



Том 74
№ 10 (179) 2021
ОКТАБРЬ

ISSN 1729-5920 (Print)
ISSN 2686-7869 (Online)

RUSSICA

LEX

научный юридический журнал

Отцы и дети сквозь призму
права собственности
на жилые помещения

Основные признаки
двойственности положения
специалиста в уголовном
судопроизводстве

Критика «буржуазных»
политических доктрин:
познание через отрицание

Юридизация понятия
«искусственный интеллект»
и пределы использования
технологии искусственного
интеллекта в судебном
процессе

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.

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; сравнительного 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.

Журнал *Lex russica* — научный юридический журнал, посвященный фундаментальным проблемам теории права, эффективности правоприменения и совершенствованию законодательства. Миссия журнала состоит в создании открытой дискуссионной площадки для обмена актуальной научной информацией, оригинальными результатами фундаментальных и прикладных юридических исследований, подготовленных ведущими российскими и иностранными учеными, специалистами академического и экспертно-аналитического профиля.

ПРЕДСЕДАТЕЛЬ РЕДАКЦИОННОГО СОВЕТА

БЛАЖЕЕВ Виктор Владимирович — ректор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), профессор, заслуженный юрист РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ, почетный работник науки и техники РФ, г. Москва, Россия

ЗАМЕСТИТЕЛЬ ПРЕДСЕДАТЕЛЯ РЕДАКЦИОННОГО СОВЕТА

СИНЮКОВ Владимир Николаевич — доктор юридических наук, профессор, проректор по научной работе Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки РФ, почетный сотрудник МВД России, г. Москва, Россия

ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР

БОГДАНОВ Дмитрий Евгеньевич — доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры гражданского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), г. Москва, Россия

ЗАМЕСТИТЕЛЬ ГЛАВНОГО РЕДАКТОРА

КСЕНОФОНТОВА Дарья Сергеевна — кандидат юридических наук, доцент кафедры семейного и жилищного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), г. Москва, Россия

ОТВЕТСТВЕННЫЙ СЕКРЕТАРЬ

СЕВРЮГИНА Ольга Александровна — эксперт отдела научно-издательской политики Научно-исследовательского института Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), г. Москва, Россия

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ

АМАТУЧЧИ Карло — доктор юридических наук, профессор коммерческого права Неаполитанского университета имени Федерико II, г. Неаполь, Италия

БЕШЕ-ГОЛОВКО Карин — доктор публичного права (Франция), президент Комитас Генциум Франция–Россия,

приглашенный профессор Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова, г. Москва, Россия

БОНДАРЬ Николай Семенович — доктор юридических наук, профессор, судья Конституционного Суда Российской Федерации, г. Санкт-Петербург, Россия

БРИНЧУК Михаил Михайлович — доктор юридических наук, профессор, главный научный сотрудник сектора экологического, земельного и аграрного права Института государства и права Российской академии наук, г. Москва, Россия

ВААС Бернд — профессор кафедры трудового и гражданского права в рамках европейского и международного трудового права Института гражданского и коммерческого права факультета права Университета Гётте, г. Франкфурт-на-Майне, Германия

ВАН ЧЖИХУА — доктор юридических наук, профессор Китайского политико-юридического университета, заместитель председателя Научно-исследовательского института российского права при Китайском политико-юридическом университете, заместитель председателя и генеральный секретарь Ассоциации сравнительного правоведения Китая, г. Пекин, КНР

ГРАЧЕВА Елена Юрьевна — доктор юридических наук, профессор, первый проректор, заведующий кафедрой финансового права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), г. Москва, Россия

ДЕ ЗВААН Яап Виллем — почетный профессор права Европейского Союза Университета Эразмус, г. Роттердам, Нидерланды

ЗОЙЛЬ Отмар — доктор права, почетный доктор права, почетный профессор Университета Paris Nanterre, г. Нантер, Франция

ИСАЕВ Игорь Андреевич — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой истории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), г. Москва, Россия

КОЛЮШИН Евгений Иванович — доктор юридических наук, профессор, член Центральной избирательной комиссии Российской Федерации, г. Москва, Россия

КОМОРИДА Акио — профессор Университета Канагава, г. Иокогама, Япония

Журнал рекомендован Высшей аттестационной комиссией Министерства науки и высшего образования РФ для публикации основных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук.

Материалы журнала включены в систему Российского индекса научного цитирования.

Журнал включен в базы данных: Ulrich's, РГБ, Cyberleninka, Library of Congress, IPRbooks.

МАЛИНОВСКИЙ Владимир Владимирович — кандидат юридических наук, заместитель Генерального прокурора РФ, государственный советник юстиции 1 класса, г. Москва, Россия

МАНТРОВ Вадим Евгеньевич — доктор юридических наук, доцент, директор Института юридических наук юридического факультета Латвийского университета, г. Рига, Латвия

МОРОЗОВ Андрей Витальевич — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой информационного права, информатики и математики Всероссийского государственного университета юстиции (РПА Минюста России), г. Москва, Россия

НОГО Срето — профессор Университета Джона Нейсбита, доцент, директор Института юридических наук королевской академии, генеральный секретарь Ассоциации международного уголовного права, вице-президент Всемирного форума по борьбе с организованной преступностью в эпоху глобализации (штаб-квартира в Пекине), г. Белград, Сербия

ПАН ДУНМЭЙ — доктор юридических наук, профессор Хэнаньского университета, почетный ученый «Хуанхэ», г. Кайфэн, КНР

ПЕТРОВА Татьяна Владиславовна — доктор юридических наук, профессор кафедры экологического и земельного права юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова, г. Москва, Россия

РАРОГ Алексей Иванович — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), г. Москва, Россия

РАССОЛОВ Илья Михайлович — доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры информационного права и цифровых технологий Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), г. Москва, Россия

СТАРИЛОВ Юрий Николаевич — доктор юридических наук, профессор, декан юридического факультета, заведующий кафедрой административного и административного процессуального права Воронежского государственного университета, г. Воронеж, Россия

СТАРОСТИН Сергей Алексеевич — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры административного права и процесса Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), г. Москва, Россия

ТУМАНОВА Лидия Владимировна — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой судебной власти и правоохранительной деятельности юридического факультета Тверского государственного университета, г. Тверь, Россия

ФЕДОРОВ Александр Вячеславович — кандидат юридических наук, профессор, заместитель председателя

Следственного комитета Российской Федерации, генерал-полковник, главный редактор журнала «Наркоконтроль», г. Москва, Россия

тер ХААР Берил — профессор и директор Центра изучения международного и европейского трудового права (CIELLS), Варшавский университет; именной профессор Европейского и сравнительного права, Гронингенский университет

ХЕЛЛЬМАНН Уве — хабилитированный доктор права, профессор, заведующий кафедрой уголовного и экономического уголовного права юридического факультета Потсдамского университета, г. Потсдам, Германия

ШЕВЕЛЕВА Наталья Александровна — доктор юридических наук, профессор, и. о. заведующего кафедрой административного и финансового права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, г. Санкт-Петербург, Россия

ЯРКОВ Владимир Владимирович — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского процесса Уральского государственного юридического университета, г. Екатеринбург, Россия

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

ГРОМОШИНА Наталья Андреевна — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского и административного судопроизводства Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), г. Москва, Россия

ЕРШОВА Инна Владимировна — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой предпринимательского и корпоративного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), г. Москва, Россия

ЖАВОРОНКОВА Наталья Григорьевна — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой экологического и природоресурсного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), г. Москва, Россия

КАШКИН Сергей Юрьевич — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой интеграционного и европейского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), г. Москва, Россия

КОМАРОВА Валентина Викторовна — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой конституционного и муниципального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), г. Москва, Россия

КОРНЕВ Аркадий Владимирович — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), г. Москва, Россия

Издается
с 1948 года

LEX RUSSICA

Научный юридический журнал

Том 74
№ 10 (179)
октябрь 2021

ЛЮТОВ Никита Леонидович — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой трудового права и права социального обеспечения Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), г. Москва, Россия

МАЦКЕВИЧ Игорь Михайлович — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой криминологии и уголовно-исполнительного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), г. Москва, Россия

РЕГИСТРАЦИЯ СМИ	Журнал зарегистрирован Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор) ПИ № ФС77-58927 от 5 августа 2014 г.
ISSN	1729-5920 (Print), 2686-7869 (Online)
ПЕРИОДИЧНОСТЬ	12 раз в год
УЧРЕДИТЕЛЬ И ИЗДАТЕЛЬ	Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего образования «Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)» Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
АДРЕС РЕДАКЦИИ	Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993 Тел.: 8 (499) 244-88-88 (доб. 687). E-mail: lex-russica@yandex.ru
САЙТ	https://lexrussica.msal.ru
ПОДПИСКА И РАСПРОСТРАНЕНИЕ	Свободная цена Журнал распространяется через объединенный каталог «Пресса России» и интернет-каталог агентства «Книга-Сервис» Подписной индекс 11198 Подписка на журнал возможна с любого месяца
ТИПОГРАФИЯ	Отпечатано в Издательском центре Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
ВЫПУСКНЫЕ ДАННЫЕ	Дата выхода в свет: 11.11.2021 Объем 18,01 усл. печ. л. (14,65 а. л.), формат 60×84/8 Тираж 150 экз. Печать цифровая. Бумага офсетная
Переводчики	<i>Н. М. Головина, А. Н. Митрущенкова</i>
Редакторы	<i>М. В. Баукина, Е. В. Осикина</i>
Корректоры	<i>А. Б. Рыбакова, С. И. Ершова</i>
Компьютерная верстка	<i>Д. А. Беляков</i>

При использовании опубликованных материалов журнала ссылка на *Lex russica* 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.

Журнал рекомендован Высшей аттестационной комиссией Министерства науки и высшего образования РФ для публикации основных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук.
Материалы журнала включены в систему Российского индекса научного цитирования.
Журнал включен в базы данных: Ulrich's, РГБ, Cyberleninka, Library of Congress, IPRbooks.

Lex russica Journal is a scientific legal journal devoted to fundamental problems of the theory of law, the efficiency of law enforcement, and improvement of legislation.

The mission of the Journal is to establish an open discussion platform for the exchange of relevant scientific information, true results of fundamental and applied legal research carried out by leading Russian and foreign scientists, academicians, researchers, and experts.

CHAIRPERSON OF THE COUNCIL OF EDITORS

Victor V. BLAZHEEV — Rector of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Professor, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation, Merited Worker of Science and Technology of the Russian Federation, Moscow, Russia

VICE-CHAIRPERSON OF THE COUNCIL OF EDITORS

Vladimir N. SINYUKOV — Dr. Sci. (Law), Professor, Vice-Rector on Scientific Work of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Merited Scholar of the Russian Federation, Merited Employee of the Internal Affairs Bodies of the Russian Federation, Moscow, Russia

CHIEF EDITOR

Dmitry E. BOGDANOV — Dr. Sci. (Law), Associate Professor, Professor of the Department of Civil Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Moscow, Russia

DEPUTY CHIEF EDITOR

Daria S. KSENOFONTOVA — Cand. Sci. (Law), Associate Professor of the Department of Family and Housing Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Moscow, Russia

EXECUTIVE SECRETARY

Olga A. SEVRYUGINA — expert of the Research and Publishing Policy Department of the Research Institute of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Moscow, Russia

COUNCIL OF EDITORS

Carlo AMATUCCI — Doctor of Law, Professor of Commercial Law of the University of Naples Federico II, Naples, Italy

Karine BECHET-GOLOVKO — Doctor of Public Law (France), President of the Comitatus Gentium France-Russie, Visiting Professor of Lomonosov Moscow State University, Moscow, Russia

Nikolay S. BONDAR — Dr. Sci. (Law), Professor, Judge of the Constitutional Courts of the Russian Federation, St. Petersburg, Russia

Mikhail M. BRINCHUK — Dr. Sci. (Law), Professor, Senior Fellow, Sector of Environmental, Land and Agricultural Law of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, Moscow, Russia

Bernd WAAS — Professor of the Chair of Labour Law and Civil Law under consideration of European and International Labour Law, Institute of Civil and Commercial Law of the Faculty of Law, Goethe University, Frankfurt am Main, Germany

WANG ZHIHUA — Doctor of Law, Professor of China University of Political Science and Law, Deputy Chairman of the Research Institute of Russian Law, China University of Political Science and Law, Vice President and Secretary General of the Association of Comparative Law of China, Beijing, China

Elena Yu. GRACHEVA — Dr. Sci. (Law), Professor, First Vice-Rector, Head of the Department of Financial Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Moscow, Russia

Jaap Willem DE ZWAAN — Emeritus Professor of the Law of the European Union at Erasmus University, Rotterdam, The Netherlands

Otmár SEUL — Doctor of Law, Merited Doctor of Law, Emeritus Professor of the University Paris Nanterre, Nanterre, France

Igor A. ISAEV — Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the Department of History of State and Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Moscow, Russia

Evgeniy I. KOLYUSHIN — Dr. Sci. (Law), Professor, Member of the Central Election Committee of the Russian Federation, Moscow, Russia

Akio KOMORIDA — Professor of Kanagawa University, Yokohama, Japan

Vladimir V. MALINOVSKIY — Cand. Sci. (Law), Vice Prosecutor-General of the Russian Federation, Class 1 State Councilor of Justice, Moscow, Russia

Vadim E. MANTROV — Doctor of Law, Associate Professor, Director of the Institute of Legal Sciences at the Faculty of Law of the University of Latvia, Riga, Latvia

Andrey V. MOROZOV — Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the Department of Information Law, Informatics and Mathematics of the All-Russian State University of Justice (RLA of the Ministry of Justice of Russia), Moscow, Russia

Sreto NOGO — Doctor of Law, Professor of John Naisbitt University, President of The Serbian Royal Academy, Secretary General of Association of International Criminal Law, Vice-President of the World Forum on fighting with organized crime in the Global Era (Headquarters in Beijing), Belgrade, Serbia

PAN DUNMEY — Doctor of Law, Professor of Henan Daxue University, «Huang He» Merited Scholar, Kaifeng, China

Tatiana V. PETROVA — Dr. Sci. (Law), Professor of the Department of Environmental and Land Law of the Law Faculty of Lomonosov Moscow State University, Moscow, Russia

Aleksey I. RAROG — Dr. Sci. (Law), Professor, Professor of the Department of Criminal Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Honorary Lawyer of the city of Moscow, Moscow, Russia

Ilya M. RASSOLOV — Dr. Sci. (Law), Associate Professor, Professor of the Department of Information Law and Digital Technologies of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Moscow, Russia

Yuriy N. STARILOV — Dr. Sci. (Law), Professor, Dean of the Faculty of Law, Head of the Department of Administrative Law and Administrative Procedural Law of the Voronezh State University, Voronezh, Russia

Sergey A. STAROSTIN — Dr. Sci. (Law), Professor, Professor of the Department of Administrative Law and Procedure of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Moscow, Russia

Lidia V. TUMANOVA — Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the Department of the Judiciary and Law Enforcement of the Faculty of Law of the Tver State University, Tver, Russia

Aleksandr V. FEDOROV — Cand. Sci. (Law), Professor, Vice-Chairman of the Investigation Committee of the Russian Federation, Colonel General, Editor-in-Chief of the Journal «Drug Enforcement» (Narcocontrol), Moscow, Russia

Beryl ter HAAR — Professor and Head of the Centre for International and European Labour Law Studies (CIELLS), University of Warsaw, and Endowed Professor European and Comparative Labour Law, University of Groningens

Uwe HELLMANN — Dr. iur. habil., Professor, Holder of the Chair of Criminal Law and Commercial Criminal Law of the Faculty of Law, University of Potsdam, Potsdam, Germany

Natalia A. SHEVELEVA — Dr. Sci. (Law), Professor, Acting Head of the Department of Administrative and Financial Law of the Law Faculty of the St. Petersburg State University, St. Petersburg, Russia

Vladimir V. YARKOV — Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the Department of Civil Procedure of the Ural State Law University, Yekaterinburg, Russia

EDITORIAL BOARD

Natalia A. GROMOSHINA — Dr. Sci. (Law), Professor, Professor of the Department of Civil and Administrative Court Proceedings of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Moscow, Russia

Inna V. ERSHOVA — Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the Department of Business and Corporate Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Moscow, Russia

Natalia G. ZHAVORONKOVA — Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the Department of Environmental and Natural Resources Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Moscow, Russia

Sergey Yu. KASHKIN — Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the Department of Integration and European Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Moscow, Russia

Valentina V. KOMAROVA — Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the Department of Constitutional and Municipal Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Moscow, Russia

Arkadiy V. KORNEV — Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the Department of Theory of State and Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Moscow, Russia

Nikita L. LYUTOV — Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the Department of Labor and Social Security Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Moscow, Russia

Igor M. MATSKEVICH — Dr. Sci. (Law), Professor, Head of Department of Criminology and Penal Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Moscow, Russia

Published
in 1948

LEX RUSSICA

Scientific Journal of Law

Vol. 74
№ 10 (179)
October 2021

**THE CERTIFICATE
OF MASS MEDIA REGISTRATION**

The journal was registered by the Federal Service for Supervision of Communications, Information Technology and Mass Media (Roskomnadzor) on 5 August 2014. The Certificate of Mass Media Registration: PI No. FS77-58927

ISSN

1729-5920 (Print), 2686-7869 (Online)

PUBLICATION FREQUENCY

12 issues per year

FOUNDER AND PUBLISHER

Federal State Budgetary Educational Institution of Higher Education
“Kutafin Moscow State Law University (MSAL)”
Sadovaya-Kudrinskaya ul., d. 9, Moscow, Russia, 125993

EDITORIAL OFFICE. POSTAL ADDRESS

Sadovaya-Kudrinskaya ul., d. 9, Moscow, Russia, 125993
Tel.: +7 (499) 244-88-88 (ext. 687). E-mail: lex-russica@yandex.ru

WEB-SITE

<https://lexrussica.msal.ru>

SUBSCRIPTION AND DISTRIBUTION

Free price
The journal is distributed through “Press of Russia” joint catalogue and the Internet catalogue of “Kniga-Servis” Agency
Subscription index: 11198
Journal subscription is possible from any month

PRINTING HOUSE

Printed in Publishing Center of Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
Sadovaya-Kudrinskaya ul., d. 9, Moscow, Russia, 125993

SIGNED FOR PRINTING

11.11.2021
Volume: 18,01 conventional printer's sheets (14.65 author's sheets),
format: 60×84/8
An edition of 150 copies. Digital printing. Offset paper

Translators

N. M. Golovina, A. N. Mitrushchenkova

Editor

M. V. Baukina, E. V. Osikina

Proof-reader

A. B. Rybakova, S. I. Ershova

Computer layout

D. A. Belyakov

When using published materials of the journal, reference to *Lex russica* is obligatory.
Full or partial use of materials is allowed only with the written permission of the authors or editors.
The point of view of the Editorial Board may not coincide with the point of view of the authors of publications.

СОДЕРЖАНИЕ

ЧАСТНОЕ ПРАВО / *JUS PRIVATUM*

- Михайлов С. В.** Презумпция творческого характера (оригинальности) объектов авторских прав 9
- Михайлова И. А.** Отцы и дети сквозь призму права собственности на жилые помещения 26
- Черных Н. В.** Элементы неустойчивой занятости в труде научных и педагогических работников 36

ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО / *JUS PUBLICUM*

- Борков В. Н., Глухов Е. А.** О принятии решений за пределами компетентности руководителями публичных органов власти (на примерах приемки выполненных контрагентами работ) 47

НАУКИ КРИМИНАЛЬНОГО ЦИКЛА / *JUS CRIMINALE*

- Бондаренко Л. К.** Основные признаки двойственности положения специалиста в уголовном судопроизводстве 59
- Герасимов А. М.** Уголовный проступок и механизм его установления 75

ТЕОРИЯ ПРАВА / *THEORIA LEX*

- Мещерякова А. Ф.** Россия: путь к светскости или клерикализации общества и государства? 85

ИСТОРИЯ ПРАВА / *HISTORIA LEX*

- Гаврилов С. Н.** Русская правовая ментальность: процессуальный закон vs народное правосудие обычного права 100
- Грахоцкий А. П.** Дело В. Шёнемана: айнзатцкоманда 8, вермахт и Холокост 113
- Корнев А. В.** Критика «буржуазных» политических доктрин: познание через отрицание 125

КИБЕРПРОСТРАНСТВО / *CYBERSPACE*

- Спицин И. Н.** Юридизация понятия «искусственный интеллект» и пределы использования технологии искусственного интеллекта в судебном процессе 137

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ / *COMPARATIVE STUDIES*

- Якушева Е. Е.** Инвестиционные товарищества в контексте других существующих в России форм ведения совместной деятельности и в сравнении с limited partnership в США 147

CONTENTS

PRIVATE LAW / JUS PRIVATUM

- Mikhailov S. V.** The Presumption of a Creative Nature (Originality) of Copyright Objects 9
- Mikhailova I. A.** Fathers and Sons Through the Lens of Ownership of Residential Premises 26
- Chernykh N. V.** Elements of Precarious Employment in the Work of Scientific and Pedagogical Workers 36

PUBLIC LAW / JUS PUBLICUM

- Borkov V. N., Glukhov E. A.** Decision-Making Beyond the Competence of the Heads of Public Authorities (Acceptance of Work Performed by Contractors: a Case Study) 47

CRIMINAL LAW / JUS CRIMINALE

- Bondarenko L. K.** The Main Signs of the Duality of the Specialist Position in Criminal Proceedings 59
- Gerasimov A. M.** A Criminal Misconduct and the Mechanism of its Establishment 75

THEORY OF LAW / THEORIA LEX

- Meshcheryakova A. F.** Russia: The Path to Secularism or the Clericalization of Society and the State? 85

HISTORY OF LAW / HISTORIA LEX

- Gavrilov S. N.** Russian Legal Mentality: Procedural Law vs Customary People's Justice 100
- Grakhotkiy A. P.** The V. Schoeneman Case: Einsatzkommando 8, the Wehrmacht and the Holocaust 113
- Kornev A. V.** Criticism of “Bourgeois” Political Doctrines: Cognition through Denial 125

CYBERSPACE / CYBERSPACE

- Spitsin I. N.** Juridification of the Concept of “Artificial intelligence” and the Limits of the Use of Artificial Intelligence Technology in the Judicial Process 137

COMPARATIVE LEGAL STUDIES / COMPARATIVE STUDIES

- Yakusheva E. E.** Investment Partnership in the realm of Other Forms of Joint Ventures Existing in Russia in comparison with US Limited Partnership 147

DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.009-025

С. В. Михайлов*

Презумпция творческого характера (оригинальности) объектов авторских прав

Аннотация. В статье раскрывается доктринальный смысл и практическое значение презумпции творческого характера (оригинальности) объектов авторских прав. Эта презумпция прямо не указана в российском законе, но следует из системного толкования норм, посвященных фигуре автора, которым признается гражданин, своим творческим трудом создавший произведение. Презумпция оригинальности произведений содержится в законах многих стран, но ее трактовки диаметрально различаются. В настоящий период в условиях все более ускоряющегося и усложняющегося гражданского оборота, сопровождающегося информационной революцией, юридико-технические содержательные подходы к категории оригинальности (в качестве синонима творчества) как общей и единственной предпосылке охраны произведений копирайтом и континентальной авторско-правовой системой стали постепенно сближаться. Вместе с тем отечественная судебная практика до сих пор безосновательно игнорирует доктрину существенного сходства произведений, основанную на презумпции оригинальности. В статье предлагается классификация споров, касающихся оригинальности произведений, основанием которой является количество объектов, вовлеченных в орбиту спора.

Автор выстраивает систему координат, критерием которой является степень изменения первоначального оригинального произведения: идентичное копирование — неидентичное копирование — переработка — свободное создание другого оригинального произведения. При этом автор подчеркивает, что копия, даже значительно отличающаяся от оригинала, не перестает быть таковой; в юридическом аспекте идентичное и неидентичное копирование является воспроизведением, требующим получения согласия автора или правообладателя оригинального произведения. Необходимым признаком переработки является цель автора изменений расширить возможности использования первоначального произведения; переработка также требует получения согласия автора или правообладателя в отношении оригинального произведения. Неидентичное копирование и переработку следует отличать от создания нового произведения, использующего неохораняемое содержание первоначального оригинального произведения.

Ключевые слова: авторское право; копирайт; презумпция творческого характера (оригинальности) объектов авторских прав; презумпция оригинальности произведений; презумпция оригинальности; унификация критерия оригинальности; существенное сходство произведений; существенное сходство; неидентичное воспроизведение; неидентичное копирование.

Для цитирования: Михайлов С. В. Презумпция творческого характера (оригинальности) объектов авторских прав // Lex russica. — 2021. — Т. 74. — № 10. — С. 9–25. — DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.009-025.

© Михайлов С. В., 2021

* Михайлов Семен Викторович, кандидат юридических наук, доцент кафедры интеллектуальных прав Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
semmikhv@mail.ru

The Presumption of a Creative Nature (Originality) of Copyright Objects

Semyon V. Mikhailov, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Department of Intellectual Rights, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
semmikhv@mail.ru

Abstract. The paper is devoted to the doctrinal meaning and practical significance of the presumption of the creative nature (originality) of copyright objects. This presumption is not directly enshrined in Russian law, but it follows from the systemic interpretation of the rules dedicated to notion of the author. A citizen who created a work by his creative work is recognized as the author. The laws of many countries contain the presumption of originality of works, but its interpretations are diametrically different. At the present time, in the conditions of an increasingly accelerating and complicating civil turnover accompanied by the information revolution, legal and technical substantive approaches to the category of originality (as a synonym for creativity) as a common and only prerequisite for the protection of works by copyright and the continental copyright system have gradually begun to converge. At the same time, domestic judicial practice still unreasonably ignores the doctrine of substantial similarity of works based on the presumption of originality. The author proposes an authentic classification of disputes concerning the originality of works, the basis of which is the number of objects involved in the dispute. The author builds a coordinate system, the criterion of which is the degree of change of the original work: identical copying — non-identical copying — processing — free creation of another original work. At the same time, the author emphasizes that a copy, even significantly different from the original, does not cease to be a copy. In legal terms, identical and non-identical copying constitutes reproduction that requires the consent of the author or copyright holder of the original work. A necessary sign of processing is the purpose of the author of the changes to expand the possibilities of using the original work; processing also requires the consent of the author or copyright holder with respect to the original work. Non-identical copying and reworking should be distinguished from creating a new work using an unprotected content of the original authentic work.

Keywords: copyright; presumption of the creative nature (originality) of copyright objects; presumption of originality of works; presumption of originality; unification of the criterion of originality; significant similarity of works; significant similarity; non-identical reproduction; non-identical copying.

Cite as: Mikhailov SV. Presumptsiya tvorcheskogo kharaktera (originalnosti) obektov avtorskikh prav [The Presumption of a Creative Nature (Originality) of Copyright Objects]. *Lex russica*. 2021;74(10):9-25. DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.009-025. (In Russ., abstract in Eng.).

В любой работе есть место творчеству.

С. Довлатов. Соло на ундервуде

Слушайте, что я накопал вчера ночью при колеблющемся свете электрической лампы: «Я помню чудное мгновенье, передо мной явилась ты, как мимолетное виденье, как гений чистой красоты». Правда, хорошо? Талантливо? И только на рассвете, когда дописаны были последние строки, я вспомнил, что этот стих уже написал А. Пушкин. Такой удар со стороны классика! А?

И. Ильф, Е. Петров. Золотой теленок

Авторско-правовая дихотомия (охраняется форма, но не содержание произведения¹) помимо основных положений авторского права, в числе которых принцип эстетической нейтральности², первоначальность возникновения авторских прав и др., также дает основание практикоориентированным юридико-техническим средствам разрешения споров: презумпции авторства³, презумпции творческого характера объектов авторских прав.

Презумпция творческого характера (оригинальности) объектов авторских прав прямо не указана в российском законе, но следует из системного толкования норм, посвященных фигуре автора, которым признается гражданин, своим творческим трудом создавший произведение.

Это обстоятельство разъясняется в абз. 2 п. 80 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»: «Судам при разрешении вопроса об отнесении конкретного результата интеллектуальной деятельности к объектам авторского права следует учитывать, что по смыслу ст. 1228, 1257 и 1259 ГК РФ в их взаи-

мосвязи таковым является только тот результат, который создан творческим трудом. При этом надлежит иметь в виду, что, пока не доказано иное, результаты интеллектуальной деятельности предполагаются созданными творческим трудом (здесь и далее в цитатах курсив наш. — С. М.)».

Таким образом, критерий творчества в качестве предпосылки авторско-правовой охраны в ст. 1259 ГК РФ, содержащей примерный (открытый) перечень произведений науки, литературы и искусства, прямо не указан. Действительно, в ином случае могло бы сложиться ложное впечатление, что произведение может и не являться результатом творческой деятельности автора⁴.

Отмеченный подход соответствует ст. 2 (1) Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений от 09.09.1886 (далее — Бернская конвенция), также содержащей примерный перечень объектов авторского права, подлежащих правовой охране вне зависимости от способа и формы выражения в качестве литературных, научных и художественных произведений⁵. При этом в ст. 5 (1) Бернская конвенция, устанавливая пра-

¹ В силу ст. 1259 ГК РФ авторские права (охраняется форма) распространяются как на обнародованные, так и на необнародованные произведения, выраженные в какой-либо объективной форме, в том числе в письменной, устной форме (в виде публичного произнесения, публичного исполнения и иной подобной форме), в форме изображения, в форме звуко- или видеозаписи, в объемно-пространственной форме (п. 3). При этом авторские права (не охраняется содержание) не распространяются на идеи, концепции, принципы, методы, процессы, системы, способы, решения технических, организационных или иных задач, открытия, факты, языки программирования, геологическую информацию о недрах (п. 5).

² См.: Михайлов С. В. Принцип эстетической нейтральности авторского права // Хозяйство и право. 2019. № 5. С. 67–75.

³ См.: Михайлов С. В. Практическое значение содержания презумпции авторства // Хозяйство и право. 2019. № 9. С. 57–67.

⁴ Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / отв. ред. Е. А. Павлова. М., 2018. С. 196 (автор комментария к ст. 1259 ГК РФ — Е. А. Павлова).

⁵ Ст. 2 (1) Бернской конвенции: «Термин “литературные и художественные произведения” охватывает любую продукцию в области литературы, науки и искусства, вне зависимости от способа и формы ее выражения, включая: книги, брошюры и другие письменные произведения; лекции, обращения, проповеди и другие подобного рода произведения; драматические и музыкально-драматические произведения; хореографические произведения и пантомимы; музыкальные сочинения с текстом или без текста; кинематографические произведения, к которым приравниваются произведения, выраженные

вила национального режима и минимального уровня охраны, связывает круг охраняемых правом произведений с фигурой *автора*⁶.

Таким образом, Бернская конвенция формирует телеологический (функциональный) подход: правовая охрана направлена на охрану интеллектуальных продуктов, точнее — произведений, являющихся собственными *авторскими интеллектуальными творениями*⁷.

В доктрине подчеркивается, что фраза «любое произведение в области литературы, науки и искусства» явно восходит к двусторонним договорам, предшествовавшим подписанию Бернской конвенции. Опираясь на подготовительные материалы к Брюссельской конференции 1948 г. по пересмотру положений Бернской конвенции, профессора С. Рикетсон и Д. Гинзбург разъясняют, что слово «произведение» «просто указывает, что объект, удовлетворяющий описанию литературных и художественных произведений, подлежит правовой охране как только он будет реализован или воплощен в объективной реальности»⁸. При этом они подчеркивают, что, несмотря на то, что перечень объектов авторского права открытый, их перечисление в ст. 2 (1) Бернской конвенции является единственным правовым механизмом, с помощью которого может быть обеспечен последовательный подход стран — членов Бернского союза к тому, что понимается под категорией «литературные и художественные произведения»⁹.

Таким образом, конвенциональный телеологический подход формирует презумпцию творческого создания произведений: если немате-

риальный объект входит в перечень объектов, названных позитивным правом произведениями (например, написанные тексты, несмотря на бесконечное разнообразие литературных форм, являются литературными произведениями), то, пока не доказано иное, следует считать рассматриваемый объект продуктом творческого труда создавшего его лица (автора), и поэтому он подлежит авторско-правовой охране.

Однако далеко не все зарубежные законодательства прямо следуют конвенциональному примеру, что неудивительно — Бернская конвенция, предоставляя минимальный уровень правовой охраны произведениям, является результатом компромисса самых разных юридических культур. Не говоря об очевидном соотношении системы копирайта общего права с системами авторско-правовой охраны гражданско-правовых стран¹⁰, даже в сфере родственных правовых семей есть заметные различия: и внутри общего права, и тем более в континентальных системах. Свидетельства этому можно обнаружить в тексте самой Бернской конвенции. Например, в ст. 14bis (1) отмечено: «Без ущерба авторским правам на любое произведение, которое могло быть переделано или воспроизведено, кинематографическое произведение подлежит охране в качестве *оригинального произведения*. Владелец авторского права на кинематографическое произведение пользуется такими же правами, как и автор *оригинального произведения*, включая права, предусмотренные в предыдущей статье».

Здесь, как и во многих зарубежных законах, термин «оригинальное произведение» озна-

способом, аналогичным кинематографии; рисунки, произведения живописи, архитектуры, скульптуры, гравирования и литографии; фотографические произведения, к которым приравниваются произведения, выраженные способом, аналогичным фотографии; произведения прикладного искусства; иллюстрации, карты, планы, эскизы и пластические произведения, относящиеся к географии, топографии, архитектуре или наукам».

⁶ Ст. 5 (1) Бернской конвенции: «В отношении *произведений*, по которым авторам предоставляется охрана в силу настоящей Конвенции, *авторы* пользуются в странах Союза, кроме страны происхождения произведения, правами, которые предоставляются в настоящее время или могут быть предоставлены в дальнейшем соответствующими законами этих стран своим гражданам, а также правами, особо предоставляемыми настоящей Конвенцией».

⁷ Rosati E. Originality in a Work, or a Work of Originality: The Effects of the Infopaq Decision // Journal of the Copyright Society of the U. S.A. 2011. 58 (4). P. 801–803.

⁸ Цит. по: Alpin T. Subject matter (Ch. 3) // Research Handbook on the Future of EU Copyright / ed. by E. Derclaye. Cheltenham; Northampton : Edward Elgar Publishing, 2009. P. 50.

⁹ Цит. по: Alpin T. Op. cit.

¹⁰ В статье в силу зачастую кардинальных различий в гражданско-правовых системах и в системе общего права использование терминов «авторское право» и «копирайт» (в том числе производных от них), а также их коннотаций означает отсылку к соответствующим правовым системам.

чает, что соответствующее произведение создано самостоятельным трудом автора, т.е. оно *не скопировано* прямо или косвенно с чужого произведения¹¹ и не является фактом, имеющим, например, информационный характер.

Соответственно, правовой смысл вышеприведенной конвенционной нормы состоит в том, что кинематографическое произведение является результатом самостоятельного труда автора, а *не копией* чужого произведения. В этом значении, несмотря на то, что, например, кинофильм¹² по мотивам литературного произведения является переработкой последнего (экранизация — производное произведение, п. 1 ст. 1261 ГК РФ), права автора кинематографического произведения аналогичны правам автора экранизированного литературного или иного произведения — они являются *оригинальными, т.е. не скопированными* с чужого произведения.

Широкий объем рассматриваемого значения конвенционной нормы дает логическое основание бытовавшему в середине XX в. в законах многих стран, например в Германии с

1910 по 1965 г., разделению на кинематографические драматические произведения¹³, т.е. охраняемые авторским правом произведения искусства (с одной стороны), и хроникальные, документальные, новостные фильмы (с другой стороны), охранявшиеся в качестве серии фотографий¹⁴, которые к искусству не относятся, поскольку просто отражают реальность.

Таким образом, в аспекте содержания «оригинальности кинопроизведения» (в качестве авторского интеллектуального творения) в ст. 14 bis (1) Бернской конвенции внимание обращается на то, что кинофильм не является копией предшествующего произведения, в отличие от телеологического (функционального) подхода, ориентированного на фигуру автора, отраженного в ст. 2 (1) и 5 (1) Бернской конвенции.

Как показано выше, отечественное законодательство по авторскому праву использует термин «творчество». В этом плане оно следует немецкому авторскому праву, указывающему, что охране подлежат «личные интеллектуальные творения»¹⁵, однако другие гражданско-правовые системы¹⁶, тем более система копирайта

¹¹ Dworkin A. T. Originality in the Law of Copyright // 11. Copyright L. Symp. 60 (1959–1960). P. 73.

¹² В статье термины «кинофильм», «фильм», «кинематографическое произведение» используются как синонимы.

¹³ Самостоятельное сюжетное повествование по оригинальному киносценарию или экранизация литературного произведения.

¹⁴ Kamina P. Film Copyright in the European Union. Second Edition. Cambridge : Cambridge University Press, 2016. P. 44–45.

В законах некоторых стран это деление до сих пор сохраняется. Например, фильмы охраняются как записи на киноленту и другие аналогичные технические средства в Великобритании и других странах копирайта общего права именно британской традиции, в отличие от американской системы копирайта и следующими за США странами.

¹⁵ В пункте 2 пар. 2 Закона ФРГ об авторском праве и смежных правах указано: «Произведениями в значении настоящего закона являются только личные интеллектуальные творения». При этом в комментарии к названному Закону отмечается, что «в отличие от предыдущего закона и в отличие от законопроекта докладчиков и министерства, ориентированных на защиту произведений как таковых, действующий закон (1965 г.) дает соответствующую формулировку: “Авторы произведений литературы, науки и искусства пользуются защитой своих произведений по условиям настоящего Закона” (пар. 1). Этот подход проясняет цель: закон не защищает произведение как самостоятельный правовой объект; такая защита принесла бы пользу соответствующему правообладателю или владельцу прав на использование произведения. Скорее, цель закона — защитить самого автора: основное внимание уделяется не произведению, к которому относится правовая защита, а личности автора». См.: Fromm F. K., Nordemann W. Urheberrecht: Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Einigungsvertrag (Urheberrecht) neu: zur EU-Portabilitätsverordnung. Stuttgart : Kohlhammer Verlag. Kindle Edition, 2018.

¹⁶ Даже французское законодательство, колыбель континентальной авторско-правовой системы, уклоняется от использования термина «творчество». Так, в силу ст. L.112-4 Кодекса интеллектуальной собственности Франции (далее — КИС Франции): «Название произведения должно быть защищено так же, как и само произведение, если оно имеет оригинальный характер». По этому поводу Р. Дюма отмечает: «Впрочем, и закон от 11.03.1957 (в 1992 г. закон лишь с небольшими редакционными изменениями инкорпорирован в КИС Франции. — С. М.) также не ссылается на оригинальность в качестве главного

общего права, используют понятие «оригинальность», имеющее, на первый взгляд, иное содержание.

Действительно, до недавнего времени подходы были противоположные: авторско-правовые системы ориентировались на субъективные проявления личности автора, а система копирайта общего права придерживалась утилитаристских концепций, особенно в ее американской ветви¹⁷. Эта разница проявилась в первичности личных неимущественных прав автора в континентальных авторско-правовых системах и первичности исключительного права как экономической основы копирайта общего права. Даже если не принимать во внимание как исключение немецкое (и в последующем российское) позитивное авторское право, оперирующее термином «творчество», существенные различия по всем системам координат в правовых подходах к критерию оригинальности как основанию копирайта и авторско-правовой охраны произведений сохранялись до начала 90-х гг. прошлого века.

Как ни странно, несмотря на отмеченные контрасты, в условиях все более ускоряющегося и усложняющегося гражданского оборота, сопровождающегося информационной революцией, а также благодаря усилиям Европейского

Союза, в том числе Европейского Суда, юридико-технические содержательные подходы к категории оригинальности (в качестве синонима творчества) как общей и единственной предпосылке охраны произведений копирайтом и континентальной авторско-правовой системой стали постепенно сближаться.

Например, указанная выше разница проявлялась в понимании оригинальности произведения по копирайту (авторскому праву) британского образца. Закон Великобритании о копирайте, промышленных образцах и патентах 1988 г., в отличие от Бернской конвенции, содержит закрытый перечень произведений, подлежащих правовой охране копирайтом¹⁸. Закрытый перечень отражает британский вариант утилитарного подхода в рамках общего права к содержанию правовой охраны как защиты владения имущественными правами в отношении произведений.

Здесь основанием является понимание оригинальности произведения как «оригинальности», т.е. его происхождения от автора¹⁹, что, с одной стороны, отличается от американского подхода, в соответствии с которым при рассмотрении вопроса об оригинальности произведения акцент ставится на то, что произведение не скопировано (американский подход

условия предоставления охраны произведениям. Этот закон довольно неуклюже, на наш взгляд, толкует термин “оригинальность” в отношении переработок, переводов и аранжировок в ст. 4 (ст. L.112-3 КИС Франции. — С. М.), посвященной “авторским правам на оригинальное произведение”; на самом деле речь идет скорее о первоначальном произведении. Требование оригинальности творческого произведения содержится лишь в ст. 5 закона (ст. L.112-4 КИС Франции. — С. М.), посвященной названию произведения». См.: *Дюма Р.* Литературная и художественная собственность. Авторское право Франции. 2-е изд. М.: Междунар. отношения, 1993. С. 27.

¹⁷ Так, в США в 1960–1970-е гг. зародилась и в 1990-е гг. стала популярной доктрина экономического анализа права. Однако современная неоклассическая экономическая наука давно отклонила как не выдерживающие критики тезисы Чикагской школы, на которых базируется экономический анализ права, соответственно, они не получили сколько-нибудь широкого признания среди экономистов. В литературе отмечается удивление ролью и значением, которые приобрела в праве названная доктрина (в частности, в отношении интеллектуальной собственности, в том числе права товарных знаков), так и оставшаяся экзотикой в лоне экономической науки. См.: *Aldred J.* The economic rationale of trade marks: an economist’s critique // *Trade Marks and Brands. An Interdisciplinary Critique* / ed. by L. Bently, J. Davis, J. C. Ginsburg. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2008. P. 267–268.

¹⁸ Ст. 1 Закона Великобритании о копирайте, промышленных образцах и патентах 1988 г.: «(1) Копирайт представляет собой право владения, существующее в соответствии с настоящей Частью в отношении следующих видов произведений:

- (a) оригинальные литературные, драматические, музыкальные или художественные произведения,
- (b) звуковые записи, фильмы, теле- и радиопередачи или кабельные программы, и
- (c) типографское оформление опубликованных изданий.

(2) В настоящей части термин “произведение, охраняемое копирайтом” означает произведение любого из указанных видов, в отношении которых существует копирайт».

¹⁹ *Rosati E.* Op. cit. P. 803–804.

отражен в ст. 14bis (1) Бернской конвенции); с другой стороны, британская правовая позиция вполне «рифмуется» с телеологическим (функциональным) подходом, изложенным в ст. 2 (1), 5 (1) Бернской конвенции.

Закрытый перечень произведений, подлежащих правовой охране, как прием правового регулирования специально использован британским законодателем для юридико-технического обоснования презумпции оригинальности: если рассматриваемый объект относится к объектам, названным законом произведениями, то он *prima facie* подлежит охране копирайтом (авторским правом)²⁰.

Интересно, что американский Закон о копирайте (Свод законов США, разд. 17, ст. 101, 102), в отличие от британского закона, содержит открытый перечень «оригинальных авторских произведений, зафиксированных на материальном носителе». Соответственно, в отличие от Великобритании, в американской ветви копирайта (впрочем, как и в других правопорядках с примерным перечислением того, что является охраняемыми произведениями, в том числе в гражданско-правовых, например в Германии) регулятивный практический потенциал презумпции творческого характера (оригинальности) объектов авторских прав в судебной практике и доктрине до начала упомянутых процессов унификации в 1990-х гг. явно недооценивался.

Несмотря на пренебрежительное отношение судебной практики к презумпции оригинальности объектов авторских прав, а также сосредоточенности доктрины на определении содержания критерия оригинальности как условия авторско-правовой охраны, ее наличие в правопорядках разных стран констатируется. Например, в комментарии к Закону ФРГ об авторских и смежных правах (1965 г.) отмечается, что если объект подпадает под одну из категорий произведений, перечисленных в примерном перечне п. 1 пар. 1 закона, то нет необходимости фактически определять, охраняется ли произведение авторским правом²¹. Работает центральный принцип закона — *in dubio pro*

auctore (все сомнения в пользу автора), в том числе при выявлении уровня «творчества» по вопросу, подлежит ли защите авторским правом спорный интеллектуальный продукт²².

Относительно авторского права Дании В. Веинке пишет: «Речь идет не о том, что, решая вопрос, является [тот или иной] объект нашего внимания произведением или нет, необходимо углубиться в исследование, а о том, действительно ли в данном случае автор внес свой творческий и духовный вклад или всего лишь по счастливой случайности создал что-то «оригинальное». ...В практике правовой деятельности такие споры решаются «правилом большого пальца»: если работа достойна копирования, то она достойна пользоваться правовой охраной в качестве произведения»²³.

Р. Дюма не сообщает о презумпции оригинальности во французском праве. Однако сетует на противоречивость судебной практики, в некоторых решениях толкующей критерий оригинальности в качестве синонима достоинства произведения. По его мнению, такой расширительный подход представляет собой отклонение в процессе применения законодательных положений об авторском праве, направленных на усиление подлежащих охране творческих произведений²⁴.

Выше рассмотрено юридическое значение закрытого перечня охраняемых копирайтом произведений по законодательству Великобритании, отличающееся от американского подхода с примерным (открытым) перечнем охраняемых произведений. Соответственно, в США презумпция оригинальности защищаемого копирайтом произведения непосредственно указана в законе: в силу ст. 401 (с) Закона о копирайте регистрация произведения в Бюро по копирайту США до или в течение пяти лет после первой публикации представляет собой доказательство *prima facie* действительности копирайта в отношении произведения в любом судебном разбирательстве.

Как уже отмечено, в ст. 14bis (1) Бернской конвенции термин «оригинальность» используется в значении отсутствия копирования чужого

²⁰ *Cornish W., Llewelyn D. and Aplin T. Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights. Ninth Edition. London : Thomson Reuters, 2019. P. 439.*

²¹ *Fromm F. K., Nordemann W. Op. cit.*

²² *Fromm F. K., Nordemann W. Op. cit.*

²³ *Веинке В. Авторское право. Регламентация, основы, будущее. М. : Юрид. лит., 1979. С. 31, 32.*

²⁴ *Дюма Р. Литературная и художественная собственность. Авторское право Франции. 2-е изд. М. : Междунар. отношения, 1993. С. 28.*

произведения, что маркирует эволюционное преодоление подходов, бытовавших в судебной практике и доктрине в начале XX в. Первый заключался в том, что авторские права на кинофильмы охранялись в качестве драматических произведений. Автором кинофильма считался либо автор оригинального киносценария, либо автор экранизированного литературного произведения. Другой подход основывался на том, что на заре кинематографии функции оператора и режиссера не были разделены, поэтому автором считалось лицо, снявшее (изготовившее) фильм, поскольку объект охраны расценивался в качестве серии фотографий.

Показателен пример признания судебной практикой фотографий (и подобных им изображений) в качестве объектов, подлежащих авторско-правовой охране. Ранее фотографические изображения правом не охранялись, они рассматривались как способ отражения фактической действительности; в этом смысле отсутствие «рукотворного вклада» в формирование изображения обусловило вывод юристов о том, что фотоснимок не является произведением искусства.

Впервые проблема фотографии как объекта искусства была решена в 1884 г. Верховным судом США. Из судебного акта по делу *Burrow-Giles Lithographic Company v. Sarony* (*Burrow-Giles*)²⁵ следует, что спорная фотография истца отвечает критерию оригинальности, поскольку изображение обусловлено выбором позиции и ракурса Оскара Уайльда перед камерой, подбором костюма, выбором композиции света и тени, диспозиции фигуры человека и иных объектов в кадре, а также другими характеристиками, делающими снимок «изысканным», соответственно, охраняемым копирайтом (подлежащим авторско-правовой охране). В дальнейшем указанный подход получил развитие, что привело к уточнению и формулированию основных положений не только копирайта, но и авторско-правовой охраны в целом.

Таким образом, судебная практика, как ранее в отношении фотографий, применительно к кинофильмам пришла к выводу о том, что последние также являются произведениями, а

не результатом отображения фактической действительности. Был воспринят подход, согласно которому кинофильм — явление искусства, поскольку его производство требует не только технических и организационных усилий, позволяющих изготовить «серию фотографий, скатанных в рулон»²⁶, но и определенного уровня и качества навыков, приемов, умений.

Отмеченный подход поставил перед судебной практикой и доктриной вопрос выявления содержания оригинальности (указанных навыков, приемов, умений) как основания авторско-правовой охраны. Этот критерий пытались определить и отсутствием копирования (США), и количеством «рукотворного вклада» автора в создание произведения (Великобритания), и индивидуальностью автора, выраженной в каждом произведении (Франция)²⁷, и результатом творческой, духовной работы, носящей печать индивидуальности автора (Дания)²⁸, и уровнем творческого вклада автора относительно среднего уровня для соответствующего жанра произведений (Германия)²⁹.

Сегодня мы являемся свидетелями процесса разработки содержательно единых подходов к определению критерия оригинальности в системах копирайта и континентального авторского права.

Так, до 1991 г. американская судебная практика вопрос об оригинальности произведения в качестве критерия охраны копирайтом рассматривала через призму утилитаризма. Предоставление копирайта в отношении произведения юстифицировалось защитой потраченных на создание произведения труда, усилий, времени и иных ресурсов, в том числе имущественных и организационных. Тезис о том, что нельзя копировать чужое произведение, как нельзя пожинать урожай там, где не сеял, — передает суть доктрины «в поте лица своего» (*sweat on the brow*).

А. Дворкин отмечает, что до кейса *Feist* практику отражало судебное решение по делу *Shulsinger v. Grossman* (1954). Фабула спора состояла в том, что издатель нанял знатоков иврита для корректировки псалмов, находящихся в общественном достоянии, путем расстановки

²⁵ *Burrow-Giles Lithographic Company v. Sarony*, 111 U.S. (1884) at 54, 55.

²⁶ *Kamina P.* Op. cit. P. 8–9.

²⁷ *Дюма Р.* Указ. соч. С. 27.

²⁸ *Веинке В.* Указ. соч. С. 32.

²⁹ *Кашанин А. В.* Проблема минимальных стандартов охраноспособности произведения в авторском праве. Германский опыт // Вестник гражданского права. 2007. № 4. С. 30–36.

акцентов и пометок в речитативах. А. Дворкин расценивает эту деятельность как, конечно, далекую от творческой, но цитирует названное судебное решение, отмечающее, что работа «оригинальна в том смысле, что является результатом самостоятельного труда авторов». Исследователь подчеркивает: оригинальность в рассматриваемый период понималась только как то, что произведение должно быть выполнено самостоятельно, т.е. не скопировано прямо или косвенно с чужого произведения³⁰.

В 1991 г. Верховный суд США вынес прецедентный судебный акт по делу *Feist Publication, Inc. v. Rural Telephone Service Co. (Feist)*³¹, определив стандарт оригинальности в качестве самостоятельной работы, имеющей *минимальный уровень творчества*. Спор заключался в том, что ответчик (*Feist Publication, Inc.*), получив отказ в оформлении лицензии, без санкции скопировал в издаваемый им региональный (широкого географического охвата) телефонный справочник данные об именах и телефонах 1 309 абонентов из местного муниципального справочника, ежегодно обновляемого и издаваемого в обязательном порядке (по городским нормативным правовым актам) истцом (*Rural Telephone Service Co.*), единственным провайдером услуг телефонной связи в городе. Факт копирования судом был установлен, т.к. истец предусмотрительно ранее внедрил в муниципальный справочник данные о четырех вымышленных абонентах.

Г. Абрамс, комментируя решение по делу *Feist*, отмечает, что оно развивает позицию, сформированную по вышеуказанному делу *Burrow-Giles*, о том, что автор — это тот, кому что-либо обязано своим происхождением, создатель, изготовитель. Соответственно, факты сами по себе не подлежат защите копирайтом, поскольку не создаются автором³². Суд, проверяя каталог на необходимый уровень оригинальности, пришел к выводу, что спорная информация не имела права на защиту копирайтом, поскольку представляет собой суще-

ствующие факты, а не результат деятельности автора³³. В решении *Feist* указано, что нет ничего творческого в построении в алфавитном порядке данных в телефонном справочнике. Это вековая практика, прочно укоренившаяся в традициях и настолько распространенная, что ее можно ожидать как само собой разумеющуюся. Это не только не оригинально, но и практически неизбежно. Соответствующая проверенная временем традиция не обладает минимальной творческой искрой³⁴.

