической экспертизы и наличие необходимой разрешительной документации. Понятие «перечень природных лечебных ресурсов, имеющихся на территории лечебно-оздоровительной местности, курорта, курортного региона (района)» с указанием пользователей должен регулярно пересматриваться и с учетом коррекции определять «природоресурсную» и «лечебно-оздоровительную» емкость территории курорта.

Важным регулятором в сфере лечебной и профилактической деятельности является предоставление санаторно-курортным организациям земельных участков и иных природных ресурсов в соответствии с требованиями природоресурсного законодательства для осуществления лечебно-профилактической дея-

тельности и организации отдыха населения. Застройка земель лечебно-оздоровительных местностей и курортов осуществляется с соблюдением правил, установленных законодательством для проведения соответствующих работ на указанных особо охраняемых территориях. Принципиальное значение имеет сохранение статуса лечебно-оздоровительных местностей и курортов как особо охраняемых территорий.

Эти и другие положения требуют их согласованного закрепления в законодательных актах различных отраслей, что, однако, в практике законотворческого процесса не всегда обеспечивается. Огромная организационно-правовая сложность, присутствующая в понятийном аппарате, — это недостаточно четкое, иногда противоречивое определение земельно-правовых отношений в структуре природоохранного, земельного, водного, градостроительного, гражданского законодательства. В частности, спорное по своей правовой эффективности изъятие из состава особо охраняемых природных территорий земель курортов должно быть компенсировано появлением нового статуса «особо охраняемые земли курортов и лечебно-оздоровительных местностей». Действующая редакция ст. 96 Земельного кодекса РФ определяет статус «земель лечебно-оздоровительных местностей и курортов» без указания на признак «особо охраняемые». При этом в легальном определении термина «курорты» отсутствуют указания на особый правовой и управленческий режим курорта (кроме ограничений по землеустройству и строительству), возможность частичного или полного его изъятия из хозяйственного использования и оборота (по аналогии с определением особо охраняемых природных территорий).

Курорт и местности, имеющие лечебные характеристики, всегда располагаются на определенной территории, на которой обнаружены уникальные экосистемы, ландшафты, фаунистические особенности, лесные, горные, водные объекты (например, озера, термальные воды, морское побережье), в том числе подземные (месторождения минеральных вод или их часть). Следовательно, в отношении участков земель курортов, водных объектов или их частей должен быть установлен особый правовой режим природопользования (режим особой охраны), земле- и водопользования, а также

введены ограничения их хозяйственного использования или оборота, причем не только землепользования, но и охраны экосистемы. Указанные положения целесообразно отразить в определении курортов, закрепленном в ст. 1 Закона «О природных лечебных ресурсах...».

При совершенствовании законодательства в курортной сфере необходимы не только доработка существующих понятий, закрепленных в законодательстве, но и учет новых терминов и определений, в том числе легальных, отражающих специфику охраны и использования природных лечебных ресурсов, лечебно-оздоровительных местностей курортов.

Так, требуют решения проблемы понятийного аппарата в части новых терминов, таких как «курортная инфраструктура», «пользователь курортной инфраструктуры», «объект размещения». В научной и специальной литературе, в проектах документов стратегического планирования (концепциях, планах, стратегиях) развития курортов появляются новые термины: «курортные кластеры», «эко-регионы», «санаторно-рекреационное, санаторно-оздоровительное» лечение, восстановление и т.д., которые неизбежно будут восприняты законодательством. Соответственно, эти тенденции необходимо учитывать при его совершенствовании. В качестве показательного примера можно привести нормы Земельного кодекса РФ. Если такое понятие, как «курортная инфраструктура», в его нормах не содержится, то в новой гл. XIX «Зоны с особыми условиями использования территорий» — ключевой для земельных отношений — в числе таких зон выделен округ санитарной (горно-санитарной) охраны лечебно-оздоровительных местностей, курортов и природных лечебных ресурсов. В числе целей их установления названа охрана окружающей среды, в том числе защита и сохранение природных лечебных ресурсов.

Приведенные примеры и проведенный анализ свидетельствуют о необходимости совершенствования и согласованного развития законодательства о курортах, земельного, природоресурсного, экологического, градостроительного, санитарно-эпидемиологического законодательства и др., в том числе в части решения вопросов определенности, непротиворечивости и применимости понятийного аппарата.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Бабич М. Е. Пробелы законодательства о курортах и перспективы введения курортного сбора в России // Имущественные отношения в Российской Федерации. — 2016. — № 11. — С. 96—105.
2. Федоркина В. В. Природные лечебные ресурсы курортов: понятие и особенности их использования // Экологическое право. — 2010. — № 4. — С. 31—35.