В силу правовой позиции, выработанной по делу *Feist*, оригинальность произведения — это отнюдь не высокий стандарт, он не требует представления фактов в новой или неожиданной манере. Однако их подбор и построение не может быть механическим или рутинным, не требующим творчества вообще. Стандарт оригинальности низкий, но вместе с тем он существует. Копирайт защищает только те элементы произведения, которые обладают более чем минимальным квантом *творчества*³⁵. Интересно, что новая позиция, прямо указывая на творчество, близка континентальной авторско-правовой традиции, а не прежнему подходу копирайта общего права, тем более его американской ветви.

В том же 1991 г. в процессе гармонизации законодательства по авторскому праву и смежным правам была принята Директива Совета Европейских сообществ 91/250/ЕЭС от 14.05.1991 «О правовой охране компьютерных программ»³⁶, первая из директив, послуживших основанием для прецедентных решений, предложивших унифицированный подход к критерию оригинальности произведения.

В пункте 3 ст. 1 названной Директивы было сформулировано определение оригинальности: «Компьютерная программа подлежит охране, если она является оригинальной в том смысле, что она является продуктом собственного интеллектуального творения автора. Никакие иные критерии не должны применяться для признания права на охрану». Несмотря на то что

³⁰ *Dworkin A. T. Op. cit. P. 73.*

³¹ *Feist Publication, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991).*

³² *Abrams H. B. Originality and Creativity in Copyright Law // Law and Contemporary Problems. 1992. Vol. 55. No 2. P. 11.*

³³ *Abrams H. Op. cit. P. 13.*

³⁴ *Abrams H. Op. cit. P. 14.*

³⁵ *Feist Publication, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991).*

³⁶ Заменена Директивой Европейского парламента и Совета Европейского Союза 2009/24/ЕС от 23.04.2009 «О правовой охране компьютерных программ (кодифицированная версия)».

документ посвящен правовому режиму компьютерных программ, приведенная дефиниция имеет непосредственное отношение к литературным и иным произведениям, поскольку в силу п. 1 ст. 1 этой Директивы правовая охрана компьютерных программ осуществляется посредством авторского права как литературных произведений *в том значении, как этот термин понимается в Бернской конвенции*.

Вышеприведенное определение критерия оригинальности повторяется в ст. 6 Директивы 93/98/ЕЭС Совета ЕС от 29.10.1993 «О гармонизации срока действия охраны авторского права и определенных смежных прав»³⁷, а также в п. 16 преамбулы и ст. 3 Директивы Европейского парламента и Совета Европейского Союза 96/9/ЕС от 11.03.1996 «О правовой охране баз данных»³⁸.

В 2009 г. Европейский Суд вынес прецедентное решение по делу *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening*³⁹. Обстоятельства спора заключались в том, что истец, *Infopaq International A/S (Infopaq)*, на коммерческой основе предоставлял клиентам резюме публикаций датской периодики, созданные при помощи «процедуры сбора данных», заключавшейся в электронном мониторинге и сканировании прессы, затем подборке частей (отрезков) текстов из оригинальных публикаций по ключевым словам поиска (в подборке содержалась информация о самой публикации и локации отрезка в ней). Соответствующая часть текста формировалась из поискового слова с пятью предшествующими и пятью последующими словами. Таким образом по запросу составлялась подборка из ряда отрезков, состоящих из 11 слов, вырезанных из донорских публикаций. *Danske Dagblades Forening (DDF)* — профессиональная ассоциация датских издателей ежедневных газет, функция которой, в частности, заключается в оказании помощи своим членам в решении вопросов авторского права. *Infopaq* обратилось в суд с иском к *DDF* с требованием признать, что *Infopaq* вправе осуществлять процедуру сбора данных без согласия *DDF* или ее членов.

Европейский Суд в решении сослался на ст. 2 (а) Директивы 2001/29/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза «О гармонизации некоторых аспектов авторских и смежных прав в информационном обществе», предусматривающую, что авторы имеют исключительное право санкционировать или запрещать воспроизведение своих произведений *в целом или в части*. Суд пришел к выводу, что авторско-правовой охране подлежит оригинальное произведение или *его часть* в том смысле, что оно является *самостоятельным интеллектуальным творением автора*. Соответственно, часть произведения, состоящая из 11 слов, если она отвечает условию оригинальности, защищается авторским правом.

Касательно частей того или иного произведения суд уточнил, что следует иметь в виду, что в Директиве 2001/29/ЕС или любой другой соответствующей директиве нет ничего, указывающего на то, что к частям следует относиться иначе, чем к произведению в целом. Из этого следует, что части защищены авторским правом, поскольку *они разделяют оригинальность всего произведения*.

Как видим, суд использовал критерий оригинальности, определенный вышеуказанными Директивой по компьютерным программам, Директивой по срокам и Директивой по базам данных. Интересно, что в п. 16 преамбулы новой Директивы по срокам охраны авторских и смежных прав (2006/116/ЕС от 12.12.2006) подчеркивается, что фотографическое произведение в значении Бернской конвенции считается оригинальным, если оно представляет собой продукт интеллектуальной деятельности автора, *выражающий его личность*.

Этот подход Европейский Суд по вопросу оригинальности произведения продемонстрировал и несколько дополнил при рассмотрении ряда последующих дел.

Например, уточнено, что критерию оригинальности как основанию авторско-правовой защиты заведомо не отвечают компоненты графического пользовательского интерфейса,

³⁷ Заменена Директивой Европейского парламента и Совета Европейского Союза 2006/116/ЕС от 12.12.2006 «О сроке действия охраны авторского права и некоторых смежных прав (кодифицированная версия)».

³⁸ Внесены изменения Директивой Европейского парламента и Совета Европейского Союза 2019/790 от 17.04.2019 «Об авторском праве и смежных правах на едином цифровом рынке, а также об изменении Директив 96/9/ЕС и 2001/29/ЕС».

³⁹ *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening*. Judgment of the European Court of Justice of 16.07.2009, Case № C-5/08.

имеющие исключительно техническую функцию. Если возникающая форма (визуальная или текстовая) продиктована техническим назначением этих компонентов, то такое выражение критерию оригинальности не соответствует, поскольку различные способы реализации идеи настолько ограничены, что идея и выражение становятся неразделимыми⁴⁰. Здесь Европейский Суд отразил один из тестов американского копирайта — доктрину слияния (*merger doctrine*), выработанную в рамках более широкой функциональной теории, имеющей целью определение предметных границ копирайта (авторско-правовой охраны). Согласно функциональной теории, например, одежда, несмотря на несомненное эстетическое значение, не подлежит защите исками, основанными на копирайте, т.к. согласно своему утилитарному назначению одежда защищает человека от внешней среды (холода, дождя и т.д.). Однако предмет, имеющий утилитарную функцию, может охраняться копирайтом, если его эстетическая составляющая может быть «отделена» от него и она имеет явное самостоятельное значение.

Кроме того, Европейский Суд в решении по делу *Football Dataco*, касающемуся права свободного использования информации из расписания матчей Английской Премьер-лиги, указал, что критерий оригинальности в отношении создания базы данных удовлетворяется, если, отбирая или организуя информацию в базе данных, ее автор выражает свои творческие способности в оригинальной форме посредством свободного и творческого выбора, таким образом оставляя след своего *личного прикосновения*⁴¹.

Предложенный американской практикой по делу *Feist* подход согласуется с позицией Европейского Суда по делу *Inforaq* относительно определения оригинальности произведения как *самостоятельного интеллектуального творения автора*. При этом авторско-правовая система, в свою очередь, тоже сделала шаг навстречу копирайту, что подтверждается харак-

теристикой низкого стандарта оригинальности как не требующего «художественного характера». Иначе не подлежали бы охране авторским правом компьютерные программы, базы данных, технические инструкции и т.д. Достаточно наличия у автора возможности выбора, фокусирующегося на форме: например, выбор, сочетание и упорядочение слов⁴². Кроме того, как отмечено выше, Европейский Суд успешно инкорпорировал положения некоторых доктрин, разработанных в системе копирайта.

Таким образом, констатируется сближение подходов к содержанию критерия оригинальности произведения.

До решения Европейского Суда по делу *Football Dataco* суды Великобритании на основании доктрины требуемой меры труда, умения и суждения (*labor, skill and judgement*) общего права считали, что телевизионные программы, алфавитные списки адвокатов защищаются копирайтом при условии существенного количества потраченного на них рутинного труда⁴³. Названный подход представляет собой ту же американскую преодоленную доктрину «в поте лица своего». Но, как отмечено выше, прежний британский вариант доктрины оригинальности традиционно делал акцент на происхождении произведения от автора⁴⁴. И в этом смысле он изначально был более близок сформированному позже унифицированному европейскому подходу, отраженному в решении *Inforaq*.

Вместе с тем унифицированный европейский стандарт оригинальности воспринят в Великобритании весьма специфично. Кроме того, из-за Брексита, возможно, подход Великобритании к стандарту оригинальности будет со временем все сильнее отличаться от общей европейской практики. Но в силу явного сближения европейских и американских позиций вероятность полноценного возвращения к прежней доктрине все-таки не прогнозируется. Тем более что правовая позиция в отношении оригинальности, сформированная Европейским Судом, уже адаптирована судебной практикой Соединенного Королевства. В частности, реше-

⁴⁰ *Bezpečnostní softwarová asociace v. Ministerstvo kultury*. Judgment of the European Court of Justice of 22.12.2010, Case № C-393/09 (§ 48, 49).

⁴¹ *Football Dataco v. Yahoo! UK*. Judgment of the European Court of Justice of 01.03.2012, Case № C-604/10 (§ 38).

⁴² *Bentley L., Sherman B., Gangjee D., Johnson P.* Intellectual Property Law. Fifth Edition. New York : Oxford University Press, 2018. P. 102.

⁴³ *Bentley L., Sherman B., Gangjee D., Johnson P.* Op. cit. P. 103.

⁴⁴ *Rosati E. P.* Op. cit. P. 803–804.

ние по делу *Football Dataco* было вынесено по запросу апелляционного суда (Англия и Уэльс). В результате Европейский Суд сформулировал определение оригинальности произведения в том смысле, что предложенный унифицированный критерий распространяется не только на собственно базы данных, но и на подобные им интеллектуальные продукты: таблицы, расписания, списки, компиляции. Более того, в трактовке Европейского Суда подчеркивается, что определение оригинальности произведения имеет универсальное значение для всех объектов авторско-правовой охраны без исключения, будь то компьютерные программы, технические и пользовательские инструкции, руководства и т.д.

Европейская унификация оригинальности произведения как предпосылки предоставления авторско-правовой охраны высветила необоснованность региональной вариативности критерия оригинальности в отношении разных видов и жанров произведений. Например, прежняя немецкая судебная практика исходила из того, что необходимый для предоставления авторско-правовой охраны уровень творческого вклада определяется количественным проявлением индивидуальности автора в произведении. Это логически обуславливало вывод о том, что, поскольку различные виды произведений предоставляют разные возможности для выражения авторской индивидуальности, необходимый уровень творчества для произведений, например, в сфере литературы, музыки, изобразительного искусства отличается от уровня творческого вклада для авторско-правовой охраны произведений прикладного искусства, письменных произведений в сфере повседневных нужд (например, новости), а также научных произведений⁴⁵.

Е. Ульмер в середине прошлого века предложил доктрину уровня творчества в качестве нижнего предела защиты авторских прав. Ее целью является разграничение охраняемых авторским правом произведений прикладного искусства от объектов промышленного дизайна. Уровень творческого вклада в создание конкретного произведения сравнивался

с эвентуальным средним количественным уровнем выражения авторской индивидуальности в соответствующем виде произведений. Получалось, что для сферы художественных произведений искусства (литература, музыка, изобразительное искусство) уровень творчества мог быть низким, но для сферы произведений, предоставляющих авторам ограниченный выбор выразительных средств (например объекты дизайна, карты, схемы и т.д.), которая получила название «мелкая монета» (*kleine Münze*)⁴⁶, творческий вклад автора должен был существенно превышать абстрактный средний уровень оригинальности.

Современная немецкая судебная практика и доктрина отказались от дифференциации в пользу унифицированного европейского подхода, согласно которому любой «творческой идиосинкразии» достаточно для признания авторско-правовой охраны произведения⁴⁷. Констатируется, что произведения прикладного искусства теперь защищены авторским правом, если они основаны на художественном достижении⁴⁸.

При этом выработаны актуальные положения в отношении сферы произведений с ограниченным выбором выразительных средств. Так, Высший земельный суд Нюрнберга сформулировал отрицательный признак отграничения произведений от других объектов. По делу о служебных инструкциях суд отметил, что если у автора нет возможности для его собственных решений из-за того, что интеллектуальное содержание работы определяется предметом представления, специальной терминологией или другими средствами (отсутствие выбора составляет условие создания объекта), то результат лишен индивидуальности. Такой подход соответствует вышеуказанной позиции Европейского Суда о том, что критерий оригинальности не выполняется, если различные способы реализации идеи настолько ограничены, что идея и выражение становятся неразделимыми⁴⁹.

Верховный суд Германии по спору о возможности авторско-правовой охраны правил технических условий поставки указал, что их

⁴⁵ *Fromm F. K., Nordemann W.* Op. cit.

⁴⁶ *Кашанин А. В.* Указ. соч. С. 27.

⁴⁷ *Fromm F. K., Nordemann W.* Op. cit.

⁴⁸ *Fromm F. K., Nordemann W.* Op. cit.

⁴⁹ *Bezpečnostní softwarová asociace v. Ministerstvo kultury.* Judgment of the European Court of Justice of 22.12.2010, Case № C-393/09 (§ 48, 49).

разработка в целом предоставляет достаточный уровень выражения творческой индивидуальности, поскольку вполне очевидно, что рассматриваемые правила могли бы быть представлены и структурированы различными способами, т.е. имелась возможность выбора при их разработке (объективная новизна). Далее суд указал, что защита авторских прав в этой ситуации может быть подвергнута сомнению, только если другие аналогичные документы, например предшествующие правила, были уже смоделированы и при разработке правил были так или иначе продублированы (субъективная новизна)⁵⁰.

Изложенные подходы составляют содержательное определение оригинальности как предпосылки авторско-правовой охраны произведения (юстификация правила — проблематика позитивного права). Эту проблематику раскрывает высказывание Р. Дюма: «Творчество является решающим основанием предоставления правовой охраны, и, таким образом, главным следствием этого становится выдвигание оригинальности в качестве единственного критерия охраны творческих произведений. Лишь оригинальность произведения определяет его охраноспособность»⁵¹.

Вместе с тем субстанциальное выявление оригинальности имеет непосредственное значение для защиты нарушенных авторских прав (выявление оригинальности конкретного произведения — субъективное право).

Исследователь, работавший в советский период, В. Я. Ионас указывал, что проблематика, связанная с критерием оригинальности произведения, поднимается обычно в следующих случаях: решение вопроса о правомерности притязания на авторское вознаграждение, установление авторства и соавторства; споры

о плагиате (несанкционированном копировании); производность спорного произведения от другого произведения⁵².

Оспаривание оригинальности произведения, например заказчиком произведения, в целом характерно для середины прошлого века, что объясняется недостаточным во всем мире осознанием авторским правом принципа эстетической нейтральности и рассматриваемой презумпции оригинальности произведения. Кроме того, вопрос о правомерности притязания на авторское вознаграждение в советском гражданском праве зачастую характеризовался идеологическим подходом. Так, произведение нового искусства «не в духе социалистического реализма» могло получить упреки в формализме и неоригинальности. Соответственно, издатель-заказчик мог поставить вопрос об отказе в выплате авторского вознаграждения по договору авторского заказа по указанному основанию. В этом аспекте советское авторское право последовательно отрицало эстетическую нейтральность, несмотря на номинальное ее провозглашение позитивным правом⁵³.

В силу принципа эстетической нейтральности, презумпции авторства, а также рассматриваемой презумпции оригинальности, обосновывающих вышеуказанное правило *in dubio pro auctore*, сегодня с трудом представляется ситуация, при которой, например, заказчик может отказаться от выплаты вознаграждения за произведение, ссылаясь на его неоригинальность.

Приведенные случаи различаются с точки зрения каузы. Например, споры имущественные и споры об авторстве; споры по относительным (например, из договоров авторского заказа) или абсолютным правоотношениям. В широком смысле все указанные ситуации объединяет то, что ответчики по таким граж-

⁵⁰ *Fromm F. K., Nordemann W. Op. cit.*

⁵¹ Дюма Р. Указ. соч. С. 28.

⁵² Ионас В. Я. Критерий творчества в авторском праве и судебной практике. М. : Юрид. лит., 1963. С. 85–86, 112–113, 115–117, 122–125, 131, 133.

⁵³ Даже сейчас есть инициативы ввести в отечественный закон понятие антисоциальных произведений, не подлежащих признанию законом объектами авторских прав (см., например: *Витко В.* Правовой режим «антисоциального» произведения // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2019. № 7. С. 34). Категория «произведение» относится к объективным явлениям, и в этом смысле произведение не зависит от его признания или непризнания позитивным правом — оно охватывает все произведения, вне зависимости от их достоинств и качеств (в том числе социальности или антисоциальности). Дело в том, что частное право, имея естественно-правовую основу, в отличие от права публичного, располагает системным понятийным аппаратом, так или иначе отражающим объективные категории, произвольные манипуляции с которыми в угоду политическому моменту означают отказ от построения адекватного и эффективного правового механизма регулирования общественных отношений.

данско-правовым спорам имеют возможность возражать, опровергая основание иска, путем постановки вопроса о соответствии критерию оригинальности предмета спора — будь то произведение как таковое (например, карты, каталоги и т.д.), части произведения или вклада в создание произведения (в случае соавторства).

В более практическом аспекте предлагается классификация споров по критерию количества спорных объектов, составляющих предмет спора.

Первая группа касается ситуаций о признании предмета спора охраняющимся авторским правом. Их объединяет то, что предмет спора составляет один объект как таковой. Изложенное выше о субстанциальной оригинальности произведения актуально для споров, касающихся одного произведения. Например, выше упомянуто решение по делу *Football Dataco* об отказе в признании права запрещать свободное использование информации из расписания матчей. Можно также сослаться на известный спор *Football Association Premier League* с выводом об отказе в признании спортивных игр подлежащими авторско-правовой охране в связи с тем, что спортивные события, в частности футбольные игры, ограничены правилами, не оставляющими творческой свободы для целей авторского права⁵⁴. Содержание исков по этой группе дел — требование о признании (иски о признании).

Думается, что к этой группе можно отнести споры о соавторстве. По ним выясняется вопрос об оригинальности вклада лица, участие которого в создании произведения оспаривается или было проигнорировано. Соответственно, предмет спора составляет вклад соавтора в создание произведения, последнее как таковое не оспаривается. Так, рассказ участника событий, изложенный в устной форме профессиональному литератору и опубликованный последним в виде книги (автором книги указан только автор литературной формы), будучи объективным явлением, может служить основанием для постановки вопроса о соавторстве⁵⁵.

Между тем по спорам второй группы, например по искам о незаконном копировании, заимствовании (плагиате) или производном произведении, в орбиту спора вовлечены

(«взаимодействуют»), как правило, два объекта: оригинальное донорское произведение (первый объект) и повторяющее или основанное на нем другое несанкционированное произведение (второй объект). Содержание исков по этой группе дел — требование о прекращении действий, связанных с незаконным воспроизведением оригинального произведения (иски исполнительные), и о возмещении убытков или выплате компенсации.

Дальнейшее разделение споров второго вида обусловлено формой заимствования. При этом в процессуальном аспекте следует подчеркнуть, что по обоим видам споров установление заимствования — это вопрос факта, но не права.

Первый случай составляют споры по идентичному заимствованию. Здесь имеет место воспроизведение путем копирования, иногда также говорят о контрафактном копировании: точно повторяется форма оригинального произведения. Установление факта идентичности произведений в качестве каузы иска не вызывает трудностей.

Однако и при идентичности заимствования возможны затруднения. Это связано с тем, что идентичное копирование касается, как правило, не всего произведения, а только его части. При частичном идентичном воспроизведении вопрос оригинальности донорской части произведения может рассматриваться судом с использованием вышеизложенных субстанциальных критериев оригинальности.

Ответчик вправе возражать основанию иска, поставив вопрос об оригинальности донорского произведения или его части. Возражение сводится к вопросу об охране авторским правом конкретного произведения или его скопированной части. В таком случае в пользу истца работает презумпция творческого создания (оригинальности) произведения. Поскольку презумпция опровержимая, ответчик имеет возможность доказательным образом перевести обязанность подтверждения оригинальности произведения на истца.

Второй случай составляют споры, связанные с неидентичным копированием. К сожалению, отечественная судебная практика считает, что

⁵⁴ *Football Association Premier League v. QC Leisure and Karen Murphy v. Media Protection Services*, Joined Cases C-403/08 and C-429/08 [2011] ECR I-9083 (ECJ, Grand Chamber). Пар. 96–99, 155, 156.

⁵⁵ *Ионас В. Я.* Указ. соч. С. 85, 122–125.

⁵⁶ См., например: постановление Суда по интеллектуальным правам от 30.03.2016 № C01-265/2015 по делу № A76-12136/2014.

«авторскому праву не известны понятия “сходство” и “сходство до степени смешения”, оно оперирует понятиями “воспроизведение произведения” и “производное произведение”; последнее в силу подп. 1 п. 2 ст. 1259 ГК РФ представляет собой переработку другого произведения»⁵⁶. Иными словами, под воспроизведением понимается исключительно идентичное копирование, причем любое неидентичное воспроизведение (т.е. изменение формы первоначального произведения) составляет переработку донорского произведения.

Таким образом, в корне отрицается доктрина существенного сходства произведений. Тогда как в зарубежной доктрине не вызывает возражений утверждение, что существенное сходство является неперенным условием (*sine qua non*) любого определения нарушения авторских прав⁵⁷.

Римская максима *omnis definitio in jure civili periculosa est* предостерегает от схоластического использования определений; в более широком значении она относится и к шаблонному использованию научных теорий и понятий. В этом смысле практика, не ставя под сомнение когнитивное и системное значение определения дихотомии авторского права (охраняется форма произведения, но не его содержание), явно подсказывает, что понятие воспроизведения при определенных обстоятельствах относится и к неидентичному копированию⁵⁸.

Сказанное касается незначительных изменений оригинала, например механистическая

замена слов в литературном произведении их синонимами, не отражающаяся на смысле, сюжете, композиции, образной структуре и т.д. произведения, влечет объективное изменение формы произведения. Но не образует переработку донорского произведения в производное произведение и тем более не порождает нового произведения.

В описанном случае имеет место именно воспроизведение оригинального произведения. Также, например, невозможно идентичное воспроизведение в случае ручного копирования живописного произведения (как ни стараться).

Подпись копииста означает, что никто не будет рассматривать соответствующий экземпляр в качестве переработки, поскольку это банальная копия. Соответственно, и в случае отсутствия подписи копииста такой экземпляр нельзя рассматривать в качестве переработки первоначального произведения, так как это все равно копия — воспроизведение оригинального произведения.

В этом смысле даже немецкое авторское право, колыбель дихотомии авторского права, правда, не без колебаний в доктрине, отличает переработку от неидентичного копирования.

Немецкие юристы подчеркивают, что под переработкой следует понимать изменение существующей работы, цель которой — адаптировать оригинальное произведение к определенным условиям, сохраняя при этом его основные индивидуальные особенности, с тем

Верховный Суд РФ в абз. 6 п. 82 постановления Пленума от 23.04.2019 № 10 указывает, что в отношении персонажа произведения *не используется понятие сходства до степени смешения*. Наличие внешнего сходства между персонажем истца и образом, используемым ответчиком, является лишь одним из обстоятельств, учитываемых для установления факта воспроизведения используемого произведения (его персонажа). Также в определении Верховного Суда РФ от 13.12.2018 № 308-ЭС18-10982 по делу № А32-34267/2016Э утверждается, что *понятие сходства до степени смешения неприемлемо* в отношении решения вопроса о воспроизведении (копировании) спорной карты.

⁵⁷ Osterberg R., Osterberg E. *Substantial Similarity in Copyright Law*. New York : Practising Law Institute, 2003.

⁵⁸ Относительно того, что отечественная наука и практика прячутся за ширмой дихотомии авторского права от доктрины существенного сходства произведений, можно привести слова М. Мамардашвили: «Многое из того, что мы испытываем, что мы думаем и делаем, мертво в простом, начальном смысле... мертво, потому что это подражание чему-то другому; потому что это не твоя мысль, а чужая; потому что это не твое подлинное, собственное чувство, а стереотипное, стандартное, которое полагается, а не то, которое ты испытываешь сам...» (Мамардашвили М. К. Психологическая топология пути. М. : Фонд Мераба Мамардашвили, 2014. С. 13). Действительно, сегодняшняя судебная практика явно испытывает проблемы без признания, исследования и применения названной доктрины. Это и есть «то, что ты испытываешь сам». Преодоление вульгарной мертвой шаблонности позволит предстать понятию сходства произведений до степени смешения совсем в другом, истинном свете. Кстати, доктрина существенного сходства произведений, а именно об этом институте идет речь, сегодня изучается зарубежной наукой и успешно используется судебной практикой.

чтобы расширить возможности его использования. Однако незначительное изменение оригинала может быть квалифицировано только как воспроизведение, пар. 16 Закона ФРГ об авторском праве и смежных правах «Право на воспроизведение», т.е. переработка или другое преобразование в смысле пар. 23 (1) Закона ФРГ об авторском праве и смежных правах «Переработки и преобразования» требуют существенных изменений используемого оригинала⁵⁹.

Есть и оппонирующее мнение, однако не такое фундаменталистское, как вышеуказанный подход отечественной судебной практики. Оппоненты считают, что изменения в оригинальной работе, не носящие характер личного интеллектуального творения, образуют преобразование произведения, являющееся шагом ниже переработки⁶⁰.

Основательность первой точки зрения разделяется Верховным судом ФРГ, недвусмысленно указывающим, что воспроизведение включает в себя не только идентичное копирование оригинала. Высший суд отмечает, что авторское право охватывает также воспроизведение — даже сильно отличающееся от оригинала — в виде произведений, которые не имеют собственной выразительной силы и, следовательно, все еще повторяют оригинал, несмотря на изменения, поскольку особенности оригинала сохраняются в реплике и создается общее идентичное впечатление. Таким образом, неидентичное копирование является именно воспроизведением оригинала, если общее впечатление от произведений совпадает⁶¹.

В этом смысле можно допустить, что преобразование произведения является просто более широким термином, охватывающим разные изменения произведения, т.е. термин не относится к определению уровня изменений донорского произведения, заключающегося в том, что он «шагом ниже» по условной шкале оригинальности, нежели переработка.

Итак, выстраивается следующая система координат, критерием которой является степень изменения первоначального оригинального произведения: идентичное копирование — неидентичное копирование — переработка —

свободное создание другого оригинального произведения.

Во-первых, как отмечено выше, копия, даже значительно отличающаяся от оригинала, не перестает быть таковой (т.е. дублем). Неидентичное копирование имеет место, если особенности донорского произведения без труда узнаются в реплике, а также общее впечатление от сравниваемых объектов является единым.

В юридическом аспекте любое копирование (идентичное и неидентичное) является воспроизведением, требующим получения согласия автора или правообладателя оригинального произведения.

При этом отсутствие указания имени автора оригинального произведения, а также размещение на экземпляре произведения имени третьего лица с целью заявления авторства является в гражданско-правовом смысле нарушением исключительного права путем несанкционированного воспроизведения (копирования) произведения (пп. 1 п. 2 ст. 1270 ГК РФ). В уголовно-правовом значении такое копирование может являться плагиатом (п. 1 ст. 146 УК РФ).

Во-вторых, необходимым признаком переработки является цель автора изменений расширить возможности использования первоначального произведения. Например, такую цель преследует переводчик оригинального произведения. Под переработкой произведения понимается создание производного произведения: обработки, экранизации, аранжировки, инсценировки и т.п. Переработка также требует получения согласия автора или правообладателя в отношении оригинального произведения.

Кроме того, любое несанкционированное изменение формы первоначального произведения — неидентичное копирование или переработка — образует нарушение личного немущественного права на неприкосновенность произведения (п. 1 ст. 1266 ГК РФ), а также извращение, искажение или иное изменение произведения, порочащие честь, достоинство или деловую репутацию автора, равно как и посягательство на такие действия, дают автору право требовать защиты его чести, достоинства или деловой репутации в соответствии с правилами ст. 152 ГК РФ.

⁵⁹ Pierson M., Ahrens T., Fischer K. R. Recht des geistigen Eigentums: Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Wettbewerbsrecht. Tübingen : UTB GmbH, 2018. P. 401.

⁶⁰ Fromm F. K., Nordemann W. Op. cit.

⁶¹ BGH. Urteil vom 16.05.2013 — I ZR 28/12, GRUR 2014, 65, 70 — Beuys-Aktion (§ 36, 38).

В-третьих, неидентичное копирование и переработку следует отличать от создания нового произведения, использующего неохранные содержание первоначального оригинального произведения. В этом случае форма первоначального донорского произведения изменяется творческим образом столь значительно, что, несмотря на общие неохранные элементы внутреннего содержания произведения (тема, сюжет, факты, типичные образы и т.д.), иногда даже и значительные, создается новое самостоятельное, совершенно оригинальное произведение.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Вейнке В.* Авторское право. Регламентация, основы, будущее. — М. : Юрид. лит., 1979. — 232 с.
2. *Витко В.* Правовой режим «антисоциального» произведения // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2019. — № 7. — С. 27–34.
3. *Дюма Р.* Литературная и художественная собственность. Авторское право Франции. — 2-е изд. — М. : Междунар. отношения, 1993. — 384 с.
4. *Ионас В. Я.* Критерий творчества в авторском праве и судебной практике. — М. : Юрид. лит., 1963. — 137 с.
5. *Кашанин А. В.* Проблема минимальных стандартов охраноспособности произведения в авторском праве. Германский опыт // Вестник гражданского права. — 2007. — № 4. — С. 23–62.
6. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / отв. ред. Е. А. Павлова. — М., 2018. — 928 с.
7. *Мамардашвили М. К.* Психологическая топология пути. — М. : Фонд Мераба Мамардашвили, 2014. — 1232 с.
8. *Михайлов С. В.* Практическое значение содержания презумпции авторства // Хозяйство и право. — 2019. — № 9. — С. 57–67.
9. *Михайлов С. В.* Принцип эстетической нейтральности авторского права // Хозяйство и право. — 2019. — № 5. — С. 67–75.

Материал поступил в редакцию 5 июня 2021 г.

REFERENCES

1. *Veinke V.* Avtorskoe pravo. Reglamentatsiya, osnovy, budushchee. [Copyright. Regulation, fundamentals, future]. Moscow: Yurid. lit. publ.; 1979. (In Russ.)
2. *Vitko V.* Pravovoy rezhim «antisotsialnogo» proizvedeniya [Legal regime for an “asocial” work]. *IP. Copyright and Related Rights*. 2019;7:27-34. (In Russ.)
3. *Duma R.* Literaturnaya i khudozhestvennaya sobstvennost. Avtorskoe pravo Frantsii [Literary and Artistic Property. Copyright in France]. 2nd ed. Moscow: Mezhdunar. Otnosheniya Publ.; 1993. (In Russ.)
4. *Ionas VYa.* Kriteriy tvorchestva v avtorskom prave i sudebnoy praktike [Creativity criterion in copyright and judicial practice]. Moscow: Yurid. lit. Publ.; 1963. (In Russ.)
5. *Kashanin AV.* Problema minimalnykh standartov okhranosposobnosti proizvedeniya v avtorskom prave. Germanskiy opyt [The problem of minimum standards of copyright protection of a work. German experience]. *The Civil Law Abstract*. 2007;4:23-62. (In Russ.)
6. *Pavlova EA*, editor. *Kommentariy k chasti chetvertoy Grazhdanskogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii (postateynyy)* Commentary on part four of the Civil Code of the Russian Federation (annotated). Moscow; 2018. (In Russ.)
7. *Mamardashvili MK.* Psikhologicheskaya topologiya puti [Psychological topology of the path]. Moscow: Merab Mamardashvili Foundation Publ.; 2014. (In Russ.)
8. *Mikhailov SV.* Prakticheskoe znachenie soderzhaniya prezumptsii avtorstva [The practical significance of the content of the presumption of authorship]. *Business and Law*. 2019;9:57-67. (In Russ.)
9. *Mikhailov SV.* Printsip esteticheskoy neytralnosti avtorskogo prava [The principle of aesthetic neutrality of copyright]. *Business and Law*. 2019;5:67-75. (In Russ.)

DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.026-035

И. А. Михайлова*

Отцы и дети сквозь призму права собственности на жилые помещения

Аннотация. В статье рассматривается социально-правовое и экономическое значение законодательных мер по поддержке семей с детьми, установивших возможность использования средств материнского (семейного) капитала для приобретения, строительства или реконструкции жилого помещения, и анализируются многочисленные вопросы, связанные с приобретением, оформлением, осуществлением и охраной права общей долевой собственности на жилые помещения, приобретенные таким образом, в том числе: порядок определения доли в праве собственности на такое приобретенное жилое помещение; факторы, от которых зависит размер доли каждого из членов семьи; субъектный состав соглашений, заключаемых по поводу такого распределения. Много внимания уделяется также вопросам о том, является ли обязательным при определении размера долей в праве собственности на жилое помещение учет мнения ребенка, достигшего возраста 10 лет, и о конкуренции прав и интересов родителей и детей в отношении жилого помещения, принадлежащего им на праве общей долевой собственности. На основе анализа соответствующих норм советского и российского гражданского и жилищного законодательства с целью недопущения нарушения прав родителей на такие объекты проживающими с ними совершеннолетними детьми выдвигается предложение о законодательном ограничении принадлежащих детям распорядительных правомочий.

Автор резюмирует, что наличие нерасторжимого кровного родства в виде происхождения детей от родителей и усилия родителей по заботе о здоровье ребенка, об удовлетворении его потребностей, обеспечении условий для его полноценного развития и образования обуславливают необходимость специального правового закрепления прав на жилые помещения, принадлежащие детям и родителям на праве общей долевой собственности, а внесение в ст. 246 ГК РФ ограничения распорядительных правомочий совершеннолетних детей станет еще одним шагом на пути гуманизации российского гражданского законодательства.

Ключевые слова: жилое помещение; материнский капитал; право общей долевой собственности; определение размера доли; субъективные права собственников доли; ограничение распорядительных правомочий.

Для цитирования: Михайлова И. А. Отцы и дети сквозь призму права собственности на жилые помещения // Lex russica. — 2021. — Т. 74. — № 10. — С. 26–35. — DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.026-035.

© Михайлова И. А., 2021

* Михайлова Ирина Александровна, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского и предпринимательского права Российской государственной академии интеллектуальной собственности, профессор кафедры гражданского и процессуального права Московского университета имени С. Ю. Витте (филиал в г. Рязань)
ул. Миклухо-Маклая, д. 55а, г. Москва, Россия, 117279
irina_mihaylova@list.ru

Fathers and Sons through the Lens of Ownership of Residential Premises

Irina A. Mikhailova, Dr. Sci. (Law), Full Professor, Professor of the Department of Civil and Business Law, Russian State Academy of Intellectual Property; Professor of the Department of Civil and Procedural Law, Moscow Witte University (Ryazan Branch)
ul. Miklukho-Maklaya, d. 55a, Moscow, Russia, 117279
irina_mihaylova@list.ru

Abstract. The paper examines the sociolegal and economic significance of legislative measures taken to support families with children and granting the possibility of using maternal (family) fund for the acquisition, construction or reconstruction of residential premises. It analyzes numerous issues related to the acquisition, registration, exercise and protection of joint tenancy (the right to common share ownership of residential premises) acquired in this way, including: the procedure for determining the share in the ownership of residential premises acquired in this manner. The paper also examines factors on which the size of the share of each of the family members depends and parties to the agreements concluded regarding such a distribution. Much attention is also paid to the issues of whether it is mandatory, when determining the size of a share in the ownership of a dwelling, to take into account the opinion of a child who has reached the age of 10, and the competition between the rights and interests of parents and children in respect of dwellings belonging to them on the basis of a joint tenancy (common share property). On the basis of the analysis of the Soviet and Russian civil and housing legislation in order to prevent the violation of the rights of parents to such property by adult children living with them, the author makes a proposal to legally restrict the administrative powers belonging to children.

The author summarizes that the presence of an indissoluble consanguinity in the form of the origin of children from parents and the efforts of parents to take care of the child's health, to meet the child's needs, to provide conditions for the child's full development and education necessitate a special legal consolidation of the rights to living premises belonging to children and parents on the ground of the right to joint tenancy (common shared ownership). The inclusion into Art. 246 of the Civil Code of the Russian Federation of provisions restricting the administrative powers of adult children will constitute another step towards the humanization of Russian civil legislation.

Keywords: living premises; maternal fund; joint tenancy; common ownership right; determination of the size of the share; subjective rights of the owners of the share; limitation of administrative powers.

Cite as: Mikhailova IA. Ottsy i deti skvoz prizmu prava sobstvennosti na zhilye pomeshcheniya [Fathers and Sons Through the Lens of Ownership of Residential Premises]. *Lex russica*. 2021;74(10):26-35. DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.026-035. (In Russ., abstract in Eng.).

Одним из приоритетных направлений государственной политики России является всемерное обеспечение прав и интересов ребенка. В Указе Президента РФ от 01.06.2012 № 761 «О национальной стратегии действий в интересах детей на 2012–2017 годы» было закреплено: «Подписав Конвенцию о правах ребенка и иные международные акты в сфере обеспечения прав детей, Российская Федерация выразила приверженность участию в усилиях мирового сообщества по формированию среды, комфортной и доброжелательной для жизни детей»¹. Приведенное положение в полной мере распространяется на необходимость

всемерного обеспечения права ребенка на жилые помещения, которое остается в центре внимания законодателя и государства. Об этом, в частности, свидетельствует тот факт, что в Концепции государственной семейной политики в России на период до 2025 года² среди первоочередных проблем были названы создание механизмов поддержки семей, нуждающихся в улучшении жилищных условий, и увеличение доли семей, улучшивших жилищные условия.

На решение отмеченных задач были направлены положения Федерального закона от 29.12.2006 № 256-ФЗ «О дополнительных мерах государственной поддержки семей,

¹ Указ Президента РФ от 01.06.2012 № 761 «О Национальной стратегии действий в интересах детей на 2012–2017 годы» // СЗ РФ. 2012. № 23. Ст. 2994.

² Распоряжение Правительства РФ от 25.08.2014 № 1618-р «Об утверждении Концепции государственной семейной политики в РФ на период до 2025 года» // СПС «КонсультантПлюс».

имеющих детей»³ (далее — Закон № 256-ФЗ). В соответствии с ч. 4 ст. 10 (в ред. Федерального закона от 01.03.2020 № 35-ФЗ) лицо, получившее сертификат, его супруг (супруга) вправе использовать материнский капитал (или его часть) на приобретение жилого помещения, подлежащего оформлению в общую собственность такого лица, его супруга (супруги) и детей (в том числе первого, второго, третьего ребенка и последующих детей).

Социально-экономическое и демографическое значение приведенного положения невозможно переоценить, т.к. его реализация позволила многим российским гражданам приобрести, реконструировать или построить жилые помещения, необходимые для полноценного интеллектуального, духовного, физического и творческого развития подрастающих детей. Однако в рассматриваемой сфере имеется и немало проблем, нуждающихся в анализе и разрешении. Речь в первую очередь идет о том, что, установив общую долевую собственность на жилое помещение, приобретенное (построенное, реконструированное) с использованием средств (части средств) материнского капитала, законодатель, однако, не закрепил механизм определения размера долей, подлежащих передаче членам семьи, т.к. в приведенной статье 10 Закона № 256-ФЗ имеется лишь указание на некое «соглашение» без разъяснения того, должны ли заключать такое соглашение только родители или дети тоже.

Не имеется соответствующих разъяснений и в постановлении Правительства РФ от 12.12.2007 № 862⁴, в котором закреплено, что каждая семья, которая с целью улучшения своих жилищных условий использовала средства материнского капитала, выделенные государством на основании соответствующего сертификата, должна исполнить обязательство по распределению долей в праве собственности на приобретаемое жилое помещение по соглашению в течение 6 месяцев (п. 15).

В связи с отмеченным пробелом остается неясным, распространяется ли на такие ситуации

положение об обязательности учета мнения ребенка, достигшего возраста 10 лет, закрепленное в ст. 57 Семейного кодекса РФ⁵: «Ребенок вправе выражать свое мнение при решении в семье любого вопроса, затрагивающего его интересы, а также должен быть заслушанным в ходе любого судебного или административного разбирательства. Учет мнения ребенка, достигшего возраста десяти лет, обязателен, за исключением случаев, когда это противоречит его интересам». Как неоднократно отмечал Верховный Суд РФ, данное положение подлежит неукоснительному соблюдению при разрешении всех дел, затрагивающих права ребенка, в том числе дел, связанных с определением места его проживания и воспитания⁶.

Каким образом приведенное законодательное указание должно применяться при определении размера долей в праве собственности на жилое помещение, приобретаемое с использованием материнского капитала? В подавляющем большинстве случаев родители и дети пользуются всеми помещениями, имеющимися в занимаемой ими квартире или доме, в соответствии с избранным ими распределением комнат. Однако дети, достигшие возраста 10 лет, позволяющего им понимать бытовое и (хотя бы в общих чертах) юридическое значение такого распределения, могут задавать родителям вопрос о том, какая доля в праве собственности на приобретенную квартиру или жилой дом будет закреплена за конкретным ребенком. Если ребенок потребует предоставления ему определенной доли, а другие дети, не достигшие 10-летнего возраста, своего мнения не выражают, значит ли это, что мнение старшего ребенка о размере доли, подлежащей передаче в его собственность, должно обязательно учитываться его родителями? Полагаем, что нет, поскольку такое решение может привести к нарушению прав других детей на занимаемое семьей жилое помещение, а в ст. 7 СК РФ закреплено, что осуществление членом семьи своих прав (в данном случае — права на учет мнения ребенка, достигшего возраста 10 лет)

³ СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Постановление Правительства РФ от 12.12.2007 № 862 (ред. от 16.04.2021) «О Правилах направления средств (части средств) материнского (семейного) капитала на улучшение жилищных условий» // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ (ред. от 04.02.2021, с изм. от 02.03.2021) // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ См.: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 4 (2015), утв. Президиумом Верховного Суда РФ 23 декабря 2015 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 8. С. 23–25.

не должно нарушать права и законные интересы других членов семьи (абз. 2 п. 1).

Еще более важный характер имеет следующий вопрос: возникает ли общая долевая собственность родителей и детей в праве собственности на приобретенное жилое помещение полностью или только на ту его часть, которая соразмерна сумме внесенного материнского капитала? Как известно, по спорам, связанным с разделом супружеского имущества при расторжении брака, суд самостоятельно определяет доли каждого из членов семьи, включая несовершеннолетних детей, в праве собственности на такое имущество. При этом некоторые суды, разрешая подобные споры, сумму материнского капитала делят между всеми членами семьи, а остальное имущество распределяют между супругами, но многие делят такое имущество в равных долях (например, если в семье трое несовершеннолетних детей, суд выделяет каждому члену семьи по 1/5 доли в праве собственности на занимаемое жилое помещение).

Руководящие разъяснения относительно рассматриваемого вопроса сформулировал Верховный Суд РФ по следующему делу. Решением районного суда, оставленным без изменения судом апелляционной инстанции, было отказано в удовлетворении иска Н. к бывшему супругу Д. об определении ее доли, а также долей их несовершеннолетних детей К. и А. в праве общей долевой собственности на жилое помещение (трехкомнатную квартиру) равными, то есть по 1/4 доли каждому.

Разрешая заявленное требование, суд установил, что истица состояла в браке с Д. и имеет двух детей К. и А. Жилое помещение (трехкомнатная квартира) стоимостью 3 650 000 руб. было приобретено в период брака по договору купли-продажи супругом истицы Д. На приобретение указанного жилого помещения Д. израсходовал принадлежащие ему средства в размере 3 150 000 руб., полученные в дар от матери, а также денежные средства в сумме 600 000 руб., предоставленные по кредитному договору, долг по которому выплачивался в том числе за счет средств материнского капитала (328 921 руб.). Письменное обязательство, данное Д., об оформлении квартиры в общую собственность супруги и детей исполнено не было.

Отказывая в удовлетворении иска Н. о равном распределении долей в праве общей долевой собственности на жилое помещение, суды первой и апелляционной инстанций исходили из следующего: в силу ч. 4 ст. 10 Закона № 256-ФЗ жилое помещение, приобретенное (построенное, реконструированное) с использованием средств (части средств) материнского (семейного) капитала, оформляется в общую долевую собственность родителей и детей с определением размера долей по соглашению. Верховный Суд указал, что определение долей в праве собственности на квартиру должно производиться исходя из равенства долей родителей и детей на средства материнского (семейного) капитала, потраченные на приобретение этой квартиры, а не на все средства, за счет которых она была приобретена⁷.

Такой подход в полной мере соответствует закрепленному в п. 4 ст. 60 СК РФ принципиальному положению о том, что «ребенок не имеет права собственности на имущество родителей, родители не имеют права собственности на имущество ребенка. Дети и родители, проживающие совместно, могут владеть и пользоваться имуществом друг друга по взаимному согласию». Приведенное разъяснение способствовало формированию единообразной судебной практики по разрешению рассматриваемой категории гражданских дел, и в настоящее время доля детей высчитывается путем раздела суммы материнского капитала на всех членов семьи, а остальные денежные средства, потраченные на приобретение жилого помещения, делятся поровну между родителями, если иное не было предусмотрено брачным договором.

Таким образом, размер доли в праве собственности на жилое помещение каждого из членов семьи зависит не только от количества детей, но и от соотношения стоимости помещения и суммы материнского капитала, используемого при его приобретении, строительстве или реконструкции. В настоящее время стоимость жилых помещений в различных регионах России значительно дифференцирована, особенно если сравнивать цены на такие объекты в Москве, Сочи или Санкт-Петербурге с ценами в небольших городах и поселках. В приведенном примере сумма материнского капитала составляла чуть более 11,5 % от стоимости приобре-

⁷ См.: Обзор судебной практики по делам, связанным с реализацией права на материнский (семейный) капитал, утвержденный Президиумом Верховного Суда РФ 22.06.2016 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 12.

тенной квартиры, соответственно, в результате раздела ее на 4 (родителей и двоих детей) доля детей будет весьма небольшой.

Однако такие ситуации отнюдь не являются типичными, т.к. в настоящее время в результате неоднократного повышения первоначальной суммы материнский капитал за первого ребенка составляет 483 882 руб. и вполне может быть сопоставим со стоимостью приобретаемого семьей жилого помещения. Если ранее семья не участвовала в рассматриваемой программе, то при рождении второго ребенка материнский капитал достигает 639 432 руб., а если сертификат ранее был получен, то доплата за второго, третьего и каждого последующего ребенка будет равна 155 550 руб.⁸ Названные суммы, выделяемые государством для поддержки семей с детьми, являются весьма значительными, что позволяет многим родителям приобрести жилое помещение и без привлечения собственных денежных средств. В таких случаях, как было подчеркнuto в Обзоре судебной практики от 22.06.2016, доли родителей и детей в праве собственности на жилое помещение или жилой дом, приобретенные исключительно за счет средств материнского (семейного) капитала, являются равными.

Так, решением районного суда было удовлетворено заявление прокурора, обратившегося в защиту прав, свобод и законных интересов несовершеннолетних детей, к их родителям И. и А. о возложении на них обязанности оформить жилое помещение в общую долевую собственность. Суд установил, что в связи с рождением второго ребенка матери детей И. был выдан государственный сертификат на материнский (семейный) капитал, но родители И. и А. не исполнили обязательство по оформлению И. жилого дома в общую долевую собственность.

Согласно п. 5 ст. 60 СК РФ, в случае возникновения права общей собственности родителей и детей их права на владение, пользование и распоряжение общим имуществом определяются гражданским законодательством. В соответствии с п. 1 ст. 245 ГК РФ, если доли участников долевой собственности не могут быть определены на основании закона и не установлены соглашением всех ее участников, доли считаются равными. Руководствуясь приведенными нормами, а также принимая во внимание, что жилой дом был приобретен полностью за счет средств материнского (семейного) капитала,

суд, удовлетворив требование прокурора, пришел к правильному выводу о равенстве долей супругов И. и А. и их двоих несовершеннолетних детей в праве собственности на жилой дом (п. 14).

Еще один фактор, от которого зависит размер доли ребенка в праве собственности, — волеизъявление его родителей, которые нередко принимают решение о равном с детьми распределении долей, даже если сумма материнского капитала составила только часть стоимости приобретенного жилого помещения или если жилое помещение было приобретено исключительно на собственные средства родителей. Устанавливая такое равенство долей, родители руководствуются любовью к детям и стремлением обеспечить им комфортные жилищные условия, не задумываясь о том, что в будущем, с достижением детьми или одним из них совершеннолетия, такое распределение может поставить их в зависимость от желаний и интересов детей.

Между тем к отношениям, возникающим между родителями и детьми, ставшими сособственниками жилого помещения, применяются нормы гл. 16 ГК РФ, в которой закреплено, что владение и пользование имуществом, находящимся в общей долевой собственности, осуществляется по соглашению всех ее участников, а при недостижении согласия — в порядке, устанавливаемом судом (п. 1 ст. 247 ГК РФ), и что участник долевой собственности имеет право на предоставление в его владение и пользование части общего имущества, соразмерного его доле, а при невозможности этого вправе требовать от других участников, владеющих и пользующихся имуществом, приходящимся на его долю, соответствующей компенсации (п. 2 ст. 247 ГК РФ).

Применительно к праву общей собственности на занимаемое семьей жилое помещение приведенные положения означают, что один из детей, достигший совершеннолетия, может требовать от родителей передачи в его владение и пользование отдельной комнаты, размер которой соответствует его доле. Точно так же он может потребовать раздела занимаемой квартиры (п. 1 ст. 252 ГК РФ), выдела в натуре принадлежащей ему доли (п. 2 ст. 252 ГК РФ), а при невозможности такого выдела — выплаты денежной компенсации ее стоимости (п. 3 ст. 252 ГК РФ). Более того: ребенок, достигший

⁸ URL: <https://pfrf-kabinet.ru/novosti/materinskiy-kapital-v-2021-godu.html>.

совершеннолетия, может распорядиться принадлежащей ему долей, продав ее третьему лицу, чтобы на вырученную сумму приобрести собственное, отдельное жилое помещение. Такая возможность предусмотрена п. 2 ст. 246 ГК РФ, в соответствии с которым участник общей долевой собственности вправе по своему усмотрению продать, подарить, завещать, отдать в залог свою долю или распорядиться ею иным образом.

В такой ситуации избежать превращения квартиры в коммунальную можно только путем продажи занимаемого жилого помещения и последующего приобретения отдельных квартир для себя и ребенка, добывающегося раздела, но вырученных от продажи денежных сумм может быть явно недостаточно для такого приобретения, особенно если на попечении родителей остаются другие дети. Другая возможность заключается в реализации предусмотренного ст. 250 ГК РФ права преимущественной покупки отчуждаемой доли, однако такая покупка доступна далеко не всем родителям, в особенности лицам, достигшим пенсионного возраста и не имеющим иных, кроме пенсии, источников дохода.

При обсуждении рассматриваемых коллизий можно рассчитывать на то, что достигшие совершеннолетия дети, испытывая к родителям чувства любви и благодарности, не станут реализовать имущественные права, принадлежащие им как собственникам общего жилого помещения, и оставят его во владении и пользовании вырастивших их родителей. Именно так происходит в большинстве случаев, но вполне вероятны ситуации, когда достигший совершеннолетия ребенок, особенно если он вступил в брак, либо потребует от родителей раздела занимаемого ими жилого помещения, либо решит реализовать принадлежащую ему долю третьему лицу.

Такая возможность отнюдь не является гипотетической, если сопоставить ее с фактами жестокого обращения с детьми многих родителей. Ежегодно в России свыше 100 тыс. детей остаются без родительского попечения при живых родителях, причем в 85 % случаев это дети, родители которых были лишены родительских прав⁹. Обрекая детей на сиротство и выжива-

ние в тяжелых условиях, такие родители не проявляют ни любви, ни заботы, ни элементарной ответственности за будущее детей. Но если таким образом поступают родители, нельзя исключить подобного отношения и со стороны подростков детей, поэтому вопрос о балансе в рассматриваемой сфере прав и интересов родителей и достигших совершеннолетия детей имеет весьма важное практическое значение.

Подобные проблемы возникали и в советский период, но тогда они имели качественно иной характер. В статье 54 Жилищного кодекса РСФСР¹⁰ было закреплено: «Члены семьи нанимателя, проживающие совместно с ним, пользуются наравне с нанимателем правами и обязанностями, вытекающими из договора найма жилого помещения. К членам семьи нанимателя относятся супруг нанимателя, их дети и родители, а в исключительных случаях и иные лица, если они проживают совместно с нанимателем и ведут с ним общее хозяйство».