Материал поступил в редакцию 2 октября 2018 г.

PROBLEMS OF IMPROVING CONCEPTUAL APPARATUS IN THE FIELD OF PROTECTION AND USE OF NATURAL MEDICINAL RESOURCES, MEDICAL AND RECREATIONAL AREAS AND RESORTS⁹

ZHAVORONKOVA Natalya Grigorievna, Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Environmental and Natural Resources Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
Gavoron49@mail.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

VYPKHANOVA Galina Viktorovna, Doctor of Law, Associate Professor of the Department of Environmental and Natural Resources Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
viphanova@mail.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The paper contains an analysis of theoretical problems associated with the conceptual apparatus in the sanatorium and resort sphere. They are largely due to the complex nature of the legal regulation of relations on the use and protection of natural medicinal resources, medical and recreational areas and resorts by the norms of legislation on public health, civil, urban planning, environmental, land and other branches of legislation. Accordingly, the assessment of legal concepts should cover the sphere of regulation of natural resource relations related to the use of natural resources for therapeutic and recreational purposes; the provision of services, the implementation of sanatorium-resort activities as an integral part of health and socio-economic relations; territorial (spatial) development of resort areas, medical and recreational areas; ecological relations due to the classification of such areas as specially protected. In the study of basic concepts — «health-improving terrain», «resort» — their characteristics such as «curative», «preventive», «wellness» are examined, contradictions in legislation are revealed, the necessity of expanding the criteria that are the basis for imparting with therapeutic natural resources, the corresponding legal status is justified. The necessity of expanding the terms and concepts related to the resort sphere — «resort infrastructure», «resort infrastructure user», «accommodation object», etc. is shown. The authors justify other proposals in the context of recent legislative initiatives in this area.*

Keywords: *therapeutic natural resources, medical and recreational areas, resort, sanatorium-resort organizations, rational use, reproduction and protection, registry of resort funds, state policy, resort business, resort infrastructure.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Babich M. E. Probely zakonodatel'stva o kurortah i perspektivy vvedeniya kurortnogo sbora v Rossii // Imushchestvennyye otnosheniya v Rossijskoj Federacii. — 2016. — № 11. — S. 96—105.
2. Fedorkina V. V. Prirodnye lechebnye resursy kurortov: ponyatie i osobennosti ih ispol'zovaniya // Ekologicheskoe pravo. — 2010. — № 4. — S. 31—35.

⁹ The paper is prepared as part of the implementation of the state contract of May 31, 2018 No. 108 / OK for the provision of services for conducting expert-analytical research on the topic: «Approaches to Improving the Legal Regulation of the Protection and Use of Medical-Health Locations and Resorts» concluded between the Office of the State Duma of the Federal Assembly of the Russian Federation and the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

УСЛОВИЯ ОПУБЛИКОВАНИЯ И ТРЕБОВАНИЯ К ПРЕДОСТАВЛЯЕМЫМ В ЖУРНАЛ МАТЕРИАЛАМ И ИХ ОФОРМЛЕНИЮ

Более подробная информация содержится на сайте журнала: arpr.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 — статьи).
2. 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».
3. Автор направляет в редакцию журнала статью согласно условиям и порядку предоставления и опубликования статей, а также требованиям к оформлению статей, размещенным на сайте журнала. При несоблюдении указанных требований редакция оставляет за собой право вернуть статью автору без рассмотрения.
4. Требования к содержанию и объему статей:
 - объем статьи должен составлять от 15 до 25 тыс. знаков (с пробелами, с учетом сносок), или 10–15 страниц (формат A4; шрифт Times New Roman, высота шрифта — 14 пунктов; межстрочный интервал — полупетит; 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 главным редактором журнала;
 - статья должна быть написана на актуальную тему, должна 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 статьи не должен быть только описательным, констатировать существующее положение вещей (статьи, значительная часть которых воспроизводит нормативный материал, будут отклоняться);
 - в материале должна быть соблюдена фактологическая и историческая точность;
 - необходимо обращать внимание на аккуратное использование заимствованного материала, точность цитирования. Ответственность за правильность данных в сносках и приставном библиографическом списке несет автор.
5. При оформлении ссылок необходимо руководствоваться библиографическим ГОСТом 7.0.5-2008. В журнале используются подстрочные ссылки, вынесенные из текста вниз страницы (в сноску). Нумерация сплошная (например, с 1-й по 32-ю). Сноски набираются шрифтом Times New Roman, высота шрифта — 12 пунктов, межстрочный интервал — одинарный, абзацный отступ — 1,25. Примеры оформления сносок приводятся на сайте журнала.
6. В библиографический список включается только использованная при написании статьи научная литература. В список не включаются нормативные акты, судебная практика и иные правоприменительные документы или их проекты. Требования к оформлению списка литературы в целом совпадают с требованиями к оформлению ссылок. В списке все работы перечисляются в алфавитном порядке, сначала идут материалы на русском языке, затем — на иностранных языках.