С достижением совершеннолетия у детей, особенно вступивших в брак, иногда возникало желание разделить с родителями занимаемую семьей квартиру и получить в свое владение и пользование отдельное жилое помещение. Возможность и механизм такого раздела в ЖК РСФСР не предусматривались, поскольку жилые помещения, относящиеся к государственному и муниципальному жилищным фондам, предоставлялись гражданам не в собственность, а во владение и пользование на основании договора социального найма. Соответственно, возможность распоряжения одним из проживающих в квартире лиц принадлежащей на него жилой площадью имела весьма ограниченный характер. В статье 70 ЖК РСФСР было закреплено: «Совершеннолетний член семьи нанимателя вправе с письменного согласия нанимателя и всех членов семьи обменять принадлежащую на него жилую площадь с другим лицом при условии, что въезжающий в порядке обмена вселяется в качестве члена семьи нанимателя этого помещения».

Такого рода «родственные обмены» совершались, как правило, между подростками детьми нанимателя и его отдельно проживающим родителем (родителями), в результате чего внуки переезжали в квартиру бабушки или

⁹ См.: Мизулина Е. Б. О Концепции государственной семейной политики // URL: <http://www.garant.ru/interview/244534/#ixzz6yVuDOXdx>.

¹⁰ См.: Жилищный кодекс РСФСР (утв. ВС РСФСР 24.06.1983) (ред. от 20.07.2004) // СПС «Консультант-Плюс».

дедушки, а они, в свою очередь, переезжали к своим детям в качестве членов семьи. В большинстве случаев такие обмены имели двоякую цель — не только предоставить подростку собственное жилое помещение, но и избежать утраты жилого помещения, занимаемого престарелыми родственниками, в случае их смерти, поскольку иных возможностей унаследовать жилое помещение, предоставленное гражданам на условиях найма, в советский период не существовало.

Добиться по требованию детей раздела жилого помещения, занимаемого совместно с родителями, было практически невозможно. Если же желание разделить занимаемое жилое помещение возникало у всех членов семьи, такой раздел означал, что из отдельной квартиры, занимаемой семьей, родители и дети должны были переехать либо в квартиры меньшей площади, либо (как это происходило в большинстве случаев) в комнаты в коммунальных квартирах, то есть жилищные условия всех участников такого раздела существенно ухудшались.

Кардинальные экономические и правовые преобразования, осуществленные в последнее десятилетие прошлого века, привели к стремительному формированию рынка недвижимого имущества, в том числе жилых помещений, который активно расширялся благодаря беспрецедентному росту жилищного строительства практически во всех регионах России. Впервые после Октябрьской революции у российских граждан появились широкие возможности для приобретения в собственность жилых помещений, в связи с чем возник вопрос о соотношении прав на такие помещения приобретающего его собственника и членов его семьи.

В пункте 1 ст. 31 Жилищного кодекса РФ¹¹ было закреплено, что члены семьи собственника жилого помещения, в том числе несовершеннолетние дети, имеют право пользования

данном жилым помещением наравне с его собственником, если иное не установлено соглашением между собственником и членами его семьи. Однако в этой же норме было предусмотрено, что в случае прекращения семейных отношений с собственником жилого помещения право пользования данным жилым помещением за бывшим членом семьи собственника этого жилого помещения не сохраняется, если иное не установлено соглашением между собственником и бывшим членом его семьи (п. 5).

В связи с применением приведенного положения на протяжении нескольких лет (2005–2007 гг.) при расторжении брака между родителями ребенка суды выносили решения, признававшие ребенка бывшим членом семьи собственника (его отца или матери), утратившим право на пользование принадлежащим собственнику жилым помещением. Такого рода нетерпимые ситуации, как и многочисленные сделки по отчуждению жилых помещений, совершенные с грубым нарушением прав проживающих в них детей, последствия от которых приобрели масштабы социального бедствия¹², активно обсуждались и негативно оценивались представителями общественности, науки¹³ и практики¹⁴.

Возможно, именно благодаря такой активной научной позиции спустя два года в Обзоре судебной практики по гражданским делам Верховного Суда РФ за III квартал 2007 г. было указано: «...поскольку лишение ребенка права пользования жилым помещением, принадлежащим на праве собственности одному из родителей, может повлечь нарушение прав ребенка, в силу требований Семейного кодекса РФ об обязанностях родителей в отношении своих детей право пользования жилым помещением, находящимся в собственности одного из родителей, должно сохраняться за ребенком и после расторжения брака его родителя-

¹¹ См.: Жилищный кодекс Российской Федерации от 29.12.2004 № 188-ФЗ (ред. от 30.04.2021) // СПС «КонсультантПлюс».

¹² См.: Комментарий к Части первой Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. Т. Е. Абовой и А. Ю. Кабалкина. М.: Юрид. лит., 2003. С. 639.

¹³ См., например: Михайлова И. А. Соотношение прав на жилое помещение собственника и членов его семьи: коллизия интересов и принципов // Юридическая наука. 2017. № 2. С. 60–64; Уенкова О. Г. Институт расторжения брака по законодательству Российской Федерации и стран континентальной правовой семьи (сравнительно-правовое исследование): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. С. 26.

¹⁴ См., например: определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 15.10.2013 № 5-КГ13-88 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2014. № 6. С. 8–11.

ми»¹⁵. Анализируя рассматриваемую дилемму, П. В. Крашенинников справедливо отмечал, что проблема различного толкования п. 4 ст. 31 ЖК РФ заключалась в том, что семейное и жилищное законодательство используют различные критерии в понимании семьи: семейное законодательство отдает приоритет узам брака, родства, принятия детей на воспитание, а для жилищного законодательства решающим является факт совместного проживания¹⁶.

По мере расширения возможностей по приобретению в собственность жилых помещений законодатель все больше внимания уделял созданию оптимальных условий для обеспечения жилищных прав несовершеннолетних детей. Беспрецедентно важное значение в этой сфере имело, как уже отмечалось, принятие Закона № 256-ФЗ, позволившего улучшить жилищные условия сотен тысяч российских граждан. Но новая реальность, наряду с новыми возможностями, породила и новые проблемы, обусловленные тем, что жилые помещения, приобретенные с использованием материнского капитала, становились собственностью родителей и детей, которые, достигнув совершеннолетия, могут стремиться к разделу занимаемого жилого помещения.

Распространению подобных ситуаций способствуют различные факторы: ранняя коммерциализация сознания многих детей, возведение потребительства в главный символ жизненного успеха, постоянная демонстрация в кино- и телефильмах жизни в роскошных апартаментах, примеры сверстников, живущих в отдельных квартирах, и т.п. Все чаще у подрастающих детей формируется стремление

иметь собственное жилое помещение, и никогда раньше законодатель не предоставлял им таких широких правовых возможностей, как в настоящее время, поскольку, будучи субъектами права общей долевой собственности на занимаемое с родителями жилое помещение, дети обладают широкими правами по его разделу или отчуждению принадлежащей им доли.

При этом, как уже отмечалось, последние годы права детей остаются в центре внимания законодателя, науки и практики. Соответствующий раздел российской науки семейного права переживает настоящий расцвет, характеризующийся повышенным вниманием практически ко всем вопросам признания и защиты прав детей. Это явление отражает общемировую тенденцию развития представлений о ребенке и его правах как о главной ценности не только его родителей, но и государства и общества. В современной доктрине права ребенка исследуются во всех возможных аспектах и преломлениях, в том числе на пренатальной стадии развития¹⁷; они активно обсуждаются на многочисленных научно-практических конференциях¹⁸, а меры, направленные на повышение эффективности их обеспечения, осуществления и охраны, содержатся в целом ряде руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда РФ¹⁹.

Но в охране и защите нуждаются и права родителей, в том числе право на занимаемое жилое помещение, являющееся одним из важнейших прав личности и неотъемлемым элементом достойного существования²⁰, реализация которого в условиях общей долевой собственности может вступать в противоречие

¹⁵ См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 2008. № 2. С. 36.

¹⁶ См.: Крашенинников П. В. Нужен ли России новый Семейный кодекс? // Семейное и жилищное право. 2017. № 1. С. 5.

¹⁷ См.: Понкин И. В., Понкина А. А. Достоинство и права ребенка на пренатальной стадии развития: конституционно-правовой, медико-правовой и биоэтический анализ / Институт государственно-конфессиональных отношений и права. М.: Буки Веди, 2017. 132 с.

¹⁸ См., например: Права ребенка в РФ: законодательство, правоприменительная деятельность, российская наука: материалы Международной научно-практической конференции / отв. ред. Ю. Ф. Беспалов. М.: РГ-Пресс, 2018. 280 с.

¹⁹ См., например: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27.05.1998 № 10 (с изм. и доп. от 06.02.2007, 14.11.2017, 26.12.2017) «О применении судами законодательства при разрешении споров, связанных с воспитанием детей» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1998. № 7; постановление Пленума Верховного Суда РФ от 20.04.2006 № 8 (с изм. и доп. от 17.12.2013) «О применении судами законодательства при рассмотрении дел об усыновлении (удочерении) детей» // Там же. 2006. № 6.

²⁰ См.: ст. 11 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах (принятого 16.12.1966 Резолюцией 2200 (XXI) на 1496-м пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН) // СПС «КонсультантПлюс».

с интересами совершеннолетних детей, желающих жить отдельно.

Руководящие разъяснения по поводу рассматриваемой коллизии сформулировал Конституционный Суд РФ: «Статья 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, закрепляющая право на уважение частной и семейной жизни, в ее истолковании Европейским Судом по правам человека обязывает национальные власти обеспечивать соблюдение справедливого баланса между конкурирующими интересами родителей и детей и при определении такого баланса особое значение придавать коренным интересам ребенка, которые в зависимости от их характера и важности могут иметь приоритет над аналогичными интересами родителей»²¹.

Аналогичные положения закреплены и в Конвенции ООН «О правах ребенка»²², в соответствии с которой во всех действиях в отношении детей, независимо от того, предпринимаются они судами, административными или законодательными органами, первоочередное внимание должно уделяться наилучшему обеспечению интересов ребенка (п. 12). Полагаем, что приведенные положения распространяется только на детей, не достигших возраста 18 лет, а с достижением ребенком совершеннолетия и приобретением им полной гражданской правоспособности сохранение приоритета его «коренных» интересов перед интересами родителей перестает соответствовать общеправовому принципу справедливости, а также Конституции РФ, закрепившей, что осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц (п. 3 ст. 17).

Родители нуждаются в комфортных жилищных условиях ничуть не меньше, чем выращенные ими дети. Принимая решение об отчуждении принадлежащей им доли в праве собственности на занимаемое совместно с родителями жилое помещение, дети не могут не осознавать последствий такой сделки, не могут не понимать, что вселение в родительскую квартиру посторонних лиц в качестве новых сосособственников существенно ухудшит условия

проживания их родителей или сделает их невыносимыми, поэтому подобные действия следует квалифицировать как недобросовестные и представляющие собой явное злоупотребление правом, запрещенное в п. 1 ст. 10 ГК РФ.

В целях недопущения рассмотренных ситуаций целесообразно вернуться к норме, закрепленной в ст. 70 ЖК РСФСР, в соответствии с которой обмен доли жилого помещения одним из членов семьи нанимателя допускался только с письменного согласия нанимателя и всех членов семьи, и дополнить ст. 246 ГК РФ пунктом 3 следующего содержания:

«3. Реализация участником общей долевой собственности на жилое помещение, приобретенное с использованием средств материнского (семейного) капитала, в котором совместно с ним проживают родители (родитель) этого собственника, права по распоряжению принадлежащей ему долей допускается только с письменного согласия его родителей и других лиц, проживающих в данном помещении».

Введение предлагаемого ограничения отнюдь не ущемляет жилищные права детей, которые в полном объеме сохраняют право проживать в занимаемом жилом помещении; ограничивается только их правомочие по отчуждению принадлежащей им доли третьим лицам. В работах, посвященных правовому регулированию общей долевой собственности, уже отмечалось, что при разделе или выделе имущества, находящегося в долевой собственности, целесообразно не только руководствоваться эквивалентно-возмездным принципом определения долей участников в зависимости от их вклада в общее имущество, но и принимать во внимание иные жизненные обстоятельства и факты²³.

Присоединяясь к приведенному положению, полагаем, что наличие нерасторжимого кровного родства в виде происхождения детей от родителей и многолетние усилия (а нередко и жертвы) родителей по заботе о здоровье ребенка, об удовлетворении его потребностей, обеспечении условий, необходимых для его полноценного развития и образова-

²¹ См.: постановление Конституционного Суда РФ от 08.06.2010 № 13-П «По делу о проверке конституционности пункта 4 статьи 292 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки В. В. Чаадаевой // СПС «КонсультантПлюс».

²² Конвенция о правах ребенка (одобрена Генеральной Ассамблеей ООН 20.11.1989) (вступила в силу для СССР 15.09.1990) // СПС «КонсультантПлюс».

²³ Козлов Р. П. Правовое регулирование общей долевой собственности в РФ : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 16.

ния, безусловно, являются обстоятельствами, обуславливающими необходимость специального правового регулирования права общей долевой собственности на жилые помещения, принадлежащие детям и родителям на праве общей долевой собственности. Внесение в ст. 246 ГК РФ ограничения распорядительных правомочий совершеннолетних детей станет еще одним шагом на пути к продолжающей-

ся последние годы гуманизации российского гражданского законодательства, направленной на повышение уровня его соответствия общественным представлениям о справедливости, разумности и добросовестности. В неменьшей степени введение такого ограничения будет соответствовать сложившимся веками традиционным семейным ценностям — уважению к родителям и заботе о них.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Козлов Р. П. Правовое регулирование общей долевой собственности в РФ : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2008.
2. Комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. Т. Е. Абовой и А. Ю. Кабалкина. — М. : Юрид. лит., 2003.
3. Крашенинников П. В. Нужен ли России новый Семейный кодекс? // Семейное и жилищное право. — 2017. — № 1. — С. 3–7.
4. Михайлова И. А. Соотношение прав на жилое помещение собственника и членов его семьи: коллизия интересов и принципов // Юридическая наука. — 2017. — № 2. — С. 60–64.
5. Понкин И. В., Понкина А. А. Достоинство и права ребенка на пренатальной стадии развития: конституционно-правовой, медико-правовой и биоэтический анализ / Институт государственно-конфессиональных отношений и права. — М. : Буки Веди, 2017. — 132 с.
6. Уенкова О. Г. Институт расторжения брака по законодательству Российской Федерации и стран континентальной правовой семьи (сравнительно-правовое исследование): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2010.

Материал поступил в редакцию 30 июня 2021 г.

REFERENCES

1. Kozlov RP. Pravovoe regulirovanie obshchey dolevoy sobstvennosti v RF : avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk [Legal regulation of common shared ownership in the Russian Federation: Author's Abstract]. Moscow; 2008. (In Russ.)
2. Abova TE and Kabalkina AYu, editors. Kommentariy k chasti pervoy Grazhdanskogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii [Commentary on part one of the Civil Code of the Russian Federation]. Moscow: Yurid. lit. Publ.; 2003. (In Russ.)
3. Krasheninnikov PV. Nuzhen li Rossii novyy Semeynny kodeks? [Does Russia need a new Family Code?] *Family and Housing Law*. 2017;1:3-7. (In Russ.)
4. Mikhailova I. A. Sootnoshenie prav na zhiloe pomeshchenie sobstvennika i chlenov ego semi: kolliziya interesov i printsipov [The ratio between the rights to the living premises of the owner and his family members: conflict of interests and principles]. *Legal Science*. 2017;2:60-64. (In Russ.)
5. Ponkin IV, Ponkina AA. Dostoinstvo i prava rebenka na prenatalnoy stadii razvitiya: konstitutsionno-pravovoy, mediko-pravovoy i bioeticheskiy analiz [Dignity and rights of the child at the prenatal stage of development: constitutional-legal, medico-legal and bioethical analysis]. In: *The Institute of State Confessional Relations and Law*. Moscow: Buki Vedi Publ.; 2017. (In Russ.)
6. Uenkova OG. Institut rastorzheniya braka po zakonodatelstvu Rossiyskoy Federatsii i stran kontinentalnoy pravovoy semi (sravnitelno-pravovoe issledovanie : avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk [The Institute of divorce under the legislation of the Russian Federation and countries of the continental legal family (comparative legal study: Author's Abstract)]. Moscow; 2010. (In Russ.)

DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.036-046

Н. В. Черных*

Элементы неустойчивой занятости в труде научных и педагогических работников¹

Аннотация. В статье освещается проблема роста сегмента неустойчивой занятости в труде научных работников и работников профессорско-преподавательского состава, которые работают преимущественно в научных и образовательных учреждениях (научно-педагогических работников). К числу элементов неустойчивой занятости, характерной для рассматриваемой категории работников, автор относит срочный характер трудовых отношений и низкий уровень условно-постоянной части заработной платы в общей структуре заработной платы научно-педагогических работников, что можно отнести к правовым предпосылкам ухудшения (прекаризации) регулирования их труда. В дополнение к актам федерального законодательства о труде научно-педагогических работников проанализированы положения соответствующих актов социального партнерства за период с 2015 по 2023 г. Отмечена проблема увеличения видов работ, включаемых работодателем в занятость «второй половины дня» научно-педагогических работников без выплаты дополнительной заработной платы. Отсутствие правового регулирования распределения видов работ, выполняемых научно-педагогическим работником в рамках 36-часовой рабочей недели, также отмечается автором в числе правовых предпосылок, ухудшающих при соответствующем правоприменении условия занятости таких работников за счет существенно возрастающей доли времени, которую работники тратят на достижение показателей результативности и эффективности, устанавливаемых работодателем. В заключении статьи аргументируется внесение изменений в законодательство в части регулирования срочного трудового договора, установления доли гарантированной заработной платы в общей структуре заработной платы, регламентации видов работ, включаемых в рабочее время научно-педагогических работников на уровне подзаконного правового акта, что в совокупности будет способствовать повышению устойчивости условий занятости работников и улучшению их правового положения.

Ключевые слова: неустойчивая занятость; прекаризация условий труда научно-педагогических работников; срочный трудовой договор; условно-постоянная часть заработной платы научно-педагогических работников; увеличение академической нагрузки.

Для цитирования: Черных Н. В. Элементы неустойчивой занятости в труде научных и педагогических работников // Lex russica. — 2021. — Т. 74. — № 10. — С. 36–46. — DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.036-046.

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-15032.

© Черных Н. В., 2021

* Черных Надежда Вячеславовна, кандидат юридических наук, доцент, директор Института частного права, доцент кафедры трудового права и права социального обеспечения Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993

Nvychernyh@msal.ru

Elements of Precarious Employment in the Work of Scientific and Pedagogical Workers²

Nadezhda V. Chernykh, Cand. Sci. (Law), Director of the Institute of Private Law, Associate Professor, Department of Labor Law and Social Security Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
Nvychernyh@msal.ru

Abstract. The paper highlights the problem of the growth of the segment of precarious employment in the work of researchers and the faculty, who work mainly in scientific and educational institutions (scientific and pedagogical workers). Besides the elements of precarious employment characteristic of the category of workers under consideration, the author considers the fixed-term nature of labor relations and the low level of the conditionally constant part of wages in the general structure of wages of scientific and pedagogical workers, which can be attributed to the legal prerequisites for the deterioration (precarization) of their labour regulation. In addition to the acts of federal legislation regulating the labor of scientific and pedagogical workers, the author analyzes the provisions of the relevant acts of social partnership for the period from 2015 until 2023. The author highlights the problem of increasing the types of work included by the employer in the employment of the “second half of the day” of scientific and pedagogical workers without paying additional wages. The lack of legal regulation of the distribution of types of work performed by a scientific and pedagogical worker within a 36-hour working week is also noted by the author among the legal preconditions that, with appropriate law enforcement, worsen the conditions of employment of such workers due to the significantly increasing proportion of time that workers spend on achieving performance indicators and efficiency determined by the employer. In the conclusion of the paper, the author justifies amendments to the legislation in terms of regulating a fixed-term employment contract, establishing the share of guaranteed wages in the overall structure of wages, regulating the types of work included in the working hours of scientific and pedagogical workers at the level of a by-law, which cumulatively will promote sustainability of employment conditions for employees and improve their legal status.

Keywords: precarious employment; precarization of working conditions of scientific and pedagogical workers; fixed-term employment contract; conditionally constant part of the salary of scientific and pedagogical workers; an increase in the academic load.

Cite as: Chernykh NV. Elementy neustoychivoy zanyatosti v trude nauchnykh i pedagogicheskikh rabotnikov [Elements of Precarious Employment in the Work of Scientific and Pedagogical Workers]. *Lex russica*. 2021;74(10):36-46. DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.036-046. (In Russ., abstract in Eng.).

Одной из неприятных и пугающих тенденций функционирования рынка труда в современном мире является постепенный рост нетипичной и неустойчивой занятости, сопровождающийся прекарризацией (ухудшением) правового положения наемных работников³. При этом, будучи изначально характерной для труда низкоквалифицированных работников, в настоящее время прекарризация распространяется на все

большее количество отраслей, включая науку и образование⁴. Исследователи отмечают, что преимущественной формой занятости в академической сфере большинства стран мира стала частичная занятость, а профессора, работающие на условиях постоянного, штатного найма, составляют меньшинство⁵.

М. Х. Хасенов пишет, что понятие «прекарризация» происходит от латинского слова *precarium*,

² The reported study was funded by RFBR according to the research project № 18-29-15032.

³ Лютов Н. Л. Трансформация трудового правоотношения и новые формы занятости в условиях цифровой экономики // Журнал российского права. 2019. № 7. С. 115–130 ; Коршунова Т. Ю. Проблемы достойного труда в условиях нетипичной занятости // Журнал российского права. 2020. № 7. С. 78–97.

⁴ Zakharova M., Przhilenskiy V. Precariat in science and research: legal and philosophic comprehension of the issue in the global challenges perspective // RUDN journal of law. 2020. Vol. 24. № 4. P. 903 ; Allmer T. Precarious, always-on and flexible: A case study of academics as information workers // European Journal of Communication. 2018. Vol. 33. № 4. P. 381–395.

⁵ Рамбли Л. Э., Пачеко И. Ф., Альтбах Ф. Дж. Международное сопоставление оплаты труда преподавателей вузов // Экономика образования. 2010. № 1 (56). С. 102.

что означает «сомнительный, негарантированный и нестабильный»⁶. В. Н. Бобков и Е. А. Черных описывают неустойчивость занятости как «состояние, при котором на рынке труда повышается уровень неопределенности и риска трудовых отношений, а работа перестает служить источником средне- и долгосрочного планирования и улучшения качества жизни экономически активного населения и индивида, что приводит к вынужденному перераспределению рисков, связанных с трудовыми отношениями, на самого работника»⁷. Н. Л. Лютов отмечает, что при неустойчивой занятости работник во многом лишен возможности использовать традиционные защитные механизмы трудового права⁸.

Следует отметить, что количество исследований, в которых анализируются различные факторы и элементы прекаризации в труде научно-педагогических работников, существенно увеличилось⁹, что не может не настораживать. В. И. Воробьева рассматривает работников, занятых в научной сфере, в качестве «кандидатов» в прекариат и указывает, что «не отвечая основным показателям принадлежности к прекариату, таким как неформальная занятость и отсутствие социальных гарантий, ученые тем не менее обладают некоторыми признаками прекаризации труда, например имея нестандартное рабочее время и вторичную занятость»¹⁰.

В некоторых исследованиях отмечается резкое ухудшение условий занятости научно-педагогических работников при авральном переходе на использование дистанционных образовательных технологий и удаленную работу в период действия ограничительных мероприятий, вызванных распространением новой коронавирусной инфекции¹¹, хотя, как будет показано в статье, дистанционная занятость не создала, но обнажила и обострила уже имеющиеся проблемы в регулировании труда на современном этапе его развития.

Основным элементом неустойчивой занятости в труде научных работников и лиц профессорско-преподавательского персонала следует признать возможность заключения с ними срочного трудового договора. До появления в Трудовом кодексе РФ в конце 2014 г. специальной главы 52.1 о труде научных работников возможность заключения срочного трудового договора предусматривалась статьями 58 и 59 ТК РФ, отдельные положения которых, безусловно, применялись и к научным работникам. Однако специальной нормы, предусматривающей срочный характер трудовых отношений с научными работниками, законодательство до 1 января 2015 г. не содержало¹².

Появление же в гл. 52.1 ТК РФ части 1 ст. 336.1, предусматривающей, что трудовые

⁶ Хасенов М. Х. Правовое регулирование деятельности самозанятого населения // Трудовое право в России и за рубежом. 2019. № 1. С. 21–24.

⁷ Бобков В. Н., Черных Е. А. Влияние неустойчивой занятости на переходы молодежи на рынке труда // Уровень жизни населения регионов России. 2014. № 3 (193). С. 30.

⁸ Лютов Н. Л. Срочный трудовой договор как инструмент неустойчивой занятости: многократное перезаключение и возможность заключения с научно-педагогическими работниками // Трудовое право в России и за рубежом. 2018. № 4. С. 20–23.

⁹ Лобова С. В. Прекаризация занятости научно-педагогических работников вузов: содержание и последствия // Экономическое развитие региона: управление, инновации, подготовка кадров. 2019. № 6. С. 246; Файман Н. С. Неустойчивость условий занятости научно-педагогических кадров как фактор формирования академического прекариата // Народонаселение. 2019. Т. 22. № 4. С. 105; Чинчикова Г. Б. О прекариатском праве и вузовском прекариате: научно-инструментальный, нормативно-правовой и морально-этический комментарий // Администратор суда. 2020. № 4. С. 13–18.

¹⁰ Воробьева И. В. Российские ученые в условиях прекарной занятости // Вопросы управления. 2021. № 1 (68). С. 131–142.

¹¹ Камарова Т. А. «Цифровая прекаризация» научно-педагогических работников в условиях социально-экономической турбулентности // Вестник Омского университета. Серия: Экономика. 2020. Т. 18. № 3. С. 72–83; Лобова С. В. «Новая» занятость «старых» преподавателей в условиях гибридного обучения // Первая Международная научная конференция по проблемам цифровизации: EdCrunch Ural — 2020: материалы конференции (Екатеринбург, 29–30 сентября 2020 г.). Екатеринбург: Издательство Уральского университета, 2020. С. 172–183.

¹² Отметим, что научные работники, работающие в вузах, включались в категорию «научно-педагогические работники» и ранее имели другое правовое регулирование в части избрания по конкурсу и заключения в силу этого трудового договора на определенный срок.

договоры на замещение должностей научных работников могут заключаться как на неопределенный срок, так и на срок, определенный непосредственно работником и работодателем, обусловлено, на наш взгляд, тем, что аналогичная норма содержится в гл. 52 ТК РФ применительно к труду лиц профессорско-преподавательского персонала — близкой по специфике труда категории работников.

Интересно отметить, что позиция законодателя относительно того, должен трудовой договор с преподавателями вузов быть срочным или должен заключаться на неопределенный срок, несколько раз менялась.

В первоначальной редакции ТК РФ в 2002 г. речь шла о срочном характере отношений со всеми научно-педагогическими работниками высших учебных заведений, однако уже в 2006 г. введена норма о заключении трудового договора как на определенный (до 5 лет), так и на неопределенный срок по результатам конкурса. При этом подзаконным правовым актом на работодателя возлагалась обязанность организации и объявления конкурса для того, чтобы работник в случае его успешного прохождения мог перезаключить трудовой договор на новый срок или продлить срок ранее заключенного с ним трудового договора (п. 11 Положения о порядке замещения должностей научно-педагогических работников в высшем учебном заведении Российской Федерации, утвержденного приказом Минобрнауки России от 26.11.2002 № 4114¹³). Соответствующее регулирование существовало достаточно длительное время и привело к появлению в юридической литературе идей о выделении первоначального конкурса («конкурс-выбор»), когда происходит первичная оценка квалификации нового работника, и очередного конкурса на замещение работником «своей» же должности («конкурс-подтверждение»)¹⁴. Но при пересмотре данного пункта после внесения

изменений в гл. 52 ТК РФ в конце 2014 г. обязанность работодателя организовывать и проводить конкурс по тем должностям, которые замещались работниками на основании срочных трудовых договоров, была отменена¹⁵, и новые подзаконные акты, принятые в части регулирования конкурса лиц профессорско-преподавательского состава и научных работников, такой обязанности не содержали, что привело к росту количества срочных трудовых договоров. Эта «тихая революция» в ухудшении статуса научно-педагогических работников прошла практически незамеченной. Статья же 332 ТК РФ стала прототипом статьи 336.1 при конструировании норм новой главы 52.1 о труде научных работников.

Вместе с тем срочный трудовой договор достаточно давно рассматривается в качестве элемента неустойчивой занятости. Н. Л. Лютов справедливо указывает, что при существующем правовом регулировании, предусматривающем срочный характер трудовых отношений и многократное перезаключение срочных трудовых договоров, «фактически все научно-педагогические работники высшего образования и научные работники в России находятся в ситуации неустойчивой занятости»¹⁶. Возможно, что на появление нормы о срочном характере трудовых отношений с научными работниками повлияло введение в 1990-х гг. проектного, грантового финансирования исследовательской деятельности¹⁷, отчасти заменяющего финансирование по смете, что привело работодателя к необходимости использовать гибкие и экономные способы прекращения трудовых отношений.

Социальными партнерами предпринимались попытки смягчить негативные последствия применения положений ст. 332 ТК РФ о срочном характере трудовых отношений. Так, пунктом 4.4 Отраслевого соглашения по организациям, находящимся в ведении Министерства

¹³ Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2003. № 4.

¹⁴ *Завгородний А. В.* Конкурс на замещение профессорско-преподавательских должностей в образовательных организациях как основание возникновения трудовых правоотношений // Пермский юридический альманах. Ежегодный научный журнал. 2018. № 1. С. 413–427.

¹⁵ См.: приказ Минобрнауки России от 04.12.2014 № 1536 «Об утверждении Положения о порядке замещения должностей научно-педагогических работников» // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru>. 16.01.2015.

¹⁶ *Лютов Н. Л.* Срочный трудовой договор как инструмент неустойчивой занятости ...

¹⁷ *Файман Н. С.* Неустойчивость условий занятости научно-педагогических кадров как фактор формирования академического прекариата // Народонаселение. 2019. Т. 22. № 4. С. 104–105.

образования и науки Российской Федерации, на 2015–2017 годы¹⁸ было предусмотрено, что в случае, если научно-педагогический работник успешно прошел конкурс, но в последующем стороны не смогли договориться о приемлемом конкретном сроке трудового договора, трудовой договор с таким лицом заключается на неопределенный срок. Кажущаяся суровой и повышающей уровень правовой защищенности по сравнению со ст. 332 ТК РФ норма на практике не прижилась. В некоторых образовательных организациях работники кадровых служб просто не принимали заявления об участии в конкурсе, если к нему не прилагалось личное заявление работника о желании быть избранным на определенный срок, либо включали условия о срочном характере трудовых отношений в шаблоны подаваемых документов и не принимали заявления, отклоняющиеся от шаблона, а работники, запуганные перспективой не пройти избрание по конкурсу, молча соглашались с условиями работодателя.

В аналогичном Отраслевом соглашении на 2018–2020 годы¹⁹ предусматривалось, что при определении срока трудового договора учитывается срок реализации соответствующей образовательной программы, но в пределах срока, установленного ТК РФ. Это положение предварялось вводным условием, что оно применяется, «если нельзя заключить трудовой договор на неопределенный срок».

Указанное положение также не вызвало энтузиазма у правоприменителей и не привело к улучшению правового положения научно-педагогических работников, так как употребленное в тексте словосочетание «срок реализации соответствующей образовательной программы» не

имеет однозначного толкования и может рассматриваться и как весь период, пока образовательная организация высшего образования осуществляет набор на программы, например, магистратуры, и как срок реализации конкретной программы магистратуры, в реализации которой участвует определенный преподавательский состав. Очевидно, что социальные партнеры склонялись ко второму варианту толкования в надежде предоставить определенную свободу и гибкость работодателю в удобстве обновления образовательных программ, хотя в приоритете у социальных партнеров, как нам видится, должны быть иные цели.

В действующем Отраслевом соглашении на 2021–2023 годы²⁰ содержится наиболее конкретная формулировка. Пунктом 4.4 предусматривается: «В случае избрания работника по конкурсу на замещение ранее занимаемой им по срочному трудовому договору должности педагогического работника, относящегося к профессорско-преподавательскому составу по основному месту работы, и при наличии согласия работника трудовой договор следует заключать на срок не менее трех лет».

Интересно отметить, что Межотраслевое соглашение по организациям, подведомственным Министерству науки и высшего образования Российской Федерации, на 2021–2023 годы²¹, в свою очередь, предусматривает, что «при определении срока трудового договора учитывается срок реализации соответствующей научно-исследовательской работы и (или) образовательной программы, но в пределах срока, установленного ТК РФ», то есть использует не четкий и определенный срок, как сделано в актуальном Отраслевом соглашении на 2021–2023 годы, а

¹⁸ Отраслевое соглашение по организациям, находящимся в ведении Министерства образования и науки Российской Федерации, на 2015–2017 годы, утв. Минобрнауки России, Профсоюзом работников народного образования и науки России 22.12.2014 // Бюллетень Минобрнауки РФ. 2015. № 4.

¹⁹ Отраслевое соглашение по организациям, находящимся в ведении Министерства образования и науки Российской Федерации, на 2018–2020 годы, утв. Минобрнауки России, Профсоюзом работников народного образования и науки России 06.12.2017 // Официальный сайт Минтруда России. URL: www.rosmintrud.ru. 18.01.2018.

²⁰ Отраслевое соглашение по образовательным организациям высшего образования, находящимся в ведении Министерства науки и высшего образования Российской Федерации, на 2021–2023 годы, утв. Минобрнауки России, Профсоюзом работников народного образования и науки России 09.04.2021 // Официальный сайт Минтруда России. URL: <https://rosmintrud.ru/>. 25.05.2021.

²¹ Межотраслевое соглашение по организациям, подведомственным Министерству науки и высшего образования Российской Федерации, на 2021–2023 годы, утв. Всероссийским профсоюзом работников Российской академии наук, Минобрнауки России, Профсоюзом работников здравоохранения РФ, Общероссийской общественной организацией Профсоюзом работников агропромышленного комплекса РФ 10.06.2021 // Официальный сайт Минтруда России. URL: <https://rosmintrud.ru/>. 12.08.2021.

более мягкую формулировку из Отраслевого соглашения на 2018–2020 годы, что опять наводит на мысли о ненужном, искусственном разделении единой категории «научно-педагогические работники» на научных и педагогических работников высшей школы и о необоснованной дифференциации в регулировании их труда.

Определенную иронию попыткам социальных партнеров неоднократно согласовать формулировку, приводящую работников и работодателей к большей стабильности в регулировании срочного характера трудовых отношений с лицами профессорско-преподавательского состава, придает то обстоятельство, что именно эти стороны, как правило, участвуют в обсуждении и принятии изменений в профильном законодательстве о труде научно-педагогических и научных работников.

Отметим, что законодатель не остался в стороне от рассматриваемой проблемы, и в настоящее время уже разработан проект федерального закона № 1021402-7 «О внесении изменений в статьи 59 и 332 Трудового кодекса Российской Федерации», предусматривающий установление минимального трехлетнего срока срочного трудового договора с лицом профессорско-преподавательского состава²². Однако он пока не рассмотрен даже в первом чтении. В случае его принятия представляется необходимым скорректировать соответствующим образом и ч. 1 ст. 336.1 ТК РФ.

Определенная неустойчивость в трудовых отношениях с научными и научно-педагогическими работниками прослеживается и в вопросах правового регулирования их заработной платы.

Особенности оплаты труда научно-педагогических работников в ТК РФ не отражены, нормативное регулирование заработной платы существует только для тех научно-педагогических работников, на которых распространяется постановление Правительства РФ от 05.08.2008 № 583²³ и принятые в соответствии с ним подзаконные правовые акты²⁴. Однако с учетом структуры заработной платы работника учреждения, состоящей из оклада, выплат компенсационного и стимулирующего характера (ст. 129 ТК РФ и вышеуказанное постановление), следует сделать вывод, что действительно постоянной и гарантированной работнику является часть заработной платы, складывающаяся из оклада и компенсационных выплат, при этом последние выплачиваются в строго определенных законодательством случаях. Выплаты стимулирующего характера практически во всех учреждениях привязаны к выполнению показателей эффективного контракта, увязанных, как правило, с публикационной активностью и другими наукометрическими показателями²⁵. Например, пунктом 33 Примерного положения об оплате труда работников федеральных государственных бюджетных и автономных

²² Текст законопроекта по состоянию на 15 сентября 2020 г. размещен в СПС «КонсультантПлюс».

²³ Постановление Правительства РФ от 05.08.2008 № 583 «О введении новых систем оплаты труда работников федеральных бюджетных, автономных и казенных учреждений и федеральных государственных органов, а также гражданского персонала воинских частей, учреждений и подразделений федеральных органов исполнительной власти, в которых законом предусмотрена военная и приравненная к ней служба, оплата труда которых осуществляется на основе Единой тарифной сетки по оплате труда работников федеральных государственных учреждений» // СЗ РФ. 2008. № 33. Ст. 3852.

²⁴ Приказ Минобрнауки России от 01.02.2021 № 71 «Об утверждении Примерного положения об оплате труда работников федеральных государственных бюджетных и автономных учреждений, подведомственных Министерству науки и высшего образования Российской Федерации, по виду экономической деятельности «Образование»»; приказ Минобрнауки России от 01.02.2021 № 72 «Об утверждении Примерного положения об оплате труда работников федеральных государственных бюджетных и автономных учреждений, подведомственных Министерству науки и высшего образования Российской Федерации, по виду экономической деятельности «Научные исследования и разработки»» // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://pravo.gov.ru>. 21.04.2021.

Отличительной особенностью указанных примерных положений является установление минимальных размеров окладов по профессиональным квалификационным группам (уровням) в денежном выражении, чего ранее не делалось, при этом если учреждением были установлены оклады в меньшем размере, то учреждение обязано такой оклад пересмотреть.

²⁵ О критике наукометрического подхода см., например: Кулешова А. В., Подвойский Д. Г. Парадоксы публикационной активности в поле современной российской науки: генезис, диагноз, тренды // Мониторинг общественного мнения: Экономические и социальные перемены. 2018. № 4. С. 169–210.

учреждений, подведомственных Минобрнауки России, по виду экономической деятельности «Научные исследования и разработки» при разработке в учреждении размеров и условий осуществления выплат стимулирующего характера в качестве показателей и критериев оценки эффективности труда работников рекомендуется учитывать в том числе:

- публикационную активность в рецензируемых отечественных и ведущих зарубежных периодических изданиях, в журналах, индексируемых в наукометрических базах данных;
- публикации по профилю научной деятельности учреждения монографий, книг и учебников.

Отсутствие разумного соотношения между условно-постоянной и переменной частью заработной платы приводит к необходимости наращивать количественную составляющую работы научно-педагогического работника, что редко обходится без ущерба для качественной составляющей. Отметим, что в первоначальной редакции постановления существовала норма о том, что доля средств на выплаты стимулирующего характера в фонде оплаты труда, формируемом за счет средств ассигнований федерального бюджета, должна составлять не менее 30 %, что приводило бы к отнесению 70 % на окладную часть и выплаты компенсационного характера, однако в дальнейшем эта норма была отменена.

Весьма значительную часть материального стимулирования исследователей составляют выплаты за счет различных грантов (РНФ, РФФИ и т.д.), однако соответствующее нормативное регулирование вопросов предоставления и распределения грантов как элемента вознаграждения за труд на уровне федерального закона отсутствует, что негативным образом сказывается на установлении единообразного правоприменения²⁶. Вместе с тем в разъяснениях

федеральных органов исполнительной власти относительно правил уплаты страховых взносов в случае получения работником гранта, например РФФИ, говорится о возможности уплаты таковых за счет средств гранта (а не средств работодателя)²⁷, что ярко иллюстрирует утверждение о переносе при неустойчивой занятости рисков (в рассматриваемом примере — страховых рисков) на работника.

К числу правовых предпосылок, делающих условия найма научно-педагогических работников неустойчивыми и меняющимися, следует также отнести слабое правовое регулирование вопросов академической нагрузки и нормирования труда. На нормативном уровне установлены только верхние пределы учебной (контактной) нагрузки для лиц профессорско-преподавательского состава²⁸, включающей аудиторную, «горловую» работу. Однако вопросы нормирования иной работы научно-педагогического работника (научной, творческой, исследовательской, организационной и др.) в рамках второй половины дня находятся в сфере действия даже не подзаконного нормативного акта, а локального нормативного акта работодателя. Это приводит к постоянному росту видов работ, включаемых вузами в должностные обязанности работников без дополнительной оплаты²⁹. В совокупности со все увеличивающимися требованиями к публикационной активности нагрузка на научно-педагогического работника существенно возрастает, что в некоторых ситуациях приводит к быстрому профессиональному выгоранию и уходу перспективных специалистов из вуза. В контексте нормирования труда научных работников ситуация еще хуже — какое бы то ни было правовое регулирование этого вопроса отсутствует.

Как следует из приведенного анализа, правовые предпосылки к ухудшению регулирования труда научных и педагогических работников высшей школы возникли не вчера и не

²⁶ См. подробнее: *Бочарников Д. А.* Некоторые проблемы системы оплаты труда научных и педагогических работников, относящихся к профессорско-преподавательскому составу // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 10. С. 135–141.

²⁷ Письмо Минфина России от 22.03.2019 № 03-15-05/19371 ; письмо Минфина России от 07.08.2020 № 03-15-06/69331 (документы не опубликованы, тексты размещены в СПС «КонсультантПлюс»).

²⁸ См.: приказ Минобрнауки России от 22.12.2014 № 1601 «О продолжительности рабочего времени (нормах часов педагогической работы за ставку заработной платы) педагогических работников и о порядке определения учебной нагрузки педагогических работников, оговариваемой в трудовом договоре» // РГ. 2015. № 49.

²⁹ О нагрузке в медицинском вузе см.: *Седова Н. Н.* Правовые особенности учета трудозатрат преподавателей высшей медицинской школы // Медицинское право. 2021. № 4. С. 10–15.

одномоментно, но постепенно за счет вымывания конкретики из федерального законодательства и перехода части норм на уровень локального регулирования. Кроме того, существенную роль в снижении правовой защищенности работников, от которых зависит подготовка научно-образовательного потенциала страны, сыграло недостаточное и нестабильное финансирование отрасли. Однако принимаемые незаметно (как, например, отмена обязанности вуза объявлять конкурс) и, казалось бы, по разным, не связанным между собой аспектам регулирования труда государственные решения в совокупности привели к угрожающему состоянию исследовательского корпуса, когда работники традиционно стабильной сферы общественного производства именуют себя «прекариатом», осознавая свое неустойчивое и негарантированное будущее³⁰.

Подчеркнем, что негативные тенденции, отмеченные в статье, характерны и для академических и научных работников в зарубежных странах. Сокращение финансирования и запрос работников на более гибкие условия найма приводят к уменьшению доли постоянной занятости в пользу срочного трудового договора. Не нашел однозначного решения вопрос об оценке квалификации и результативности научной деятельности в части использования наукометрических показателей. Отмечается негативный опыт погони университетов за рейтингами и

концепции «публикуйся или погибни» (publish-or-perish)³¹. Кроме того, выявляется тенденция к увеличению как академической (преподавательской) нагрузки, так и нагрузки на научного работника во вне рабочее время, что пагубно влияет на эффективность научной деятельности и усугубляет дисбаланс между работой и личной жизнью (work-life balance), широко обсуждаемый учеными во всем мире³².

Таким образом, для преодоления правовых предпосылок к повышению неустойчивости регулирования труда научных работников и работников профессорско-преподавательского состава необходимо устранение вышеуказанных элементов неустойчивой занятости и внесение изменений в законодательство в части а) установления срока трудового договора, заключаемого с научно-педагогическими работниками по результатам конкурса, б) регламентации доли условно-постоянной части заработной платы в общей структуре заработной платы, а также принятие на подзаконном уровне акта, который будет определять соотношение учебной нагрузки педагогических работников и других направлений деятельности работников профессорско-преподавательского состава в пределах установленной законодательством продолжительности рабочего времени, преграждая работодателю возможность произвольно увеличивать виды такой работы без дополнительной оплаты.

³⁰ Чинчикова Г. Б. Указ. соч.

³¹ Altbach P. G. The Overuse of Rankings // The International Imperative in Higher Education. Global Perspectives on Higher Education. Rotterdam : SensePublishers, 2013. P. 77 ; Cabbolet M. J. T. F. The Least Interesting Unit: A New Concept for Enhancing One's Academic Career Opportunities // Sci Eng Ethics. 2016. № 22. P. 1837–1841.

³² Atay E., Bayraktaroglu S., Tanriverdi G. The relationship of work-life conflict and organizational voice in higher education sector: a case study in Turkey // Eurasian journal of business and economics. 2020. № 25. P. 53–74 ; Ayudhya N., Prouska R., Beauregard T. A. The Impact of Global Economic Crisis and Austerity on Quality of Working Life and Work-Life Balance: A Capabilities Perspective // European management review. 2019. Vol. 16. P. 847–862 ; Ren X. N., Caudle D. J. Balancing academia and family life. The gendered strains and struggles between the UK and China compared // Gender in management. Feb. 2020 ; Абрамов Р. Н., Груздев И. А., Терентьев Е. А. Баланс работы и личной жизни и источники стресса научно-педагогических работников российских исследовательских университетов // Мониторинг общественного мнения: экономические и социальные перемены. 2019. № 3 (151). С. 8–26.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Абрамов Р. Н., Груздев И. А., Терентьев Е. А.* Баланс работы и личной жизни и источники стресса научно-педагогических работников российских исследовательских университетов // Мониторинг общественного мнения: экономические и социальные перемены. — 2019. — № 3 (151). — С. 8–26.
2. *Бобков В. Н., Черных Е. А.* Влияние неустойчивой занятости на переходы молодежи на рынке труда // Уровень жизни населения регионов России. — 2014. — № 3 (193). — С. 23–55.
3. *Бочарников Д. А.* Некоторые проблемы системы оплаты труда научных и педагогических работников, относящихся к профессорско-преподавательскому составу // Актуальные проблемы российского права. — 2015. — № 10. — С. 135–141.
4. *Воробьева И. В.* Российские ученые в условиях прекарной занятости // Вопросы управления. — 2021. — № 1 (68). — С. 131–142.
5. *Завгородний А. В.* Конкурс на замещение профессорско-преподавательских должностей в образовательных организациях как основание возникновения трудовых правоотношений // Пермский юридический альманах. Ежегодный научный журнал. — 2018. — № 1. — С. 413–427.
6. *Камарова Т. А.* «Цифровая прекарнизация» научно-педагогических работников в условиях социально-экономической турбулентности // Вестник Омского университета. Серия : Экономика. — 2020. — Т. 18. — № 3. — С. 72–83.
7. *Коршунова Т. Ю.* Проблемы достойного труда в условиях нетипичной занятости // Журнал российского права. — 2020. — № 7. — С. 78–97.
8. *Кулешова А. В., Подвойский Д. Г.* Парадоксы публикационной активности в поле современной российской науки: генезис, диагноз, тренды // Мониторинг общественного мнения: экономические и социальные перемены. — 2018. — № 4. — С. 169–210.
9. *Лобова С. В.* «Новая» занятость «старых» преподавателей в условиях гибридного обучения // Первая Международная научная конференция по проблемам цифровизации : EdCrunch Ural — 2020 : материалы конференции (Екатеринбург, 29–30 сентября 2020 г.). — Екатеринбург : Издательство Уральского университета, 2020. — С. 172–183.
10. *Лобова С. В.* Прекарнизация занятости научно-педагогических работников вузов: содержание и последствия // Экономическое развитие региона: управление, инновации, подготовка кадров. — 2019. — № 6.
11. *Люттов Н. Л.* Срочный трудовой договор как инструмент неустойчивой занятости: многократное перезаключение и возможность заключения с научно-педагогическими работниками // Трудовое право в России и за рубежом. — 2018. — № 4. — С. 20–23.
12. *Люттов Н. Л.* Трансформация трудового правоотношения и новые формы занятости в условиях цифровой экономики // Журнал российского права. — 2019. — № 7. — С. 115–130.
13. *Рамбли Л. Э., Пачеко И. Ф., Альтбах Ф. Дж.* Международное сопоставление оплаты труда преподавателей вузов // Экономика образования. — 2010. — № 1 (56).
14. *Седова Н. Н.* Правовые особенности учета трудозатрат преподавателей высшей медицинской школы // Медицинское право. — 2021. — № 4. — С. 10–15.
15. *Файман Н. С.* Неустойчивость условий занятости научно-педагогических кадров как фактор формирования академического прекариата // Народонаселение. — 2019. — Т. 22. — № 4. — С. 104–105.
16. *Хасенов М. Х.* Правовое регулирование деятельности самозанятого населения // Трудовое право в России и за рубежом. — 2019. — № 1. — С. 21–24.
17. *Чинчикова Г. Б.* О прекариатском праве и вузовском прекариате: научно-инструментальный, нормативно-правовой и морально-этический комментарий // Администратор суда. — 2020. — № 4. — С. 13–18.
18. *Allmer T.* Precarious, always-on and flexible: A case study of academics as information workers // European Journal of Communication. — 2018. — Vol. 33. — № 4. — P. 381–395.
19. *Altbach P. G.* The Overuse of Rankings // The International Imperative in Higher Education. Global Perspectives on Higher Education. — Rotterdam : SensePublishers, 2013. — 198 p.
20. *Atay E., Bayraktaroglu S., Tanriverdi G.* The relationship of work-life conflict and organizational voice in higher education sector: a case study in Turkey // Eurasian journal of business and economics. — 2020. — № 25. — P. 53–74.
21. *Ayudhya N., Prouska R., Beauregard T. A.* The Impact of Global Economic Crisis and Austerity on Quality of Working Life and Work-Life Balance: A Capabilities Perspective // European management review. — 2019. — Vol. 16. — P. 847–862.

22. Cabbolet M. J. T. F. The Least Interesting Unit: A New Concept for Enhancing One's Academic Career Opportunities // *Sci Eng Ethics*. — 2016. — № 22. — P. 1837–1841.
23. Ren X. N., Caudle D. J. Balancing academia and family life. The gendered strains and struggles between the UK and China compared // *Gender in management*. — Feb. 2020.
24. Zakharova M., Przhilenskiy V. Precariat in science and research: legal and philosophic comprehension of the issue in the global challenges perspective // *RUDN journal of law*. — 2020. — Vol. 24. — № 4.

Материал поступил в редакцию 30 августа 2021 г.

REFERENCES

1. Abramov RN, Gruzdev IA, Terentyev EA. Balans raboty i lichnoy zhizni i istochniki stressa nauchno-pedagogicheskikh rabotnikov rossiyskikh issledovatel'skikh universitetov [Work-life balance and sources of stress for the academic staff in Russian research universities]. *Monitoring of Public Opinion: Economic and Social Changes*. 2019;3(151):8-26. (In Russ.)
2. Bobkov VN, Chernykh EA. Vliyaniye neustoychivoy zanyatosti na perekhody molodezhi na rynke truda [The impact of precarious employment on youth transitions in the labor market]. *Living Standards of the Population in the Regions of Russia*. 2014;3(193):23-55. (In Russ.)
3. Bocharnikov DA. Nekotorye problemy sistemy oplaty truda nauchnykh i pedagogicheskikh rabotnikov, odnosyashchikhsya k professorsko-prepodavatel'skomu sostavu [Difficulties in the payment scheme of academic and teaching staff]. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*. 2015;10:135-141. (In Russ.)
4. Vorobieva IV. Rossiyskie uchenye v usloviyakh prekar'noy zanyatosti [Russian Scholars under the conditions of precarious employment]. *Management Issues*. 2021;1(68):131-142. (In Russ.)
5. Zavgorodniy AV. Konkurs na zameshchenie professorsko-prepodavatel'skikh dolzhnostey v obrazovatel'nykh organizatsiyakh kak osnovaniye vozniknoveniya trudovykh pravootnosheniy [Competition for the replacement of faculty positions in educational organizations as the basis for the emergence of employment relations]. *Perm Legal Almanac. Annual Periodic Scientific Magazine*. 2018;1:413-427. (In Russ.)
6. Kamarova TA. «Tsifrovaya prekarizatsiya» nauchno-pedagogicheskikh rabotnikov v usloviyakh sotsialno-ekonomicheskoy turbulentsii [“Digital precarization” of scientific and pedagogical workers in conditions of socio-economic turbulence]. *Herald of Omsk University. Series: Economics*. 2020;18(3):72-83. (In Russ.)
7. Korshunova TYu. Problemy dostoy'nogo truda v usloviyakh netipichnoy zanyatosti [Problems of Decent Labour in Conditions of Atypical Employment]]. *Journal of Russian Law*. 2020;7:78–97. (In Russ.)
8. Kuleshova AV, Podvoisky DG. Paradokсы publikatsionnoy aktivnosti v pole sovremennoy rossiyskoy nauki: genezis, diagnoz, trendy [The paradoxes of publication activity in contemporary Russian science: genesis, diagnosis, and trends]. *Monitoring of Public Opinion: Economic and Social Changes*. 2018;4:169-210. (In Russ.)
9. Lobova SV. «Novaya» zanyatost «starykh» prepodavateley v usloviyakh gibridnogo obucheniya [“New” employment of “old” teachers in the context of hybrid learning]. First International Scientific Conference on Digitalization Issues: Edcrunch Ural — 2020: Conference Proceedings (Yekaterinburg, September 29–30, 2020). Yekaterinburg: Ural University Publishing House; 2020. (In Russ.)
10. Lobova SV. Prekarizatsiya zanyatosti nauchno-pedagogicheskoy rabotnikov vuzov: sodержaniye i posledstviya [Precarious work of scientific and pedagogical workers: contents and consequences]. *Ekonomicheskoe razvitiye regiona: upravleniye, innovatsii, podgotovka kadrov*. 2019;6:243-259. (In Russ.)
11. Lyutov NL. Srochnyy trudovoy dogovor kak instrument neustoychivoy zanyatosti: mnogokratnoye perezaklyucheniye i vozmozhnost zaklyucheniya s nauchno-pedagogicheskimi rabotnikami [A fixed-term employment agreement as a tool of unstable employment: multiple renewal and the possibility of conclusion with teachers]. *Labor Law in Russia and Abroad*. 2018;4:20-23. (In Russ.)
12. Lyutov NL. Transformatsiya trudovogo pravootnosheniya i novye formy zanyatosti v usloviyakh tsifrovoy ekonomiki [The transformation of employment relations and new forms of employment in the digital economy]. *Journal of Russian Law*. 2019;7:115-130. (In Russ.)
13. Rambly LE, Pacheko IF, Altbach FJ. Mezhdunarodnoye sopostavleniye oplaty truda prepodavateley vuzov [International comparison of the remuneration of university professors]. *Economics of Education*. 2010;1(56). (In Russ.)

14. Sedova NN. Pravovye osobennosti ucheta trudozatrata prepodavatelej vysshej medicinskoj shkoly [Legal features of accounting for the labor costs of teachers of higher medical school]. *Medical Law*. 2021;4:10-15. (In Russ.)
15. Fayman NS. Neustojchivost uslovij zanjatosti nauchno-pedagogicheskikh kadrov kak faktor formirovanija akademicheskogo prekariata [Instability of terms of employment of scientific and pedagogical personnel as a factor of formation of the academic precariat]. *Population*. 2019;22(4):104-105. (In Russ.)
16. Khasenov MKh. Pravovoe regulirovanie dejatel'nosti samozanjatogo naselenija [Legal regulation of the activities of the self-employed population]. *Labor Law in Russia and Abroad*. 2019;1:21-24. (In Russ.)
17. Chinchikova GB. O prekariatskom prave i vuzovskom prekariate: nauchno-instrumental'nyj, normativno-pravovoj i moralno-jeticheskij kommentarij [On precariat law and university precariat: a scientific and instrumental, regulatory, moral and ethical commentary]. *Court's Administrator*. 2020;4:13-18. (In Russ.)
18. Allmer T. Precarious, always-on and flexible: A case study of academics as information workers. *European Journal of Communication*. 2018;33(4):381-395.
19. Altbach PG. The Overuse of Rankings. The International Imperative in Higher Education. Global Perspectives on Higher Education. Rotterdam : SensePublishers; 2013.
20. Atay E, Bayraktaroglu S, Tanriverdi G. The relationship of work-life conflict and organizational voice in higher education sector: a case study in Turkey. *Eurasian Journal of Business and Economics*. 2020;25:53-74.
21. Ayudhya N, Prouska R, Beauregard TA. The Impact of Global Economic Crisis and Austerity on Quality of Working Life and Work-Life Balance: A Capabilities Perspective. *European Management Abstract*. 2019;16: 847-862.
22. Cabbolet MJ. The Least Interesting Unit: A New Concept for Enhancing One's Academic Career Opportunities. *Sci Eng Ethics*. 2016;22:1837-1841.
23. Ren XN, Caudle DJ. Balancing academia and family life. The gendered strains and struggles between the UK and China compared. *Gender in management*. Feb. 2020.
24. Zakharova M, Przhilenskiy V. Precariat in science and research: legal and philosophic comprehension of the issue in the global challenges perspective. *RUDN Journal of Law*. 2020;24(4).

DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.047-058

В. Н. Борков*,
Е. А. Глухов**

О принятии решений за пределами компетентности руководителями публичных органов власти (на примерах приемки выполненных контрагентами работ)

Аннотация. Цель исследования состоит в выявлении противоречий между компетентностью публичного должностного лица органа власти исходя из занимаемой им должности, с одной стороны, и необходимостью для данного должностного лица принимать управленческие решения за пределами его компетентности. На основе указанного противоречия авторами показаны негативные последствия осуществления управленческой деятельности публичным должностным лицом и предложены некоторые меры к их предупреждению и устранению.

В статье анализируются ситуации, когда руководители публичных органов власти должны были принимать выполненные контрагентами по гражданским договорам строительные и ремонтные работы, но в силу некомпетентности в данном вопросе подписывали акты приемки выполненных работ без указания недостатков, за что были привлечены к уголовной и материальной ответственности. Иллюстрируются причины указанных негативных явлений, анализируется возможность и законность делегирования руководителями публичных органов власти полномочий по приемке выполненных работ, устанавливается субъект правонарушения.

Методом анализа материалов судебной практики устанавливаются субъекты преступлений в сфере некачественного приема выполненных контрагентами работ, акцентируется внимание на том, что для квалификации такого рода деяний как преступных не обязательно установление наличия умысла. Ссылки же должностных лиц на их некомпетентность в данном вопросе, как правило, оставляются судами без внимания. Путем сравнения деятельности руководителей в коммерческой и публичной сфере авторы указывают на возможность уголовного преследования публичного должностного лица без заявления об ущербе со стороны какого бы ни было лица и до рассмотрения судебного спора по возмещению ущерба между органом власти и контрагентом.

В заключение авторы вносят предложения о необходимости привлекать к приемке выполненных работ сторонние организации на условиях аутсорсинга, что повысит качество деятельности публичных органов власти и позволит снизить уровень должностных преступлений.

© Борков В. Н., Глухов Е. А., 2021

* *Борков Виктор Николаевич*, доктор юридических наук, доцент, полковник полиции, начальник кафедры уголовного права Омской академии МВД России
пр. Комарова, д. 7, г. Омск, Россия, 644092
borkovv@mail.ru

** *Глухов Евгений Александрович*, кандидат юридических наук, доцент, полковник юстиции, докторант Военного университета Министерства обороны Российской Федерации
Большая Садовая ул., д. 14, г. Москва, Россия, 125047
evgenijgluhov@yandex.ru

Ключевые слова: руководитель органа власти; делегирование полномочий; нештатные обязанности; ответственность за некомпетентность; приемка выполненных работ; ущерб бюджету; аутсорсинг; бюрократизм; соответствие обязанностей и ответственности; хозяйственные договоры; внутреннее управление.

Для цитирования: Борков В. Н., Глухов Е. А. О принятии решений за пределами компетентности руководителями публичных органов власти (на примерах приемки выполненных контрагентами работ) // *Lex russica*. — 2021. — Т. 74. — № 10. — С. 47–58. — DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.047-058.

Decision-Making beyond the Competence of the Heads of Public Authorities (Acceptance of Work Performed by Contractors: a Case Study)

Victor N. Borkov, Dr. Sci. (Law), Associate Professor, Police Colonel, Head of the Department of Criminal Law, Omsk Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia
pr. Komarova, d. 7, Omsk, Russia, 644092
borkovv@mail.ru

Evgeny A. Glukhov, Cand. Sci. (law), Associate Professor, Colonel of Justice; Doctoral Candidate, Military University of the Ministry of Defense of the Russian Federation
ul. Bolshaya Sadovaya, d. 14, Moscow, Russia, 125047
evgenijgluhov@yandex.ru

Abstract. The purpose of the study is to identify contradictions between the competence of a public official of a government body based on the post he takes, on the one hand, and the need for this official to make managerial decisions beyond his competence. On the basis of this contradiction, the authors show the negative consequences of the implementation of management activities by a public official and suggest some measures to prevent and eliminate them.

The paper analyzes the cases when the heads of public authorities were supposed to accept construction and repair work performed by counterparties under civil contracts, but due to their incompetence in this matter, they signed acts of acceptance of the work performed without indicating any shortcomings, for which they were brought to criminal and financial liability. The authors describe the reasons for these negative phenomena, analyze the possibility and legitimacy of the delegation by the heads of public authorities of powers to accept the work performed and determine the subject matter of the offense.

By analyzing the judicial practice, the authors determine the subjects of crimes in the field of poor-quality reception of work performed by contractors; attention is focused on the fact that in order to qualify such acts as criminal, it is not necessary to establish the intent. Officials' references to their incompetence in this matter, as a rule, are ignored by the courts. By comparing the activities of leaders in the commercial and public spheres, the authors point to the possibility of criminal prosecution of a public official without claiming damage caused to any person and before considering a legal dispute for compensation for damage between the public authority and the counterparty.

In conclusion, the authors make proposals on the need to involve third-party organizations in the acceptance of the work performed on the basis of outsourcing, which will increase the quality of activities of public authorities and reduce the level of malfeasance.

Keywords: head of the authority; delegation of authority; non-standard duties; responsibility for incompetence; acceptance of work performed; damage to the budget; outsourcing; bureaucracy; compliance with duties and responsibilities; business contracts; internal management.

Cite as: Borkov VN, Glukhov EA. O prinyatii resheniy za predelami kompetentnosti rukovoditelyami publichnykh organov vlasti (na primerakh priemki vypolnennykh kontragentami rabot) [Decision-Making Beyond the Competence of the Heads of Public Authorities (Acceptance of Work Performed by Contractors: a Case Study)]. *Lex russica*. 2021;74(10):47-58. DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.047-058. (In Russ., abstract in Eng.).

Нам дана возможность выбора,
но не дано возможности избежать выбора.

Айн Рэнд

В статье авторами будет сделана попытка выявить противоречие между качеством управленческих решений, принимаемых должностными лицами органов государственного и муниципального управления (далее в статье для краткости будем именовать их должностными лицами), и сферой их компетентности.

Управленческая деятельность любого руководителя во многом сводится к принятию разнообразных решений, выбору различных возможных вариантов поведения и разрешения возникших насущных вопросов. Спецификой решений должностных лиц органов публичной власти является их способность создавать юридические последствия для других лиц¹. Имеется в виду широкий круг лиц, в том числе и не входящих в штат организации, руководитель которой принимает решение.

В идеале сфера принимаемых чиновником решений должна быть производной от его компетенции² и возложенных на возглавляемый им орган власти задач. То есть компетенция и обязанности должностного лица должны быть производны от правоспособности и функций органа публичного управления, в котором данный чиновник служит, и направлены на их реализацию. Однако этот тезис верен лишь отчасти: он применим в отношении деятельности руководителя при взаимоотношениях со сторонними лицами в рамках возложенных на орган власти функций. Эта деятельность сводится к взаимоотношению с клиентами органа власти (гражданами и организациями), оказанию им всевозможных услуг, осуществлению контрольно-надзорной деятельности, обеспечению интересов государства.

Но кроме реализации функций органа власти любой руководитель на государственной или муниципальной службе занимается внутренним управлением: вопросами приема на работу и увольнения, ведения дисциплинарной практики, премирования, реализации социаль-

ных гарантий, обустройством занимаемых помещений, заключением хозяйственных договоров и т.п. Решения руководителя по внутренним вопросам бывают не менее значимыми, но эти решения уже не производны от функции возглавляемого им органа власти, они направлены на самообеспечение аппарата власти.

Процесс принятия должностным лицом решений может быть длительным или может происходить мимоходом. Во многом этот процесс зависит и от того, насколько труден вопрос, необходимо ли руководителю самому формулировать принятое решение либо он может поручить подготовить проект решения одному из подчиненных, а сам впоследствии лишь одобрить или не одобрить его.

Необходимо отметить, что ввиду чрезвычайно широкого спектра вопросов, входящих в компетенцию современного руководителя, он не может считаться профессионалом в каждом из них, особенно — во второстепенных, непрофильных по имеющейся специальности делах. Так, руководитель территориального налогового органа, например, не является специалистом в области противопожарной безопасности, организации государственных закупок, ведения воинского учета работников, санитарно-эпидемиологических правил, обслуживания имеющейся техники и т.п. Но современному руководителю и не обязательно все это досконально знать, он в первую очередь должен организовывать деятельность подчиненного коллектива. А назначен он на должность потому, что может выполнять свою главную функцию — разбираться в хитросплетениях налогового законодательства, верно реагировать на налоговые правонарушения.

Федеральное законодательство признает профессионализм в качестве одного из главных качеств государственного служащего (п. 1 и 2 ст. 10 Федерального закона «О системе государственной службы Российской Федерации»³). К муниципальному служащему единых

¹ Борков В. Н. Отграничение халатности от умышленных должностных преступлений // Современное право. 2014. № 10. С. 105–109.

² Здесь и далее в статье под компетенцией будем понимать значение, приведенное в толковых словарях: это круг вопросов, явлений, в которых данное лицо обладает авторитетностью, познанием, опытом (см.: Толковый словарь русского языка / под ред. Д. Н. Ушакова. М.: Гос. ин-т «Сов. энцикл.»; ОГИЗ; Гос. изд-во иностр. и нац. слов., 1935–1940).

³ Федеральный закон от 27.05.2003 № 58-ФЗ (ред. от 23.05.2016) «О системе государственной службы Российской Федерации» // Рос. газ. 2003. 31 мая.

требований по квалификации не установлено, в каждой местности они свои и устанавливаются муниципальными правовыми актами. Однако принцип профессионализма проявляется и здесь: для муниципальных служащих также разрабатываются квалификационные требования к уровню профессионального образования, стажу муниципальной службы или стажу работы по специальности, направлению подготовки⁴.

Бесспорно, что профессиональным качеством любого руководителя в системе государственной (муниципальной) службы является высокий уровень знаний в области государственного (муниципального) управления, а также квалификация по направлению деятельности возглавляемого учреждения.

Признание профессионализма может быть объективным (признание другими коллегами и обществом способности лица достигать нужного результата, умения выбирать наиболее оправданные пути и способы его достижения) и субъективным (уверенность в своих профессиональных способностях)⁵.

В ситуациях, когда необходимо принимать решения в сферах, в которых руководитель не является специалистом, большую часть подготовительной работы осуществляют подчиненные руководителя, чья сфера деятельности и квалификация наиболее близки к рассматриваемому вопросу. Именно они проводят анализ касающейся будущего решения информации, согласование, расчеты, подготовку проекта решения. Но подписывать представленный подчиненными документ, содержащий итоговое решение вопроса, приходится самому руководителю, поскольку только он вправе принимать решения от имени органа власти, только он вправе подписывать некоторые служебные документы, только с его подписью такие документы приобретают силу и способность порождать права и обязанности для третьих лиц.

Таким образом, приходим к первому *промежуточному выводу*. Возможны ситуации, когда имеет место несовпадение сфер деятельности, в которых:

- а) данный управленец компетентен и разбирается в силу своих знаний и навыков, имеющейся квалификации, опыта работы;
- б) данному управленцу необходимо принимать решения и нести за них юридическую ответственность.

Поясним данное противоречие на примере военного руководителя (но будем иметь в виду, что сходная ситуация существует и в учреждениях здравоохранения, образования, органах муниципальной власти и др.). Здесь и далее в статье для лучшей иллюстрации управленческого решения будем рассматривать процесс приема руководителем органа власти произведенных контрагентом по договору работ по строительству и монтажу, имея в виду, что данный руководитель не является специалистом в вопросах строительства и ремонта.

Рассмотрим довольно типичную ситуацию необходимости принятия решения за пределами компетентности.

Пусть командиру воинской части по его заявке поступило финансирование на ремонт находящихся на балансе казарм. Командир поручил своему заместителю по тылу организовать работы по проведению конкурсных процедур для определения подрядчика в соответствии с установленной законодательством процедурой⁶. С победившей организацией был заключен договор подряда, а по завершении ремонта ей были оплачены работы по договору (несколько миллионов рублей). Вскоре после этого в воинскую часть прибыла группа ревизоров, которая выявила, что часть определенных в договоре скрытых работ были не выполнены, в некоторых случаях были использованы некачественные и (или) дешевые строительные материалы, неправильно применены повышающие коэффициенты для оплаты работ. В итоге ревизоры пришли к выводу, что воинская часть переплатила контрагенту излишние суммы в размере 3 млн руб., сумма переплаты является материальным ущербом.

Переплата бюджетных денежных средств, как установили ревизоры, произошла ввиду некачественно подготовленной конкурсной до-

⁴ Статья 9 Федерального закона от 02.03.2007 № 25-ФЗ (ред. от 27.10.2020) «О муниципальной службе в Российской Федерации» // Рос. газ. 2007. 7 марта.

⁵ Любимов А. П. Принципы правовой этики государственных служащих и других должностных лиц // Представительная власть — XXI век: законодательство, комментарии, проблемы. 2007. № 6. С. 11–15.

⁶ Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ (ред. от 24.02.2021) «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» // СЗ РФ. 2013. № 14. Ст. 1652.

кументации и некачественного приема выполненных подрядчиком работ. Поскольку ущерб в размере более 1,5 млн руб. является крупным в ракурсе уголовно-правовой характеристики ст. 293 УК РФ (халатность), то правоохранительные органы имеют основания возбудить по данному факту уголовное дело.

Конечно же, конкурсную документацию, в том числе договор подряда, и смету готовил не лично командир воинской части, а его подчиненные; именно они и заложили в расчеты неправильные повышающие коэффициенты и суммы оплаты.

Принимала выполненные подрядчиком работы комиссия из числа подчиненных командира воинской части. Именно на членов комиссии возлагалась непосредственная обязанность проверять объем и качество выполненных работ, именно они, а не командир воинской части должны были лично прибыть в отремонтированные помещения и оценить качество ремонта. Правда, члены комиссии тоже могут быть неспециалистами в строительных работах, но никто из них об этом не заявил, приказ о включении себя в состав комиссии никто из них не обжаловал.

Сам же руководитель военной организации поясняет, что он лично отремонтированные помещения не обходил, качество ремонта не проверял, т.к. был занят другими, не менее важными делами. Данный вопрос он доверил подчиненным, подчиненные и подписывали акты приемки выполненных работ. О недостатках в производстве ремонтных работ он не знал, т.к. в представленных ему на подпись актах приемки выполненных работ они не были отражены, его подчиненные их не выявили.

Вышеописанная ситуация скорее типовая, нежели исключение из правил; редко кто из руководителей публичных структур сам пытается досконально оценить выполненные строительные или монтажные работы.

Поскольку ущерб все же имеется, суды и следственные органы в изложенной ситуации могут усмотреть признаки нескольких преступлений, в зависимости от вины и направленности действий:

- ст. 293 УК РФ (халатность): когда у должностного лица не было цели обогатиться за счет контрагента или выслужиться перед

начальством, а документы он подписал по незнанию, лени, полагая, что вреда от его подписи не наступит;

- ст. 285 УК РФ (злоупотребление должностными полномочиями): у чиновника имеется цель обогатиться либо выслужиться перед руководством;
- ст. 286 УК РФ (превышение должностных полномочий): чиновник подписывает акты приемки выполненных работ с фальсифицированными данными, зная об этом, но не имея корыстного интереса.

Наряду с указанными преступлениями, могут иметь место служебный подлог (ст. 292 УК РФ) и получение взятки (ст. 290 УК РФ).

Поскольку целью статьи не является анализ и разграничение указанных составов преступлений, продемонстрируем лишь те опасные ситуации, в которых может оказаться почти каждый руководитель публичного органа власти. Приведем несколько примеров из материалов судебной практики, касающихся некачественной приемки должностными лицами выполненных работ.

Пример 1. Глава администрации сельского поселения В. А. О. заключил от имени администрации поселения контракты на проведение аварийных работ по восстановлению системы отопления жилых домов. Впоследствии В. А. О. подписал представленные подрядчиком акты о приемке выполненных работ, содержащие завышенную стоимость работ, чем причинил крупный ущерб бюджету. Фактически выполненные работы и их качество В. А. О. не проверял, хотя данная обязанность была на него возложена. В отношении В. А. О. было возбуждено уголовное дело по ч. 1 ст. 293 УК РФ (халатность), которое далее было прекращено судом вследствие акта амнистии (по нереабилитирующим основаниям). Вместе с тем прекращение уголовного преследования не помогло В. А. О. избежать полной материальной ответственности в размере причиненного ущерба⁷.

Пример 2. Глава муниципального поселения А. Н. Афанасьев совершил подобное же деяние. Он также подписал акты приемки выполненных работ и справки о стоимости выполненных работ, содержащие не соответствующие действительности сведения, чем нанес бюджету края ущерб на сумму 11 373 288 руб. Первоначально

⁷ Апелляционное определение Мурманского областного суда от 05.05.2016 № 33-1383/2016 // URL: https://oblsud--mrm.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=doc&number=525487&delo_id=5&new=5&text_number=1 (дата обращения: 25.05.2021).

его действия были квалифицированы по ч. 2 ст. 286 УК РФ (превышение должностных полномочий), но суд второй инстанции расценил попустительство по службе и отсутствие контроля за ходом ремонтных работ, подписание актов выполненных работ с завышенными данными об их объеме как преступную халатность (ч. 1 ст. 293 УК РФ). Интересно отметить, что доводы защиты об отсутствии у А. Н. Афанасьева специальных познаний в области строительства и о невозможности самостоятельно определять объем выполненных подрядчиком работ суд признал несостоятельными⁸.

Пример 3. Директор департамента мэрии г. Ярославля (являющегося юридическим лицом и имеющего право самостоятельно заключать контракты) Х. Ф. И. дал заведомо незаконные указания о подготовке и подписании актов о приемке выполненных работ, справки о стоимости выполненных работ и затрат на фактически не выполненные к тому моменту объемы работ по муниципальному контракту. Х. Ф. И. рассчитывал, что все предписанные контрактом работы контрагент выполнит позже. Однако фактически администрация Ярославля оплатила подрядчику невыполненные работы, что было квалифицировано как причинение ущерба. В отношении Х. Ф. И. было возбуждено уголовное дело и ему было предъявлено обвинение по ч. 1 ст. 286 УК РФ (превышение должностных полномочий). Впоследствии уголовное преследование чиновника было прекращено в связи с актом амнистии, но материальный ущерб с Х. Ф. И. был взыскан судом в полном размере⁹.

Скорее всего, если бы подобные действия в виде некачественной приемки выполненных контрагентами работ совершили руководители коммерческих структур, то никакого уголовного дела в их отношении не было бы возбуждено, т.к. для этого необходимо заявление от собственника имущества. А тот, во-первых, вряд ли заинтересован в уголовном деле, во-вторых, попытается решить данный вопрос с подряд-

чиком в претензионном либо судебном порядке, а не путем наказания своего же сотрудника. В государственных и муниципальных организациях такого рода уголовные дела могут возбуждаться правоохранительными органами самостоятельно, без чье-либо ходатайства, только на основании факта выявленного ущерба (переплаты контрагенту).

Главным обстоятельством, общим для всех вышеуказанных деяний, является то, что уголовная репрессия была направлена на чиновника, подписавшего документы, принявшего таким образом некачественно выполненные работы контрагента по гражданскому договору. Во всех описанных ситуациях должностные лица органов власти были обязаны проверять объем и качество выполненных услуг, но отнеслись к этой обязанности легкомысленно или небрежно. Тем более что обязанность по контролю за качеством выполнения работ по одному из хозяйственных договоров не являлась для них профильной, профессиональной в ракурсе обязанностей по замещаемой должности и требующейся для нее квалификации.

Из анализа требований к квалификации для замещения должностей руководителей в сфере государственной и муниципальной службы следует, что гораздо более нужным для них является высшее профессиональное образование и стаж работы по специальности или в управленческой должности¹⁰. Но уголовное преследование во всех приведенных примерах осуществлялось как раз за ненадлежащее исполнение непрофильной обязанности по приемке строительно-монтажных работ, вполне возможно — и за единичное ее неисполнение. Хотя свои основные профессиональные обязанности, которые занимают львиную долю служебной нагрузки, чиновник мог исполнять на высочайшем уровне.

Вполне предсказуемым представляется и тот факт, выявленный учеными-криминологами, что «должностные преступники» в подавляющем большинстве случаев свою вину в совер-

⁸ Апелляционное определение Пермского краевого суда от 15.09.2016 № 22-5644 // URL: https://oblsud-perm.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=doc&number=3670428&delo_id=4&new=4&text_number=1 (дата обращения: 25.05.2021).

⁹ Апелляционное определение Ярославского областного суда от 21.08.2015 № 33-4677/2015 // URL: https://oblsud-jrs.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=doc&number=3285735&delo_id=5&new=5&text_number=1 (дата обращения: 25.05.2021).

¹⁰ Такие требования установлены, например, для должности директора (управляющего) предприятия Квалификационным справочником должностей руководителей, специалистов и других служащих, утв. постановлением Минтруда России от 28.08.1998 № 37 (ред. от 27.03.2018).

шении преступлений по ст. 285 и 286 УК РФ не признают¹¹.

Может ли руководитель делегировать эту обязанность своим подчиненным и тем самым уйти от ответственности за возможные нарушения? При грамотном подходе может, но не во всех случаях.

Следует различать ответственность за подпись служебных документов (за это отвечает обычно руководитель) и ответственность за их подготовку, оформление и проверку достоверности содержащихся в них сведений (отвечает технический исполнитель).

Свое видение приемки строительных и монтажных работ предложил Союз инженеров-сметчиков России. В разработанном им разъяснении «О полномочиях должностных лиц по подписанию первичных учетных документов»¹² сказано, что выдача руководителем организации доверенности иному лицу (в том числе работнику своей организации) дает последнему право подписи актов приемки выполненных работ. Без доверенности от имени организации-заказчика документы может подписывать лишь ее руководитель. Только доверенность согласно ст. 185 ГК РФ (а не локальные акты организации, необязательные для сторонних лиц) является надлежащим доказательством полномочий представителя в отношениях с третьими лицами (в том числе с подрядными организациями).

Таким образом, если руководитель выдаст доверенность своему подчиненному, то именно подчиненный будет отвечать и за взаимоотношения с контрагентом, и за качество приемки выполненных работ. Делегирование полномочий означает и делегирование ответственности за принятые решения.

Однако из данного правила есть исключения. Если полномочия делегированы подчиненному, который исходя из примечания к ст. 285 УК РФ не отнесен к должностным лицам¹³, или если его полномочия не оформлены в установ-

ленном порядке, то ответственность за деятельность подчиненного и принятые им решения несет руководитель. Объективная сторона преступления будет выражаться в отсутствии надлежащего контроля за деятельностью подчиненного.

Другое дело, что иногда руководитель государственной или муниципальной организации, сам действуя по доверенности от вышестоящего органа власти, не вправе передоверять свои полномочия. Описанная ситуация широко распространена в военных организациях. Показательны в этом отношении нормы Руководства по войсковому (корабельному) хозяйству в Вооруженных Силах Российской Федерации¹⁴. Согласно п. 151–153 указанного правового акта копия государственного контракта в 10-дневный срок после подписания доводится заказчиком до получателей (соединений, воинских частей), для которых будут поставляться товары, выполняться работы и оказываться услуги. После получения копии государственного контракта командир соединения (воинской части), в интересах которой заключается контракт, издает приказ о создании комиссии. Названное Руководство не разъясняет, для каких целей создается комиссия, но на практике на нее и возлагается обязанность по взаимодействию с контрагентами и приемке выполненных работ.

Комментируя нормы данного Руководства, ученые указывали, что одновременно с копией контракта командиру соединения (воинской части) должна направляться и доверенность с указанием полномочий заказчика¹⁵.

Анализ приведенных норм позволяет прийти к выводу, что, даже не разрабатывая конкурсную документацию и не заключая контракт (его заключил вышестоящий орган управления), воинский начальник должен своими силами организовать прием выполненных подрядчиком работ и нести ответственность за возможные недостатки работ после приемки.

¹¹ Смирных Д. А. Криминологическая характеристика лиц, злоупотребляющих должностными полномочиями и превышающих должностные полномочия // Проблемы экономики и юридической практики. 2018. № 3. С. 279–283.

¹² URL: <https://rfsistema.ru/?p=7441> (дата обращения: 21.05.2021).

¹³ Должностными лицами в рамках гл. 30 УК РФ признаются лица, постоянно, временно или по специальному полномочию осуществляющие функции представителя власти либо выполняющие организационно-распорядительные, административно-хозяйственные функции.

¹⁴ Утверждено приказом Минобороны России от 03.06.2014 № 333 (Рос. газ. 2014. 31 дек).

¹⁵ Сорокин А. В., Корякин В. М. Аутсорсинг и некоторые вопросы его регулирования в новом Руководстве по войсковому (корабельному) хозяйству // Право в Вооруженных Силах. 2015. № 3. С. 67–72.

Следует отметить, что зачастую многие руководители органов власти идут по самому простому пути и делегируют свои полномочия по приему выполненных работ подчиненным на основании своих же приказов, не утруждая себя выдачей доверенности. Некоторые из них просто не знают тонкостей законодательства, некоторые аргументируют, что у них есть обязанность «распределять обязанности среди своих подчиненных»¹⁶.

Как было указано выше, делегирование полномочий подчиненным по взаимоотношению с контрагентами без оформления доверенности не вполне соответствует Гражданскому кодексу РФ во взаимоотношениях с контрагентами, однако все равно налагает на подчиненного сотрудника обязанности. Верховный Суд РФ по данному вопросу разъяснил следующее: «Исполнение функций должностного лица по специальному полномочию означает, что лицо осуществляет функции представителя власти, исполняет организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции, возложенные на него в том числе приказом или распоряжением вышестоящего должностного лица либо правомочным на то органом или должностным лицом»¹⁷.

Таким образом, у каждой ошибки есть имя и фамилия. Делегирование полномочий освобождает от ответственности самого руководителя и ставит под удар подчиненного, на которого возложили дополнительную обязанность, во исполнение которой он подписывает документы вместо начальника.

Так, в одном из судебных дел вина за возникший ущерб при некачественном выполнении ремонтных работ была возложена судом на заместителя директора департамента области, которому сам директор предоставил такие полномочия на основании своего же приказа¹⁸.

Виновным определяется тот человек, который поставил свою подпись в документах, предварительно досконально не проверив полноту и качество выполненных работ. А проблема видится в том, обладал ли данный человек необходимой *компетентностью* для проведения проверки, мог ли он объективно установить качество выполнения услуг по хозяйственным договорам?

Хорошо, когда должностное лицо обладает компетентностью, т.е. имеет необходимый уровень образования, знаний, опыта, навыков, располагает временем для выполнения функции по приему выполненных работ. Но ведь так бывает далеко не всегда.

Во-первых, не всегда характер договорных обязательств совпадает с уровнем знаний и навыков принимающего работы чиновника. Специалиста в данной сфере в штате органа власти может просто не быть, а выполнять данную обязанность кто-то должен. Например, не во всех военных организациях имеются штатные должности специалистов в строительстве, инженеров-сметчиков, способных грамотно подготовить конкурсную документацию и выявить все нарушения контрагента в ходе исполнения контракта. Более того, в ходе административной реформы широко применялся лозунг об избавлении органов власти от непрофильных функций и о сокращении в связи с этим непрофильных специалистов из штатов органов власти. В подавляющем большинстве воинских частей Вооруженных Сил РФ, например, должности специалистов квартирно-эксплуатационной службы в 2009–2012 гг. были сначала переведены из разряда военнослужащих в должности гражданского персонала, а потом и вовсе сокращены¹⁹. Напомним, что в результате проводимых бывшим министром обороны РФ Анатолием Сердюковым реформ максимальное количество функций, не связанных непосред-

¹⁶ Так, в соответствии со ст. 83 Устава внутренней службы ВС РФ (утвержден Указом Президента РФ от 10.11.2007 № 1495) любой воинский командир (начальник) обязан умело распределять обязанности между своими подчиненными. Подобные же требования существуют в должностных инструкциях многих государственных и муниципальных руководителей.

¹⁷ П. 6 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 16.10.2009 № 19 (ред. от 11.06.2020) «О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий» // Рос. газ. 2009. 30 окт.

¹⁸ Апелляционное определение Московского городского суда от 24.08.2018 по делу № 33-37051/2018 // URL: <https://mos-gorsud.ru/mgs/services/cases/appeal-civil/details/9be6064a-d337-45cc-998b-3498572d7642?caseNumber=33-37051> (дата обращения: 25.05.2021).

¹⁹ См.: Глухов Е. А., Епихин И. А. Переход на новый способ комплектования юридической службы Вооруженных Сил Российской Федерации // Право в Вооруженных Силах. 2010. № 3. С. 82–88.

ственно с обороной страны, были переданы по системе аутсорсинга гражданским организациям. Это позволило освободить более 65 тыс. военнослужащих и лиц гражданского персонала от выполнения несвойственных им функций²⁰.

Согласно ст. 55.5-1 Градостроительного кодекса РФ подписание акта приемки объекта капитального строительства должно входить в обязанности не любого сотрудника, а именно специалиста по организации строительства, а сведения о данных специалиста включаются в специальный реестр. В штатах подавляющего большинства военных организаций таких специалистов нет. Они бывают нужны не постоянно, а разово, от случая к случаю, однако отсутствие такого специалиста в нужный момент сулит большие проблемы руководителю.

Интересно отметить, что в материалах следственной практики также находит отражение эта тенденция, но и она не спасает от необходимости принимать решения и нести за них ответственность. Так, в одном из уголовных дел указывается, что «организация-заказчик не обладала необходимым кадровым составом для приемки всех видов работ во всех учреждениях в срок, установленный контрактом»²¹.

Взаимодействовать с контрагентами органам власти приходится вне зависимости от наличия в штате специалистов, способных качественно выполнить соответствующие задачи. И кто-то из служащих (будь то сам руководитель или его подчиненный) просто вынужден будет этим заниматься. При этом шансы, что он качественно выполнит все возложенные в связи с этим обязанности, чрезвычайно малы (например, вряд ли кто из неподготовленных читателей сможет пояснить, как правильно принимаются скрытые строительные работы).

Во-вторых, на время приемки выполненных работ принимающий их служащий не освобождается от обязанностей по штатной должности, не осуществляется ему и доплата за исполнение дополнительных обязанностей. Словом, интенсивность его труда повышается, а вознаграждение за труд — нет, что вряд ли способствует его заинтересованности в данной работе.

В-третьих, как правило, никто из руководства органа власти не спрашивает конкретного чиновника, хочет ли он заниматься приемкой выполненных работ. Начальник просто назначает подчиненного ответственным за данное направление деятельности — за взаимодействие с контрагентом по договору, приемку выполненных работ. Однако по общему правилу трудовая функция работника не подлежит изменению без письменного согласия этого работника (ст. 57 и 74 Трудового кодекса РФ). Получается, что если работник (например, руководитель подразделения организации, которое дислоцируется в ремонтируемом здании) не согласен на вменение ему в обязанность приемки выполненных строительных работ, то и принудить его к выполнению данной функции де-юре нельзя.

Авторы статьи не ставят целью выявление единственного должностного лица, на ком лежит обязанность по взаимодействию с контрагентами и оценке выполнения договорных обязательств. Наоборот, по мнению авторов, проблема гораздо глубже и заключается в том, что и у должностных лиц (и у начальника, и у подчиненного) нет необходимых знаний и навыков для осуществления вышеуказанной деятельности, а ответственность за нарушение несвойственной обязанности вполне реальна. Виновным всегда будет тот, кто подписал документы без указания недостатков, независимо от того, сам он их готовил или доверился подчиненным.

На приведенных выше примерах судебной практики авторы хотели показать тенденцию: нередки случаи, когда на руководителя публичного органа власти или его подчиненного сотрудника возлагается обязанность, которую тот в силу своей квалификации просто не может качественно исполнить²².

Сложившееся положение возможно ввиду двух главных причин:

А. Из-за неконкретных, обтекаемых, размытых формулировок обязанностей руководителей органов власти.

Поясним на примере воинского начальника. Любой руководитель военной организации,

²⁰ Выступление Министра обороны РФ генерала армии С. К. Шойгу на коллегии Минобороны России 19 августа 2014 г. // URL: <http://sc.mil.ru/social/culture/more.htm?id=11979352@egNews> (дата обращения: 25.05.2021).

²¹ На четырех высокопоставленных чиновников здравоохранения завели уголовное дело // Аргументы и факты (Самара). 2021. 2 марта.

²² Глухов Е. А. Право на труд или обязанность трудиться? // Право в Вооруженных Силах. 2009. № 5. С. 38–43.

например, обязан поддерживать в исправном состоянии закрепленное имущество, организовывать войсковое хозяйство, обеспечивать законное и экономное использование материальных и денежных средств (ст. 82, 93 Устава внутренней службы ВС РФ). Как видим, в Уставе нет прямой обязанности командира лично принимать выполненные сторонней организацией ремонтные работы, но такая обязанность следует из системного толкования всех обязанностей командира. Тем более что на командира возложена персональная ответственность за все стороны жизни и деятельности воинской части, подразделения и каждого военнослужащего (ст. 33 Устава внутренней службы ВС РФ).

Б. Из-за небрежного, легкомысленного отношения должностных лиц к выполнению данной обязанности и нежелания предвидеть негативные последствия своих действий.

Если не принимать в расчет возможность получения чиновником личной выгоды (коррупционные бонусы или желание выслужиться), то следует сделать вывод, что противоправные деяния, связанные с подписанием документов о приемке работ, он совершает без злого умысла, по легкомыслию либо небрежности. Предположим, что большая часть таких должностных лиц просто не связывают свою подпись с возможностью ущерба бюджету и перспективой уголовного преследования. Ведь, по мнению такого чиновника, если ущерб образовался в результате некачественной работы контрагента, то именно он и виновен, именно он и должен его возмещать, именно его и надо привлекать к ответственности за мошенничество. Но если даже на сотрудников организации-контрагента и будет возбуждено уголовное дело по ст. 159 УК РФ (мошенничество), представляется затруднительным доказать именно намеренный характер ими обмана заказчика, введение его в заблуждение сознательно в целях получения прибыли. Признаки преступления, предусмотренного ст. 159 УК РФ, присутствуют «в случаях, когда лицо получает чужое имущество или приобретает право на него, не намереваясь при этом исполнять обязательства... О наличии такого умысла могут свидетельствовать, в частности, заведомое отсутствие у лица реальной возможности исполнить обязательство в соответствии с условиями договора»²³.

Поэтому правоохранителям гораздо проще провести все следственные мероприятия и привлечь к ответственности (уголовной и материальной) самих должностных лиц органов власти, невзирая на заявленные в суды иски о взыскании ущерба с контрагентов и возможные уголовные дела в отношении сотрудников организаций-контрагентов по ст. 159 УК РФ. Наличие ущерба правоохранителями определяется на момент оплаты бюджетных средств за некачественно выполненные работы и уже само по себе рассматривается как причина для уголовного преследования. Общественная опасность деяния определяется на момент возникновения ущерба, т.е. на момент перевода денежных средств за некачественно оказанные услуги (выполненные работы, поставленные товары). Последующая же попытка взыскания денежных средств с контрагента либо возложение на него обязанности устранить брак в работе расценивается правоохранителями лишь как смягчающее обстоятельство, а не как устраняющее преступность деяния чиновника. И самое главное, даже заблуждение, доверие, небрежность или легкомыслие должностного лица вписываются в признаки субъективной стороны такого преступления, как халатность (ст. 293 УК РФ).

Подводя итог, авторы приходят к следующему **выводам**:

1. Руководители государственных и муниципальных учреждений подвержены гораздо большим рискам привлечения к ответственности при взаимодействии с контрагентами на стадии приемки выполненных работ (оказания услуг, поставки продукции), нежели руководители в коммерческой сфере.

2. Характер деятельности руководителей публичных органов власти зачастую не позволяет им компетентно и качественно выполнять обязанности, связанные с приемкой выполненных контрагентами работ. Поэтому данные руководители вынуждены идти на риск, подписывая документы самостоятельно, либо делегировать такого рода обязанности подчиненным. В обоих случаях существует вероятность возникновения ущерба и привлечения подписавших документы должностных лиц к ответственности. Угроза наказания, причем довольно серьезного, создает нервную обстановку в органе власти, не способствует оставлению

²³ П. 4 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 30.11.2017 № 48 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате» // Рос. газ. 2017. 11 дек.

на государственной и муниципальной службе профессионалов, подрывает престиж службы.

3. Выходом из сложившейся ситуации, полагаем, было бы привлечение должностными лицами органов публичной власти для приемки выполненных контрагентами работ компетентных специалистов на условиях аутсорсинга, т.е. на основании хозяйственного договора. Естественно, что для этих целей необходимо заранее планировать бюджетные средства. Тем самым это позволит должностным лицам фокусировать свое внимание на основной деятельности органа власти, снизит риски ущерба бюджету и наказаний лиц за те вопросы, в которых они не обладают необходимой компетентностью.

Участие третьих лиц (негосударственных организаций) в обеспечении государственных закупок разрешает Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»²⁴. В соответствии со ст. 40 указанного нормативного акта заказчик может привлечь к осуществлению закупок специализированную организацию для выполнения отдельных функций. К такого рода функциям относятся: определение поставщика, разработка документации о закупке, размещение в единой информаци-

онной системе и на электронной площадке информации и электронных документов и т.д. Статья 41 Закона «О контрактной системе...» разрешает заказчику привлекать экспертов или экспертные организации, которые обладают специальными познаниями, опытом, квалификацией в области предмета осуществляемой закупки или выполненных работ.

Следует обратить внимание на отличие деятельности привлекаемого к приемке товаров и работ эксперта от осуществления должностным лицом организационно-распорядительных полномочий. Подписанное экспертом заключение не порождает для контрагентов каких-либо юридических прав и обязанностей. В части 7 ст. 94 Закона «О контрактной системе...» разъясняется, что в случае привлечения заказчиком экспертов при принятии решения о приемке или об отказе в приемке результатов отдельного этапа исполнения контракта либо поставленного товара, выполненной работы или оказанной услуги приемочная комиссия должна учитывать отраженные в заключении по результатам указанной экспертизы предложения экспертов. Таким образом, заключение эксперта способно выступить в качестве одного из аргументов, а если вопрос будет рассматриваться в суде, то и доказательством при обосновании заказчиком своей позиции.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Борков В. Н. Отграничение халатности от умышленных должностных преступлений // Современное право. — 2014. — № 10. — С. 105–109.
2. Глухов Е. А., Епихин И. А. Переход на новый способ комплектования юридической службы Вооруженных Сил Российской Федерации // Право в Вооруженных Силах. — 2010. — № 3. — С. 82–88.
3. Глухов Е. А. Право на труд или обязанность трудиться? // Право в Вооруженных Силах. — 2009. — № 5. — С. 38–43.
4. Любимов А. П. Принципы правовой этики государственных служащих и других должностных лиц // Представительная власть — XXI век: законодательство, комментарии, проблемы. — 2007. — № 6. — С. 11–15.
5. Смирных Д. А. Криминологическая характеристика лиц, злоупотребляющих должностными полномочиями и превышающих должностные полномочия // Проблемы экономики и юридической практики. — 2018. — № 3. — С. 279–283.
6. Сорокин А. В., Корякин В. М. Аутсорсинг и некоторые вопросы его регулирования в новом Руководстве по войсковому (корабельному) хозяйству // Право в Вооруженных Силах. — 2015. — № 3. — С. 67–72.

Материал поступил в редакцию 3 июня 2021 г.

²⁴ Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ (ред. от 30.04.2021) «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» // Рос. газ. 2013. 12 апр.

REFERENCES

1. Borkov VN. Otgranichenie khalatnosti ot umyshlennykh dolzhnostnykh prestupleniy [Delimitation of Negligence from Other Malfeasance in Office]. *Sovremennoe pravo*. 2014;10:105-109. (In Russ.)
2. Glukhov EA, Epikhin IA. Perekhod na novyy sposob komplektovaniya yuridicheskoy sluzhby vooruzhennykh sil Rossiyskoy Federatsii [Transition to a new method of staffing the legal service of the Armed Forces of the Russian Federation]. *Law in the Armed Forces*. 2010;3:82-88. (In Russ.)
3. Glukhov EA. Pravo na trud ili obyazannost truditsya? [The right to work or the obligation to work?]. *Law in the Armed Forces*. 2009;3:38-43. (In Russ.)
4. Lyubimov AP. Printsipy pravovoy etiki gosudarstvennykh sluzhashchikh i drugikh dolzhnostnykh lits [Principles of legal ethics of civil servants and other officials]. *The Representative Power — 21st Century: Legislation, Comments, Problems*. 2007;6:11-15. (In Russ.)
5. Smirnykh DA. Kriminologicheskaya kharakteristika lits, zloupotreblyayushchikh dolzhnostnymi polnomochiyami i prevyshayushchikh dolzhnostnye polnomochiya [Criminological characteristics of persons, abuse of official powers and excess of official powers]. *Problems of Economics and Legal Practice*. 2018;3:279-283. (In Russ.)
6. Sorokin AV, Koryakin VM. Outsorsing i nekotorye voprosy ego regulirovaniya v novom rukovodstve po voyskovomu (korabelnomu) khozyaystvu [Outsourcing and some issues of its regulation in the new Guide to the military (ship) economy]. *Law in the Armed Forces*. 2015;3:67-72. (In Russ.)

DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.059-074

Л. К. Бондаренко*

Основные признаки двойственности положения специалиста в уголовном судопроизводстве

Аннотация. Рассматривается проблема функционирования специальных знаний в уголовном судопроизводстве. Посредством синхронизации институтов уголовного процесса, регулирующих правоотношения сведущих лиц, и института уголовного права, регламентирующего ответственность данных участников при совершении преступления против правосудия, выявляется асимметрия прав и обязанностей специалиста. Предметом исследования являются противоречия между институтами процессуального и материального права, а именно несоответствие процессуального комплекса (прав, обязанностей, функций) специалиста мере несения им уголовной ответственности. С этой целью проводится сравнение прав и обязанностей сведущих лиц, исходя из критериев: а) объем процессуальных функций; б) специфичность процессуальных прав и обязанностей; в) актуальные формы специальных знаний, приемлемые в качестве доказательств. На основе выявленных противоречий исследуется ситуация состязательности специальных знаний, определяется юридическая значимость форм специальных знаний. Предлагается системное решение: 1) уточнить процессуальный статус специалиста: добавить определение «судебный специалист» в ст. 58, 61, 71, 74, 80, 164, 168, 251, 270, 271 УПК РФ; 2) уточнить гносеологические аспекты исследовательских функций специалиста согласно ч. 3.1 ст. 74, ст. 80, ч. 1.2 ст. 144 УПК РФ; 3) создать механизм ответственности специалиста за дачу заведомо ложного заключения (внести в ст. 58 УПК РФ часть 5 по аналогии с ч. 5 ст. 57 УПК РФ, дополнить текст ч. 1 ст. 144 УПК РФ, скорректировать содержание ст. 307 УК РФ) либо освободить специалиста от уголовной ответственности за высказанное им мнение (даже если оно заведомо ложное). Доказывается, что предложенные меры будут способствовать состязательности доказательств, повысят субъективную ответственность специалиста за данное им заключение, что соответствует институту доказательства.

Основными методами исследования являются: общенаучные методы, обзор и анализ законодательных источников, контекстуальный метод, семантический анализ и формально-логический анализ.

Ключевые слова: уголовный процесс; эксперт; специалист; судебный специалист; правовая асимметрия; процессуальный статус; процессуальные функции; формы специальных знаний; заключение эксперта; заключение специалиста; институт ответственности.

Для цитирования: Бондаренко Л. К. Основные признаки двойственности положения специалиста в уголовном судопроизводстве // Lex russica. — 2021. — Т. 74. — № 10. — С. 59–74. — DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.059-074.

© Бондаренко Л. К., 2021

* Бондаренко Людмила Константиновна, доктор философских наук, профессор кафедры уголовно-процессуального права Северо-Кавказского филиала Российского государственного университета правосудия

ул. Леваневского, д. 187, г. Краснодар, Россия, 350002

sichaykin@mail.ru

The Main Signs of the Duality of the Specialist Position in Criminal Proceedings

Lyudmila K. Bondarenko, Dr. Sci. (Philosophy), Professor of the Department of Criminal Procedure Law, North Caucasus Branch, Russian State University of Justice
ul. Levanevskogo, d. 187, Krasnodar, Russia, 350002
sichaykin@mail.ru

Abstract. The author examines the problem of the special knowledge functioning in criminal proceedings. By synchronizing the institutions of the criminal procedure that regulate the legal relationship between the knowledgeable persons and the institution of criminal law regulating the responsibility of these participants in the commission of a crime against justice, the author demonstrates asymmetry between the rights and duties of a specialist. The subject of the study is constituted by the contradictions between the institutions of procedural and substantive law, namely, the discrepancy between the procedural complex (rights, duties, functions) of a specialist to the course of his criminal responsibility. For this purpose, a comparison is made between the rights and obligations of knowledgeable persons, based on the criteria of: a) the scope of procedural functions; b) the specificity of procedural rights and obligations; c) actual forms of special knowledge acceptable as evidence. On the basis of the revealed contradictions, the situation of competitiveness of special knowledge is investigated; the legal significance of the forms of special knowledge is determined. The author proposes a systematic solution, namely: 1) to clarify the procedural status of a specialist: to add the definition of “forensic specialist” to Art. 58, 61, 71, 74, 80, part 4 of Art. 164, art. 168, 251, 270, 271 of the Code of Criminal Procedure of the Russian Federation; 2) to clarify the epistemological aspects of the research functions of a specialist in accordance with Part 3.1 of Art. 74, art. 80; Part 1.2 of Art. 144 of the Code of Criminal Procedure of the Russian Federation; 3) to establish a mechanism for the responsibility of a specialist for giving a deliberately false opinion: to add to Art. 58 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation, part 5 by analogy with part 5 of Art. 57 of the Code of Criminal Procedure of the Russian Federation; to supplement the text of Part 1 of Art. 144 of the Code of Criminal Procedure of the Russian Federation; to correct the content of Art. 307 of the Criminal Code of the Russian Federation. Or release the specialist from criminal liability for the opinion expressed by him (even if it is deliberately false). The author proves that the proposed measures will promote adversarial evidence, increase the specialist’s subjective responsibility for the conclusion given by him, which corresponds to the institution of proving.

The main research methods are: general scientific methods, review and analysis of legislative sources, contextual method, semantic analysis and formal logical analysis.

Keywords: criminal procedure; expert; specialist; forensic specialist; legal asymmetry; procedural status; procedural functions; forms of special knowledge; expert opinion; expert opinion; institution of responsibility.

Cite as: Bondarenko LK. Osnovnye priznaki dvoystvennosti polozheniya spetsialista v ugovnom sudoproizvodstve [The Main Signs of the Duality of the Specialist Position in Criminal Proceedings]. *Lex russica*. 2021;74(10):59-74. DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.059-074. (In Russ., abstract in Eng.).

Введение

Проблема процессуального взаимодействия специалиста с участниками судопроизводства связана с комплексом других проблем. Например, двойственность процессуального статуса источников доказательств: заключения специалиста и его разъяснений, пояснений (ч. 1 ст. 58, ч. 3 и 4 ст. 80 УПК РФ¹) и консультаций специалиста (ч. 2 ст. 55.1 АПК РФ²); неэффективность

применения специальных знаний в уголовном судопроизводстве; правовая асимметрия в отношении прав и обязанностей специалиста и его процессуального статуса. В силу невозможности их разрешения в рамках действующего процессуального законодательства данные явления приобрели (и в доктринальном, и в ортодоксальном смысле) инерционный характер, что, как представляется, противоречит развитию института состязательности доказа-

¹ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 № 174-ФЗ (ред. от 08.12.2020) (с изм. и доп., вступ. в силу с 19.12.2020) // СПС «КонсультантПлюс».

² Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ (ред. от 02.12.2019) // СПС «КонсультантПлюс».

тельств. В этой связи возникла необходимость рассмотрения этого явления с прагматической точки зрения.