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: aprp.msal@yandex.ru

Сайт: aprp.msal.ru

Дата выхода в свет: 24.05.2019. Объем: 22,78 усл.печ.л., формат 60х84/8.

Тираж 150 экз. Печать цифровая. Бумага офсетная.

Отпечатано в Издательском центре Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

ВЕСТНИК УНИВЕРСИТЕТА ИМЕНИ О.Е. КУТАФИНА (МГЮА)

- ✓ Свидетельство о регистрации СМИ — ПИ № ФС77-67361 от 5 октября 2016 г., ISSN 2311-5998;
- ✓ издается с 2014 г. — ежемесячно;
- ✓ входит в перечень ВАК России;
- ✓ включен в Российский индекс цитирования (РИНЦ) и Ulrich's Periodicals Directory;
- ✓ каждой статье присваивается индивидуальный международный индекс DOI;
- ✓ отдельные материалы размещаются в СПС «ГАРАНТ» и в электронной библиотеке «КиберЛенинка».

Отличие «Вестника» от журналов, уже издаваемых Университетом (Lex Russica, «Актуальные проблемы российского права»), и от других российских периодических изданий в том, что каждый его выпуск посвящен отдельной отрасли правовых знаний, например трудовому праву и праву социального обеспечения, международному, финансовому праву и т.д.

Журнал знакомит:

- ✓ с основными направлениями развития юридической науки;
- ✓ с актуальными проблемами теории и истории права и государства;
- ✓ конкретных отраслей права; сравнительное правоведения;
- ✓ методики преподавания правовых и общегуманитарных дисциплин, а также иностранных языков в юридическом вузе;
- ✓ с правоприменительной практикой;
- ✓ с путями совершенствования российского законодательства;
- ✓ с известными российскими и зарубежными учеными, их теоретическим наследием;
- ✓ с материалами конференций и круглых столов, проведенных в Университете или с участием профессорско-преподавательского состава Университета в других российских и зарубежных научных центрах;
- ✓ с новой юридической литературой.



KUTAFIN UNIVERSITY LAW REVIEW

Мультиотраслевой научный юридический журнал, который издается на английском языке с сентября 2014 г. и выходит два раза в год. Журнал нацелен на интеграцию российской правовой науки в мировое юридическое сообщество, организацию диалога правоведов по актуальным проблемам теоретической и практической юриспруденции, расширение кругозора и интеллектуальных горизонтов представителей российского правоведения, повышение узнаваемости и авторитета наших ученых-юристов.

Журнал публикует статьи известных и начинающих ученых, юристов-практиков, а также студентов и аспирантов. Главный критерий отбора публикаций — это качество содержания, которое отражает талант автора, его эрудицию и профессионализм в исследуемой сфере, добросовестность и глубину проведенного анализа, использование богатого арсенала научной методологии, актуальность проблематики и новизну результатов проведенного исследования.

Данное издание создает уникальную возможность писать и публиковать научные статьи на английском языке в целях существенного расширения профессиональной читательской аудитории, повышения индекса цитирования, выхода на международный научный уровень.

В качестве авторов, членов редакционного совета и редакционной коллегии с журналом Kutafin University Law Review сотрудничают выдающиеся российские и зарубежные специалисты в различных областях юриспруденции.

The best ideas are always welcomed!



Редакционная подписка на журналы Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Журналы Университета распространяются через объединенный каталог «Пресса России» и интернет-каталог агентства «Книга-Сервис».

Подписаться на журнал можно с любого месяца. Подписные индексы журналов:

«Актуальные проблемы российского права» – 11178, Lex Russica – 11198, «Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)» – 40650.

Будем рады видеть Вас в числе подписчиков!

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РОССИЙСКОГО ПРАВА

№ 4 (101) АПРЕЛЬ 2019

Журнал распространяется через
объединенный каталог «Пресса России»
и интернет-каталог агентства «Книга-Сервис».

Подписной индекс: 11178.

Подписаться на журнал можно с любого месяца.

ISSN 1994-1471



9 771994 147002