Тема процессуального положения сведущих лиц, главным образом процессуальных функций специалиста, является довольно распространенной в российской юридической науке. Это можно проследить на примере публикаций (в монографиях, научных сборниках и научных журналах)³ начиная с 2000-х гг., практически с момента введения специалиста в качестве самостоятельного участника судопроизводства в УПК РФ⁴. Вопросы процессуального взаимодействия сведущих лиц между собой и с иными участниками судопроизводства находились в фокусе внимания теоретиков и практиков процессуального права и теории судебной экспертизы на протяжении длительного периода. Этому посвятили свои исследования Т. Ю. Маркова, В. Вологина, Е. П. Гришина, В. Н. Махов, И. В. Овсянников, Н. А. Терновский, Ю. В. Францифоров, И. Н. Чеботарева, С. А. Шей-

фер, В. А. Лазарева, А. В. Чарыков и др. Тема состязательности специальных знаний также отражена в учебной и научно-практической литературе: у Е. Р. Россинской, Е. И. Галяшиной, Т. Ф. Моисеевой. Например, у Е. Р. Россинской и Е. И. Галяшиной⁵ отмечается, что, исходя из критерия научной значимости проведенного исследования, результаты судебной экспертизы гораздо весомее заключения специалиста. Данную позицию поддерживают также другие процессуалисты и теоретики судебной экспертизы, например Е. А. Зайцева⁶ (хотя в ст. 74 УПК РФ на это прямо не указывается).

Несмотря на кажущуюся исчерпанность данной темы, к ней вновь обращаются теоретики, а также практики — следователи, адвокаты, но уже на основе анализа современного судопроизводства. Их привлекает проблема соотношения заключения и показаний эксперта и заключения и показаний специалиста в условиях реального судопроизводства⁷.

³ Давлетов А. А. Специалист в уголовном процессе: новые возможности и проблемы // Российская юстиция. 2003. № 9. С. 47–48; Орлов Ю. К. Специалист в уголовном процессе // Российская юстиция. 2004. № 1. С. 12–26; Зайцева Е. А. Процессуальный статус специалистов и иных сведущих лиц в современном уголовном судопроизводстве // «Черные дыры» в российском законодательстве. 2006. № 3. С. 77–86; Юсупкадиева С. Н. К вопросу о назначении судебной экспертизы в досудебном производстве // Теория и практика судебной экспертизы в современных условиях: материалы VI Международной научно-практической конференции, 19–20 января 2017 г. М.: Проспект, 2017. С. 535–540.

⁴ См.: Федеральный закон от 04.07.2003 № 92-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» (последняя редакция) // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Россинская Е. Р., Галяшина Е. И., Зинин А. М. Теория судебной экспертизы: Судебная экспертология: учебник. М.: Норма, Инфра-М, 2016. 368 с.

⁶ Зайцева Е. А. Указ. соч. С. 77–86.

⁷ Байков Ю. Ф. Заключение и показания специалиста как форма использования специальных знаний в состязательном уголовном судопроизводстве // Вестник Московского университета МВД России. 2011. № 9. С. 63–70; Каторгина И. П. О разграничении судебной экспертизы, предварительных исследований и консультаций специалиста в уголовном судопроизводстве // Научные ведомости. Серия: Философия. Социология. Право. 2012. № 20 (139). Вып. 22. С. 199–203; Лазарева В. А. Доказывание в уголовном процессе: учебник для бакалавриата и магистратуры. 5-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт, 2014. 359 с.; Пьянзина Е. В. Проблематика использования справки о предварительном исследовании изъятых веществ в качестве вещественного доказательства по уголовным делам, связанным с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров // Государство и право. Юридические науки. Серия: Право. 2012. Вып. 31. С. 65–68; Сидоренко О. В. Назначение и производство судебных экспертиз на стадии возбуждения уголовного дела // Вестник Казанского юридического института МВД России. 2016. № 2 (24). С. 119–122; Семенов Е. А. Специалист не предупреждается об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного показания: упущение законодателя или вызванная необходимость? // Наука и практика. 2014. № 3 (60). С. 92–94; Сергеева О. С. К вопросу о процессуальных полномочиях специалиста в уголовном судопроизводстве // Юридический вестник Самарского университета. 2016. Т. 2. № 4. С. 105–112; Соловьев С. А. Пределы судебного усмотрения при оценке заключения эксперта и мнения специалиста: гносеологический аспект // Адвокатская практика. 2017. № 4. С. 17–22; Толстухина Т. В. Соотношение понятий и статуса «заключение эксперта» и «заключение специалиста» // Теория и практика судебной экспертизы в современных условиях: материалы VI Международной научно-практической конференции, 19–20 января 2017 г. М.: Проспект, 2017.

Проблему процессуального статуса суждений специалиста до возбуждения уголовного дела исследовали процессуалисты, эксперты и адвокаты⁸. Так, адвокаты отмечают проблему процессуального взаимодействия специалиста с иными участниками процесса и в первую очередь — отсутствие регламента взаимодействия специалиста и защитника. В большинстве случаев они указывают на невозможность легализации акта экспертного исследования стороной защиты⁹.

Обращает на себя внимание позиция практических работников по отношению к проблеме процессуального соотношения судебной экспертизы и заключения (несудебного) специалиста. Так, в свете развития процессуального права в сторону состязательности заключение (несудебное) специалиста воспринимается ими как метод оспаривания результатов судебной экспертизы¹⁰.

В некоторых случаях практики, продвигающие несудебные рецензии, ссылаются на ст. 188 ГПК РФ¹¹ и ст. 55.1 АПК РФ. Однако если внимательно прочесть статьи данного закона, то можно заметить, что в них регламентируется

деятельность специалиста, имеющего процессуальный статус. О рецензенте (внешнем) или рецензии в данных статьях ничего не сказано. Действительно, в ст. 188 ГПК РФ, ст. 55.1 АПК РФ и ст. 58 УПК РФ предусматривается возможность участия специалиста в процессе оценки результатов судебной экспертизы, но это имеет отношение к назначенному следствием или судом специалисту. В этом плане более объективны исследования адвокатов, столкнувшихся с данной проблемой в условиях реального судопроизводства¹², и сотрудников МВД¹³, которые сетуют на невозможность процессуального оспаривания результатов экспертизы, а также не принимают во внимание судом результатов несудебных экспертиз или рецензий (письменное заключение, справка, разъяснения, данные другим(и) специалистом(ами) вне рамок судопроизводства, относительно корректности применения специальных методов исследования и правильности выводов судебного эксперта¹⁴)¹⁵. Вместе с тем есть примеры максимального использования специальных знаний, когда суд принимает во внимание результаты

С. 447–452 ; Федотов И. Оценка заключения и показаний эксперта, заключения и показаний специалиста как доказательств по уголовному делу // Уголовное право. 2014. № 3. С. 107–114 ; Он же. Заключение и показания специалиста: вопросы совершенствования законодательства и правоприменительной практики // Уголовное право. 2014. № 3. С. 127–143 ; Чекулаев Е. Экспертиза и исследование на стадии предварительной проверки сообщения о преступлении в аспекте Федерального закона № 23-ФЗ от 04.03.2013 г. // Известия Тульского государственного университета. Экономические и юридические науки. 2013. № 2 (2). С. 223–234.

⁸ Сергеева О. С. Указ. соч. ; Сидоренко О. В. Указ. соч. ; Пьянзина Е. В. Указ. соч.

⁹ Хейфец Л. С. Некоторые вопросы привлечения адвокатом специалистов в уголовном судопроизводстве // Теория и практика судебной экспертизы в современных условиях : материалы VI Международной научно-практической конференции, 19–20 января 2017 г. М. : Проспект, 2017. С. 471–477 ; Соловьев С. А. Указ. соч.

¹⁰ Тарасова Ю. Экспертиза: правила оспаривания // ЭЖ-Юрист. № 11 (915). 01.04.2016. С. 13.

¹¹ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 № 138-ФЗ (ред. от 08.12.2020, с изм. от 12.01.2021) // СПС «КонсультантПлюс».

¹² Хейфец Л. С. Указ. соч. ; Соловьев С. А. Указ. соч.

¹³ Федотов И. Оценка заключения и показаний эксперта, заключения и показаний специалиста как доказательств по уголовному делу ; Он же. Заключение и показания специалиста: вопросы совершенствования законодательства и правоприменительной практики.

¹⁴ Определение автора.

¹⁵ См.: апелляционное определение Верховного Суда РФ от 18.05.2017 № 53-АПУ17-6 // URL: <https://legalacts.ru/kodeks/UK-RF/osobennaja-chast/razdel-x/glava-31/statja-307> (дата обращения: 21.05.2019) ; определение Конституционного Суда РФ от 28.03.2017 № 557-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Юрьева Владимира Александровича на нарушение его конституционных прав частью первой статьи 307 Уголовного кодекса Российской Федерации» // URL: <https://legalacts.ru/kodeks/UK-RF/osobennaja-chast/razdel-x/glava-31/statja-307> (дата обращения: 21.05.2019) ; апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 09.03.2017 № 81-АПУ17-2 // URL: <https://legalacts.ru/kodeks/UK-RF/osobennaja-chast/razdel-x/glava-31/statja-307> (дата обращения: 21.07.2019) ; апелляционное определение Верховного Суда РФ от 11.10.2016 № 56-АПУ16-

несудебных заключений специалистов, а также рецензии на результаты судебной экспертизы или результаты несудебной экспертизы при вынесении решений, связанных с возмещением материального ущерба в крупных размерах¹⁶.

Отдельно проблему несоответствия меры несения уголовной ответственности и прав и обязанностей специалиста исследовал Е. А. Семенов¹⁷, который отметил необходимость урегулирования данного вопроса (однако он не рассматривал причин такого положения дел).

Таким образом, тема взаимодействия специалиста с иными участниками судопроизводства являлась предметом изучения в российском праве на протяжении почти 18 лет. Срок достаточно длительный в условиях развития современного судопроизводства. Однако без должного внимания остались вопросы: 1) о причинах существования правовой асимметрии на протяжении 18 лет (законодательная инертность?); 2) о степени актуальности анализа данной ситуации в свете происходящих процессов в российском судопроизводстве. В совокупности эти вопросы определили актуальность темы исследования.

Методология. Для исследования данных проблем применяется комплекс методов, как теоретических (формальная логика), так и эмпирических (обзор законодательных источников с целью выяснения объема прав и обязанностей сведущих лиц в уголовном процессе для сопоставления их прав и обязанностей на разных этапах судопроизводства; сравнение степени адекватности и корректности прав и обязанностей с мерой несения ими уголовной ответственности). Применяется также комплексная методика, состоящая из контекстуального анализа, семантического и формально-логического метода. Контекстуальный метод актуализирует семантический анализ основных понятий, имеющих юридическое значение и применяемых для обозначения

форм специальных знаний, с целью уточнения их содержания; формально-логический анализ (в рамках философской логики) осуществляется для получения выводов исследования.

Соответственно, фокус исследования направляется: на первом этапе — на исследование системных явлений, определяющих стандарты процессуального функционирования специальных знаний; на втором этапе — на поиск аргументов, говорящих о необходимости либо сохранения этого положения, либо преодоления данного явления как препятствующего развитию института доказательств.

Синхронизация институтов процессуального права

При исследовании условий применения специальных знаний в уголовном судопроизводстве выявилась системная проблема, которая охватывает несколько институтов уголовного процесса, определяющих статус и основные процессуальные функции сведущих лиц, а также алгоритм их процессуального взаимодействия с иными участниками судопроизводства (следователем, дознавателем, защитником, свидетелями, потерпевшим, подозреваемым (обвиняемым) и судом). Так, в контексте темы исследования выделились следующие институты: иные участники уголовного судопроизводства (гл. 8, ст. 57, 58 УПК РФ); доказательства в уголовном судопроизводстве (гл. 10, ст. 74, 80 УПК РФ); предварительное следствие (гл. 22, ст. 168 УПК РФ); производство судебной экспертизы (гл. 27 УПК РФ); общие условия судебного разбирательства (гл. 35, ст. 251 УПК РФ); подготовительная часть судебного заседания (гл. 36, ст. 268, 270 УПК РФ), а также институт уголовного права, связанный с осуществлением правосудия, — институт преступлений против правосудия (гл. 31, ст. 307 УК РФ¹⁸).

19СП // URL: <https://legalacts.ru/kodeks/UK-RF/osobennaja-chast/razdel-x/glava-31/statja-307> (дата обращения: 27.07.2019) ; апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 26.04.2017 № 88-АПУ17-3 // URL: <https://legalacts.ru/kodeks/UK-RF/osobennaja-chast/razdel-x/glava-31/statja-307> (дата обращения: 27.07.2019) ; апелляционное определение Верховного Суда РФ от 26.04.2017 № 88-АПУ17 // URL: <https://legalacts.ru/kodeks/UK-RF/osobennaja-chast/razdel-x/glava-31/statja-307> (дата обращения: 27.07.2019).

¹⁶ Например, это можно увидеть в материалах дела, рассмотренного Северским районным судом Краснодарского края. См.: решение № 2-1283/2019 2-1283/2019~М-366/2019 М-366/2019 от 29.04.2019 по делу № 2-1283/2019 // URL: <https://sudact.ru/regular/doc/CljYzBIsK2ZL/> (дата обращения: 03.11.2019).

¹⁷ Семенов Е. А. Указ. соч.

¹⁸ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ (ред. от 19.12.2020) // СПС «КонсультантПлюс».

При синхронизации данных институтов в контексте темы исследования выявилось несколько аспектов, касающихся: 1) несоответствия процессуального статуса сведущего лица (прав и обязанностей специалиста) объему его процессуальных функций, выраженного прежде всего в запутанной процедуре принятия заключения специалиста в качестве источника доказательства; 2) несбалансированности процессуального статуса источников доказательства (заключения специалиста и его разъяснений, пояснений и консультаций); 3) несбалансированности меры несения уголовной ответственности специалистом в соответствии с его процессуальным статусом. Это подчеркнуло необходимость рассмотрения проблемы функционирования специальных знаний в уголовном процессе как системного явления в нескольких направлениях: в регулировании данного процесса нормами процессуального права; в соотношении процессуальных норм, регулирующих права и обязанности сведущих лиц, с нормами уголовного права (по критерию ответственности); в связанности форм специальных знаний, используемых в УПК РФ и УК РФ, с общепринятыми определениями, принятыми в философских, гуманитарных и социально-правовых науках. Соответственно, для раскрытия системных аспектов данной проблемы на первом этапе акцентируется внимание на процессуальном статусе сведущих лиц, главным образом на их правах и обязанностях; на втором этапе происходит синхронизация институтов процессуального и уголовного права, регулирующих правоотношения участников судопроизводства; на заключительном

этапе исследуются определения, используемые при даче заключения судебной экспертизы и в заключении специалиста.

Регламентация процессуальных прав сведущих лиц

Процессуалисты давно обращаются к проблеме недостаточной разработанности процессуального взаимодействия специалиста в случае реализации его процессуальных прав со следователем, дознавателем и судом. Как показал обзор уголовных дел (всего автором выбрано и рассмотрено 20 дел за 2017–2019 гг.), суд, как правило, не принимает во внимание представление иных документов, кроме заключений судебной экспертизы.

Чем это обусловлено? На основе исследования материалов дел и исходя из интервью с сотрудниками правоохранительных органов¹⁹ можно отметить, что причина носит субъективный характер. В их представлении функции специалиста ограничиваются главным образом помощью технического характера, и они относятся к консультациям специалиста как к вспомогательному средству при исследовании обстоятельств дела²⁰ на всех стадиях судопроизводства (по вопросам применения специальных знаний). Это, как представляется, значительно сужает поле применения специальных знаний в уголовном судопроизводстве.

На данную проблему косвенно указывалось в различных контекстах, практически с момента введения специалиста в уголовный процесс. Больше всего исследователи обращали внима-

¹⁹ Опрошено 12 человек. Интервью со следователем ГСУ ГУ МВД России по Краснодарскому краю лейтенантом юстиции В. А. Г. (записано: март, 2018); следователем ГСУ ГУ МВД России по Краснодарскому краю С. М. З. (записано: апрель 2019 г.); бывшим следователем СК РФ подполковником юстиции в отставке, доцентом кафедры УПП СКФ «РГУП» Г. А. А. (записано в 2017 г.); сотрудником ГСУ ГУ МВД России по Краснодарскому краю старшим лейтенантом И. И. В. (записано в 2019 г.); сотрудником МЧС следователем-криминалистом Н. Н. П. (записано в 2020 г.); младшим лейтенантом, следователем ОВД по Ханты-Мансийскому округу Д. В. К. (записано в апреле 2021 г.); магистрантами СКФ «РГУП», являющимися действующими сотрудниками СК РФ по Краснодарскому краю: помощником следователя К. М. А.; помощником следователя С. С. А. (записано в марте 2018 г.); помощником следователя К. А. К. (записано в марте 2021 г.); следователем СК РФ А. М. И. по Астраханской обл. (записано в мае 2018 г.); бывшим сотрудником прокуратуры, полковником юстиции в отставке П. В. В. (записано в марте 2017 г.), г. Краснодар; судьей в почетной отставке А. Н. К. (записано по результатам нескольких интервью и бесед, состоявшихся с 2016 по 2019 гг.).

²⁰ В результате интервью было выяснено, что разъяснения, консультации, пояснения специалиста и его рассуждения не воспринимаются как юридически значимая информация. Выяснилось также, что сотрудники правоохранительных органов не считают специалиста равным судебному эксперту (примечание автора).

ние на формальные аспекты уголовно-процессуального права — несбалансированность его полномочий и обязанностей. Так, А. А. Давлетов²¹ одним из первых обратил внимание на отсутствие регламента привлечения специалиста: 1) для постановки вопросов перед судебным экспертом; 2) для разъяснения вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию. Действительно, в ст. 168 и 270 УПК РФ ничего конкретно об этом не сказано, возможно, потому, что в этом нет необходимости. Как показала практика, содержание вопросов постоянно корректируется обеими сторонами, в силу процессного характера формирования юридически значимых знаний. Например, это можно увидеть в материалах уголовного дела № 1-86/2018: «Из заключения эксперта № 1 следует, что экспертиза проведена с ДД.ММ.ГГГГ по ДД.ММ.ГГГГ экспертом Л. ...Экспертом были даны ответы на поставленные следователем в постановлении о назначении экспертизы вопросы. Данные вопросы были переформулированы в соответствии с методическими рекомендациями, изложенными в Методике проведения судебно-лингвистической экспертизы по делам об оскорблении»²². Вопросы потребности в объеме и направленности специальной информации решаются в условиях судопроизводства совместно, в ходе обсуждения дознавателем, следователем, судом со сведущими лицами условий применения специальных знаний в виде заключения специалиста и его показаний на допросе или заключения судебной экспертизы и показаний судебного эксперта²³. И данный процесс трудно поддается процессуальной рационализации — формализации, так как постановка вопросов судебному эксперту — это творческий и интеллектуальный процесс, не исключая случайных моментов, исходящих как со стороны следователя, дознавателя, суда, должностного лица в административном процессе, так и со стороны специалиста и судебного эксперта. Даже тщательная регламентация, как представляется, не способна предусмотреть все разнообразие взаимодействия субъектов экспертизы в какой-либо нештатной ситуации. Поэтому определение общего направления

взаимодействия юристов со специалистом и судебным экспертом, полагаем, выглядит в условиях судопроизводства более актуально, чем излишняя детализация их взаимодействия с судом, следователем, дознавателем, должностным лицом в административном процессе.

Более существенную проблему регламентации взаимодействия субъектов экспертной деятельности с должностными лицами, имеющими право назначать судебную экспертизу, обозначил С. А. Соловьев²⁴. Дело касается реализации прав защитника на привлечение специалиста по своему усмотрению (ст. 53 УПК РФ). С. А. Соловьев на основе опыта профессиональной адвокатской деятельности делает вывод о проблематичности привлечения специалиста со стороны защиты. Действительно, в уголовном (и гражданском) процессе данный порядок не установлен, хотя в правах защитника указывается о возможности привлечения специалиста (п. 3 ч. 1 ст. 53 УПК РФ), но только посредством удовлетворения (или неудовлетворения) следователем, дознавателем, судом его ходатайства о привлечении конкретного специалиста. Таким образом, право назначения определенного специалиста или судебного эксперта закреплено только со стороны обвинения и суда в ч. 1 ст. 168, ст. 270 УПК РФ, что соответствует концепции публичного судопроизводства.

На основе сказанного можно сделать вывод, что наблюдаемая проблема асимметрии прав, обязанностей и функций специалиста мере несения ответственности может быть определена процессуальной необходимостью, однако с этой стороной обозначенной проблемы следует разобраться более подробно.

Состязательность специальных знаний в уголовном процессе: проблемы и противоречия

Законодатель в целях объективизации специальной информации, циркулирующей в судопроизводстве, усилил состязательность специальных знаний в нескольких аспектах. Например, это хорошо видно в гражданском и административном судопроизводстве. Так, в решении Совет-

²¹ Давлетов А. А. Указ. соч.

²² Приговор Кабанского районного суда (Республика Бурятия) № 1-17/2019 1-303/2018 от 29.04.2019 по делу № 1-86/2018 // URL: <https://sudact.ru/regular/doc/RNrJEos5jeWq/> (дата обращения: 03.11.2019).

²³ В этом случае должностные лица компетентны в институте доказательства, а специалист и судебный эксперт — в сфере специальных знаний.

²⁴ Соловьев С. А. Указ. соч.

ского районного суда г. Махачкалы (Республика Дагестан) № 2-1902/2019 2-1902/2019~М-813/2019 М-813/2019 от 29.04.2019 по делу № 2-1902/2019²⁵ можно наблюдать состязательность судебных и несудебных экспертиз со стороны истца и ответчика. Согласно опубликованным материалам дела, разница в оценке материального ущерба составила почти 57 тыс. руб. Суд отдал предпочтение результатам судебной экспертизы по причине всесторонности исследования, а также на основании подписи судебного эксперта о несении им уголовной ответственности по ст. 307 УК РФ. То же самое стремление к состязательности специальных знаний можно увидеть в деле о страховом возмещении (решение Северского районного суда (Краснодарский край) № 2-628/2019 2-628/2019~М-227/2019 М-227/2019 от 29.04.2019 по делу № 2-628/2019²⁶), в котором суд рассматривал в качестве источников доказательств *результаты судебной экспертизы, выводы несудебного эксперта, а также рецензию на результаты экспертиз.*

В уголовном судопроизводстве тенденция состязательности специальных знаний менее выражена, так как предпочтение отдается результатам судебной экспертизы. Однако уже только упоминание в материалах дела о фигурировании результатов несудебных экспертиз, а также рецензий является, как представляется, положительным моментом в процессе развития института состязательности специальных знаний.

Исходя из этого, можно отметить, что в целом в судебной практике усиливается состязательность доказательств, которая выразилась в следующих аспектах.

В первую очередь она выразилась на уровне субъектов судебно-экспертной деятельности — это состязательность между судебным специалистом²⁷ и судебным экспертом (личностные свойства и характеристики: их умения, навыки, способности, мировоззрение, волевые качества и интеллектуальный уровень (эрудиция и прочие необходимые в профессиональной деятельности качества)).

Причем состязательность специальных знаний в рамках уголовного процесса наблюдается также между судебным экспертом, судебным специалистом и несудебными внешними рецензентами (участие последнего не может быть исключено, когда иной специалист, которого привлекает защитник, согласно ст. 53 УПК РФ гипотетически может дать разъяснения, пояснения и даже рецензию на заключение судебной экспертизы или заключение специалиста).

Конкуренция специальных знаний, актуальных в уголовном судопроизводстве, косвенно проявляется в противоречиях:

- между социальным статусом специалиста и судебного эксперта по следующим критериям: принадлежность к профессиональному научному сообществу, наличие ученых званий и степеней;
- между социально-экономическим статусом специалиста и судебного эксперта (сотрудник государственного экспертного учреждения, сотрудник государственного неэкспертного учреждения, сотрудник негосударственного экспертного учреждения, частное лицо);
- в степени социализации личности (состоит ли сведущее лицо на учете в профессиональном реестре²⁸, например саморегули-

²⁵ URL: <https://sudact.ru/regular/doc/dSjmLoCOLBY5/> (дата обращения: 01.11.2019).

²⁶ URL: <https://sudact.ru/regular/doc/CljYzBlSk2ZL/> (дата обращения: 03.11.2019).

²⁷ Судебный специалист — рабочее определение данного исследования, означает то же, что и специалист, назначенный следователем, дознавателем, судом, должностным лицом в административном процессе для дачи заключения специалиста, дачи показаний и консультаций в судопроизводстве. Применяется с целью разграничения понятий «специалист, который назначается следователем, судом, должностным лицом в административном процессе» и «специалист, который может привлекаться стороной защиты в качестве рецензента, которого суд, следователь, дознаватель, должностное лицо в административном процессе не назначают официально в качестве специалиста (рецензента)».

²⁸ Например, типичной является оценка личности эксперта. Из заключения эксперта № 1 следует, что экспертиза проведена с ДД.ММ.ГГГГ по ДД.ММ.ГГГГ экспертом Л., имеющей высшее образование по специальности «Филология» и аттестацию на право самостоятельного производства судебной лингвистической экспертизы по специальности 26.1 «Исследование продуктов речевой деятельности», стаж экспертной работы по указанной специальности с 2014 года. См.: приговор Кабанского районного суда (Республика Бурятия) № 1-17/2019 1-303/2018 от 29.04.2019 по делу № 1-86/2018 // URL: <https://sudact.ru/regular/doc/RNrJEos5jeWq/> (дата обращения: 03.11.2019).

руемой организации судебных экспертов, в иных общественных профессиональных организациях);

- между степенью интегрированности судебного эксперта и специалиста в судебную практику (количество фактов их участия в судебном процессе, что учитывается при назначении судебного эксперта и специалиста).

Состязательность наблюдается в сфере процессуальных функций специалиста и судебного эксперта:

- между процессуально обусловленными действиями — результатами судебной экспертизы и заключением специалиста;
- между формами специальных знаний (критерий — уровень компетенции сведущих лиц): научными выводами эксперта²⁹ и умозаключением специалиста; показаниями эксперта — *пояснением* и показаниями специалиста — *его мнением*.

В этом случае возникают вопросы об определении юридической значимости результатов судебной экспертизы и результатов заключения судебного специалиста. Что для уголовного судопроизводства является приоритетным и какие формы специальных знаний наиболее приемлемы в условиях судопроизводства в качестве доказательств? Это следует выяснить.

На первом этапе необходимо провести сравнительный анализ процессуальных прав и обязанностей судебного эксперта и специалиста

со ссылкой на установленные законодателем источники доказательств (ст. 74 УПК РФ).

Процессуальный статус «иных участников» уголовного судопроизводства законодателем определен в основном в гл. 8 «Иные участники уголовного судопроизводства»: статус судебного эксперта установлен в ст. 57 УПК РФ, специалиста — в ст. 58 УПК РФ. В статье 80 «Заключение и показания эксперта и специалиста» УПК РФ указаны разные статьи, регламентирующие деятельность этих самостоятельных участников судопроизводства. При исследовании данных статей (в отношении прав, обязанностей и процессуальных функций) предпочтений не прослеживается (ч. 3 ст. 57, ч. 3 ст. 58 УПК РФ). Таким образом, при сопоставлении содержания статей, исходя из критериев *объем процессуальных функций; процессуальные права и обязанности*, можно отметить, что в данном направлении у данных участников судопроизводства наблюдается симметричность.

Далее следует обратиться к ч. 2 ст. 74 УПК РФ, в которой указано, что в качестве доказательства допускаются также заключение и показания специалиста. Однако, как указано в ч. 2 ст. 80 УПК РФ, показания судебного эксперта (сведения относительно заключения) должны соотноситься с требованиями ст. 205 и 282 УПК РФ. В части 4 ст. 80 УПК РФ указывается, что показания специалиста обозначаются как сведения в виде *мнения*³⁰ об обстоятельствах, требующих специальных знаний, в соответствии с

²⁹ См.: приговор Братского городского суда (Иркутская область) № 1-180/2019 от 25.04.2019 по делу № 1-180/2019 // URL: <https://sudact.ru/regular/doc/RNrJEos5jeWq/> (дата обращения: 02.11.2019). В приговоре сказано: «Доказательства по делу, с учетом того, что они мотивированы, непротиворечивы, даны на основе *специальных научных познаний*, при этом эксперты предупредились об уголовной ответственности по ст. 307 УК РФ за дачу заведомо ложных заключений».

См. также решение Северского районного суда (Краснодарский край) № 2-628/2019 2-628/2019~М-227/2019 М-227/2019 от 29.04.2019 по делу № 2-628/2019 // URL: <https://sudact.ru/regular/doc/CljYzBIsK2ZL/> (дата обращения: 03.11.2019). В решении сказано следующее: «Доказательств неверного определения причиненных транспортному средству повреждений или завышения в экспертном заключении от 26.04.2019 стоимости его восстановительного ремонта, и тем самым недостоверности его результатов, не представлено, при этом мотивировано и выполнено квалифицированным экспертом, предупрежденным об уголовной ответственности по ст. 307 УК РФ, с применением нормативно-правовой базы, *а также научно-методической литературы*, в связи с чем принимается за основу при определении причиненного потерпевшему ущерба, и оценивается наряду с другими доказательствами и обстоятельствами дела».

³⁰ Симптоматично, что в Национальной юридической энциклопедии не дается определения понятий «мнение специалиста» и «суждение специалиста». См.: Национальная юридическая энциклопедия // URL: <https://determiner.ru/search> (дата обращения: 10.01.2020). В этой связи следует обратиться к философской логике. В ней *мнение* в большинстве случаев противопоставляется точному знанию. Так, согласно Аристотелю, мнение является знанием, которое может быть дискурсивным или непосредственно интуитивным. Точное знание (эпистема) исходит из необходимых посылок, а мнение (докса) носит

требованиями ст. 53, 168 и 271 УПК РФ. В этом уже прослеживается некоторый дисбаланс. Для уточнения данного обстоятельства следует рассмотреть выявленные противоречия более подробно.

Действительно, если по формальным критериям (процессуальный статус, процессуальные функции, права, обязанности) не установлена приоритетность доказательств, то, может быть, следует обратиться к содержанию определенных, данных в законодательстве?

В этой связи следует уточнить определения «специалист» и предлагаемое нами «судебный специалист».

Как представляется, следуя логике института ответственности (преступления против правосудия), применяемое в данном исследовании определение «судебный специалист» более точное, чем просто определение «специалист». Это подчеркивает самостоятельный процессуальный статус участника судопроизводства, имеющего отличные от иных (несудебных) специалистов права и обязанности, а также имеющего отличия от процессуального статуса судебного эксперта (это подтверждается содержанием ст. 307 УК РФ и судебной практикой, где несение уголовной ответственности судебным экспертом воспринимается в качестве аргумента допустимости и достоверности его выводов³¹).

Понятия «эксперт» и «специалист» в контексте судебно-экспертной деятельности близки по своему содержанию, так как судебный эксперт и является специалистом в определенной области знаний. Однако понятие «эксперт» имеет в общественном сознании особое значение, в отличие от понятия «специалист». Эксперт — это «дока», авторитетная личность, получившая высокую оценку своей профессиональной компетентности от окружающих — коллег или иных лиц (заказчиков экспертизы), имевших отношение к предмету экспертизы. Эксперт — значит владеющий максимальным объемом профессиональных знаний в определенной области; владеющий научными методами, необходимыми для ис-

следования предмета судебной экспертизы, и обладающий большим опытом в определенной сфере, а также личностными качествами: самостоятельностью, проявляющейся как в объективной оценке полученных результатов — новых знаний, так и в отстаивании своей позиции. Однако при исследовании процессуальных функций специалиста можно говорить о том, что и специалист, судя по разнообразию обязанностей (ст. 58 УПК РФ), должен быть экспертом, поскольку его участие в процессе (в случае назначения некоторых видов частных экспертиз, например судебно-искусствоведческой экспертизы) даже более разнообразно, чем у судебного эксперта. Он должен обладать не менее глубокими специальными знаниями и профессиональным опытом, чем эксперт (как представляется, при эффективном участии компетентного специалиста необходимость в судебной экспертизе может и вовсе отпасть). Это, в свою очередь, подчеркивает необходимость выравнивания процессуального статуса специалиста по сравнению с положением эксперта, с учетом функций специалиста и меры несения им уголовной ответственности, поскольку, как показывает практика, несение уголовной ответственности сведущим лицом является в некоторых случаях гарантией достоверности представленных сведений. Например, это можно увидеть в материалах дела, рассмотренного Первомайским районным судом г. Ростова-на-Дону: «Оценивая результаты проведенной судебной экспертизы и предыдущих экспертных (оценочных) исследований, в соответствии со ст. 86 ГПК РФ, суд приходит к выводу о том, что результаты оценочных исследований, представленных сторонами, не могут быть приняты судом, поскольку оценки при проведении исследований *не были предупреждены об уголовной ответственности* по ст. 307 УК РФ. При этом представленное экспертом <...> экспертное заключение получено с соблюдением процедуры, обеспечивающей ответственность эксперта за результаты исследования, вызвало у суда большее доверие, нежели другие данные, добытые

вероятностный характер. См.: Энциклопедия эпистемологии и философии науки / под ред. И. Т. Касавина. М. : Канон+, РООИ «Реабилитация», 2009 ; Новая философская энциклопедия // Электронная библиотека ИФ РАН. URL: <https://iphlib.ru/greenstone3/library/collection/newphilenc/document/> (дата обращения: 10.01.2020).

³¹ См.: приговор Братского городского суда (Иркутская область) № 1-180/2019 от 25.04.2019 по делу № 1-180/2019 // URL: sudact.ru/regular/doc/RNrJEos5jeWq/ (дата обращения: 04.11.2019).

сторонами в своих интересах без соблюдения предписанной процедуры»³².

Исходя из этого, можно отметить, что специалист и судебный эксперт, в принципе, являются равными носителями специальных знаний с точки зрения профессиональной компетентности, что нашло отражение в процессуальных функциях сведущих лиц (и в этом направлении искомое процессуальное равновесие прослеживается). Вместе с тем наблюдаются различия в степени ответственности специалиста и судебного эксперта, как можно предположить, за *качество* предоставляемой информации: в виде заключения, выводов, суждений, сведений — показаний, мнения и консультаций. Так, судебный эксперт, согласно ст. 307 УК РФ, несет уголовную ответственность за заведомо ложное заключение и за ложные показания, а специалист, как указано там же, — только за заведомо ложные показания, что подчеркивает необходимость исследования содержания форм специальных знаний, установленных в Уголовно-процессуальном кодексе и Уголовном кодексе РФ.

Формы и содержание специальных знаний, применяемых в судопроизводстве

Для исследования определений, применимых в отношении форм специальных знаний, необходимо обратиться к академическим справочным источникам, раскрывающим содержание используемых в УПК РФ и УК РФ понятий и определений видов и форм знаний (выводов, суждений, мнения, пояснений), которые, возможно, разъяснят асимметричную меру уголовной ответственности специалиста и эксперта.

Мнение, как указано в энциклопедиях³³, не подлежит фактологической проверке, в отличие от факта, который в результате верификации может быть подтвержден или опровергнут. Вместе с тем если какое-либо мнение основано на фактах, то данное высказывание может быть аргументом или доводом, то есть одним из звеньев в системе суждения (или доказывания). Можно предположить, что данное обстоятельство объясняет введение в качестве источника доказательств заключения

специалиста пункта 3.1 ст. 74 УПК РФ, то есть его суждений. Мнения, как правило, противопоставляются факту по критерию объективной действительности — факту-событию, действительно произошедшему в окружающей реальности в определенное время, в определенном месте, состоявшемуся благодаря конкретным участникам происшествия, а также по критерию результатов произошедшего события, изменившихся или не изменивших окружающую действительность. Тем самым подчеркивается единичность и неизменность факта.

Мнение на самом деле есть объяснение данного факта в словесном выражении субъекта или выражение отношения к нему, а также субъективная оценка события в форме какого-либо высказывания. В отличие от фактов, которые являются неизменными, мнения могут изменяться под влиянием различных факторов, в том числе по настроению, под воздействием эмоций, состояния здоровья и психики, а также доводов (в том числе психологического давления или внушения) со стороны, то есть аргументов, которые в условиях судопроизводства обязательно должны быть донесены сторонами либо подтверждены доказательствами.

Если исходить из семантического содержания употребляемых в судопроизводстве понятий и следовать логике текстов УПК РФ и УК РФ, то получается, что судебный эксперт несет ответственность за достоверность (ложность) нового знания (то есть точного или вероятностного знания, полученного в результате научного исследования предмета судебной экспертизы), а специалист несет ответственность за ложное мнение (то есть промежуточную стадию исследования предмета доказывания), по сути, за ложное отношение и ложную оценку обстоятельств, которые стали известны ему в ходе участия в предварительном следствии и во время судебного следствия. Как указано в ст. 307 УК РФ, специалист несет уголовную ответственность только за свои ложные показания, данные на допросе, а не за весь объем исходящей от него информации, например его заключение, которое должно содержать аргументы и обоснования.

Выходит, что специалист практически является источником специальной информации как

³² См.: решение Первомайского районного суда г. Ростова-на-Дону (Ростовская область) № 2-1283/2019 2-1283/2019~М-366/2019 М-366/2019 от 29.04.2019 по делу № 2-1283/2019 // URL: / <https://sudact.ru/regular/doc/CljYzBlSk2ZL/> (дата обращения: 01.11.2019).

³³ Национальная юридическая энциклопедия ; Новая философская энциклопедия.

судебный эксперт, а ответственность несет как свидетель³⁴. Представляется, что данное положение противоречит статусу специалиста как самостоятельного профессионального участника уголовного судопроизводства. То же самое наблюдается в отношении судебного эксперта. По сравнению с положением специалиста, он несет уголовную ответственность и за ложные результаты судебной экспертизы, и за ложные показания, то есть за весь объем предоставляемой информации (как эксперт и как свидетель). Это проявляется, с одной стороны, в скрытой дискриминации источников доказательств, например информации, исходящей от специалиста, по сравнению с судебным экспертом, с другой — в признаках «авантажного права», что выражается в установлении объема несения уголовной ответственности специалистом за достоверность представленной им информации по сравнению с судебным экспертом.

Возможно, законодатель намеренно не ввел заключение специалиста в сферу уголовной ответственности? Тогда это противоречит ст. 74 «Доказательства» УПК РФ, где определено, что доказательствами являются любые сведения, устанавливающие наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу.

Таким образом, судебный эксперт несет уголовную ответственность за заведомо ложные показания — сведения, данные на допросе, и заключение экспертизы, а специалист — за ложное мнение, которое трудно отделить от ошибочной интерпретации, так как мнение по своей сути не является «точным знанием». Представляется, что данная норма материального права носит неоднозначный характер. Неоднозначность проявляется в том, что у специалиста наблюдаются одновременно признаки «авантажного права» (привилегий по сравнению с судебным экспертом по критерию «несение уголовной ответственности»),

с другой — дискриминации (по отношению к признанию в качестве доказательств его суждений, то есть заключения специалиста). В конечном итоге наблюдаются противоречия между закрепленными процессуальными нормами (допустимых видов и форм специальных знаний) и нормами материального права, по сути признающего существенным лишь три четверти от общего объема необходимой специальной информации.

Можно утверждать, что именно в этом заключается причина асимметрии прав, обязанностей и ответственности специалиста.

В этом плане необходимо отметить, следуя логике процессуального алгоритма, что несение уголовной ответственности должно быть у «иных участников судопроизводства» равным, согласно их процессуальным правам и обязанностям.

Могут ли эти обстоятельства повлиять на судопроизводство? И да и нет... Могут, если следователь, дознаватель, суд, должностное лицо в административном процессе обнаружат умысел со стороны специалиста, если мнение и результаты заключения специалиста будут противоречить иным (установленным) доказательствам и это будет препятствовать установлению обстоятельств дела. Однако это можно установить только после получения результатов правонарушения или преступления, при выяснении обстоятельств совершения преступления данным субъектом.

Сложность заключается также в установлении состава преступления, а именно в определении субъективной стороны преступления — виновности специалиста, то есть наличия у него преступного умысла. Если специалист докажет, что он не имел заранее преступного умысла, а результаты преступления или правонарушения говорят об обратном, то доказать виновность специалиста довольно проблематично, о чем и свидетельствует судебная практика³⁵.

³⁴ Комментарии к Уголовному кодексу РФ // URL: <https://ukrfkod.ru/pract/opredelenie-verkhovnogo-suda-rf-ot-25042018> (дата обращения: 10.05.2020).

³⁵ При исследовании судебной практики по ст. 307 УК РФ в отношении судебного специалиста возникли значительные затруднения. Это говорит о редкости данных случаев или невозможности установления состава преступления у специалиста. См.: Судебная практика и законодательство. УК РФ. Статья 307 «Заведомо ложные показания, заключение эксперта, специалиста или неправильный перевод» // URL: <https://legalacts.ru/kodeks/UK-RF/osobennaja-chast/razdel-x/glava-31/statja-307> (дата обращения: 21.05.2019); Судебная практика по ст. 307 УК РФ // URL: <https://ukrfkod.ru/pract/opredelenie-verkhovnogo-suda-rf-ot-25042018-n-302-kg18-4133-po-delu-n-a33-3917201> (дата обращения: 21.05.2019); Судебная практика по ст. 307 УК РФ // URL: <https://advokat15ak.ru/> (дата обращения: 21.05.2019). В основном уголовные дела возбуждаются в отношении свидетелей. В этом плане симптоматичен приговор Советско-

Специалист может заявить о том, что он искренне высказал свое личное (хотя и ошибочное) мнение, которое не является, по сути, точным знанием, а соответственно, может быть априори необъективным или ошибочным (по сути, ложным). Следует отметить, что неточность формулировки в ст. 307 УК РФ может повлечь конфликтные последствия, вызванные асимметрией прав и ответственности судебного специалиста и судебного эксперта в процессе развития уголовного судопроизводства.

Заключение

На основе исследования комплекса проблем, связанных с функционированием специальных знаний в судопроизводстве, можно отметить следующее.

Выявленные признаки асимметрии права связаны с двойственностью положения специалиста, что приводит к неравновесности специальных знаний, функционирующих в уголовном судопроизводстве.

Двойственность положения специалиста, проявляющаяся в наличии признаков скрытой дискриминации источников доказательств в виде признания несущественными суждений (заключения) специалиста, а также наличия признаков «авантажного права» в рамках Уголовного кодекса РФ, в частности несения уголовной ответственности специалистом только за дачу ложных пояснений на допросе, а не за дачу заключения, в отличие от судебного эксперта, который несет уголовную ответственность за результаты судебной экспертизы и дачу показаний на допросе, обосновывает необходимость разработки механизма привлечения специалиста к уголовной ответственности.

На основе этого предлагается:

- 1) уточнить процессуальный статус специалиста, а именно добавить определение «судебный специалист» в ст. 58, 61, 71, 74, 80, 164, 168, 251, 270, 271 УПК РФ;
- 2) уточнить процессуальный статус заключения специалиста согласно ст. 74, 80 УПК РФ, а именно скорректировать положение о заключении специалиста путем уточнения гносеологического аспекта исследовательских

функций специалиста. Поскольку о заключении специалиста как источнике доказательств в УПК РФ упоминается в ч. 3.1 ст. 74, ст. 80 и ч. 1.2 ст. 144 (исследования специалистом документов, предметов, трупов на досудебной стадии), гл. 19 УПК РФ (поводы и основания возбуждения уголовного дела), то предлагается дополнить текст ч. 1 ст. 144 УПК РФ: «Полученные в ходе проверки сообщения о преступлении сведения, в том числе заключение специалиста, могут быть использованы в качестве доказательств при условии соблюдения положений статей 75 и 89 настоящего Кодекса»;

- 3) ввести норму о несении уголовной ответственности специалистом за ложные результаты исследования — заключения специалиста:

- внести в ст. 58 УПК РФ дополнительную часть 5 по аналогии с ч. 5 ст. 58 УПК РФ, а именно: «За дачу заведомо ложного заключения специалист несет ответственность в соответствии со статьей 307 Уголовного кодекса Российской Федерации»;
- скорректировать содержание ст. 307 УК РФ: добавить к тексту «несение уголовной ответственности за данное специалистом заключение».

Это придаст заключению специалиста большую значимость. Создание механизма привлечения к уголовной ответственности судебного специалиста за дачу ложной информации будет способствовать более активному использованию заключения специалиста как источника доказательств.

В целом данные изменения соответствовали бы тенденции, с одной стороны, взаимодействия субъектов доказывания, с другой — состязательности доказательств в уголовном судопроизводстве посредством состязательности специальных знаний в уголовном судопроизводстве в виде заключения специалиста и заключения судебного эксперта.

В случае оставления без изменений положения о заключении специалиста, согласно ч. 3.1 ст. 74, ст. 80, ч. 1.2 ст. 144 УПК РФ, исходя из логического и гносеологического критериев, предлагается освободить специалиста от уголовной ответственности за высказанное им мнение (даже если оно заведомо ложное). Полагаем,

го районного суда (Республика Марий Эл) № 1-2-7/2019 от 29.04.2019 в отношении адвоката Лебедевой М. М., склонившей свидетеля к даче ложных сведений // URL: <https://sudact.ru/> (дата обращения: 03.11.2019).

что мнение не может приравниваться к ложным показаниям эксперта, то есть сведениям, сформированным исключительно на основе судебной экспертизы как результата применения научных методов исследования и получения нового знания. Новое знание не может приравниваться к простому или сложному мнению специалиста.

Вывод. Наблюдаемая инертность в сфере уголовного законодательства, полагаем, необходима для осознания процесса развития уголовного судопроизводства в современных условиях. Как представляется, данный период необходим для накопления информации (аргументов) для перехода российского судопроиз-

водства на качественно иной уровень — в сторону усиления состязательности сторон.

В целом проблема асимметрии прав и обязанностей специалиста не имеет острого характера. Например, случаев привлечения специалиста к уголовной ответственности по ст. 307 УК РФ на настоящий момент не обнаружено. Однако в силу развития общества (науки, образования, цифровой экономики) и вместе с тем появления новых видов преступлений и субъектов преступления процессуальная роль специалиста значительно повысится. В этой связи актуализация состязательности доказательств (специальных знаний) в уголовном судопроизводстве выглядит своевременной.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Байков Ю. Ф. Заключение и показания специалиста как форма использования специальных знаний в состязательном уголовном судопроизводстве // Вестник Московского университета МВД России. — 2011. — № 9. — С. 63–70.
2. Давлетов А. А. Специалист в уголовном процессе: новые возможности и проблемы // Российская юстиция. — 2003. — № 9. — С. 47–48.
3. Зайцева Е. А. Процессуальный статус специалистов и иных сведущих лиц в современном уголовном судопроизводстве // «Черные дыры» в российском законодательстве. — 2006. — № 3. — С. 77–86.
4. Каторгина И. П. О разграничении судебной экспертизы, предварительных исследований и консультаций специалиста в уголовном судопроизводстве // Научные ведомости. Серия : Философия. Социология. Право. — 2012. — № 20 (139). — Вып. 22. — С. 199–203.
5. Лазарева В. А. Доказывание в уголовном процессе : учебник для бакалавриата и магистратуры. — 5-е изд., перераб. и доп. — М. : Юрайт, 2014. — 359 с.
6. Орлов Ю. К. Специалист в уголовном процессе // Российская юстиция. — 2004. — № 1. — С. 12–26.
7. Пьянзина Е. В. Проблематика использования справки о предварительном исследовании изъятого вещества в качестве вещественного доказательства по уголовным делам, связанным с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров // Государство и право. Юридические науки. Серия : Право. — 2012. — Вып. 31. — С. 65–68.
8. Россинская Е. Р., Галяшина Е. И., Зинин А. М. Теория судебной экспертизы: Судебная экспертология : учебник. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Норма, Инфра-М, 2016. — 368 с.
9. Семенов Е. А. Специалист не предупреждается об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного показания: упущение законодателя или вызванная необходимость? // Наука и практика. — 2014. — № 3 (60). — С. 92–94.
10. Сергеева О. С. К вопросу о процессуальных полномочиях специалиста в уголовном судопроизводстве // Юридический вестник Самарского университета. — 2016. — Т. 2. — № 4. — С. 105–112.
11. Сидоренко О. В. Назначение и производство судебных экспертиз на стадии возбуждения уголовного дела // Вестник Казанского юридического института МВД России. — 2016. — № 2 (24). — С. 119–122.
12. Соловьев С. А. Пределы судебного усмотрения при оценке заключения эксперта и мнения специалиста: гносеологический аспект // Адвокатская практика. — 2017. — № 4. — С. 17–22.
13. Тарасова Ю. Экспертиза: правила оспаривания // ЭЖ-Юрист. — № 11 (915). — 2016. 1 апр.
14. Толстухина Т. В. Соотношение понятий и статуса «заключение эксперта» и «заключение специалиста» // Теория и практика судебной экспертизы в современных условиях : материалы VI Международной научно-практической конференции, 19–20 января 2017 г. — М. : Проспект, 2017. — С. 447–452.
15. Федотов И. Заключение и показания специалиста: вопросы совершенствования законодательства и правоприменительной практики // Вестник ВГУ. Серия : Право. — 2014. — № 1. — С. 127–143.

16. Федотов И. Оценка заключения и показаний эксперта, заключения и показаний специалиста как доказательств по уголовному делу // Уголовное право. — 2014. — № 3. — С. 107–114.
17. Хейфец Л. С. Некоторые вопросы привлечения адвокатом специалистов в уголовном судопроизводстве // Теория и практика судебной экспертизы в современных условиях : материалы VI Международной научно-практической конференции, 19–20 января 2017 г. — М. : Проспект, 2017. — С. 471–477.
18. Чекулаев Е. Экспертиза и исследование на стадии предварительной проверки сообщения о преступлении в аспекте федерального закона № 23-ФЗ от 04.03.2013 // Известия Тульского государственного университета. Экономические и юридические науки. — 2013. — № 2 (2). — С. 223–234.
19. Юсупкадиева С. Н. К вопросу о назначении судебной экспертизы в досудебном производстве // Теория и практика судебной экспертизы в современных условиях : материалы VI Международной научно-практической конференции, 19–20 января 2017 г. — М. : Проспект, 2017. — С. 535–540.

Материал поступил в редакцию 23 апреля 2021 г.

REFERENCES

1. Baikov YuF. Zaklyuchenie i pokazaniya spetsialista kak forma ispolzovaniya spetsialnykh znaniy v sostyazatelnom ugovnom sudoproizvodstve [The conclusion and indications of the expert as the form of use of special knowledge in adversarial criminal legal proceedings]. *Vestnik Moskovskogo universiteta MVD Rossii*. 2011;9:63-70. (In Russ.)
2. Davletov AA. Spetsialist v ugovnom protsesse: novye vozmozhnosti i problemy [A specialist in criminal proceedings: new opportunities and problems]. *Russian Justicia*. 2003;9:47-48. (In Russ.)
3. Zaitseva EA. Protsessualnyy status spetsialistov i inykh svedushchikh lits v sovremennom ugovnom sudoproizvodstve [The procedural status of specialists and other knowledgeable persons in modern criminal proceedings]. *Black Holes in Russian Legislation*. 2006;3:77-86. (In Russ.)
4. Katorgina IP. o razgranichenii sudebnoy ekspertizy, predvaritelnykh issledovaniy i konsultatsiy spetsialista v ugovnom sudoproizvodstve [Differentiation of forensics, preliminary examinations and consultations in criminal proceedings]. *Belgorod State University Scientific Bulletin. Series: Philosophy. Sociology. Law*. 2012;20(139)22:199-203. (In Russ.)
5. Lazareva VA. Dokazyvanie v ugovnom protsesse : uchebnik dlya bakalavriata i magistratury [Proving in criminal proceedings: a textbook for undergraduate and graduate programs]. 5th ed. Moscow: Yurayt Publ.; 2014. (In Russ.)
6. Orlov YuK. Spetsialist v ugovnom protsesse [A Specialist in criminal procedure]. *Russian Justicia*. 2004;1:12-26. (In Russ.)
7. Pyanzina EV. problematika ispolzovaniya spravki o predvaritelnom issledovanii izyatogo veshchestva v kachestve veshchestvennogo dokazatelstva po ugovnym delam, svyazannym s nezakonnym oborotom narkoticheskikh sredstv, psikhotropnykh veshchestv i ikh prekursirov [The problem of using a certificate of preliminary investigation of a seized substance as material evidence in criminal cases related to the illegal circulation of narcotic drugs, psychotropic substances and their precursors]. *The State and Law. Legal Sciences. Series: Law*. 2012;31:65-68. (In Russ.)
8. Rossinskaya ER, Galyashina EI, Zinin AM. Teoriya sudebnoy ekspertologii [Theory of forensic expertology]. Issue 2. Moscow: Norma, Infra-M Publ.; 2016. (In Russ.)
9. Semenov EA. Spetsialist ne preduprezhdaetsya ob ugovnoy otvetstvennosti za dachu zavedomo lozhnogo pokazaniya: upushchenie zakonodatelya ili vyzvannaya neobkhodimost? [The specialist is not warned about the criminal liability for knowingly giving false testimony: omission of the legislator or caused necessity?]. *Science and Practice*. 2014;3(60):92-94. (In Russ.)
10. Sergeeva OS. K voprosu o protsessualnykh polnomochiyakh spetsialista v ugovnom sudoproizvodstve [On the issue of procedural powers of the specialist in criminal proceedings]. *Juridical Journal of Samara University*. 2016;2(4):105-112. (In Russ.)
11. Sidorenko OV. Naznachenie i proizvodstvo sudebnykh ekspertiz na stadii vzbuzhdeniya ugovnogo dela [Appointment and production of forensic examinations at the stage of initiation of a criminal case]. *Bulletin of the Kazan Law Institute of MIA Russia*. 2016;2(24):119-122. (In Russ.)

12. Soloviev SA. predely sudebnogo usmotreniya pri otsenke zaklyucheniya eksperta i mneniya spetsialista: gnoseologicheskiy aspekt [Limits of judicial discretion at evaluation of expert findings and specialist opinion: gnoseological aspect]. *Advocate's Practice*. 2017;4:17-22. (In Russ.)
13. Tarasova Yu. Ekspertiza: pravila osparivaniya [Expertise: Rules of Contestation]. *Economy and Life*. 2016;12(9628). (In Russ.)
14. Tolstukhina TV. Sootnoshenie ponyatiy i statusa «zaklyuchenie eksperta» i «zaklyuchenie spetsialista» [The relationship between the concepts and status of “expert opinion” and “expert opinion”]. Proceedings of the 6th International Scientific and Practical Conference “Theory and Practice of Forensic Science in Modern Conditions” (Moscow, January 19–20, 2017). Moscow: Prospect Publ.; 2017. (In Russ.)
15. Fedotov I. Zaklyuchenie i pokazaniya spetsialista: voprosy sovershenstvovaniya zakonodatelstva i pravoprimeritelnoy praktiki [The conclusion and testimony of a specialist: issues of improving legislation and law enforcement practice]. *Proceedings of Voronezh State University. Series: Law*. 2014;1:127-143. (In Russ.)
16. Fedotov I. Otsenka zaklyucheniya i pokazaniy eksperta, zaklyucheniya i pokazaniy spetsialista kak dokazatelstv po ugolovnomu delu [Assessment of the conclusion and testimony of an expert, the conclusion and testimony of a specialist as evidence in a criminal case]. *Criminal Law*. 2014;3:107-114. (In Russ.)
17. Kheifets LS. Nekotorye voprosy privlecheniya advokatom spetsialistov v ugolovnom sudoproizvodstve [Some issues of attorney’s involvement in criminal proceedings]. Proceedings of the 6th International Scientific and Practical Conference «Theory and Practice of Forensic Science in Modern Conditions” (Moscow, January 19–20, 2017). Moscow: Prospect Publ.; 2017. (In Russ.)
18. Chekulaev E. Ekspertiza i issledovanie na stadii predvaritelnoy proverki soobshcheniya o prestuplenii v aspekte federalnogo zakona № 23-FZ ot 04.03.2013 g. [Expertise and research at the stage of preliminary verification of a crime report in the aspect of Federal Law No. 23-F3 of 03/04/2013]. *Izvestiya Tula State University. Economic and Legal Sciences*. 2013;2(2):223-234. (In Russ.)
19. Yusupkadiyeva SN. K voprosu o naznachenii sudebnoy ekspertizy v dosudebnom proizvodstve [On the appointment of a forensic examination in pre-trial proceedings]. Proceedings of the 6th International Scientific and Practical Conference “Theory and Practice of Forensic Science in Modern Conditions” (Moscow, January 19–20, 2017). Moscow: Prospect Publ.; 2017. (In Russ.)

DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.075-084

А. М. Герасимов*

Уголовный проступок и механизм его установления

Аннотация. Исследование ориентировано на развитие теории уголовного проступка как самостоятельного вида уголовного правонарушения. Целью работы стало формулирование авторской дефиниции уголовного проступка, отвечающей социальному запросу на либерализацию отрасли уголовного законодательства. В ходе исследования использовался диалектический метод, позволивший обнаружить и проанализировать единую природу и одновременно самостоятельность преступления и уголовного проступка. Универсальный инструмент познания сочетался с такими частнонаучными методами, как системный и формально-логический. Развиваемые в работе тезисы основываются на анализе содержания уголовного законодательства, а также соответствующих позиций Пленума Верховного Суда РФ и представителей уголовно-правовой теории. В качестве иллюстраций юридически значимых ситуаций, получающих неоднозначную уголовно-правовую оценку на уровне правоприменения, приводятся примеры из судебной практики.

По итогам исследования сформулировано понятие уголовного проступка и раскрыт механизм его установления. Уголовный проступок обоснован в качестве деяния, хотя и содержащего признаки какого-либо состава преступления, формально относящегося к категории небольшой или средней тяжести, но признанного судом в силу малозначительности не представляющим общественной опасности. Механизм установления уголовного проступка предполагает констатацию в деянии характера общественной опасности (формальных признаков состава преступления) и дальнейшее исключение в содеянном степени общественной опасности и, как следствие, общественной опасности в целом. Представленные в работе идеи могут послужить мотивом и основой для переосмысления вопросов, связанных с обоснованием природы уголовного правонарушения и его ограничением от иных правовых деликтов.

Ключевые слова: уголовный закон; либерализация; уголовный проступок; преступление; уголовное правонарушение; общественная опасность; малозначительность деяния; правоприменение; уголовно-правовой механизм; уголовно-правовые задачи.

Для цитирования: Герасимов А. М. Уголовный проступок и механизм его установления // Lex russica. — 2021. — Т. 74. — № 10. — С. 75–84. — DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.075-084.

A Criminal Misconduct and the Mechanism of its Establishment

Aleksandr M. Gerasimov, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Department of Criminal and Penal Law, Saratov State Law Academy
ul. Volskaya, d. 1, korp. 5, Saratov, Russia, 410028
amgerasimov@list.ru

Abstract. The study is focused on the development of the theory of a criminal misconduct as an independent type of a criminal offense. The aim of the work was to formulate the author's definition of a criminal misconduct that meets the social demand for the liberalization of the branch of criminal legislation. In the course of the research,

© Герасимов А. М., 2021

* Герасимов Александр Михайлович, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Саратовской государственной юридической академии
Вольская ул., д. 1, корп. 5, г. Саратов, Россия, 410028
amgerasimov@list.ru

the dialectical method was used, which made it possible to discover and analyze the common nature and, at the same time, the independence of a criminal offence and a criminal misconduct. A universal tool of cognition was combined with such specific scientific methods as systemic and formal-logical methods. The theses developed in the work are based on the analysis of the content of criminal legislation, as well as the corresponding standings of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation and representatives of the criminal law doctrine. The author gives examples from judicial practice as illustrations of legally significant situations that receive an ambiguous criminal-legal assessment at the level of law enforcement.

Based on the results of the study, the concept of a criminal offense was formulated and the mechanism of its establishment was revealed. A criminal misconduct is justified as an act, although it contains signs of any *corpus delicti*, formally belonging to the category of small or medium severity, but recognized by the court, due to its insignificance, as not posing a public danger. The mechanism for establishing a criminal misconduct presupposes a statement in the act of the category of public danger (formal signs of *corpus delicti*) and further exclusion of the degree of public danger and, as a consequence, public danger in general. The ideas presented in the work can serve as a motive and basis for rethinking issues related to the substantiation of the nature of a criminal misconduct and its delimitation from other legal torts.

Keywords: criminal law; liberalization; criminal misconduct; crime; criminal offense; public danger; insignificance of the act; enforcement; criminal law mechanism; criminal law objectives.

Cite as: Ugolovnyy prostupok i mekhanizm ego ustanovleniya [A Criminal Misconduct and the Mechanism of its Establishment]. *Lex russica*. 2021;74(10):75-84. DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.075-084. (In Russ., abstract in Eng.).

Российская отрасль уголовного права не знакома с понятием уголовного проступка, однако его популярность среди представителей публичной власти, юридической теории и правоприменительной практики за последние годы достигла своего пикового значения. На площадках различного уровня обсуждено немало проблем, связанных с содержанием уголовного проступка и его значением в системе отечественного уголовного законодательства. Сложившаяся картина свидетельствует о том, что назрели объективные предпосылки либерализации уголовного законодательства. Взяв курс на умеренные уголовно-правовые послабления, государство осуществляет поиск оптимальной правовой модели воздействия на поведение граждан, одним из конструктивных элементов которой сегодня активно позиционируется уголовный проступок. Его значимость в разы увеличилась с принятием постановления Пленума Верховного Суда РФ, моделирующего понятие уголовного проступка¹. Позиция авторитетного судебного органа не только побудила исследователей к критическому осмыслению введенной в оборот дефиниции, но и сделала гораздо реалистичнее саму идею включения

уголовного проступка в содержание уголовного законодательства.

В то же время сегодня нельзя констатировать, что теория уголовного проступка окончательно сформирована и готова обеспечить стопроцентное сопровождение обозначенной инициативы. До уровня уголовно-правовой доктрины еще только предстоит довести исследовательские позиции, касающиеся сущностных признаков и последствий совершения уголовного проступка, его общей с преступлением природы. Не меньшую значимость представляют правоисполнительные и правоприменительные нюансы официального закрепления понятия уголовного проступка. Все сказанное определяет актуальность настоящего исследования и его направления.

Пленум Верховного Суда РФ вынес на повестку дня федерального законодателя вопрос о закреплении в ст. 15.1 УК РФ такого рода дефиниции: «Уголовным проступком признается: совершенное лицом впервые преступление небольшой тяжести, за которое настоящим Кодексом не предусмотрено наказание в виде лишения свободы, за исключением преступлений, предусмотренных частью первой 3 статьи 115...»;

¹ См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 13.10.2020 № 24 «О внесении в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации проекта федерального закона “О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в связи с введением понятия уголовного проступка”» // Сайт Верховного Суда РФ. URL: <http://www.supcourt.ru/documents/own/29309/> (дата обращения: 17.04.2021).

совершенное лицом впервые преступление небольшой или средней тяжести, предусмотренное частью второй статьи 169...»². Далее делаются рекомендации, обосновывающие условия освобождения соответствующего лица от уголовной ответственности, суть которых заключается в возмещении им причиненного вреда и применении к нему иных мер уголовно-правового характера³.

Исходя из определения уголовного проступка, сформулированного ведущим представителем судебной власти, складывается двойственное впечатление о его природе. Так, уголовный проступок наполняется собственным содержанием, которое рекомендуется отразить в отдельной статье уголовного закона. Следуя такой логике, уголовный проступок по своей природе выступает самостоятельным видом уголовного правонарушения. Однако подобный вывод является преждевременным.

Уголовный проступок Пленумом Верховного Суда РФ прямо определяется как преступление, что разрушает основу сформулированного выше заключения. Одновременно подобное отождествление порождает ряд серьезных методологических противоречий, вызывающих острое желание подискутировать. Важнейшее из них связано с понятием преступления и его конструктивными признаками. Как следует из содержания ч. 1 ст. 14 УК РФ, преступное посягательство находится под угрозой наказания, которая при определенных правовых обстоятельствах вполне может быть реализована, тогда как согласно сделанным судебным органом рекомендациям уголовный проступок в преимущественном большинстве случаев заведомо подразумевает освобождение учинителя вреда от уголовной ответственности, компенсируемое реализацией иных мер уголовно-правового характера. Вместе с тем возможность назначения за учиненное деяние иных мер уголовно-правового характера исходящую от наказания угрозу не подменяет. В соответствии с уголовным законом наказание и иные уголовно-правовые меры обладают самостоятельным функционалом, востребованным для решения уголовно-правовых задач. При этом первую стоящую перед уголовным правом задачу — по охране социально значимых интересов от преступных посягательств — реализует исключительно угроза наказанием, адресованная

неконкретизированному количеству людей. Ее смысл предполагает донесение до сознания каждого неустойчивого правоисполнителя информации о максимально строгих последствиях совершения преступления из числа всех предусмотренных уголовным законом. Что касается иных мер уголовно-правового характера, то их принудительного потенциала явно недостаточно для обеспечения полноценной «угрозы», способной удержать от преступных посягательств криминально настроенных граждан. По логике уголовного закона, указанные меры могут быть задействованы в решении второй уголовно-правовой задачи: по предупреждению совершения нового преступления лицом, уже нарушившим свою уголовно-правовую обязанность.

В итоге получается, что Пленум Верховного Суда РФ уголовный проступок не наделяет таким неотъемлемым признаком преступления, как «угроза наказанием». Ситуация неординарная, поскольку преступление подразумевается, но за его совершение уголовное наказание не грозит. К тому же она заключает в себе скрытую опасность. Реализация анализируемой концепции вполне может привести к снижению качества уголовно-правовой охраны целого ряда объектов, посягательства на которые предлагается оценивать в качестве уголовных проступков. Нет смысла доказывать, что эффективность уголовного законодательства напрямую обусловлена формированием и укреплением в сознании каждого правоисполнителя тезиса «преступление всегда грозит наказанием». Сделав из него исключение, законодатель рискует создать иллюзию безнаказанности за определенные деяния.

Еще одна серьезная проблема, обусловленная отождествлением уголовного проступка с преступлением, связана с тем, что, исходя из содержания предлагаемого проекта нововведений, при признании деяния уголовным проступком суд прекращает уголовное дело посредством вынесения соответствующего постановления. Однако если уголовный проступок является преступлением, то он должен констатироваться исключительно приговором, приобретшим юридическую силу. Таково требование презумпции невиновности (ч. 1 ст. 49 Конституции РФ), в соответствии с которой до приобретения обвинительным приговором

² Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 13.10.2020 № 24.

³ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 13.10.2020 № 24.

законной силы уголовный проступок, рассматриваемый как вид преступления, установлен быть не может.

К разновидности преступления относят уголовный проступок и представители уголовно-правовой теории. Так, по мнению Б. Я. Гаврилова и Е. В. Роговой, уголовный проступок есть «разновидность преступления, обладающего меньшей по сравнению с преступлением степенью общественной опасности и влекущего за его совершение меры уголовного наказания, но менее строгие, чем за совершение преступления, и не влекущие судимости»⁴. То есть авторы акцентируют основное внимание на «меньшей по сравнению с преступлением степени общественной опасности» уголовного проступка. Однако теории уголовного права не известны методики, оперируя которыми можно провести грань между категориями «общественная опасность» и «меньшая степень общественной опасности». В какой бы степени общественная опасность ни рассматривалась, она остается показателем вреда, угрожающего социально значимым интересам.

Аналогичную неточность допускает В. П. Махоткин, по задумке которого «материальной основой уголовных проступков должна стать та часть преступлений, не представляющих большой общественной опасности, по которым допускается применение мер, заменяющих уголовное наказание»⁵. Основной упор автором также делается на «небольшой» общественной опасности уголовного проступка, конкретные материальные параметры которой определить невозможно.

Таким образом, подготовив серьезную базу для обоснования анализируемого вида уголовного правонарушения, Пленум Верховного Суда РФ и представители уголовно-правовой теории окончательно не разрешили задачу по определению основания признания определенных деяний уголовными проступками. Актуальным остался вопрос, касающийся общественной опасности уголовного проступка. Само по себе суждение «уголовный проступок есть общественно опасное деяние» содержит серьезное внутреннее противоречие, поскольку общественная опасность является признаком

преступления. При этом выраженное желание отдельных исследователей выделить уголовный проступок в качестве самостоятельного вида преступления едва ли имеет высокое практическое значение. Есть большие сомнения в том, что реализация предлагаемых нововведений существенно отразится на качестве решения задач, стоящих перед уголовным законом. По существу, весь их смысл сводится к изменению наименования ряда преступных деяний и корректированию грозящих за их совершение мер ответственности. Внутреннее содержание обосновываемого феномена при этом не видоизменяется. Резонно возникает вопрос о целесообразности смены названия предусмотренных уголовным законом деяний, юридически сохраняющих значение преступления.

Полагаем, что связь уголовного проступка с общественной опасностью необходимо искать не по формуле «уголовный проступок есть преступление», а в направлении исключения из уголовного проступка сущностных характеристик общественной опасности с одновременным наделением его свойством малозначительности. В своей основе представленная идея не новая. Еще в конце шестидесятых годов прошлого века Н. Ф. Кузнецова относила к уголовным проступкам деяния, малозначительные по характеру и степени общественной опасности, за которые по закону предусмотрены максимальное лишение свободы на срок до одного года либо более мягкая форма ответственности⁶.

Разделяя суть материальных аспектов изложенной концепции, вместе с тем нельзя не затронуть ее деталей. Согласно сформулированным Н. Ф. Кузнецовой суждениям, уголовные проступки обладают стабильной малозначительностью, и их исчерпывающий перечень должен определяться законодателем в ходе конструирования уголовно-правовых санкций. Однако такого рода алгоритм уводит решение обсуждаемого вопроса в сторону формального разграничения общественно опасных и малозначительных деяний.

Устанавливая уголовно-правовую природу уголовного проступка, нецелесообразно делать попытки формального разграничения катего-

⁴ Гаврилов Б. Я., Рогова Е. В. Уголовный проступок: концепция развития (мнение ученого и практика) // Публичное и частное право. 2016. № 1 (42). С. 41.

⁵ Махоткин В. П. Преступления, не представляющие большой общественной опасности: уголовно-правовое и криминологическое исследование : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1992. С. 10.

⁶ См.: Кузнецова Н. Ф. Избранные труды. СПб., 2003. С. 297.

рий общественной опасности и малозначительности. Одновременно нет смысла наделять малозначительность свойствами общественной опасности, тем самым отождествляя их существенные характеристики. Оба направления непригодны для обоснования единой природы преступления и уголовного проступка. Методологически удачное решение проблемы обнаруживается на уровне механизма соотношения категорий «малозначительность» и «общественная опасность». Логическая цепочка приводит к тому, что уголовный проступок хотя формально и содержит криминообразующие признаки, но не является общественно опасным и потому преступным. Вместе с тем данный вид уголовного правонарушения произведен от содержания общественной опасности. Условно в уголовном проступке обнаруживается характер общественной опасности (состав преступления), но исключается ее степень. Отсутствие в деянии степени общественной опасности не позволяет констатировать наличие общественной опасности в целом и квалифицировать содеянное в качестве преступления. Уместным решением проблемы будет оценка учиненного действия или акта бездействия в качестве уголовного проступка, характеризующегося свойством малозначительности.

Сделанный вывод вполне предсказуемо наталкивается на критику исследователей, полагающих, что речь идет о простой подмене понятий. Так, Г. В. Верина утверждает: «Признание уголовного проступка малозначительным деянием сводит на нет все доказывание целесообразности и полезности для российского уголовного законодательства категории “уголовный проступок”, приводит к дублированию законодательных положений, представленных в ч. 2 ст. 14 УК РФ»⁷.

В контексте сделанного замечания следует пояснить, что сама по себе категория «малозначительность» есть антипод понятия «общественная опасность». Но если «общественная опасность» представляет собой признак преступления, то вопрос о том, признаком какого правонарушения выступает «малозначительность», до сегодняшнего дня открыт. Как следствие, неразрешенной остается еще одна важная задача, касающаяся правовых последствий

совершения деяния, характеризующегося малозначительностью. Колоссальный потенциал категории малозначительности сегодня фактически не используется. Поэтому сложно согласиться с исследователями, считающими, что «малозначительность — это категория в уголовном праве, без которой вполне можно обойтись»⁸.

Обосновываемая нами модель решения проблемы ориентирована на завершение картины, отражающей диалектическую связь общественно опасного деяния (преступления) и деяния с признаком малозначительности (уголовного проступка). Алгоритм установления уголовного проступка как самостоятельного вида уголовного правонарушения не препятствует обнаружению в нем общей природы с преступлением. Правоприменитель вправе констатировать уголовный проступок не как таковой, а только методом исключения существенных характеристик общественной опасности в поведении правоисполнителя, формально содержащем признаки состава преступления. В ходе оценки содеянного на правоприменительном уровне уголовный проступок как бы «высвобождается» от материальных свойств преступления, обусловленных его общественной опасностью. Получаемый в итоге феномен логично оценивать как уголовное правонарушение, хотя формально и содержащее криминообразующие признаки, но в силу малозначительности не представляющее общественной опасности.

Представленные суждения позволяют выделить и коротко проанализировать основные признаки уголовного проступка. Первый из них подчеркивает, что материальный стержень уголовного проступка обусловлен категорией общественной опасности. Уголовным проступком признается деяние, хотя и содержащее формальные признаки конкретного состава преступления, но не признанное общественно опасным в ходе правоприменительной оценки содеянного.

Важно осознавать, что суд вправе ставить вопрос об общественной опасности деяния далеко не в каждом случае. Когда в учиненном деянии над степенью общественной опасности доминирует ее характер, то установление признаков малозначительности заведомо исклю-

⁷ Верина Г. В. Ревизия законодательной концепции преступления // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2020. № 1 (132). С. 117.

⁸ Рагозина И. Г., Бражников В. В. Квалификация при малозначительности деяния: вопросы теории и практики // Вестник Омской юридической академии. 2016. № 1 (30). С. 46.

чается. Скажем, характер общественной опасности простого убийства (ч. 1 ст. 105 УК РФ), предполагающий умышленное лишение жизни другого человека, настолько высок, что никакие смягчающие обстоятельства и положительные характеристики личности виновного не в состоянии его нивелировать.

В перечень деяний, над степенью общественной опасности которых преобладает ее характер, целесообразно включить все тяжкие и особо тяжкие преступления. Сделанный вывод небеспочвенный и основывается на логике законодателя, нередко подчеркивающего в тексте уголовного закона устойчивость общественной опасности деяний, относящихся к категориям тяжких и особо тяжких преступлений. Характерным примером невозможности исключения общественной опасности деяний, относящихся к обозначенным категориям преступлений, служат положения об освобождении от уголовной ответственности. Согласно положениям ст. 75, 76, 76¹ и 76² УК РФ лицо, совершившее тяжкое или особо тяжкое преступление, ни при каких обстоятельствах не может быть освобождено судом от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием, примирением с потерпевшим, возмещением ущерба или назначением судебного штрафа. Своими позитивными поступками после учиненного деяния, относящегося к категории тяжкого или особо тяжкого преступления, лицо не в состоянии нейтрализовать возникшую общественную опасность. Здесь не берутся в расчет частные уголовно-правовые ситуации, когда в силу примечаний к статьям Особенной части уголовного закона лицо может быть освобождено от уголовной ответственности независимо от категории совершенного преступления. Соответствующие примечания являются проявлением «крайней необходимости» на нормотворческом уровне, когда законодатель, руководствуясь приоритетом задачи уголовно-правовой охраны, вынужден создавать условия освобождения от уголовной ответственности лиц, совершивших общественно опасные деяния, для предотвращения причинения более значимого вреда охраняемым уголовным законом объектам. Вопрос об утрате действием (бездействием) общественной опасности в подобных случаях не решается.

Таким образом, тяжким и особо тяжким преступлениям свойственен характер обществен-

ной опасности, который в любой правовой ситуации доминирует над ее степенью. Снижение степени общественной опасности преступлений указанных категорий не может стать основанием для исключения на правоприменительном уровне их общественной опасности в целом и установления признаков малозначительности деяния.

Картина принципиально меняется в том случае, когда в общественной опасности деяния ключевую роль играет ее степень. Это свойственно деяниям, относящимся к категориям небольшой и средней тяжести, юридически признающимся криминальными только при установлении относительно высокой степени их общественной опасности. Уголовные правонарушения, характер общественной опасности которых не выше среднего уровня, а выявленная правоприменителем степень общественной опасности стремится к своему минимальному значению, позволяют констатировать отсутствие в содеянном общественной опасности. Что немаловажно, сформулированное заключение согласуется с предложением Пленума Верховного Суда РФ, согласно которому в качестве уголовного проступка должно выступать только деяние, формально относящееся к категории преступлений небольшой или средней тяжести.

Второй признак уголовного проступка обусловлен двумя ситуациями, когда правоприменитель вправе исключить в оцениваемом деянии общественную опасность. Прежде всего, речь идет об эпизодах «объективной малозначительности», предопределяющих реализацию ч. 2 ст. 14 УК РФ. Объективную малозначительность отличает то, что исключение в квалифицируемом деянии степени общественной опасности не связывается с поведением учинителя вреда. Принятое судом решение основывается на изучении фактических обстоятельств содеянного. Соответствующая правоприменительная практика имеется. Проиллюстрируем сказанное на характерном примере. Гражданин А., находясь на чужом земельном участке, тайно загрузил в автомобиль два тюка соломы, принадлежащих коммерческой организации. В результате действий А. потерпевшему был причинен материальный ущерб на общую сумму 2 782 рубля. Содеянное было оценено судом на основании ч. 2 ст. 14 УК РФ⁹. Пример показателен тем, что признаком малозначительности надлено хищение, которое формально подпа-

⁹ См.: постановление Президиума Брянского областного суда от 22.08.2018 по делу № 44У-61/2018.

дало под соответствующий состав преступления (ч. 1 ст. 158 УК РФ). Исходя из материалов дела, сумма похищенного превосходила значение, которое бы позволяло оценивать содеянное в качестве административного правонарушения, но суд счел объективно причиненный ущерб недостаточным для установления общественной опасности.

Своим решением правоприменитель подтверждает, что природа анализируемого деяния уголовно-правовая и не имеет отношения к проблеме межотраслевого взаимодействия. Однако в зарубежной практике встречается и прямо противоположная позиция. Особый интерес в связи с этим представляет содержание ч. 4 ст. 11 УК Республики Беларусь, согласно которой малозначительное деяние «в случаях, предусмотренных законом, может повлечь применение мер административного или дисциплинарного взыскания»¹⁰. Еще дальше идут белорусские представители теории уголовного права. По мнению А. В. Ковальчук, «малозначительные деяния могут вообще не содержать состава правонарушения и будут признаны аморальными проступками, вред от которых мизерный»¹¹.

Трудно судить, насколько сформулированная концепция приемлема в белорусских правовых реалиях, но в российском правовом пространстве она явно не способствует пониманию природы деяния, обладающего свойством малозначительности. Исходя из своего предназначения, отрасль уголовного законодательства призвана оценивать только такие действия и акты бездействия, которые потенциально могут быть признаны судом общественно опасными. Деяния, не отвечающие данному критерию, уголовное законодательство и практику его применения интересоваться не должны. К сожалению, на сегодняшний день подобные прецеденты имеют место и в отечественной правоприменительной практике. Наиболее распространенным примером служит квалификация

кражи на сумму, соответствующую мелкому хищению, по признакам деяния, предусмотренным ч. 2 ст. 14 УК РФ. Комментируя подобные правоприменительные решения, С. Н. Шатилович справедливо отметил, что в них наблюдается явное «игнорирование такого признака малозначительности деяния, как *формальная уголовная противоправность действия (бездействия) лица*»¹². В развитие представленной мысли резюмируем, что отрасль уголовного законодательства, исходя из поставленных перед ней задач, не должна характеризовать деяния, изначально подпадающие под признаки административных или иных правонарушений.

Рассматривая «объективную малозначительность» деяния в качестве признака уголовного проступка, на правоприменительном уровне обнаруживаем фундаментальную проблему, требующую разрешения. Дело в том, что до настоящего времени представители судейского корпуса не достигли единства мнения в вопросе о социально-правовой сущности деяния, оцениваемого по ч. 2 ст. 14 УК РФ. Как показывает практика, подобные правовые ситуации в подавляющем большинстве случаев заканчиваются вынесением оправдательного приговора. Основанием принятого решения судами первой инстанции традиционно указывается отсутствие в содеянном признаков состава преступления (п. 3 ч. 2 ст. 302 УПК РФ)¹³. Верховный Суд РФ полностью разделяет позицию нижестоящих судов¹⁴. Однако внутренняя противоречивость такого рода оправдательных приговоров очевидна. Разобрав любой прецедент, связанный с применением на практике ч. 2 ст. 14 УК РФ, можно убедиться в том, что он базируется как раз на установлении, а не на отсутствии в деянии признаков состава преступления. К примеру, по приговору Смирныховского районного суда Сахалинской области от 19.04.2005 П. был оправдан по п. «в» ч. 1 ст. 256 УК РФ за отсутствием в его действиях состава преступления. Было установлено, что П. незаконно выловил

¹⁰ См.: Уголовный кодекс Республики Беларусь от 09.07.1999 № 275-3 // URL: <https://pravo.by/document/?guid=3871&p0=hk9900275> (дата обращения: 17.07.2021).

¹¹ Ковальчук А. В. Малозначительность деяния как средство определения границ преступного: правовая природа, проблемы правоприменения и законодательного закрепления. Минск, 2016. С. 35.

¹² Шатилович С. Н. Малозначительность деяния как основание устранения уголовной ответственности (ч. 2 ст. 14 УК РФ) // Вестник ГУВД Тюменской области. 2005. № 2. С. 47.

¹³ См.: приговор Карталинского городского суда Челябинской области от 01.09.2015 по делу № 1-159/2015; приговор Заинского городского суда Республики Татарстан от 15.06.2018 по делу № 1-33/2018.

¹⁴ См.: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за первый квартал 2011 года (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 01.06.2011) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2011. № 9.

из реки рыбу кету в количестве восьми штук, но сумма причиненного вреда оценивалась как незначительная. Определением судебной коллегии по уголовным делам Сахалинского областного суда от 08.06.2005 приговор оставлен без изменения. Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ подтвердила правомерность принятых решений. Суд пришел к выводу, что «действия П., хотя формально и содержат признаки преступления, предусмотренного п. «в» ч. 1 ст. 256 УК РФ, но в силу малозначительности не представляют общественной опасности»¹⁵. Обращает на себя внимание, что уже сама по себе юридическая постановка вопроса свидетельствует о наличии в деянии признаков состава преступления. Материалами дела полностью подтверждено, что П. выполнил объективную и субъективную стороны действия, предусмотренного п. «в» ч. 1 ст. 256 УК РФ. В связи с этим итоговый вывод суда выглядит нелогичным. Вредоносное деяние совершено и юридически установлено, но виновное лицо оправдано и получило право на реабилитацию.

Объяснение наблюдаемой тенденции применения ч. 2 ст. 14 УК РФ обнаруживается непосредственно в содержании уголовного закона. Материальная предпосылка для реализации анализируемого положения в нем присутствует, однако конструктивная модель решения проблемы не представлена. Законодатель избегает главного ответа на вопрос относительно природы феномена, образуемого деянием с признаком малозначительности. Совершенно ясно, что речь идет о поступке, который должен получать социально отрицательную оценку. Если содеянное хотя и формально, но все же содержит состав преступления, то оно уже приобретает значение уголовного правонарушения. В то же время существующая «недосказанность» по вопросу малозначительности побудила правоприменителя найти процессуальный вариант его решения, который существо рассматриваемого явления не отражает. Наделяя соответствующие деяния реабилитирующим началом, судебная власть создает иллюзию их правомерности. На самом деле поступки, подпадающие под ч. 2 ст. 14 УК РФ, социально неприемлемы и заслуживают отрицательной уголовно-правовой оценки. Выход из сложившейся ситуации

видится в формировании материальных условий признания деяния с признаком малозначительности уголовным проступком, влекущим конкретные юридические последствия совершения.

К другой группе ситуаций, когда правоприменитель вправе исключить в оцениваемом деянии общественную опасность, логично отнести практическую реализацию большинства положений об освобождении от уголовной ответственности (гл. 11 УК РФ). Если говорить конкретнее, то речь идет об освобождении от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием на общих условиях (ч. 1 ст. 75 УК РФ), примирением с потерпевшим (ст. 76 УК РФ), возмещением ущерба (76.1 УК РФ), назначением судебного штрафа (76.2 УК РФ). Их объединяет свойство «субъективной малозначительности», предполагающей утрату лицом своей общественной опасности вследствие позитивного поведения, мотивированного желанием загладить учиненный вред, до момента вынесения судом решения по делу. Что касается освобождения от уголовной ответственности в связи с истечением сроков давности, то его основание сложно связать с конкретным поведением учинителя вреда.

Обозначившийся круг разновидностей освобождения от уголовной ответственности, основывающихся на созидательном поведении учинителя вреда, имеет много общего с условиями установления малозначительности деяния. Сегодня их реализация образует уголовное правонарушение, не имеющее своего наименования. Теория уголовного права и правоприменительная практика не относят освобождение от уголовной ответственности к числу реабилитирующих оснований. Логическое объяснение тому имеется, поскольку в рассматриваемых случаях фактически подразумевается вредоносное деяние, формально содержащее признаки состава преступления. Однако вследствие позитивного поведения учинителя вреда и его личностных характеристик невыявленная степень общественной опасности оцениваемого поступка полностью нивелирует общественную опасность содеянного в целом. Юридическая природа такого рода деяния не ясна. Сам факт освобождения лица от уголовной ответственности соответствующим постановлением ис-

¹⁵ Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 08.08.2006 по делу № 64-ДП06-12 // URL: http://www.sudbiblioteka.ru/vs/text_big2/verhsud_big_35614.htm (дата обращения: 19.07.2021).

ключает наличие преступления, которое в силу презумпции невиновности должно быть установлено только вступившим в законную силу обвинительным приговором суда.

Создавшийся правовой вакуум вполне может быть компенсирован использованием потенциала категории уголовного проступка. Ее понимание в качестве вредоносного деяния, формально принадлежащего к категории преступления небольшой или средней тяжести, утратившего на момент вынесения судом решения по делу свою общественную опасность, полностью отражает сущность ситуаций, возникающих при освобождении лица от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием на общих условиях, примирением с потерпевшим, возмещением ущерба, назначением судебного штрафа.

Совокупность изложенных суждений позволяет выделить третий признак уголовного проступка. Его суть сводится к тому, что установление рассматриваемого вида уголовного правонарушения является прерогативой суда. С учетом всех обстоятельств дела и характери-

стик личности виновного независимый правоприменитель вправе констатировать отсутствие степени общественной опасности совершенного действия (бездействия). Такое деяние хотя формально и подпадает под признаки преступления небольшой или средней тяжести, но в силу малозначительности признается судом как не представляющее общественной опасности.

Таким образом, все изложенное по заявленной тематике позволяет сформулировать следующее определение уголовного проступка. Уголовный проступок — это деяние, хотя и содержащее признаки какого-либо состава преступления, формально относящегося к категории небольшой или средней тяжести, но признанное судом в силу малозначительности не представляющим общественной опасности. Механизм его установления предполагает констатацию в деянии характера общественной опасности (формальных признаков состава преступления) и дальнейшее исключение в содеянном степени общественной опасности и, как следствие, общественной опасности в целом.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Верина Г. В. Ревизия законодательной концепции преступления // Вестник Саратовской государственной юридической академии. — 2020. — № 1 (132). — С. 109–120.
2. Гаврилов Б. Я., Рогова Е. В. Уголовный проступок: концепция развития (мнение ученого и практика) // Публичное и частное право. — 2016. — № 4. — С. 7–45.
3. Ковальчук А. В. Малозначительность деяния как средство определения границ преступного: правовая природа, проблемы правоприменения и законодательного закрепления. — Минск : Академия МВД, 2016. — 118 с.
4. Кузнецова Н. Ф. Избранные труды. — СПб. : Юридический центр — Пресс, 2003. — 834 с.
5. Махоткин В. П. Преступления, не представляющие большой общественной опасности: уголовно-правовое и криминологическое исследование : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 1992. — 29 с.
6. Рагозина И. Г., Бражников В. В. Квалификация при малозначительности деяния: вопросы теории и практики // Вестник Омской юридической академии. — 2016. — № 1 (30). — С. 42–46.
7. Шатилович С. Н. Малозначительность деяния как основание устранения уголовной ответственности (ч. 2 ст. 14 УК РФ) // Вестник ГУВД Тюменской области. — 2005. — № 2. — С. 46–49.

Материал поступил в редакцию 24 июля 2021 г.

REFERENCES

1. Verina GV. Reviziya zakonodatel'noy kontseptsii prestupleniya [Audit of the legislative concept of crime]. *Bulletin of the Saratov State Law Academy*. 2020;1(132):109-120. (In Russ.)
2. Gavrilov BYa, Rogova EV. Ugolovnyy prostupok: kontseptsiya razvitiya (mnenie uchenogo i praktika) [Criminal misconduct: a concept of development (the opinion of a scientist and a practitioner)]. *Public and Private Law*. 2016;4:7-45. (In Russ.)

3. Kovalchuk AV. Maloznachitelnost deyaniya kak sredstvo opredeleniya granits prestupnogo: pravovaya priroda, problemy pravoprimereniya i zakonodatelnogo zakrepleniya [The insignificance of an act as a means of defining the boundaries of the criminal: legal nature, problems of law enforcement and legislative consolidation]. Minsk: Academy of the Ministry of Internal Affairs Publ.; 2016. (In Russ.)
4. Kuznetsova NF. Izbrannyye trudy [Selected Works]. St. Petersburg: Legal Center-Press; 2003. (In Russ.)
5. Makhotkin VP. Prestupleniya, ne predstavlyayushchie bolshoy obshchestvennoy opasnosti: ugovno-pravovoe i kriminologicheskoe issledovanie : avtoref. dis. ... d-ra yurid. nauk [Crimes that do not pose a great public danger: criminal law and criminological research: Author's Abstract]. Moscow; 1992. (In Russ.)
6. Ragozina IG, Brazhnikov VV. Kvalifikatsiya pri maloznachitelnosti deyaniya: voprosy teorii i praktiki [Qualification in case of an act of insignificance: questions of theory and practice]. *Bulletin of the Omsk Law Academy*. 2016;1(30):42-46. (In Russ.)
7. Shatilovich SN. The insignificance of the act as the basis for the elimination of criminal liability (part 2 of article 14 of the Criminal Code of the Russian Federation)]. *Bulletin of the GUV D of the Tyumen region*. 2005;2:46-49. (In Russ.)

Россия: путь к светскости или клерикализации общества и государства?

Аннотация. В современной России возрастает интерес к религии не просто как к индивидуально-психологическому феномену, а как к социальному институту, который занимает видное место и активно участвует в жизни государства и общества. На фоне духовного возрождения страны появляются антиклерикальные течения, спекулирующие конституционным принципом светскости и усматривающие его нарушение практически в любых контактах государства с религиозными объединениями. Главный тезис статьи: светская модель государства не приемлет вмешательства религиозных объединений и власти в дела друг друга, но в то же время предполагает их взаимодействие, которое должно быть очерчено законодательными рамками.

Автор исследует семантику термина «клерикализация» и приходит к выводу, что он обозначает не просто сближение государства с наиболее влиятельными в обществе конфессиями, а процесс продвижения церковью своих интересов с помощью государственной власти. На основе анализа действующего законодательства, исторического опыта развития России, современного состояния государственно-конфессиональных отношений делается вывод, что говорить о клерикализации в нашей стране преждевременно. В пользу этого свидетельствует наличие жестких правовых запретов и ограничений для прямого участия религиозных объединений и их представителей в политике, а также формальное дистанцирование церкви и государства друг от друга в решении политических вопросов. Достаточно четко урегулировано государственно-церковное взаимодействие в сфере образования. Однако в остальных областях общественной жизни границы такого взаимодействия весьма условны, поэтому автор полагает, что для развития клерикальных тенденций складываются определенные предпосылки. Выделены юридические, исторические и идеологические предпосылки. Внесены предложения по совершенствованию правового регулирования некоторых проблемных аспектов государственно-конфессиональных отношений.

Ключевые слова: клерикализация; светское государство; светскость; религиозные объединения; государственно-конфессиональные отношения; церковь; конфессии; государство.

Для цитирования: Мещерякова А. Ф. Россия: путь к светскости или клерикализации общества и государства? // Lex russica. — 2021. — Т. 74. — № 10. — С. 85–99. — DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.085-099.

Russia: The Path to Secularism or the Clericalization of Society and the State?

Anna F. Meshcheryakova, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Department of Justice, Law Institute, Penza State University
Krasnaya ul., d. 40, Penza, Russia, 440026
fuga9@yandex.ru

Abstract. Modern Russia shows an increasing interest in religion not just as an individual psychological phenomenon, but as a social institution that occupies a prominent place and actively participates in the life of the state and society. Against the background of the spiritual revival of the country, anticlerical trends appear,

© Мещерякова А. Ф., 2021

* Мещерякова Анна Федоровна, кандидат юридических наук, доцент кафедры правосудия Юридического института Пензенского государственного университета
Красная ул., д. 40, г. Пенза, Россия, 440026
fuga9@yandex.ru

speculating on the constitutional principle of secularism and seeing its violation in almost any contacts of the state with religious associations. The main thesis of the paper is that the secular model of the state does not accept the interference of religious associations and authorities in each other's affairs, but at the same time assumes their interaction, which should be outlined by the legislative framework.

The author examines the semantics of the term "clericalization" and concludes that it means not just the rapprochement of the state with the most influential confessions in society, but also the process of promoting the church's interests with the help of state power. Based on an analysis of the current legislation, the historical experience of Russia's development, the current state of state-confessional relations, it is concluded that it is premature to talk about clericalization in our country. This is supported by the existence of strict legal prohibitions and restrictions on the direct participation of religious associations and their representatives in politics, as well as the formal distancing of the church and the state from each other in solving political issues. The state and church interaction in the field of education is quite clearly regulated. However, in other areas of public life, the boundaries of such interaction are conditional, so the author believes that certain prerequisites are emerging for the development of clerical tendencies. Legal, historical and ideological prerequisites are highlighted. The author proposes to improve the legal regulation of some problematic aspects of state-confessional relations.

Keywords: clericalization; secular state; secularism; religious associations; state-confessional relations; church; confessions; state.

Cite as: Meshcheryakova AF. Rossiya: put k svetskosti ili klerikalizatsii obshchestva i gosudarstva? [Russia: The Path to Secularism or the Clericalization of Society and the State?]. *Lex russica*. 2021;74(10):85-99. DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.085-099. (In Russ., abstract in Eng.).

Постановка проблемы

Государственно-конфессиональные отношения развиваются в современной России достаточно динамично и постоянно находятся в поле зрения научного сообщества, представителей власти и духовенства, а также простых обывателей, которые интересуются религией. Правовой основой для их построения является статья 14 Конституции РФ¹, в которой обозначен светский характер Российского государства. Тем не менее в средствах массовой информации и на страницах научных изданий поднимается вопрос о нарушении традиционными конфессиями (Московской патриархией Русской православной церкви, а в ряде субъектов страны — мусульманскими и буддистскими организациями) данного конституционного положения и, как следствие, клерикализации общества и государства в России. Дискуссии по этому поводу не утихают с начала постсоветской эпохи и периодически приобретают весьма резкую эмоциональную окраску.

Одна только поисковая система «Яндекс» по запросу «клерикализация» выдает 11 млн

ссылок на электронные ресурсы удаленного доступа. Авторы многих статей не скупятся на эффектные эпитеты, характеризуя процесс клерикализации («ползучая», «воинствующая», «тихая», «нарастающая» и т. д.).

Палитра мнений по данному вопросу весьма разнообразна. Ряд ученых считают, что процесс клерикализации набирает силу и является актуальной проблемой². При этом он рассматривается как фактор, не только представляющий угрозу для светской государственности, но и дестабилизирующий общество, порождающий социальные конфликты. Для России, страны с многоконфессиональным составом населения, видится прямая угроза ее внешней и внутренней безопасности. В то же время появляются научные публикации, в которых наличие клерикальных тенденций в обществе и государстве отрицается³. Есть мнение, что в современной России имеет место управляемый плюрализм, в рамках которого «наблюдается не сращивание государства с религиозными организациями... а использование государством религиозных институтов для дополнительной

¹ Конституция Российской Федерации : принята всенародным голосованием 12.12.1993 (с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020) // СПС «КонсультантПлюс».

² Чернова Э. Р., Данилова А. А. К вопросу о процессе клерикализации и месте религии в современном российском обществе // Современные научные исследования и разработки. 2018. № 6. С. 724.

³ Шахов М. О. Клерикализация России: миф или реальность? // URL: <http://www.religiopolis.org/religiovedenie/3065-klerikalizatsija-rossii-mif-ili-realnost.html> (дата обращения: 25.06.2020).

легитимации власти и усиления контроля над населением»⁴.

Лозунги о клерикализации вызывают раздражение в обществе. Ответной его реакцией становится появление антиклерикальных течений, которые выступают против распространения религиозного влияния на различные сферы жизни. Например, множество протестов касалось интеграции религии и школ. Летом 2007 г. в адрес президента Российской Федерации В. В. Путина поступило обращение, так называемое «Письмо десяти академиков», в котором авторитетные ученые страны выразили недовольство «все возрастающей клерикализацией российского общества, активным проникновением церкви во все сферы общественной жизни»⁵, особенно в образование. В итоге законодатель занял противоположную позицию, и в 2012 г. был принят федеральный закон «Об образовании в Российской Федерации»⁶, который легализовал возможность получения знаний о религии в государственных и муниципальных образовательных учреждениях посредством изучения основ духовно-нравственной культуры народов России.

События 2012–2013 гг., связанные с рассмотрением уголовного дела в отношении участниц панк-группы Pussy Riot по обвинению в совершении ими хулиганских действий в православных храмах (храме Христа Спасителя в Москве и Богоявленском соборе в Елохове), а также появление на этом фоне в УК РФ⁷ санкции за оскорбление религиозных чувств верующих вызвали новый всплеск антиклерикальных настроений. В многочисленных публикациях на эту тему отмечалось, что в деле Pussy Riot произошло

смешение религиозного и политического факторов. Президента России критиковали за установление авторитарного режима правления, что феминистки и попытались донести в художественной форме до общества⁸.

Неоднократные попытки положить идею о симфонических отношениях государства и церкви в основу общенациональной идеологии также служат аргументом в пользу движения в сторону клерикализации. Ее противниками отмечается усиление влияния религии на политику и управленческую деятельность, выражающееся в совместном участии светских и духовных лидеров в мероприятиях религиозного и политического характера, ведении деловых переговоров, лоббировании религиозными организациями своих интересов в органах власти, оказании косвенного влияния на политические взгляды и решения граждан, принадлежащих к той или иной конфессии.

Не исключено, что новым стимулом для развития антиклерикализма, вероятно, послужит закрепление упоминания о Боге в тексте главного документа страны. По предложению патриарха Кирилла в Конституции РФ появилась часть 2 ст. 67.1, в которой декларируется: «Российская Федерация, объединенная тысячелетней историей, сохраняя память предков, передавших нам идеалы и веру в Бога... признает исторически сложившееся государственное единство»⁹. По крайней мере, депутаты от Коммунистической партии Российской Федерации уже высказывали идею убрать слово «Бог» из гимна России¹⁰.

Таким образом, изучение процесса клерикализации продиктовано тем, что он, как

⁴ Малахов В. С., Летняков Д. Э. Российское государство в конфессиональной сфере, или национальные особенности секуляризма // Мир России. 2019. Т. 28. № 4. С. 49.

⁵ Открытое письмо десяти академиков РАН президенту Российской Федерации В. В. Путину // URL: <https://www.skeptik.net/religion/science/10academ.htm> (дата обращения: 15.07.2020).

⁶ Федеральный закон от 29.12.2012 № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2012. № 53 (ч. 1). Ст. 7598.

⁷ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

⁸ Miller A. Perfect opposition: On Putin and Pussy Riot // Public Policy Research. 2012. Vol. 19. № 3. P. 205–207 ; Sharafutdinova G. The Pussy Riot affair and Putin's démarche from sovereign democracy to sovereign morality // Nationalities Papers. 2014. Vol. 42. № 4. P. 615–621 ; Prozorov S. Pussy Riot and the politics of profanation: Parody, performativity, veridiction // Political Studies. 2014. Vol. 62. № 4. P. 766–783 ; Makarychev A., Yatsyk A. Refracting Europe: Biopolitical conservatism and art protest in Putin's Russia // Russia's foreign policy: Ideas, domestic politics, and external relations / eds. D. Cadier, M. Light. London: Palgrave Macmillan, 2015. P. 138–156.

⁹ Патриарх Кирилл предложил упомянуть Бога в Конституции // URL: <https://ria.ru/20200202/1564152511.html> (дата обращения: 10.07.2020).

¹⁰ «Мы» вместо «Бога» // URL: <https://ria.ru/20091118/194362885.html> (дата обращения: 17.05.2021).

правило, ассоциируется с различными отступлениями от светских начал общества и конституционных основ государства. Необходимо объективно проанализировать вопрос о характере взаимоотношений государства и религиозных объединений и выяснить, существует ли клерикализация в России в таких масштабах, в которых о ней говорится, и какова на самом деле степень распространения клерикальных тенденций для государства и общества, которые позиционируются светскими на конституционном уровне.

Вопросы терминологии

Для большинства ученых «слово, понятие, термин являются основным научным инструментом»¹¹, поэтому всегда необходимо выяснять степень соответствия исследуемому феномену названия, которым он обозначается.

В этой связи попытаемся определить, что следует понимать под термином клерикализация, так часто употребляемым в современных исследованиях. Также постараемся разобраться с содержанием других понятий, используемых в контекстуальном плане «по соседству» с данным термином.

Анализ научной литературы, посвященной проблемам клерикализации, показывает, что существует два подхода к определению значения понятия «клерикализация». Первый состоит в противопоставлении клерикализации процессу секуляризации. При этом процессы клерикализации и секуляризации находятся во взаимосвязи друг с другом. Второй заключается в том, что данный термин выводится из близких по значению, однокоренных слов — «клерикализм» и «клерикальный».

Секуляризацией традиционно принято называть ослабление влияния религии на общественное и индивидуальное сознание, переход от преобладания в государственном и общественном регулировании религиозных норм и традиций к светскости. Австрийский социолог

П. Л. Бергер определял данный термин как «процесс освобождения определенных сфер общества и культуры от господства религиозных институтов и символов»¹².

Как известно, в прошлом роль религии в обществе была двойной. В социальном аспекте она обеспечивала его консолидацию, в личном плане придавала возвышенный смысл жизни человека, не ограничивая ее земными рамками. В результате секуляризации положение религии и церкви как религиозной организации изменилось коренным образом. Сам факт, что отношения между людьми потеряли свою религиозную обусловленность, утвердился в понятиях «светскость», «светский», «светское государство».

Сегодня, закрепляя принцип светского государства, законодатель ограничивается лишь нормами-декларациями и никак не определяет его ни в Конституции РФ, ни в федеральном законе «О свободе совести и о религиозных объединениях»¹³. Отсюда возникают затруднения при толковании и применении законодательных норм о светскости государства.

В литературе светское государство определяется путем перечисления его характерных черт. На первое место обычно ставятся отделение религиозных объединений от государства и отсутствие государственной или обязательной религии, а также свобода совести. Светское государство — государство, нейтральное по отношению к религиозным доктринам¹⁴. Оно гарантирует индивидуальную или коллективную свободу религии, признает право граждан безразлично относиться к религии, конституционно не связано с определенной религией и не стремится поощрять религиозные объединения или вмешиваться в их дела¹⁵.

В рамках процесса секуляризации получил широкое распространение термин «клерикализм». Это слово, однокоренное и близкое по смыслу понятию «клерикализация». Так, под клерикализмом (лат. clericalis — церковный) понимается политическое направление, которое широко использует религию и отдельные

¹¹ Шахов М. О. Указ. соч.

¹² Berger P. The Sacred Canopy. Elements of Sociological Theory of Religion. New York: Anchor Books, 1967. P. 106.

¹³ Федеральный закон от 26.09.1997 № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях» // СЗ РФ. 1997. № 39. Ст. 4465.

¹⁴ An-Na'im A. Islam and the Secular State: Negotiating the Future of Sharia. Cambridge : Harvard University Press, 2008. P. 1.

¹⁵ Smith D. India as a Secular State. London ; Bombay: Princeton University Press, 2015. P. 4.

религиозные организации для усиления влияния на общественную жизнь¹⁶.

Обращаясь к понятию «клерикализация», отметим наличие терминологической неопределенности, что затрудняет научную коммуникацию. Например, С. Г. Осьмачко упрощенно понимает клерикализацию как процесс повышения роли церкви и религии в жизни человека и общества¹⁷. В этом смысле содержание данного термина расширяется, так как им охватываются процессы, не имеющие с клерикализацией ничего общего. Нельзя, скажем, относить к проявлению клерикальных тенденций увеличение числа культовых зданий, миссионерскую деятельность, проводимую религиозными организациями в общественных местах за счет собственных средств, расширение системы религиозного образования внутри определенной конфессии и т. д.

Существуют и весьма удачные определения клерикализации. Так, профессор М. О. Шахов считает, что не любой процесс усиления влияния религии на общество и государство можно назвать клерикализацией. Во-первых, он должен протекать в порядке реализации доктринальных установок религиозного объединения, во-вторых — самостоятельно финансироваться церковью. И в-третьих, предполагается, что светская власть и общество оказывают сопротивление этому процессу¹⁸.

Аналогичного мнения придерживается Д. А. Огнев, который определяет клерикализацию как процесс, в ходе которого церковь устанавливает контроль над государством и обществом. При этом он подчеркивает, что клерикализация осуществляется религиозной организацией и в интересах этой самой организации¹⁹.

О. В. Огородников отмечает, что в рамках клерикализации «церковь настойчиво и даже агрессивно, используя госаппарат и бюрократию, навязывает обществу религиозное мировоззрение и религиозное поведение в качестве единственно верных»²⁰.

Таким образом, клерикализация — это процесс, который инициируется религиозной организацией, имеющей по факту наибольший авторитет в обществе (как например, Русская православная церковь), в ее собственных интересах. Он протекает при непосредственном участии государственного аппарата или с его помощью. Клерикализация всегда сопровождается политизацией «избранной» конфессии, ее превращением во властный институт. На этом основании в рамках статьи под клерикализацией мы будем понимать процесс использования церковью как религиозной организацией и структурой государственного аппарата для продвижения своих интересов с целью укрепления позиций в обществе.

Уроки истории

Всемирно известный специалист по истории международных отношений и кулинарии В. В. Похлебкин отмечал, что «нельзя игнорировать историческое прошлое как в общечеловеческом, мировом масштабе, так и в национальном». Иначе, по его словам, оно «неизбежно будет мстить за себя невеждам, самодурам и выскочкам, забывающим, что мир существовал задолго до их появления на свет»²¹. Об этом всегда нужно помнить при изучении вопросов государственно-конфессиональных отношений, которые не только волнуют многих, но и затрагивают подчас довольно деликатные стороны жизни.

Наша страна уникальна тем, что в своем историческом развитии она проделала путь от клерикализма к атеизму и затем — к светскости.

Клерикальная Россия отличалась высокой степенью религиозности. Вся жизнь русского человека освящалась и регламентировалась церковью. Его день начинался с молитвы, так же он и заканчивался. Любое дело, будь то дело государственной важности или крестьянский труд, начиналось с церковного благосло-

¹⁶ Шахов М. О. Указ. соч.

¹⁷ Осьмачко С. Г. Современные секуляризация и клерикализация в мире и в Русской православной церкви // Государство, общество, церковь в истории России XX века : материалы XIII Международной научной конференции. Иваново : Ивановский государственный университет, 2014. С. 522.

¹⁸ Шахов М. О. Указ. соч.

¹⁹ Огнев Д. А. К вопросу о содержании понятия «клерикализация» // Политические институты и процессы. 2017. № 2. С. 6.

²⁰ Огородников О. В. Клерикализм — путь к прогрессу? // Защита и безопасность. 2013. № 3. С. 34.

²¹ Похлебкин В. В. Моя кухня и мое меню. М. : Центрполиграф, 2008. С. 9.

веня, с обращения к Богу. При рождении человек крестился, при вступлении в брак венчался, после смерти его отпевали в церкви. Имея столь сильное влияние на повседневную жизнь людей, церковь превратилась в авторитетную организацию не только в социальном, но и в политическом плане. Государство оказывало ей поддержку, потому что нуждалось в ней как социальном регуляторе и защитнике монархических устоев. Церковь являлась орудием подчинения личности государству и предоставляла идеологическое и религиозное обоснование деятельности монарха.

Атеистическая Россия, напротив, активно боролась с любыми формами проявления религиозности. Церковь отделялась от государства, а школа — от церкви. Церковь лишилась многих юридических прав и рассматривалась как представитель класса эксплуататоров, который советская власть пыталась уничтожить. Запрещалось сопровождать действия государственных, публично-правовых, общественных институтов религиозными обрядами и церемониями. Формально провозглашалась свобода совести, но имели место грубые нарушения данного принципа. Репрессии против верующих приобрели массовый характер, членство в коммунистической партии исключало исповедание гражданином какой-либо религии. Проводились пропагандистские и просветительские мероприятия, направленные на искоренение религии из массового сознания. Храмы либо закрывались и разрушались, либо использовались для нужд народного хозяйства.

Интересен факт, что в первое время становления советской власти все-таки был сделан небольшой шаг в сторону светскости. Тогда молодое государство, реализуя принципы отделения церкви от государства и свободы совести, принципы, без которых невозможно построение светского государства, заботилось о недопустимости оскорбления религиозных чувств. Изначально власть предполагала, что упадок религии произойдет естественным путем и главную роль в этом должны сыграть наука и просвещение. Но, к сожалению, этого не случилось, и Россия от мягких средств построе-

ния секуляризационного общества перешла к жестким мерам, превратившись из светского государства в государство атеистического типа.

Безусловно, такие резкие скачки в государственной-конфессиональной политике не могли не отразиться на состоянии современных отношений между государством и религиозными объединениями. Принципиальное значение в этом смысле, на наш взгляд, имеют следующие моменты, на которые необходимо обратить внимание для понимания процессов, происходящих в современной России.

Во-первых, это существование четкой государственной идеологии как в монархический, так и в советский периоды. В настоящее время Конституция РФ запрещает использование в государственных целях какой-либо идеологии (ст. 13), в том числе религиозной (ст. 14). Идеология объединяла людей вокруг общей цели, формировала жизненные ценности, определяла политику государства в тех или иных вопросах. Сейчас на фоне распространяющегося идеологического плюрализма в стране образовался своеобразный идеологический вакуум, который общество и власть стремятся заполнить. В качестве одной из альтернатив предлагается возвращение к православным традициям, когда государство и церковь были единым организмом, а это путь к клерикализации страны.

Впрочем, проблема клерикализации обозначается в отношении не только России, но и стран постсоветского пространства. Зарубежные исследователи справедливо отмечают, что «уникальной чертой социального развития многих посткоммунистических стран является клерикализация, которая происходит после падения коммунизма. Россия и бывшие страны СССР на сегодняшний день чрезмерно религиозны, с православием в качестве основной религии и преобладанием ислама на большей части Центральной Азии»²². Это касается регионов бывшей Югославии (особенно Сербии и Боснии), Польши и других стран. В Сербии в результате сближения с государством церковь предполагает новую идеологическую основу и систему ценностей для общества и государства²³. Огромное влияние православ-

²² Jovanovic S. Clericalization in post-Communist countries // URL: https://www.researchgate.net/publication/259221681_Clericalization_in_post-Communist_countries (дата обращения: 12.05.2021).

²³ Vukomanovic M. The Serbian Orthodox Church as a political actor in the aftermath of October 5, 2000 // *Politics and Religion*. 2008. Vol. 1. № 2. P. 237–269 ; Aleksov B. The Serbian Orthodox Church: Haunting past and challenging future // *International Journal for the Study of the Christian Church*. 2010. Vol. 10. № 2–3. P. 176–191.

ная конфессия оказала на формирование и реализацию идей о нации и государственности в Молдове²⁴.

Во многом обращение к православию связано с отказом от коммунистической идеологии, долгое время служившей инструментом государственного и общественного управления, и поиском новой идеологической опоры с оглядкой на историческое прошлое. Возникает потребность в ощущении народной целостности, необходимости обретения общенациональной идеи, которая поможет нашей стране сохранить и укрепить свою государственность в перспективе.

При этом в сознании современного россиянина религиозность, как правило, отождествляется с национальной идентичностью, которую можно выразить формулой «православный значит русский». И поскольку православие занимает среди других религий лидирующие позиции, на роль общенациональной идеологии в России претендует теория симфонических отношений государства и церкви (светской и духовной власти). Например, А. Колесников считает, что «идеология и Русская православная церковь освящают существующую политическую систему»²⁵.

Действительно, соблазн возродить «симфонию» властей велик, если учесть, что Русская православная церковь пользуется авторитетом у большей части населения нашей страны. Ее учение, пропагандируемое испокон веков, понятно и доступно многим. Но позволим себе усомниться в удачности подобных предложений. Всегда существует вероятность подмены понятий «общенациональная идеология» и «общеобязательная (государственная) идеология». В этом случае может возникнуть противоречие с конституционными нормами, в частности ст. 13 Конституции РФ, запрещающими установление государственной или общеобязательной идеологии. Кроме того, полагаем, что общенациональная идеология не должна навязываться кем-либо, а складывается как результат функционирования гражданского общества. Она имеет право на существование как консолидирующая идея, как духовная опора гражданского общества, но она должна само-

стоятельно утвердиться в массовом сознании. В противном случае она рискует превратиться в способ осуществления полного контроля над этим самым обществом.

Как справедливо отмечает французский политик А. Пена-Рюиз, светскость налагает ограничения на идеологию, и никакая идея не может принять эстафету религии, которая еще недавно занимала привилегированное положение²⁶. Если государство ограничивает себя в пропаганде какой-либо идеологии, закрепляя на конституционном уровне идеологический и религиозный плюрализм, то гражданское общество вполне способно самостоятельно развить общенациональную идеологию. Она должна закладывать те идеалы, которые понятны и близки каждому гражданину вне зависимости от отношения к религии: патриотизм, богатое историческое и культурное наследие, заинтересованность в решении социальных и экономических проблем, свободное гражданское общество и демократические ценности.

Присутствие элементов православной традиции в общенациональной идеологии может быть негативно воспринято представителями других конфессий, осложнит отношения государства с ними и затруднит межконфессиональный диалог, что неприемлемо для многоконфессионального государства. Положения ст. 19 Конституции РФ о равенстве граждан независимо от религии могут быть поставлены под сомнение.

Во-вторых, история становления и развития нашей страны позволяет отметить, что церковь зачастую использовалась светской властью для получения политической пользы, для укрепления авторитета монарха и централизации власти. Данная тенденция наиболее ярко прослеживалась в период клерикализма, в политике таких правителей, как Александр Невский, Дмитрий Донской, Иван Грозный, Петр I. Даже агрессивно настроенное против церкви советское государство не смогло полностью отказаться от ее «услуг» и помощи, когда появилась необходимость сплотить народ для победы над врагом в Великой Отечественной войне.

В-третьих, стремление извлечь уроки из истории формирования государственно-конфес-

²⁴ *Zabarah D.* The Role of the Orthodox Churches in Defining the Nation in post-Soviet Moldova // *Southeast Europe : Journal of Politics and Society = Südosteuropa : Zeitschrift für Politik und Gesellschaft.* 2011. № 2. P. 214–237.

²⁵ *Kolesnikov A.* Russian ideology after Crimea. Moscow : Carnegie Moscow Center, 2015. P. 15.

²⁶ *Pena-Ruiz H.* Qu'est-ce que la laïcité? Paris : Gallimard, 2003. P. 70–71.

сиональных отношений влияет на современное законодательство. Современное законодательство в данной сфере содержит элементы эклектичности, сочетает опыт решения вопросов, связанных с религией, советским правом и традициями клерикальной России. Иллюстрацией к этому служит федеральный закон «Об образовании в Российской Федерации». С одной стороны, он закрепил светский характер образования в государственных и муниципальных образовательных учреждениях, тем самым отделив школу от церкви (как это было в Советском Союзе), а с другой — предоставил религиозным организациям возможность участвовать в образовательном процессе, отдавая должное усилиям церкви в развитии грамотности и просвещения на Руси.

Современные аспекты светскости: правовое регулирование

В начале статьи мы описывали ситуации, которые неоднозначно оценивались в обществе и давали повод для дискуссий о клерикализации. Теперь выскажем некоторые соображения о соотношении религиозного и светского начал в различных аспектах общественной и государственной жизни. В силу крайней обширности и сложности заявленной темы в рамках статьи невозможно представить весь объем информации, поэтому остановимся лишь на некоторых наиболее дискуссионных вопросах.

Религия и политика

Политика (др.-греч. *πολιτική* — государственная деятельность) определяет содержание деятельности органов государственной власти и государственного управления, а также направления развития общественной жизни. Влияние религии и политики в мире проявляется по-разному. Оно может быть односторонним, когда только религиозная жизнь зависит от политической линии государства, либо двусторонним, когда политика и религия сливаются друг с другом, являясь своеобразным отражением друг друга.

Процесс клерикализации в первую очередь связан с проникновением религии в политическую сферу. Поэтому совершенно очевидно, что в светском государстве религиозные организации должны оставаться вне политики. Справедливости ради отметим, что Русская православная церковь неоднократно указывала на свою политическую нейтральность. Она является не политической организацией, а Церковью Христовой. Она не стремится к власти, а ставит перед собой задачу помочь людям прийти ко Христу и победить грех. В Основах социальной концепции Русской православной церкви четко обозначена ее точка зрения по данному вопросу. Согласно этому общецерковному документу, она не дает благословение священнослужителям вступать в политические партии, участвовать в выборах, занимать должности депутатов или глав администраций²⁷. В 2012 г. Священный Синод подтвердил свою позицию о запрете духовным лицам участвовать в избирательных кампаниях всех уровней власти и политической деятельности²⁸.

С юридической точки зрения государство также ставит барьеры для участия церкви в политической жизни, тем самым ограждая себя от использования религии и церковной организации в качестве политического инструмента. Так, пункт 5 ст. 4 федерального закона «О свободе совести и о религиозных объединениях» гласит, что религиозное объединение не выполняет функций органов государственной власти, других государственных органов, государственных учреждений и органов местного самоуправления, не участвует в выборах в органы государственной власти и в органы местного самоуправления, не участвует в деятельности политических партий и политических движений, не оказывает им материальную и иную помощь. При этом государство не возлагает на религиозные объединения выполнение функций органов государственной власти, других государственных органов, государственных учреждений и органов местного самоуправления (п. 2 ст. 4). В свою очередь, федеральный закон «О политических партиях»²⁹ не допускает создание политических партий по признакам

²⁷ Основы социальной концепции Русской православной церкви. М. : Отдел внешних церковных связей Московской Патриархии Русской православной церкви, 2001. С. 34.

²⁸ Священный Синод ограничил возможность участия священнослужителей в выборных органах власти случаями «крайней церковной необходимости» // URL: <http://www.patriarchia.ru/db/text/2509436.html> (дата обращения: 12.05.2021).

²⁹ Федеральный закон от 11.07.2001 № 95-ФЗ «О политических партиях» // СЗ РФ. 2001. № 29. Ст. 2950.

религиозной принадлежности (п. 3 ст. 9). В России религиозным объединениям запрещается проводить предвыборную агитацию, агитацию по вопросам референдума, выпускать и распространять агитационные материалы³⁰.

Тем не менее не исключается оказание косвенного влияния священнослужителей на политическую конъюнктуру. Священники вправе поддерживать или не поддерживать те или иные политические структуры, потому что они являются свободными гражданами. Социологические исследования последних лет показывают, что духовенство оказывает ощутимое воздействие на электоральные предпочтения граждан³¹. Однако решить данный вопрос на законодательном уровне, к сожалению, нельзя. Запрет на совершение любых действий с целью побудить граждан проголосовать за какого-то конкретного кандидата или партийный список, равно как и проголосовать против, сопряжен с прямым ущемлением ряда конституционных прав и свобод: свободы слова, свободы мысли и свободы совести, являющихся незыблемыми ценностями любого демократического государства и общества.

Тем не менее нельзя любые контакты государства и религиозных объединений автоматически приравнивать к проявлениям клерикального характера. О таковых допустимо говорить только в случаях грубого нарушения ограничений, установленных законом для религиозных объединений в политической сфере, а их, как видно из текстов законов, не так много.

Формально ни одна политическая партия из представленных сегодня в Государственной Думе Федерального Собрания Российской Федерации не образована по религиозному признаку (как, например, в Германии Христианско-демократический союз или Христианско-социальный союз в Баварии), хотя в недавнем прошлом такие попытки предпринимались³². Ни один религиозный деятель не занимает го-

сударственные должности и не находится на государственной или муниципальной службе. Ни одно религиозное объединение не оказывает поддержку политическим партиям. Священнослужители не принимают участия в избирательной гонке, не проводят агитации в поддержку конкретного кандидата.

Следовательно, правильнее было бы говорить не о клерикализации как таковой, а об объективном существовании определенных точек соприкосновения между религией и политикой, если при этом границы взаимодействия, определенные на законодательном уровне, не нарушаются.

Светский характер образования

Как было сказано ранее, федеральный закон «Об образовании в Российской Федерации» решил вопрос об интеграции религии и государственной образовательной системы положительно. Тем самым контакты, установленные до его принятия между религиозными объединениями и школами, получили законодательное оформление. В школьную программу включены «Основы религиозных культур и светской этики» и «Основы духовно-нравственной культуры народов России».

Следует отдать должное законодателю, который постарался учесть пожелания и критику, звучавшие во время многочисленных дискуссий, и максимально точно отразить требование о светском характере образования. Несомненным достоинством названного закона, по нашему мнению, является то, что он принят в интересах всех традиционных конфессий, и в этом плане отвечает конституционному положению о равенстве религий. Не ущемляет он и права атеистов. В рамках названных курсов они могут отдать предпочтение изучению модулей об основах мировых религиозных культур или о светской этике. Большим плюсом является придание религиозно-культурологического

³⁰ Федеральный закон от 12.06.2002 № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» // СЗ РФ. 2002. № 24. Ст. 2253.

³¹ Богачев М. И., Сорвин К. В. Политика в Церкви: воздействуют ли священники на электоральные предпочтения православных верующих? // Мир России. 2019. Т. 28. № 4. С. 68–91.

³² В 2006 г. на рассмотрение нижней палаты российского парламента был вынесен законопроект об отмене запрета на создание в России политических партий по признакам религиозной принадлежности. В пояснительной записке к нему указывалось на противоречие действующей нормы конституционному принципу идеологического многообразия. Разработчики посчитали, что несправедливо запрещать существование политических объединений, имеющих религиозную направленность, в то время как в стране функционируют политические партии, ставящие своей целью защиту атеистических и антирелигиозных интересов.

характера изучаемым дисциплинам, то есть они дают общую информацию о религии как социальном явлении, не касаясь религиозных догм и канонов.

Его положительной стороной является также закрепление альтернативного принципа изучения указанных дисциплин. Этот принцип заключается в предоставлении родителям (законным представителям) обучающихся права выбора, что изучать. На учебные заведения возлагается обязанность разрабатывать и включать в образовательную программу несколько модулей, чтобы обучающиеся (их законные представители) смогли сделать свой выбор.

К недостаткам закона мы отнесем отсутствие дефиниции светского характера образования, что, так же как и в случае с правовой неопределенностью понятия «светское государство», затрудняет его толкование и уяснение. Интересно, что данная юридическая конструкция содержалась в ранее действовавшем законе Российской Федерации «Об образовании»³³, но ее содержание не раскрывалось. Поэтому было вполне ожидаемым, что в новом законе на фоне столь ожесточенной полемики она получит правовую ясность, но этого, к сожалению, не произошло. Отсюда могут возникать весьма спорные ситуации, трудности в преподавании.

Кроме того, в законе целесообразно было бы наряду с принципом альтернативности закрепить добровольность изучения основ духовно-нравственной культуры народов России, то есть предоставить возможность родителям или законным представителям написать отказ от изучения их ребенком данных дисциплин. Это послужило бы дополнительной гарантией свободы совести для людей, которые желают обучать своих детей вопросам религии исключительно в воскресных школах при храмах, или для атеистов, или для людей, безразлично относящихся к религии.

В целом же изучение духовно-нравственной культуры народов России помогает ребенку

лучше разобраться в тонкостях мировоззрения, в вопросах добра и зла, морали и нравственности и способствует укреплению мира и согласия в обществе.

Оскорбление религиозных чувств верующих

В 2018 г. Совет по правам человека при Президенте России предложил исключить из числа преступлений действия, связанные с оскорблением религиозных чувств граждан³⁴. Прошло семь лет с момента принятия поправки в ч. 2 ст. 148 УК РФ «Нарушение права на свободу совести и вероисповедания», а уже встал вопрос о ее декриминализации. Аналогичное мнение можно встретить и в научной среде³⁵. Обосновывая данную необходимость, правоведа чаще всего ссылаются на низкое качество юридической техники данного законодательного акта, а именно: пространность конструкции «религиозные чувства верующих», используемой в диспозиции названной статьи. Сложно понять и уяснить значение термина «чувства верующих» и, соответственно, довольно проблематично определить, в чем может выражаться сам факт оскорбления гражданина, придерживающегося религиозных взглядов.

Однако совершенно очевидно, что закон о запрете оскорбления религиозных чувств верующих принимался в превентивных целях, чтобы не допустить в будущем совершения деяний, аналогичных панк-молебну Pussy Riot. Важность общей и частной превенции отмечали сами парламентарии: «Мы действительно должны внести некоторые поправки в Уголовный кодекс, чтобы охладить этих изгоев»³⁶.

В последнее время рассматриваемая статья применялась в ряде резонансных случаев, например, таких как публикация в сети Интернет картинки, касающейся мусульманской религии, жителем г. Ижевска, установка чучела с оскорбительной надписью на поклонном кресте в Кировской области, «ловля покемонов» в храме студентом из Екатеринбурга.

³³ Закон Российской Федерации от 10 июля 1992 г. № 3266-1 «Об образовании» // Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992. № 30. Ст. 1797.

³⁴ Совет по правам человека при Президенте Российской Федерации инициирует декриминализацию уголовных статей об «оскорблении чувств верующих» и «разжигании вражды» // URL: <https://credo.press/219332/> (дата обращения: 15.05.2021).

³⁵ См.: *Borisova A.* Right to «religious feelings»: legal aspects of protection of believers // *Sententia : European journal of humanities and social sciences.* 2015. № 2. P. 122–129.

³⁶ «Jail for sacrilege»: Vandalism by Pussy Riot supporters angers MPs (2012) // URL: <https://www.rt.com/russia/sacrilege-law-church-punishment-272/> (дата обращения: 14.05.2021).

Семь лет — это сравнительно короткий срок для оценки эффективности действия закона. Можно лишь делать какие-то предварительные выводы на этот счет. Закон, да и в целом существующее законодательство, должны быть стабильными, а не становиться площадкой для экспериментов. Столь импульсивные действия законодателя создают почву для формирования в индивидуальном и общественном сознании антиправовых установок и стереотипов.

Участницы панк-группы понесли наказание по ч. 2 ст. 213 УК РФ «Хулиганство» за грубое нарушение общественного порядка, выражающее явное неуважение к обществу, совершенное группой лиц по предварительному сговору. Другой, более близкой нормы, позволяющей иначе квалифицировать действия обвиняемых, в действующей на тот момент редакции уголовного закона не было.

По аналогии предположим, что если бы отсутствовала специальная статья 205 УК РФ «Террористический акт», то в качестве хулиганства можно было бы рассматривать террористические действия религиозных фанатиков. Терроризм, по сути так же, как и хулиганство, представляет собой грубое нарушение общественного порядка, которое характеризуется явным неуважением к обществу, но оно выделено как самостоятельный состав преступления, учитывая высокую степень его общественной опасности.

Исходя из сказанного, выскажем пожелание, чтобы законодатель скорректировал диспозицию статьи об оскорблении религиозных чувств верующих. Очевидно, что она нужна, но требует серьезной доработки.

Взаимодействие государства, гражданского общества и религиозных объединений

Современные реалии таковы, что государство и религиозные объединения, соблюдая определенную дистанцию, находятся в постоянном диалоге. С научной точки зрения взаимодействие церкви и государства в системе светскости не отрицается. Немецкий исследователь государственно-конфессиональных отношений В. Бруггер выделяет шесть типов отношений между государством и церковью: 1) вражда; 2) строгое разделение в теории и практике;

3) разделение и взаимное уважение; 4) разделение и частичное сотрудничество; 5) формальное единство церкви и государства; 6) материальное единство церкви и государства³⁷. Следуя предложенной классификации, Россию можно отнести к четвертому типу, при котором отсутствует разделительная стена между государством и церковью, пока они на основе принципиального разграничения сфер деятельности не только уважительно относятся друг к другу, но и развивают сотрудничество (кооперацию). Кооперация характерна и для других стран, например для Германии. Независимо от наличия конституционных оговорок Италия, Испания, Польша, Венгрия и некоторые латиноамериканские страны сотрудничают с растущим числом религиозных объединений с помощью соглашений и конкордатов.

Культура, образование, воспитание и нравственное развитие, формирование патриотизма, забота о семье, материнстве и детстве, исправление и социальная адаптация осужденных, борьба с алкоголизмом и наркоманией — это довольно привычные области, в которых, несомненно, религиозные объединения могут оказать неоценимую поддержку государству. Таким образом, сама жизнь вносит коррективы в государственно-церковное взаимодействие. Происходит заметное сближение государства и религиозных объединений как структурных элементов гражданского общества. Становится очевидным, что пора конкретизировать на законодательном уровне юридическое требование об отделении религиозных объединений от государства, закрепив возможность их взаимодействия, обозначить сферы взаимного сотрудничества и единоличного влияния государства, формы сотрудничества, его цели, способы и т. д.

Можно бесконечно долго рассуждать о формировании государственно-конфессиональной политики естественным путем, об отсутствии у государства данной функции, о недоразвитости гражданского общества. Только религиозные организации оказались дальновиднее политиков и уже давно оперируют своими внутренними документами как практическими руководствами по выстраиванию отношений со светской властью и участию в вопросах общественного развития. Так, в Основах социаль-

³⁷ Religion in the Public Sphere: A Comparative Analysis of German, Israeli, American and International Law / W. Bruggger, M. Karayanni (eds). Berlin ; Heidelberg ; New-York : Springer, 2007. P. 54.

ной концепции Русской православной церкви раздел 3 «Церковь и государство»³⁸ посвящен именно этому вопросу. Полагаем, по примеру религиозных объединений государство, являясь мощным социальным регулятором, должно также сказать свое веское слово путем адаптации существующих доктрин к правовой действительности.

Заключение

Итак, клерикализация — это деструктивный процесс, который выражается в слиянии религиозных объединений с государством для удовлетворения интересов этих объединений и неизбежно ведет с их стороны к регламентации многих сфер общественной жизни, навязыванию обществу «правильного» мировоззрения. В такой интерпретации сделать однозначный вывод о развитии клерикализации в России и тем более о ее масштабах, угрожающих нормальному развитию социума и противоречащих принципу светскости государства, на сегодняшний день нельзя. Следует бить тревогу, если церковь превратится в сильного политического игрока, если начнется сращивание религии и политики, если в стране появятся политические партии, образованные по религиозному признаку, а представителям различных конфессий будет разрешено занимать государственные должности. Пока можно говорить лишь о существовании определенных предпосылок для формирования клерикальных тенденций.

В качестве юридических предпосылок можно назвать понятийно-терминологическую неопределенность, которая вызывает разное понимание, противоречия в толковании нормативных правовых актов, а значит, приводит к неодинаковому их применению. Содержание многих правовых конструкций («светское государство», «светский характер образования», «оскорбление религиозных чувств верующих» и др.) законодателем не раскрывается.

Другая лазейка для проникновения клерикальных тенденций создается из-за того, что законодательство не до конца регламентирует вопросы взаимодействия религиозных объединений с государством и общественными

институтами. Светский характер государства не исключает, а служит основой для государственно-конфессионального сотрудничества. К тому же религиозные объединения являются субъектами гражданского общества, которое находится во взаимосвязи с правовым светским государством. Границы такого взаимодействия не всегда законодательно очерчены, поэтому дальнейшие перспективы развития нормативно-правовой базы в этом направлении видятся нам в конкретизации вопросов, по которым религиозные объединения могут устанавливать связи с обществом и властью и по которым это категорически не допускается. Как один из вариантов — принятие специального законодательного акта, посвященного проблемам государственно-конфессионального взаимодействия.

К историческим предпосылкам можно отнести отсутствие опыта построения светского государства, которое является еще молодым, зародившимся в конце прошлого века. Плюс к этому в России длительный период времени церковь и государство составляли единое целое. Попытки возродить историческую справедливость и одновременно отойти от атеистических устоев побуждают светских и религиозных лидеров вспомнить о «симфонии» церкви и государства.

Отсюда плавно вытекает идеологическая предпосылка для осуществления процесса клерикализации в современной России. Она связана с поиском некоей общенациональной идеи, которая должна лежать в основе развития нашей страны. Теория симфонических отношений не годится для этой роли, поскольку, как известно, политика тесно переплетается с идеологией, которая обосновывает политический курс, выбранный государством. Самой древней ее формой выступает религия, поэтому возрождение «симфонии» может в конечном итоге способствовать проникновению религии в политику.

В заключение отметим, что Россия встала на путь светскости всего лишь три десятилетия назад³⁹. Небольшой срок по историческим меркам, однако за это время уже многое сделано в данном направлении и еще немало трудностей предстоит преодолеть.

³⁸ Основы социальной концепции Русской православной церкви. С. 33–39.

³⁹ Для сравнения: светское государство во Франции зародилось более 200 лет назад, а в Германии — около 100 лет назад.

Надеемся, что незыблемость принципов светского государства будет отстаиваться в нашей стране и в будущем. При этом важно, чтобы сложилось разумное и ответственное партнерство государства, общества и всех религиозных конфессий, которое исключало бы любые проявления клерикальных тенденций в нашей стране.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Богачев М. И., Сорвин К. В.* Политика в Церкви: воздействуют ли священники на электоральные предпочтения православных верующих? // Мир России. — 2019. — Т. 28. — № 4. — С. 68–91. — DOI: 10.17323/1811-038X-2019-28-4-68-91.
2. *Малахов В. С., Летняков Д. Э.* Российское государство в конфессиональной сфере, или национальные особенности секуляризма // Мир России. — 2019. — Т. 28. — № 4. — С. 49–67. — DOI: 10.17323/1811-038X-2019-28-4-49-67.
3. *Огнев Д. А.* К вопросу о содержании понятия «клерикализация» // Политические институты и процессы. — 2017. — № 2. — С. 5–12.
4. *Огородников О. В.* Клерикализм — путь к прогрессу? // Защита и безопасность. — 2013. — № 3. — С. 34–35.
5. Основы социальной концепции Русской православной церкви. — М. : Отдел внешних церковных связей Московской патриархии РПЦ, 2001. — 127 с.
6. *Осьмачко С. Г.* Современные секуляризация и клерикализация в мире и в Русской православной церкви // Государство, общество, церковь в истории России XX века : материалы XIII Международной научной конференции. — Иваново : Ивановский гос. университет, 2014. — С. 522–527.
7. *Похлебкин В. В.* Моя кухня и мое меню. — М. : Центрполиграф, 2008. — 510 с.
8. *Чернова Э. Р., Данилова А. А.* К вопросу о процессе клерикализации и месте религии в современном российском обществе // Современные научные исследования и разработки. — 2018. — № 6. — С. 723–725.
9. *Шахов М. О.* Клерикализация России: миф или реальность? // URL: <http://www.religiopolis.org/religiovedenie/3065-klerikalizatsija-rossii-mif-ili-realnost.html> (дата обращения: 25.06.2020).
10. *Aleksov B.* The Serbian Orthodox Church: Haunting past and challenging future // International Journal for the Study of the Christian Church. — 2010. — Vol. 10. — № 2–3. — P. 176–191.
11. *An-Na'im A.* Islam and the Secular State: Negotiating the Future of Sharia. — Cambridge : Harvard University Press, 2008. — 324 p.
12. *Berger P.* The Sacred Canopy. Elements of Sociological Theory of Religion. — New York : Anchor Books, 1967. — 229 p.
13. *Borisova A.* Right to «religious feelings»: legal aspects of protection of believers // Sententia : European journal of humanities and social sciences. — 2015. — № 2. — P. 122–129.
14. *Jovanovic S.* Clericalization in post-Communist countries // URL: https://www.researchgate.net/publication/259221681_Clericalization_in_post-Communist_countries (дата обращения: 12.05.2021).
15. *Kolesnikov A.* Russian ideology after Crimea. — Moscow : Carnegie Moscow Center, 2015. — 27 p.
16. *Makarychev A., Yatsyk A.* Refracting Europe: Biopolitical conservatism and art protest in Putin's Russia // Russia's foreign policy: Ideas, domestic politics, and external relations / eds. D. Cadier, M. Light. — London : Palgrave Macmillan, 2015. — P. 138–156.
17. *Miller A.* Perfect opposition: On Putin and Pussy Riot // Public Policy Research. — 2012. — Vol. 19. — № 3. — P. 205–207.
18. *Pena-Ruiz H.* Qu'est-ce que la laïcité? — Paris : Gallimard, 2003. — 347 p.
19. *Prozorov S.* Pussy Riot and the politics of profanation: Parody, performativity, veridiction // Political Studies. — 2014. — Vol. 62. — № 4. — P. 766–783.
20. Religion in the Public Sphere: A Comparative Analysis of German, Israeli, American and International Law / W. Brugger, M. Karayanni (eds.). — Berlin ; Heidelberg ; New-York : Springer, 2007. — 467 p.
21. *Sharafutdinova G.* The Pussy Riot affair and Putin's démarche from sovereign democracy to sovereign morality // Nationalities Papers. — 2014. — Vol. 42. — № 4. — P. 615–621.
22. *Smith D.* India as a Secular State. — London ; Bombay : Princeton University Press, 2015. — 538 p.

23. Vukomanovic M. The Serbian Orthodox Church as a political actor in the aftermath of October 5, 2000 // *Politics and Religion*. — 2008. — Vol. 1. — № 2. — P. 237–269.
24. Zabarah D. The Role of the Orthodox Churches in Defining the Nation in post-Soviet Moldova // *Southeast Europe : Journal of Politics and Society = Südosteuropa : Zeitschrift für Politik und Gesellschaft*. — 2011. — № 2. — P. 214–237.

Материал поступил в редакцию 19 мая 2021 г.

REFERENCES

1. Bogachev MI, Sorvin KV. Politika v Tserkvi: vozdeystvuyut li svyashchenniki na elektoralnye predpochteniya pravoslavnykh veruyushchikh? [Politics in the Church: Do priests influence the electoral preferences of Orthodox believers?]. *Mir Rossii [The World of Russia]*. 2019;28(4):68-91. DOI: 10.17323/1811-038X-2019-28-4-68-91. (In Russ.)
2. Malakhov VS, Letnyakov DE. Rossiyskoe gosudarstvo v konfessionalnoy sfere, ili Natsionalnye osobennosti sekulyarizma [The Russian State in the Confessional Sphere, or National Peculiarities of Secularism]. *Mir Rossii [The world of Russia]*. 2019;28(4):49-67. DOI: 10.17323/1811-038X-2019-28-4-49-67. (In Russ.)
3. Ognev DA. K voprosu o sodержanii ponyatiya «klerikalizatsiya» [On the question of the content of the concept of “clericalization”]. *Politicheskie instituty i protsessy [Political institutions and processes]*. 2017;2:5-12. (In Russ.)
4. Ogorodnikov OV. Klerikalizm – put k progressu? [Is clericalism the way to progress?]. *Zashchita i bezopasnost [Protection and security]*. 2013;3:34-35. (In Russ.)
5. Osnovy sotsialnoy kontseptsii Russkoy pravoslavnoy tserkvi [The foundations of the social concept of the Russian Orthodox Church]. Moscow: Department of External Church Relations of the Moscow Patriarchate of the Russian Orthodox Church; 2001. (In Russ.)
6. Osmachko SG. Sovremennye sekulyarizatsiya i klerikalizatsiya v mire i v Russkoy pravoslavnoy tserkvi [Modern secularization and clericalization in the world and in the Russian Orthodox Church]. In: Gosudarstvo, obshchestvo, tserkov v istorii Rossii XX veka: materialy XIII Mezhdunarodnoy nauchnoy konferentsii [State, society, Church in the History of Russia of the 20th century. Proceedings of the 13th International Scientific Conference]. Ivanovo: Ivanovo State University; 2014. P. 522-527. (In Russ.)
7. Pokhlebkin VV. Moya kuchnya i moe menyuu [My kitchen and my menu]. Moscow; 2008.
8. Chernova ER, Danilova AA. K voprosu o protsesse klerikalizatsii i meste religii v sovremennom rossiyskom obshchestve [On the Issue of the Process of Clericalization and the Place of Religion in Modern Russian Society]. *Sovremennye nauchnye issledovaniya i razrabotki [Modern scientific research and development]*. 2018;6:723-725. (In Russ.)
9. Shakhov MO. Klerikalizatsiya Rossii: mif ili realnost? [Clericalization of Russia: Myth or reality?]. Available from: <http://www.religiopolis.org/religiovedenie/3065-klerikalizatsiya-rossii-mif-ili-realnost.html> [cited 2020 June 25]. (In Russ.)
10. Aleksov B. The Serbian Orthodox Church: Haunting past and challenging future. *International Journal for the Study of the Christian Church*. 2010;10(2-3):176-191.
11. An-Na'im A. Islam and the Secular State: Negotiating the Future of Sharia. Cambridge: Harvard University Press; 2008.
12. Berger P. The Sacred Canopy. Elements of Sociological Theory of Religion. New York: Anchor Books; 1967.
13. Borisova A. Right to «religious feelings»: legal aspects of protection of believers. *Sententia. European journal of humanities and social sciences*. 2015;2:122-129.
14. Jovanovic S. Clericalization in post-Communist countries. Available from: https://www.researchgate.net/publication/259221681_Clericalization_in_post-Communist_countries [cited 2021 May 12].
15. Kolesnikov A. Russian ideology after Crimea. Moscow: Carnegie Moscow Center; 2015.
16. Makarychev A, Yatsyk A. Refracting Europe: Biopolitical conservatism and art protest in Putin's Russia. In: Cadier D, Light M, editors. Russia's foreign policy: Ideas, domestic politics, and external relations. London: Palgrave Macmillan; 2015. P. 138–156.



17. Miller A. Perfect opposition: On Putin and Pussy Riot. *Public Policy Research*. 2012;19(3):205-207.
18. Pena-Ruiz H. Qu'est-ce que la laïcité? Paris: Gallimard; 2003.
19. Prozorov S. Pussy Riot and the politics of profanation: Parody, performativity, veridiction. *Political Studies*. 2014;62(4):766-783.
20. Brugger W, Karayanni M, editors. Religion in the Public Sphere: A Comparative Analysis of German, Israeli, American and International Law. Berlin, Heidelberg, New-York: Springer; 2007.
21. Sharafutdinova G. The Pussy Riot affair and Putin's démarche from sovereign democracy to sovereign morality. *Nationalities Papers*. 2014;42(4):615-621.
22. Smith D. India as a Secular State. London and Bombay: Princeton University Press; 2015.
23. Vukomanovic M. The Serbian Orthodox Church as a political actor in the aftermath of October 5, 2000. *Politics and Religion*. 2008;1(2):237-269.
24. Zabarah D. The Role of the Orthodox Churches in Defining the Nation in post-Soviet Moldova. Southeast Europe. *Journal of Politics and Society = Südosteuropa. Zeitschrift für Politik und Gesellschaft*. 2011;2:214-237.

Русская правовая ментальность: процессуальный закон vs народное правосудие обычного права

Аннотация. Уникальным источником для исследования русской традиционной правовой ментальности является русское обычное право, своего рода слепок с народного «инстинктивного правочувствия» (И. А. Ильин), продукт, хранилище и одновременно генератор правовых ментальных установок.

Результаты исследований в области когнитивной лингвистики подтверждают связь мыслительных процессов и языка. Автор исходит из того, что национальный язык является надлежащей основой, а средства лингвистики — эффективным инструментом для изучения национальной правовой культуры, правовой ментальности, правосознания.

В статье описаны отдельные подходы к толкованию понятий «ментальность» и «менталитет», предложено определение понятия «русская правовая ментальность» и обозначена категория ее носителей.

Процедуры рассмотрения и разрешения дел по нормам тайного, письменного, дореформенного (до 1864 г.) и пореформенного (после судебной реформы 1864 г.) процесса, закрепленного позитивным правом (законом), не только по форме, но и по самому подходу значительно отличались от традиций народного правосудия как «отрасли» русского обычного права.

Описаны основные установки русской традиционной правовой ментальности в значимых для восприятия права и закона — процессуальных — аспектах.

С целью реконструкции русской традиционной правовой ментальности обозначены ключевые ментальные установки, характерные для традиции русского обычного права, в противопоставлении с подходами, присущими западной правовой традиции. Сделано это в контексте следующих феноменов: идеал правосудия, процессуальный порядок, правовая квалификация, значение доказательств, цель и результат правосудия.

Ключевые слова: правосознание; правовая ментальность; правовой менталитет; русская традиционная правовая ментальность; обычное право; русское обычное право; процессуальный закон.

Для цитирования: *Гаврилов С. Н.* Русская правовая ментальность: процессуальный закон vs народное правосудие обычного права // *Lex russica*. — 2021. — Т. 74. — № 10. — С. 100–112. — DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.100-112.

© Гаврилов С. Н., 2021

* *Гаврилов Сергей Николаевич*, кандидат юридических наук, кандидат исторических наук, доцент, руководитель Центра внедрения и эксплуатации Комплексной информационной системы адвокатуры России Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации пер. Сивцев Вражек, д. 43, г. Москва, Россия, 119002 gavrilov@fparf.ru

Russian Legal Mentality: Procedural Law vs. Customary People's Justice

Sergey N. Gavrillov, Cand. Sci. (Law), Cand. Sci. (History), Associate Professor, Head of the Center for the Implementation and Operation of the Integrated Information System of the Russian Federal Bar Association

per. Sivtsev Vrazhek, d. 43, Moscow, Russia, 119002

gavrillov@fparf.ru

Abstract. Russian customary law is a unique source for the study of the Russian traditional legal mentality. It is a kind of a cast from the people's "instinctive right-feeling" (I. A. Ilyin), a product, a repository and at the same time a generator of legal mental attitudes.

The results of research in the field of cognitive linguistics confirm the connection between thought processes and language. The author proceeds from the fact that the national language is an appropriate basis; and the means of linguistics are an effective tool for studying the national legal culture, legal mentality, legal consciousness.

The paper describes separate approaches to the interpretation of the concepts of "mentality" and "mindset", proposes a definition of the concept of "Russian legal mentality" and identifies the category of those possessing it. The procedures for considering and resolving cases according to the norms of secret, written, pre-reform (before 1864) and post-reform (after the Judicial Reform of 1864) process, fixed by positive law (legislation), not only in form, but also in the approach itself, differed significantly from the traditions of popular justice as a "branch" of Russian customary law.

The main attitudes of the Russian traditional legal mentality are described in procedural aspects that are significant for the perception of law and legislation.

Russian traditional legal mentality is reconstructed in order to identify the key mental attitudes inherent in the tradition of Russian customary law, in contrast with the approaches natural for the Western legal tradition. This is done in the context of the following phenomena: the ideal of justice, procedural order, legal qualification, the value of evidence, the purpose and result of justice.

Keywords: legal awareness; legal mentality; legal mindset; Russian traditional legal mentality; customary law; Russian customary law; procedural law.

Cite as: Gavrillov SN. Russkaya pravovaya mentalnost: protsessualnyy zakon vs narodnoe pravosudie obychnogo prava [Russian Legal Mentality: Procedural Law vs. Customary People's Justice]. *Lex russica*. 2021;74(10):100-112. DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.100-112. (In Russ., abstract in Eng.).

1. К постановке проблемы

Менталитет vs ментальность. Классическая русская философия с ее выдающимися представителями всегда искала ответ на вопрос об особенностях русского национального характера, в том числе об отношении русского человека к праву и закону.

Для юридической науки вопрос о правовом менталитете (ментальности) является одним из ключевых.

Нужно отметить, что само употребление слов *менталитет* или *ментальность*, в случае намеренного их выбора, может априори содержать определенный подход к соответствующим явлениям¹.

Существует множество толкований указанных понятий, которые предложены представителями различных научных дисциплин и направлений. Обратимся к некоторым из толкований, в которых предлагается эти понятия содержательно различать.

Д. В. Полежаев считает правильным разделить термин *mentalité* на «менталитет» и «ментальность», рассматривая понятия как соотносящиеся между собой в качестве «целого» и «части», что, по его мнению, позволит говорить о менталитете общества (или национальном менталитете) и ментальности личности (индивидуальной ментальности)².

По мнению И. В. Емелькиной, если менталитет — это «сформировавшийся на базе социаль-

¹ Впрочем, лингвист из Польши М. Надель-Червиньска замечает, что само разграничение понятий *ментальность* и *менталитет* актуально исключительно в контексте русского самосознания. См.: *Надель-Червиньска М.* Русская ментальность и ментальность российская: сопоставление объемов семантического поля «новая лексика» // Политическая лингвистика. 2008. № 2. С. 75.

ного и духовного опыта предыдущих поколений устойчивый комплекс основополагающих представлений и проявлений субъектов социума, ориентирующий и во многом детерминирующий общественное и индивидуальное сознание и поведение», то ментальность — это «универсальное свойство индивидуальной психики, сохраняющее в себе типические инвариантные структуры, свидетельствующие о принадлежности индивида к определенному обществу и эпохе»³.

Лингвист-русист В. В. Колесов отмечает: «народы Западной Европы из понятия *mens*⁴ удержали исконное его содержание, их менталитет направлен на рассудок и мысль», тогда как для народов Восточной Европы «настроение, душевный склад и просто *душа*... — более важные ценности, чем шаловливая в своем непостоянстве мысль или трезвый рассудок». «Русское слово с абстрагирующим суффиксом *-ость*, — продолжает автор, — уводит от европейского понимания менталитета». «Поэтому, — делает он заключение, — и менталитет не то же, что наша ментальность», и в результате «менталитет обернулся ментальностью и таким остается в нашей традиции до сих пор»⁵.

В таком случае, полагаем, что возможно говорить о западном менталитете и русской ментальности. Применительно к русскому «мировидению» мы остановимся на слове *ментальность* как соответствующем русской языковой традиции и в большей степени подходящем для обозначения объекта исследования в рассматриваемом контексте.

Язык и мысль; ментальность и правовая ментальность. Тему ментальности (менталитета) возможно рассматривать в различных дискурсах: философском, антропологическом,

культурологическом, историческом, психологическом, правовом и др. К данной тематике обращаются представители соответствующих областей знаний.

В этой связи считаем правильным говорить о необходимости развития междисциплинарного подхода в исследовании столь многогранных явлений, каковыми являются ментальность (менталитет) и правовая ментальность (правовой менталитет) в частности.

Представители лингвистического психологизма (В. фон Гумбольдт, И. А. Бодуэн де Куртенэ, Н. В. Крушевский, Г. Пауль, А. А. Потебня, Э. Сепир, Х. Штейнталь и др.) основывались на тесной связи языка и человеческой психики, на том, что именно язык формирует мысль и что сама мысль «направлена словом» (А. А. Потебня). Результаты современных исследований в области когнитивной лингвистики подтверждают устойчивую связь мыслительных процессов и языка⁶. Это позволяет рассматривать национальный язык в качестве материала для изучения ментальности (менталитета): «каждый язык есть своеобразное мировидение» (В. фон Гумбольдт).

Если обратиться к правовой области, то, как справедливо отметил Ю. А. Веденеев, «наука права и право — составные части языковой реальности», а «языковая реальность — производная ментальной и когнитивной реальности»⁷.

Избегая в данной статье включения в известный и извечный спор о наличии или отсутствии «особого русского национального характера» и, соответственно, — «особой русской правовой ментальности» и признавая наличие таковых⁸, мы исходим из того посыла, что именно национальный язык является надлежащей основой, а средства лингвистики — эффектив-

² См.: Полежаев Д. В. Русский менталитет: опыт социально-философского анализа : автореф. дис. ... д-ра филос. наук. Волгоград, 2011. С. 16.

³ Емелькина И. В. Российский менталитет: сущность, объем понятия и социальная роль : автореф. дис. ... д-ра филос. наук. М., 2011. С. 15.

⁴ См.: *mēns, mentis, f:* 1) ...ум, мышление, рассудок... ум и сердце...; 2) благоразумие, рассудительность...; 3) образ мыслей... настроение, характер, душевный склад, душа...; 4) сознание, совесть...; 5) мужество, бодрость...; 6) гнев... страсть...; 7) мысль, представление или воспоминание...; 8) мнение, взгляд, воззрение...; 9) намерение, решение, план, желание...» (Латинско-русский словарь. URL: <https://la-rus-dict.slovaronline.com/36131-mens> (дата обращения: 09.02.2021)).

⁵ См.: Колесов В. В. Русская ментальность в языке и тексте. СПб., 2006. С. 9, 12.

⁶ См., например: Язык и мысль: современная когнитивная лингвистика / сост. и ред. А. А. Кибрик [и др.]. М. : Языки славянской культуры, 2015.

⁷ Веденеев Ю. А. Юридическая наука: введение в концептуальную историю // *Lex russica*. 2017. № 3. С. 14.

⁸ Сходство отдельных ментальных установок представителей различных национальностей (культур), по нашему мнению, не исключает возможности признавать за ними существующего свойства личности.

ным инструментом для изучения национальной правовой культуры, правовой ментальности, правосознания.

При этом полагаем, что уникальным источником для исследования русской традиционной правовой ментальности является русское обычное право как своего рода слепок с «правосозерцания крестьянства» (В. М. Нечаев), а точнее — народного «инстинктивного правосозерцания» (И. А. Ильин), продукт, хранилище и одновременно генератор правовых ментальных установок⁹.

При проведении исследования мы обращались к наследию русской философской мысли, основывались на результатах работ специалистов в области обычного права, а также научных подходах и трудах одного из авторитетных российских филологов — историка русского языка и специалиста в вопросах русской ментальности профессора В. В. Колесова, который определяет ментальность как «национальный способ выражения и восприятия мира, общества и человека в формах и категориях родного языка, способность истолковать явления как их сущности и соответственно этому действовать в определенной обстановке»¹⁰.

С учетом предложенного толкования мы рассматриваем русскую правовую ментальность как основанную на русской культуре и

языке способ восприятия права, закона и связанных с правом и законом явлений, а также способ выражения соответствующих явлений, способность истолковать данные явления как их сущности в формах и категориях русского языка и соответственно этому действовать в определенной обстановке.

Носители русской традиционной правовой ментальности. К категории исконных носителей русской традиционной правовой ментальности возможно отнести крестьян в изначальном — древнерусском — значении данного слова: «крестьянин — русский человек, занятый продуктивным крестьянским трудом, живущий в избе и объединяющийся в общину. Самоназвание мужика по исповеданию христианской веры образовалось от древнерусского *христианин, крьстьянинъ* — “христианин, человек” (1096), в отличие от “не-людей” — “поганых агарян”»¹¹.

В период XVII — нач. XX вв. крестьянство составляло более 80 % населения России¹². Однако если учесть статистику состава национальностей¹³, распределения населения по вероисповеданиям¹⁴ и тот факт, что слово *крестьянин* изменило свое первоначальное значение и позже определялось как «мелкий товаропроизводитель в сельском хозяйстве, владеющий средствами производства и непо-

⁹ В этом отношении справедливо замечание Т. В. Шатковской о том, что «специфика правовой природы русской ментальности большей частью проявляет себя в обычном праве» — (Шатковская Т. В. Обычное право российских крестьян второй половины XIX — начала XX века: историко-правовой аспект : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Ростов н/Д, 2009. С. 15).

¹⁰ Колесов В. В. Русская ментальность... С. 13.

¹¹ Колесов В. В., Колесова Д. В., Харитонов А. А. Словарь русской ментальности : в 2 т. СПб. : Златоуст, 2014. Т. 1. С. 388 (далее — СРМ).

По В. И. Далю, крестьянин — «крещеный человек», «мужик, землешец или земледел, селянин, поселянин; сельский обыватель, принадлежащий к низшему податному сословию» (см.: URL: <http://alcala.ru/dal-slovari/slovar-K/24599.shtml> (дата обращения: 12.11.2020)).

¹² В социальной структуре населения Европейской России без Польши и Финляндии в XVII — нач. XX в. крестьянство составляло: в 1678 г. — 88,7 %, в 1719 г. — 89,1 %, в 1762 г. — 91,6 %, в 1795 г. — 88,8 %, в 1858 г. — 82,6 %, в 1870 г. — 81,8 %, в 1897 г. — 85,9 %, в 1913 г. — 80,2 %. См.: Миронов Б. Н. Социальная история России периода империи (XVIII — начало XX в.). Генезис личности, демократической семьи, гражданского общества и правового государства : в 2 т. СПб., 1999. Т. 1. С. 130.

¹³ Как отмечает Б. Н. Миронов, «в 1646 г. на долю русских приходилось около 95 % всего населения страны, к 1917 г. — 44,6 %. В составе империи насчитывалось около 200 больших и малых народов, различных по религии, языку и культуре...» (Миронов Б. Н. Указ. соч. С. 25).

¹⁴ По состоянию на 1897 г. на долю православных и единоверцев приходилось около 70 % населения Российской империи. См.: Первая Всеобщая перепись населения Российской империи 1897 г. / под ред. Н. А. Тройницкого. Вып. I. Общий свод по Империи результатов разработки данных Первой Всеобщей переписи населения, произведенной 28 января 1897 г. СПб., 1905. Таблица XII : Распределение населения по вероисповеданиям.

средственно прилагающий свой труд в производстве» (Д. Н. Ушаков), то требуется уточнение признаков лиц, которых возможно именовать носителями русской традиционной правовой ментальности¹⁵.

К таковым, по нашему мнению, возможно отнести лиц православной веры, которые являлись носителями русской культуры и русского языка, принадлежали к крестьянскому сословию и в среде которых общественные отношения регулировались преимущественно на основе норм русского обычного права¹⁶.

2. Процессуальный закон vs народное правосудие

Поставленный нами вопрос о сравнении закона (позитивного права) и обычного права возможно рассматривать как не вполне корректный, если полагать, что нельзя сравнивать обычное право, как архаичное, стоящее на более низкой ступени развития, с позитивным правом, наследующим, например, традиции римского.

Однако полагаем, что сравнение обычного и позитивного права вполне допустимо, но не по «степени их выработанности», а по «их характеру», по самому подходу, на котором основано регулирование, о чем писала А. Я. Ефименко¹⁷.

Широко известные как по результатам исследований конца XIX — начала XX в., так и по современным научным работам характерологические особенности русского обычного права рассматриваются нами в контексте установок, присущих носителям традиционной русской правовой ментальности.

Сделана попытка обозначить основные установки русской традиционной правовой ментальности в значимых для восприятия права и закона — процессуальных — аспектах. Это своего рода опыт проникновения в слои подсозна-

ния русского традиционного правосознания как «инстинктивного правочувствия».

Полагаем, что именно процессуальное право наиболее отчетливо отображает представления о том, с помощью каких правовых средств и способов достигается «правда-истина» в понимании западной традиции права и «правда-справедливость» — в русской.

В целях статьи все, что касается западно-европейской парадигмы отношения к праву и закону, а также явлений, с ними связанных, мы будем определять как «западную правовую традицию», а в процессуальном аспекте — как «процессуальный закон». В свою очередь, все явления правового характера и отношение к ним в контексте русского обычного права и русской традиционной правовой ментальности мы именуем «традицией русского обычного права», а в процессуальном аспекте — «народным правосудием».

Обозначим ключевые установки, характерные для традиции русского обычного права, в противопоставлении с подходами, присущими западной правовой традиции, в контексте следующих феноменов: идеал правосудия, процессуальный порядок, правовая квалификация, значение доказательств, цель и результат правосудия.

Оговоримся сразу, что, ведя речь об особенностях русского народного правосудия, мы рассматриваем последнее не как *sui generis* (лат. «единственный в своем роде»), а особенности его — не как присущие лишь только ему и неизвестные обычному праву других народов. В то же время особенности эти — нечто органическое, обусловленное не только и не столько степенью развитости правовой культуры нации в определенный исторический период, сколько вневременными характерологическими особенностями национальной ментальности¹⁸.

¹⁵ Следует отметить, что речь идет именно о *традиционной* (исконной) русской правовой ментальности, которая подверглась естественной трансформации в модернизационных процессах со второй половины XIX в. по настоящее время.

¹⁶ Здесь необходимо учитывать фактор многообразия и особенностей культурных и правовых традиций носителей русской культуры и языка на отдельных территориях империи.

¹⁷ Ефименко А. Я. Субъективизм в русском праве // Исследования народной жизни. Обычное право. М., 1884. С. 173–181.

В своей статье А. Я. Ефименко ссылается на позицию в данном вопросе И. Г. Оршанского.

¹⁸ И. Г. Оршанский отмечал, что такая, например, характерная особенность русского обычного права, как «стремление к конкретной справедливости как противовесу абстрактной, формальной законности присуще и практике наших общих судов, хотя и судящих не по обычаю, а по закону» (Оршанский И. Г. Исследования по русскому праву, обычному и брачному. СПб., 1879. С. 153).

Идеал правосудия: правда-истина vs правда-справедливость. Западная правовая традиция с присущими ей менталитетом и правосознанием и традиция русского обычного права с характерными для нее ментальностью и правовым чувством имеют разные идеалы.

Главный девиз римских правоведов — *sum cuique tribuere* (лат. «отдавайте каждому, что ему принадлежит»). Идеал западной правовой традиции — истина. Для процессуального закона это основанный на *ratio* (от лат., здесь в значении «разум») поиск доказательств, проверка их относимости, допустимости, достоверности, а в совокупности — достаточности, с последующей квалификацией содеянного.

Вот как толкует истину Словарь русской ментальности: «Истина — постигаемая рассудком как польза неуловимая сущность действительности, представленная как настоящее, точное и достоверное знание о *правде*. <...> В отличие от нравственной категории *правда, истина* не закончена, в ней ощущается “мелькание” действительности; все *истинное* — не идея будущего и идеал, как *правда*, а настоящее в настоящем, оно достоверно при условии “правильного” его восприятия»¹⁹.

Истина не являлась идеалом народного правосудия. Здесь действует общая установка: «Русский человек не очень ищет истины, он ищет правды»²⁰.

Мысль можно *уловить*, факт — *узнать*, истину — *узнать, познать* и *постичь*, а правду можно *почувствовать, угадать, искать, «выследить»* (Л. Н. Толстой) и в конечном счете — *найти или не найти*.

Вновь обратимся к Словарю русской ментальности: «*Правда* — основная категория славянской этики, идеально *Божья правда* — бытие, а не быт, — мечта, представленная всегда в законченном виде. Цельное и целостное проявление идеала; дается благодатью и совершается любовью; основная форма выражения справедливости. Это добро, в оттенках

представленное как проявление разума (*правда-истина*), духа (*правда-справедливость*) и воли (*правда-мощь*) в качестве единящей нравственной силы (*правда-камень; краугольный камень*)»²¹.

Судили «по убеждению и по совести», «по правде», «сообразно с обстоятельствами», «глядя по человеку»²². Идеалом правосудного решения была именно правда-справедливость, а главной установкой — «чтобы никому обидно не было».

Категория, тесно связанная с правдой, — это справедливость: «Справедливость — ощущение *правды*, побуждающее принимать *праведное* беспристрастное решение или предпринимать должное верное действие согласно существующему *праву* по чувству долга, как признак человеческого достоинства и свободной воли. <...> Семиотически справедливость — это *совместное* (приставка *с-*) *право*, устремленное к *правде* в достижении *праведности*, цепь производных, отражающих становление категории в общественном подсознательном»²³.

Правда (правда-справедливость) не то, что истина (правда-истина). «Истина — говорит В. В. Колесов, — последовательно уводит мысль в интеллектуальную <...> требующую разумных обоснований или доказательств сферу»²⁴. «Неясно только, — добавляет автор, — зачем выделять две “правды”, если и так понятно, что истина — это правда-истина, а правда есть правда-справедливость»²⁵.

Идеал русского обычного права и народного правосудия — это «правда-справедливость». Идеал, предопределяющий пригодность или непригодность избираемых процессуальных средств в ее — правды-справедливости — охране как объекта и в ее достижении как цели. Процессуальные средства, основанные на *ratio*, для охраны правды-справедливости не только не нужны, но порой и опасны.

Говоря о народном правосудии, И. Г. Оршанский отмечает, что волостной суд руковод-

¹⁹ СРМ. Т. 1. С. 345.

²⁰ Бердяев Н. Судьба России // Русская идея. М. ; СПб., 2005. С. 89.

²¹ СРМ. Т. 2. С. 82.

²² См., например: Березанский П. И. Обычное уголовное право крестьян Тамбовской губернии. Киев, 1880. С. 126.

²³ СРМ. Т. 2. С. 313.

²⁴ Колесов В. В. Древняя Русь: наследие в слове : в 5 кн. СПб. : Издательство СПбГУ ; Нестор-история, 2011. Кн. 4 : Мудрость слова. С. 130.

²⁵ Колесов В. В. Русская ментальность... С. 262.

ствуется в своих решениях «не какими-нибудь теориями или законными постановлениями, а бесхитрым инстинктом справедливости»²⁶.

Именно в этом и состоит ключевое отличие «западного право-сознания» с его действием *разума*²⁷ от «русского право-чувствия» с его проявлением *духа*²⁸, для которого «понять — значит почувствовать» (Станиславский)²⁹. Здесь, по нашему мнению, и проходит ментальный водораздел между установками западной правовой традиции и традицией русского обычного права³⁰.

Итак, *правда-справедливость* для русского народного правосудия есть и идеал, и охраняемый объект, и цель. Для западного — *разумно* (*sic!*) остановиться лишь на достижении *правды-истины*.

Процессуальный порядок: «процессуальная форма» vs «бесформенность мысли». Процессуальный закон прочно стоит на процессуальной форме: соответствие формальным процедурам и правилам обеспечивает достижение истины (правды-истины). «На Западе, — говорит Н. А. Бердяев, — мысль и знание очень дифференцированы, все распределено по категориям»³¹, притом что для русских «содержание важнее формы»³².

Народное правосудие не стеснено процессуальной формой.

В этом — общее отношение к форме русского сознания. «Все время, — замечает В. В. Ко-

лесов, — и во всем русское сознание выше логики, тесного вместилища расхожего знания в явленной форме — формальной логики. Символ и образ ему как-то ближе. Ближе потому, что в словесные сети ловит оно не понятие, а концепт, не мысль, но идею, а идею понятием не ухватишь, не определишь границей, не втиснешь в рамки “*S есть P*”»³³.

Бесформенность мысли приписывается русскому сознанию. Есть и объяснение: «бесформенность связана с духовностью, а дух не имеет формы» (В. В. Розанов).

Само слово *бесформенность* отдает чем-то ущербным. Но бесформенность — это не недостаток, это своего рода другая форма. И. Л. Солоневич говорит: «форма есть и у нас — только другая форма. Может быть, даже форма, находящаяся несколько в другом измерении»³⁴.

По поводу того, что русская ментальность страдает «отсутствием формы», «образным мышлением», впадает в «интуитивизм», В. В. Колесов замечает: «Это просто другая ментальность...»³⁵. Ссылаясь на философию Лейбница, филолог говорит: «“отсутствие формы” предстает как гармония еще не порушенного концепта, который явлен (и понимается) как суть идеи, вещи и слова. Готовых понятий еще нет, они постоянно воссоздаются путем слияния родового (культурного символа, данного в слове) с видовым, каждый раз оригинальным и новым (субъективно-интуитивный образ в том

²⁶ Оршанский И. Г. Указ. соч. С. 124.

²⁷ «Разум — практическое приложение ума и рассудка...» (СРМ. Т. 2. С. 162).

²⁸ «Дух — глубинно творческое единство разума, чувства и воли, воплощенное в душе, явленное в духовности и раскрываемое в деятельности человека» (СРМ. Т. I. С. 234).

²⁹ «Чувство — присущая человеку способность к восприятию, различению, усвоению и осмыслению явлений внешнего мира» (СРМ. Т. 2. С. 494).

³⁰ Представляется очевидным, что сказанное здесь и далее нельзя рассматривать как признание факта некоей эксклюзивной «приватизации» носителями русской культуры и правовой ментальности «особой духовности», «справедливости», «чувственности» и т. п. качеств.

³¹ Бердяев Н. Новое средневековье // Русская идея. М.; СПб., 2005. С. 660.

³² См.: Бердяев Н. Новое средневековье... С. 625.

Представляется неслучайным то, что и сейчас фраза «проявление формального подхода» имеет для носителя русского языка отрицательную коннотацию, говорит о поверхностности такого подхода.

³³ Колесов В. В. Русская ментальность... С. 424.

³⁴ Солоневич И. Л. Народная монархия. М., 1991. С. 273.

Интересно, что при этом наблюдалась некая парадоксальная любовь русской интеллигенции к «внешним формам», «пристрастие к формальным правилам и подробной регламентации», «особенная вера в статьи и параграфы». Причины такого пристрастия Б. А. Кистяковский находил в том, что «в правовой норме наша интеллигенция видит не правовое убеждение, а лишь правило, получившее внешнее выражение» (Кистяковский Б. В защиту права // Вехи: сборник статей о русской интеллигенции. М., 1909. С. 144).

³⁵ Колесов В. В. Русская ментальность... С. 420.

же слове). Конструирование понятий происходит безостановочно, и потому не может быть законченной их системы. Система предстает в свернутом виде, как семантическая синкрета концепта в живой цельности смысла³⁶.

Впрочем, петровская попытка упорядочить — *о-формить* — процесс была: указ «О форме суда»³⁷. Была и реакция народа: «Суд по форме — судей покормит».

Правовая квалификация: «анализ и синтез» vs «целое и живое». Привычный для традиции закона подход — определить состав правонарушения (преступления, проступка): объект, объективную сторону, субъект, субъективную сторону. Используются средства анализа: событие делится на составляющие, проводится правовая квалификация.

Для народного правосудия это не просто не нужно — это недопустимо! Нельзя даже на мгновение отделить того, «кто совершил», от того, «что совершил». Любое событие, правоотношение (преступление, проступок) видится как нечто «целое и живое».

Продолжая тему формы, следует сказать: это способ чувствовать не с помощью формы как структуры с застывшими (*мертвыми*) элементами, входящими в нее, а через объем; не через совокупность раздробленностей, а через «общее целое» и «живое», составляющее жизнь общины. Не случайно принцип общности составлял суть крестьянской организации, «воссоздавал целое в качестве высшего закона общественной жизни» (А. В. Гордон).

Для представления объекта в его полноте элементов (как результатов *разложения*) может не хватить: *ratio* двумерно, а порой и одномерно. Русское сознание, а вслед за ним и правосознание (точнее, то самое *правочувствие*), требует не вхождения в детали, а охвата объема. Ему нужна трехмерность и даже *четырёхмерность*: «четырёхмерный мир Древней Руси»³⁸.

В этом проявляется, а точнее, это и есть свойство образности русского мышления. Нужно *о-хватить* (не *у-хватить* — это для частностей) объект целиком, в *нераздробленном*, а значит — *живом* его виде.

В. В. Колесов подчеркивает: «*Цельность* как принцип составляет главное достоинство русского ума и характера. Отсюда проистекает не раз отмеченная философами принципиальная *системность* мышления как русская традиция, т. е. стремление к построению широких обобщающих конструкций», примеры которых приводятся Лобачевским и Менделеевым. Это — глубина системности, а не формальность системы³⁹.

Для русского взгляда нужен другой подход: не *точка зрения*, а *поле обзора*. Это «панорамное зрение» (Д. С. Лихачев) средневекового автора «Слова о Русской земле», в котором единство и целостность Русской земли описываются через ее части, но части имеют смысл именно как ее — земли — части.

Необходимо не движение по логической *цепи*, а взгляд на объект *в целом* и на объект *целый* и значит — *живой*. «Принцип целостности у русских противопоставлен западному принципу частичности во всех направлениях», — говорит В. В. Колесов⁴⁰. «Истина дается ведь по частям, — продолжает автор, — правда предстает вся разом, целиком и потому не помыслена в воображении, а живет»⁴¹.

При выборе: идти от частных, раздробленностей к общему или изначально охватить общее, а частности увидятся сами в едином образе, — народное правосудие выбирает второе. «Идя от части, — писал Л. П. Карсавин, — мы забываем о целом и низводим целое на степень внешней системы элементов: это удобно для формального познания, но нарушает логику живого, т. е. искажает реальную картину. Системами дорожат только те, кто не видит живого, и

³⁶ Колесов В. В. Русская ментальность... С. 420.

³⁷ Именной указ от 05.11.1723 «О форме суда» // Полное собрание законов Российской империи. Собрание I. Т. 7. № 4344.

³⁸ Развертка «древнерусского пространства», данная на основе формы складня 1412 г. Б. А. Рыбаковым, такова: «широта — высота — глубина — длина». См.: Колесов В. В. Древняя Русь... Кн. 4. С. 346.

³⁹ См.: Колесов В. В. Русская ментальность... С. 392. Ф. В. Шубарт говорит: «На Западе “целевое мышление” есть форма мысли властного человека — этика императива; у русского человека “выразительное мышление” — этика импульса, ценность выражения для него выше ценности познания... вечное можно только выразить». См.: Шубарт Ф. В. Европа и душа Востока. М., 2003. С. 100–101.

⁴⁰ Колесов В. В. Русская ментальность... С. 556.

⁴¹ Колесов В. В. Русская ментальность... С. 136.

тогда “жалкая оболочка системы” заменяет им живое целое»⁴².

В русской модели мировидения живое нельзя разделять, дробить (*расчленять* = *убивать*).

Вероятно, любой аналитический процесс воспринимается русским подсознанием как противоестественный, как «дробящий целое» (Событие жизни) и «убивающий живое» (саму Жизнь). Пытаться разбить на четыре элемента (объект, субъект, объективная сторона, субъективная сторона) — значит пытаться своего рода *четвертовать*.

Но ведь познание в процессуальном праве — это не только *анализ*, но и *синтез*. Да, это так, но недопустимость членения целого и живого влечет бесполезность попытки «собрать» из неживого живое: «Вообще нельзя составить ничего живого, — говорит И. В. Киреевский, — живое рождается только из жизни»⁴³.

Собрание из *расчлененного* — целого, *составление* из мертвого — живого? Результат очевиден: «Это невозможно!» Попутно возникает ассоциация со словом *составление*: «составщики воров и душевредцов»⁴⁴. В числе синонимов: доносчик и ябедник. Отсюда русское выражение: «Ну ты и *составляешь* — врешь!»

Формальная логика юридического процесса призывает сначала идти по частям, собирая мозаику доказательств, оценивая их, и это якобы приводит к правде. Да, но в лучшем случае — лишь к *правде-истине* и вовсе не гарантирует нахождения *правды-справедливости*. «В отличие от “истины”, — повторяет В. В. Колесов, — “правда” изначально дана в целостном виде, для уточнения о ней не нужны накапливающиеся в наблюдении и в сознании признаки, а также вызывающие такие признаки действия»⁴⁵.

Доказательства: «собрание, проверка, оценка» vs «своим ничего не нужно доказывать». Ключевой процесс института доказательства права: собрание, проверка и

оценка доказательств на предмет их относимости, допустимости и достоверности.

Доказательства как результат *ratio*-анализа для народного правосудия результат не годный. Здесь действует общая ментальная установка, основанная на соборности сознания: «своим ничего не нужно доказывать» (Н. А. Бердяев), а «если нужно что-то доказывать — доказывать ничего не надо» (Д. С. Мережковский). Добавим: не имеет смысла, бесполезно. Ведь «доказательства не нужны для соборного сознания» они «нужны лишь для тех, которые любят разное» (Н. А. Бердяев). Лев Николаевич Толстой подводит черту в вопросе: «Правда то, что правда, а не то, что доказано»⁴⁶.

Это не отрицает необходимости для народного правосудия установления того, «что и как было». Это не означает, что в обычном праве отсутствует система доказательств. Но задача стоит не только и не столько в том, чтобы установить «что и как было», сколько в том, чтобы определить, было ли совершенное содеяно «по правде» и как совершенное соотносится с понятием справедливости, точнее — правды-справедливости.

«“Самое употребительное” доказательство в народном правосудии по обычному праву, — говорит П. И. Березанский, — показания свидетелей. Однако “когда дело известно в деревне, то и не надо свидетелей”⁴⁷, и так все ясно, когда “всему миру известно”».

У того же автора находим: «судьи при постановлении решения не только руководствуются доказательствами, представленными тяжущимися и выясненными на суде, но если они сами что-либо знают не как судьи, а как частные лица, то и на этом основывают приговор»⁴⁸.

Но как же без логического этапа доказательства, ведь этот процесс для мышления невольный, автоматический? По мнению А. В. Гулыги, «дело в том, что в творческом созидательном

⁴² Цит. по: Колесов В. В. Русская ментальность... С. 392.

⁴³ Киреевский И. В. Собр. соч. : в 2 т. М., 1911. Т. 1. С. 392.

⁴⁴ Из Указа от 21.02.1697 «Об отмене в судных делах очных ставок...»: «...и иные истцы и ответчики, для таких же своих коварств и неправды, нанимают за себя в суды и в очные ставки свою братию и Боярских людей ябедников и составщиков же воров и душевредцов, и за теми их воровскими и ябедническими и составными вымыслами и лукавством в вершенье тех дел правым и маломочным человеком во оправдании чинится многая волокита и напрасная харчи и убытки и разоренье...» (Полное собрание законов Российской империи. Собрание I. Т. 3. № 1572).

⁴⁵ Колесов В. В. Древняя Русь... Кн. 4. С. 130.

⁴⁶ Толстой Л. Н. Собр. соч. : в 22 т. М., 1984. Т. 18 : Избранные письма 1842–1881. С. 327.

⁴⁷ Березанский П. И. Обычное уголовное право крестьян Тамбовской губернии. Киев, 1880. С. 86.

⁴⁸ Березанский П. И. Указ. соч. С. 84.

процессе логический этап доказательства — всего лишь краткий момент, а основное падает на “неконтролируемое мышление” (вызревание мысли в чувствовании, озарение, открытие, завершение интуитивного мышления и т. п.)⁴⁹.

Все эти особенности «русского мировидения», вероятно, сказались на той самой «низкой степени выработанности» обычного права. Но истинная причина, как полагаем, в самом правовом подходе и главное — в цели как предполагаемом результате правосудия.

Цель и результат правосудия: «каждому, что ему принадлежит» и «наказание» vs «грех пополам» и «мир да лад». И. Г. Оршанский весьма категоричен: «мировая сделка»⁵⁰ есть единственно нормальный исход процесса по народным понятиям⁵¹. «Суд стариков, — подтверждает П. И. Березанский, — почти никогда не решает дел, большею же частью старается помирить тяжущихся»⁵². По свидетельству Н. А. Астырева, до суда доходило не более двух третьих заявленных в волостное правление жалоб, одна треть заканчивалась миром без помощи правосудия⁵³.

Народное правосудие имело сверхзадачу обеспечения в общине состояния *мира*⁵⁴ и *лада*⁵⁵. И это не проявление некоего наивного идеализма. В этом осознание *пользы* такого состояния общины, гарантия ее существования и пользы самого суда для охранения мира в общине. «Крестьяне, — отмечает П. Березанский, — хорошо осознают важность местных сельских судов, самое существование которых зависит не от предписаний закона, а от *пользы* (выделено мной. — С. Г.), которую они приносят»⁵⁶.

Если идеал русского народного правосудия — правда-справедливость, то его цель в

том, чтобы *у-ладить* конфликт, спор, отношения. Такой феномен обычного права, как «грех пополам»⁵⁷, — пример важности примирения как желаемого результата процесса. Дело решалось, «глядя по человеку и по хозяйству» (т. е. принимая в соображение личное положение сторон), чтоб «никому не было обидно».

При такой нацеленности на разрешение конфликта (не в смысле установления правды-истины, а в смысле достижения правды-справедливости) не существовало и необходимости в столь формализованной системе доказывания и соответствующих средствах доказывания.

Ориентирующийся на то, чтобы «никому не было обидно», на сохранение *мира* в *крестьянском мире*, народный суд был озадачен установлением *ratio*-истины в значительно меньшей степени.

Задача процессуального закона — разобратся в деле, вынести законное решение и, если необходимо, наказать. Все. Остановка.

Здесь же ограничиться лишь «этим делом» нельзя. Это событие — *со-бытие* («бытие, а не быт») — часть общего бытия общины. На формальном решении остановиться невозможно: «жизнь продолжается».

Руководимое интуицией, основанной на жизненной опытности, обычаях и традициях, обычное право «слышало жизнь», а народное правосудие ее охраняло.

Своей архаичностью обычное право, как «продукт творчества народа» (И. Г. Оршанский), хранило первородное, изначальное представление о процессе как о чем-то полезном, не отягощенном формализмом и условностями позитивного права. Это изначальное понятная — без нагромождений формальностей — процедура, в рамках которой только и возможно

⁴⁹ Гулыга А. Русская идея и ее творцы. М., 1995. С. 428.

⁵⁰ В отдельных местностях — «мировая покладка».

⁵¹ Оршанский И. Г. Указ. соч. С. 152.

⁵² Березанский П. И. Указ. соч. С. 14, 15.

⁵³ См.: Астырев Н. А. В волостных писарях: Очерки крестьянского самоуправления. М, 1898. С. 244.

⁵⁴ «Мир — разнообразное проявление бытия, направленного сверхсистемным началом в сторону органического единства; в частности, покой и согласие как проявление внутреннего спокойствия и согласованности в чувствах, мысли и действиях» (СРМ. Т. I. С. 445).

⁵⁵ «Лад — внешняя и внутренняя гармония, характеризующая жизнь человека в согласии с самим собой и с окружающим миром (ладно). Проявляется в покое и противопоставлен вражде, ссоре и беспорядку («где мир да лад, там и Божья благодать»). В отличие от порядка, Лад — состояние соразмерной стройности, идущее из души человека и существующее по воле природы» (СРМ. Т. I. С. 397).

⁵⁶ Березанский П. И. Указ. соч. С. 23–24.

⁵⁷ Сущность его заключалась в том, что спорное имущество распределялось поровну между обеими сторонами, истцу присуждалась половина иска.

добиться Справедливого, а значит, истинно Правового решения, позволяющего достичь *правды-справедливости*.

«Обычай старше (сильнее) закона», а обычное право «смотрело» дальше закона, ему важно не просто «отдать каждому, что ему принадлежит» и не наказать (отомстить), обеспечив *превентивность* (*пред-упредить*, а в сущности — *за-пугать*), а сохранить мир: *мир* как общину и *мир* как состояние общины.

Преступление как переход за черту, за *кон* есть лишь нарушение закона (позитивного права), властью *закона* и ограниченное.

В эпицентре внимания обычного права — не преступление закона, а *со-бытие*, поступок, греховный ли, пустяшный ли, но поступок, важный для *общего*. «*Пре-ступ-ление*, — говорит В. В. Колесов, — сродни поступку; это тоже поступок, но, в соответствии с особенностями русской ментальности, понимается как поступок искаженного характера»⁵⁸. Этот поступок может

быть признан *про-ступком*, *пре-ступлением* либо так и остаться *поступком*, в зависимости от его «общественной опасности»: опасности *для общего*, для *общины*.

Правосудию обычного права нужно не *о-судить*, а *рас-судить*. И *рас-судить* не столько в значении «разобрав обстоятельства, вынести решение по поводу чего-нибудь» (Д. Н. Ушаков, С. И. Ожегов), а в значении «действовать, *рас-суждая* — основательно (“и чтоб никому обидно не было”) — и в конечном счете *рассудить* (глагол совершенного вида), значит, “прекратить суд” — “покончить дело миролюбиво”, пусть и через “грех пополам”, но восстановив *мир* и стремясь обеспечить тем состояние *лада*».

Рассудить — значит в конкретном деле поставить точку, а для *жизни общины* — много-точие. Говоря современным языком, не решить вопрос частный, а решать вопросы общие.

И обычное право их решало: «жизнь продолжается»...

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Астырев Н. А. В волостных писарях: Очерки крестьянского самоуправления. — М., 1898. — 396 с.
2. Бердяев Н. Новое Средневековье // Русская идея. — М. ; СПб., 2005. — 832 с.
3. Бердяев Н. Судьба России // Русская идея. — М. ; СПб., 2005. — 832 с.
4. Березанский П. Обычное уголовное право крестьян Тамбовской губернии. — Киев : Универ. тип., 1880. — 252 с.
5. Веденеев Ю. А. Юридическая наука: введение в концептуальную историю // Lex russica. — 2017. — № 3. — С. 9–28.
6. Гулыга А. Русская идея и ее творцы. — М., 1995. — 310 с.
7. Емелькина И. В. Российский менталитет: сущность, объем понятия и социальная роль : автореф. дис. ... д-ра филос. наук. — М., 2011. — 53 с.
8. Ефименко А. Я. Исследования народной жизни. Обычное право. — М., 1884. — 383 с.
9. Киреевский И. В. Собрание сочинений : в 2 т. — М., 1911. — Т. 1. — 289 с.
10. Кистяковский Б. В защиту права // Вехи : сборник статей о русской интеллигенции. — М., 1909. — 215 с.
11. Колесов В. В. Древняя Русь: наследие в слове : в 5 кн. — СПб. : Издательство СПбГУ ; Нестор-история, 2011. — Кн. 4. — 480 с.
12. Колесов В. В. Русская ментальность в языке и тексте. — СПб., 2006. — 624 с.
13. Колесов В. В., Колесова Д. В., Харитонов А. А. Словарь русской ментальности : в 2 т. — СПб., 2014. — Т. 1. — 592 с. ; Т. 2. — 592 с.
14. Миронов Б. Н. Социальная история России периода империи (XVIII — начало XX в.). Генезис личности, демократической семьи, гражданского общества и правового государства : в 2 т. — СПб., 1999. — Т. 1. — 547 с. ; Т. 2. — 582 с.
15. Надель-Червиньска М. Русская ментальность и ментальность российская: сопоставление объемов семантического поля «новая лексика» // Политическая лингвистика. — 2008. — № 2. — С. 74–83.
16. Оршанский И. Г. Исследования по русскому праву, обычному и брачному. — СПб., 1879. — 454 с.
17. Первая Всеобщая перепись населения Российской империи 1897 г. / под ред. Н. А. Тройницкого. — Вып. I: Общий свод по империи результатов разработки данных Первой Всеобщей переписи населения, произведенной 28 января 1897 года. — СПб., 1905. — 42 с.

⁵⁸ Колесов В. В. Русская ментальность... С. 525.

18. Полежаев Д. В. Русский менталитет: опыт социально-философского анализа : автореф. дис. ... д-ра филос. наук. — Волгоград, 2011. — 43 с.
19. Солоневич И. Л. Народная монархия. — М., 1991.
20. Толстой Л. Н. Собрание сочинений : в 22 т. — М., 1984. — Т. 18. — 899 с.
21. Шатковская Т. В. Обычное право российских крестьян второй половины XIX — начала XX века: историко-правовой аспект : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — Ростов н/Д, 2009. — 60 с.
22. Шубарт Ф. В. Европа и душа Востока. — М., 2003. — 446 с.
23. Язык и мысль: современная когнитивная лингвистика. — М. : Языки славянской культуры, 2015. — 848 с.

Материал поступил в редакцию 26 июня 2021 г.

REFERENCES

1. Astyrev NA. V volostnykh pisaryakh. Ocherki krestyanskogo samoupravleniya [As a parish clerk. Essays on peasant self-government]. Moscow; 1898. (In Russ.)
2. Berdyaev N. Novoe Srednevekovye [New Middle Ages]. Russkaya ideya [Russian idea]. Moscow, St. Petersburg; 2005. (In Russ.)
3. Berdyaev N. Sudba Rossii [The Fate of Russia]. Russkaya ideya [The Russian idea]. Moscow, St. Petersburg; 2005. (In Russ.)
4. Berezanskiy P. Obychnoe ugovolnoe pravo krestyan Tambovskoy gubernii [The ordinary criminal law of the peasants of the Tambov province]. Kiev: Univer. tip.; 1880. (In Russ.)
5. Vedeneev YuA. Yuridicheskaya nauka: vvedenie v kontseptualnuyu istoriyu [Legal Science: Introduction into Conceptual History]. *Lex russica*. 2017;(3):9-28. (In Russ.)
6. Gulyga A. Russkaya ideya i ee tvortsy [The Russian idea and its creators]. Moscow; 1995. (In Russ.)
7. Emelkina IV. Rossiyskiy mentalitet: sushchnost, obem ponyatiya i sotsialnaya rol: avtoref. dis. ... d-ra filosof. nauk [The Russian mentality: The essence, scope of the concept and social role. Author's abstract of the Dr. Sci. (Philosophy) Dissertation. Moscow; 2011. (In Russ.)
8. Efimenko AYа. Issledovaniya narodnoy zhizni. Obuchnoe pravo [Studies of folk life. Customary law]. Moscow; 1884. (In Russ.)
9. Kireevskiy IV. Sbranie sochineniy: v 2 t. [Collected works. In 2 vols.]. Moscow; 1911. Vol. 1. (In Russ.)
10. Kistyakovskiy B. V zashchitu prava [In defense of the law]. Vekhi: sbornik statey o russkoy intelligentsii [Milestones: A collection of articles about the Russian intelligentsia]. Moscow; 1909. (In Russ.)
11. Kolesov VV. Drevnyaya Rus: nasledie v slove: v 5 kn. [Ancient Rus: Heritage in the word. In 5 books]. St. Petersburg: Faculty of Philology of St. Petersburg State University; 2011. Book 4. (In Russ.)
12. Kolesov VV. Russkaya mentalnost v yazyke i tekste [Russian mentality in language and text]. St. Petersburg; 2006. (In Russ.)
13. Kolesov VV, Kolesova DV, Kharitonov AA. Slovar russkoy mentalnosti: v 2 t. [Dictionary of Russian Mentality: In 2 vols.]. St. Petersburg; 2014. (In Russ.)
14. Mironov BN. Sotsialnaya istoriya Rossii perioda imperii (XVIII – nachalo XX v.). Genezis lichnosti, demokraticheskoy semi, grazhdanskogo obshchestva i pravovogo gosudarstva: v 2 t. [Social history of Russia during the Empire period (18th — early 20th century). The genesis of the individual, the democratic family, civil society and the rule of law. In 2 vols.]. St. Petersburg; 1999. (In Russ.)
15. Nadel-Chervinska M. Russkaya mentalnost i mentalnost rossiyskaya: sopostavlenie obemov semanticheskogo polya "novaya leksika" [Russian mentality and Russian mentality: Comparison of the volumes of the semantic field "new vocabulary"]. *Politicheskaya lingvistika [Political linguistics]*. 2008;(2):74-83. (In Russ.)
16. Orshanskiy IG. Issledovaniya po russkomu pravu, obychnomu i brachnomu [Research on Russian, customary and marriage law]. St. Petersburg; 1879. (In Russ.)
17. Troynitskiy NA, editor. Pervaya Vseobshchaya perepis naseleniya Rossiyskoy imperii 1897 g. Vyp. I: Obshchiy svod po imperii rezultatov razrabotki dannykh Pervoy Vseobshchey perepisi naseleniya, proizvedennoy 28 yanvarya 1897 goda [The first General Population Census of the Russian Empire in 1897. Issue I: A general

- summary of the results of the development of the data of the First General Population Census conducted on January 28, 1897]. St. Petersburg; 1905. (In Russ.)
18. Polezhaev DV. Russkiy mentalitet: opyt sotsialno-filosofskogo analiza : avtoref. dis. ... d-ra filos. nauk [Russian mentality: Experience of social and philosophical analysis. Author's Abstract of Dr. Sci. (Philosophy) Dissertation]. Volgograd; 2011. (In Russ.)
 19. Solonevich IL. Narodnaya monarkhiya [People's monarchy]. Moscow; 2010. (In Russ.)
 20. Tolstoy LN. Sobranie sochineniy: in 22 t. [Complete Works. In 22 vols.]. Moscow; 1984. Vol. 18. (In Russ.)
 21. Shatkovskaya TV. Obychnoe pravo rossiyskikh krestyan vtoroy poloviny XIX — nachala XX veka: istoriko-pravovoy aspekt: avtoref. dis. ... d-ra yurid. nauk [The customary law of Russian peasants of the second half of the 19th — beginning of the 20th century: Historical and legal aspect. Author's abstract of Dr. Sci. (Law) dissertation]. Rostov n/D; 2009. (In Russ.)
 22. Shubart FV. Evropa i dusha Vostoka [Europe and the soul of the East]. Moscow; 2003. (In Russ.)
 23. Yazyk i mysl: sovremennaya kognitivnaya lingvistika [Language and thought: Modern cognitive linguistics]. Moscow: Yazyki slavyanskoy kultury; 2015. (In Russ.)

DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.113-124

А. П. Грахоцкий*

Дело В. Шёнемана: айнзатцкоманда 8, вермахт и Холокост

Аннотация. В 1964 г. в Кёльне состоялся суд над Вернером Шёнеманом, командиром одного из шести карательных подразделений айнзатцкоманды 8. Преступнику вменялись в вину массовые расстрелы евреев на территории Беларуси в конце июня — сентябре 1941 г. В статье показано, каким образом бывший нацист пытался избежать уголовной ответственности и какую правовую оценку со стороны немецкого правосудия получили его злодеяния.

В. Шёнеман отрицал свою вину и стремился переложить ответственность за содеянное на войска вермахта. Подсудимый доказывал, что акции уничтожения евреев проводились по инициативе немецких вооруженных сил и носили характер репрессалий — были призваны принудить местное население к отказу от ведения партизанской войны. Опираясь на показания обвиняемого, правоохранители задержали трех офицеров 354-го пехотного полка, причастных к ликвидации еврейской общины местечка Крупки (18 сентября 1941 г.). В ходе следствия было установлено, что военнослужащие оказывали поддержку членам айнзатцкоманды 8 при проведении экзекуции, но не являлись инициаторами данного злодеяния. За пособничество тяжким убийствам 2 170 евреев в населенных пунктах Слоним, Борисов, Смолевичи, Крупки и других В. Шёнеман был приговорен к шести годам лишения свободы. При назначении столь мягкого наказания представители немецкой Фемиды опирались на доминирующий в 1960-е гг. подход к оценке преступной деятельности бывших нацистов. По мнению присяжных, подсудимый являлся лишь покорным исполнителем приказов, обезличенным, лишенным собственных мотивов «винтиком» в механизме нацистского государства.

В. Шёнеман не раскаялся в содеянном. Для бывшего карателя еврейские жертвы по-прежнему являлись лишь сухими цифрами в отчетах, благодаря которым он стремился сделать карьеру. Кейс Шёнемана доказывает, что активное участие в Холокосте наряду с членами айнзатцкоманд принимали и военнослужащие вермахта. Беспрецедентный в истории человечества геноцид стал возможным лишь в результате широкого участия немецких граждан, представлявших различные социальные слои и профессиональные группы.

Ключевые слова: Вернер Шёнеман; нацистские преступники; айнзатцкоманда 8; вермахт; Холокост; приговор; правосудие; преступление; уголовная ответственность; наказание; евреи; жертвы; Крупки; расстрел.

Для цитирования: Грахоцкий А. П. Дело В. Шёнемана: айнзатцкоманда 8, вермахт и Холокост // *Lex russica*. — 2021. — Т. 74. — № 10. — С. 113–124. — DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.113-124.

The V. Schoeneman Case: Einsatzkommando 8, the Wehrmacht and the Holocaust

Aleksandr P. Grakhotskiy, Cand. of Sci. (Law), Associate Professor, Head of the Department of International Relations, Associate Professor, Department of Theory and History of State and Law, Francisk Skorina Gomel State University
ul. Kirova, d. 119, Gomel, Republic of Belarus, 246019
grahocki@gmail.com

Abstract. In 1964, the trial of Werner Schoenemann, the commander of one of the 6 punitive units of the Einsatzkommando 8, took place in Cologne. The criminal was charged with mass executions of Jews on the

© Грахоцкий А. П., 2021

* *Грахоцкий Александр Павлович*, кандидат юридических наук, доцент, начальник отдела международных связей, доцент кафедры теории и истории государства и права Гомельского государственного университета имени Франциска Скорины
ул. Кирова, д. 119, г. Гомель, Республика Беларусь, 246019
grahocki@gmail.com

territory of Belarus in late June — September 1941. The paper shows how the former Nazi tried to avoid criminal responsibility and what legal assessment by the German justice his atrocities received.

V. Schoeneman denied his guilt and sought to shift responsibility for what he had done to the Wehrmacht troops. The defendant argued that the actions of extermination of Jews were carried out on the initiative of the German armed forces and were in the nature of reprisals; they were designed to force the local population to abandon the conduct of guerrilla warfare. Based on the testimony of the accused, law enforcement officers detained three officers of the 354th Infantry Regiment involved in the liquidation of the Jewish community of the town of Krupki (September 18, 1941). During the investigation, it was established that the service members provided support to members of the Einsatzkommando 8 during the execution, but were not the initiators of this atrocity.

For complicity in the grave murders of 2,170 Jews in the settlements of Slonim, Borisov, Smolevichi, Krupki and others, V. Schoeneman was sentenced to 6 years in prison. When assigning such a lenient punishment, representatives of the German Themis relied on the dominant approach to assessing the criminal activities of former Nazis in the 1960s. According to the jury, the defendant was only a submissive executor of orders, an impersonal, devoid of his own motives “cog” in the mechanism of the Nazi state.

V. Schoeneman did not repent of what he had done. For the former punisher, Jewish victims were still just dry figures in the reports, thanks to which he sought to make a career. Schoeneman’s case proves that Wehrmacht service members took an active part in the Holocaust along with members of the Einsatzkommandos. The genocide, unprecedented in the history of humankind, became possible only because of the broad participation of German citizens representing various social strata and professional groups.

Keywords: Werner Schoenemann; Nazi criminals; Einsatzkommando 8; Wehrmacht; Holocaust; verdict; justice; crime; criminal responsibility; punishment; Jews; victims; Krupki; execution.

Cite as: Grakhotskiy AP. Delo V. Shenemana: aynzattskomanda 8, vermakht i Kholokost [The V. Schoeneman Case: Einsatzkommando 8, the Wehrmacht and the Holocaust]. *Lex russica*. 2021;74(10):113-124. DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.113-124. (In Russ., abstract in Eng.).

«Изучение преступников». В одной из своих работ немецкий историк Герхард Пауль признался, что так и не осмелился спросить у своего отца, который во время Второй мировой войны три года прослужил в Восточной Европе, знает ли он что-либо об уничтожении евреев. Полное молчание профессор Пауль хранил и в отношении своего дяди, несколько лет являвшегося начальником вокзала в Аушвице¹. Долгое время немецкие исследователи крайне неохотно обращались к изучению темы преступлений национал-социализма, так как перед каждым из них мог встать вопрос об участии в Холокосте ближайших родственников.

Г. Пауль отметил, что лишь после того, как в Германии сменилось два поколения ученых, в немецкой науке сформировалось отдельное направление, которое получило название «изучение преступников» (Täterforschung)². Данное научное направление во многом имеет междисциплинарный характер, объединяет изыскания историков, правоведов, философов, социальных

психологов и антропологов, в фокусе внимания которых находятся личности нацистских преступников, их злодеяния и преступные мотивы³.

Процесс становления концептуальной модели «изучения преступников» можно разделить на четыре периода. Первый период продолжался до начала 1960-х гг. В исследованиях того времени вина за нацистские преступления возлагалась исключительно на СС и гестапо. Сотрудники этих карательных структур представляли в образе садистов, уголовников, маргиналов, страдавших комплексом неполноценности. В реализации нацистских замыслов такие люди видели шанс проявить себя, подняться с социального дна, обрести значимость и построить карьеру⁴. Таким образом, патологизация и демонизация небольшой группы преступников позволили миллионам немецких граждан дистанцироваться от Холокоста и других преступлений национал-социализма.

Второй период (1960–1980-е гг.) был озаглавлен существенным изменением образа

¹ См.: Paul G. Von Psychopathen, Technokraten des Terrors und «ganz gewöhnlichen» Deutschen. Die Täter der Shoah im Spiegel der Forschung // Die Täter der Shoah: fanatische Nationalsozialisten oder ganz normale Deutsche? / Hg. G. Paul. Göttingen, 2002. S. 13.

² Paul G. Op. cit. S. 13–14.

³ См.: NS-Täter aus interdisziplinärer Perspektive / Hg. H. Kramer, K. Beischl. München, 2006.

⁴ Kogon E. Der SS-Staat: das System der deutschen Konzentrationslager. Berlin, 1947. S. 316.

нацистского преступника в немецких научных исследованиях: на смену патологическому садисту и уголовнику пришел хладнокровный бюрократ, педантично выполнявший приказы высшего руководства Третьего рейха. В работах ученых Холокост приобрел характер обезличенного, забюрократизированного, индустриального процесса, своеобразной фабрики смерти, где каждый нацистский функционер играл роль «винтика» в общем механизме массового уничтожения евреев⁵.

В 1963 г. вышла книга Ханны Арендт «Банальность зла. Эйхман в Иерусалиме». Известный философ описала свои впечатления от присутствия на процессе против бывшего начальника еврейского отдела Главного управления имперской безопасности А. Эйхмана⁶. По мнению автора, обвиняемый не был антисемитом, он не проявлял собственной инициативы в деле «окончательного решения еврейского вопроса», единственное, что им двигало — это личное тщеславие, бюрократическая покорность и стремление к карьерному росту. Согласно выводам Х. Арендт, «банальность зла» заключалась в том, что в условиях гитлеровского тоталитарного режима чиновники являлись лишь безвольными исполнителями приказов⁷.

Третий период охватывает 1990-е гг. На научные исследования этого периода существенное влияние оказали монографии двух американских ученых. В 1992 г. в Нью-Йорке вышла книга историка К. Браунинга «Совершенно обычные мужчины: резервный полицейский батальон 101 и “окончательное решение” в Польше»⁸. Автор реконструировал участие в Холокосте немецких полицейских из 101-го резервного батальона. Среди последних К. Браунинг выделил три типа личностей: 1) отъявленные

убийцы; 2) пассивные исполнители; 3) уклонисты. К числу отъявленных убийц ученый отнес незначительную группу полицейских, которые получали удовольствие от участия в акциях массового уничтожения евреев. Основную же массу резервистов составляли представители второго типа: те, кто «плыл по течению», молча и покорно выполняя приказы начальства. Уклонистами К. Браунинг назвал служащих полиции, которые отказались убивать евреев. Историк пришел к выводу о том, что решающими факторами, склонившими большинство «обычных мужчин» к участию в Холокосте, были отнюдь не антисемитизм и приверженность нацистской расовой идеологии, а чувство конформизма, корпоративный дух, коллективное давление и употребление алкоголя⁹.

Тематику «обычных людей», участвовавших в массовых убийствах евреев, продолжил Д. Гольдхаген¹⁰. В своей монографии «Добровольные палачи Гитлера: обычные немцы и Холокост» исследователь оспорил выводы К. Браунинга о причинах участия полицейских из 101-го резервного батальона в геноциде евреев. Д. Гольдхаген утверждал, что главной предпосылкой и мотивом Холокоста являлся массовый, глубоко укоренившийся в немецком обществе антисемитизм¹¹.

Кроме того, резонансным событием, всколыхнувшим немецкую общественность в середине 1990-х гг., стала передвижная выставка «Война на уничтожение. Преступления вермахта 1941–1944 гг.»¹². Экспозиция, подготовленная Гамбургским институтом социальных исследований, окончательно разрушила бытовавший среди граждан Германии миф о незапятнанном вермахте. На выставке демонстрировались многочисленные примеры участия немецких

⁵ Paul G. Op. cit. S. 20–21.

⁶ Преступника судили в 1961 г. в Иерусалиме. См., например: *Stangneth B. Eichmann vor Jerusalem: das unbehelligte Leben eines Massenmörders*. Zürich, 2011.

⁷ *Arendt H. Eichmann in Jerusalem: a report on the banality of evil*. London, 1963.

⁸ *Browning Ch. R. Ganz normale Männer. Das Reserve-Polizeibataillon 101 und die «Endlösung» in Polen*. Hamburg, 2019.

⁹ *Browning Ch. R. Op. cit. S. 208–246.*

¹⁰ О так называемом феномене Гольдхагена и влиянии работ ученого на представления немцев о проблемах национальной вины и идентичности см.: *Кауганов Е. Л. «Спор Гольдхагена»: реактуализация проблемы вины в контексте национальной идентичности ФРГ в 1990-е годы // Вестник Пермского университета. 2015. № 4. С. 188–195 ; Рулинский В. Преодоление нацистского прошлого в ФРГ. Феномен Гольдхагена // Современная Европа. 2016. № 5. С. 67–79.*

¹¹ *Goldhagen D. J. Hitlers willige Vollstrecker. Ganz gewöhnliche Deutsche und der Holocaust*. Berlin, 1996.

¹² См. о выставке подробно: *Борозняк А. И. Жестокая память. Нацистский рейх в восприятии немцев второй половины XX и начала XXI века*. М., 2014. С. 238–266.

военнослужащих в Холокосте и других преступлениях национал-социализма. Гамбургские исследователи называли следующие мотивы преступных деяний военных: приверженность нацистской расовой идеологии, вера в фюрера, чувства безнаказанности и всевластия, культ насилия, укоренившийся еще во времена Веймарской Германии¹³.

Таким образом, в исследованиях 1990-х гг. Холокост перестал быть обезличенным, анонимным злодеянием. Ученые акцентировали внимание на том, что в геноциде евреев принимало участие огромное количество «обычных немцев», которые имели собственные мотивы и осознанно шли на совершение преступлений¹⁴.

Четвертый период берет свое начало в 2000-х гг. В фокусе современных исследований находятся личности преступников, которые непосредственно на местах претворяли в жизнь планы «окончательного решения еврейского вопроса»: командиры и члены айнзатцкоманд, коменданты и надзиратели концентрационных лагерей и лагерей смерти, полицейские, офицеры и солдаты Вермахта¹⁵. Отдельно рассматривается роль немецких женщин в реализации преступных планов Третьего рейха¹⁶.

Как отмечают ученые, безукоризненная покорность нацистских преступников, их приверженность идеологии национал-социализма и желание любой ценой выполнить волю фюрера зачастую являлись лишь фасадом, за которым прятались индивидуальные мотивы: стремление к карьерному росту, жажда наживы, приспособленчество, бытовой антисемитизм, удовлетворение сексуальных потребностей, садизм¹⁷.

В данной статье автор ставит цель, опираясь на современные подходы к изучению преступников, на примере типичного нацистского функционера, командира одного из подразделений айнзатцкоманды 8 В. Шёнемана показать, каким образом после войны бывший нацист пытался избежать уголовной ответственности и какую правовую оценку со стороны немецкого правосудия получили его злодеяния.

Вернер Шёнеман. В. Шёнеман родился в 1911 г. в Берлине. В 1934 г. он окончил Берлинский университет (экономический факультет). Еще в студенческие годы Шёнеман вступил в СА, в 1936 г. стал членом СС. За год до этого нацист поступил на службу в уголовную полицию. В 1937 г. получил звание комиссара и возглавил отдел экономической контрразведки в гестапо Кёльна. В 1940 г. В. Шёнеман вступил в НСДАП. В 1941 г. Главным управлением имперской безопасности преступник был направлен на учебу на юридический факультет Берлинского университета. Однако в Берлине Шёнеман проучился только один семестр. В преддверии нападения на СССР он был командирован в г. Претч, где проходили подготовку будущие члены айнзатцкоманд. С июня по сентябрь 1941 г. преступник находился на территории Беларуси. В составе айнзатцкоманды 8 В. Шёнеман являлся командиром одного из шести карательных подразделений¹⁸.

После возвращения в Германию в октябре 1941 г. нацисту было разрешено продолжить учебу в университете. Однако преступный опыт члена айнзатцкоманды отразился на психике Шёнемана. Во время учебы он пытался покончить с собой. В 1942 г. преступник оставил университет и поступил на службу в гестапо Вены.

¹³ Paul G. Op. cit. S. 42.

¹⁴ См. об этом подробно: Paul G. Op. cit. S. 50–61.

¹⁵ См., например: *Karrieren der Gewalt nationalsozialistische Täterbiographien* / Hg. K. Mallmann. Darmstadt, 2004 ; *NS-Täter in der deutschen Gesellschaft* / Hg. K. Freudiger, J. Perels. Hannover, 2002 ; *Ullrich Ch.* «Ich fühl' mich nicht als Mörder»: die Integration von NS-Tätern in die Nachkriegsgesellschaft. Darmstadt, 2011 ; *Nationalsozialistische Täterschaften. Nachwirkungen in Gesellschaft und Familie* / Hg. O. von Wrochem, C. Eckel. Berlin, 2016.

¹⁶ См.: *Kompisch K.* Täterinnen: Frauen im Nationalsozialismus. Köln, 2008 ; *Pahlke N. H.* Täterinnen im Nationalsozialismus: ein kriminologischer Erklärungsversuch. Baden-Baden, 2009 ; *Mühlenberg J.* Das SS-Helferinnenkorps: Ausbildung, Einsatz und Entnazifizierung der weiblichen Angehörigen der Waffen-SS 1942–1949. Hamburg, 2010 ; *Lower W.* Hitlers Helferinnen: deutsche Frauen im Holocaust. München, 2014.

¹⁷ *Die Täter der Shoah: fanatische Nationalsozialisten oder ganz normale Deutsche?* / Hg. G. Paul. Göttingen, 2002.

¹⁸ Das Urteil des Landgerichts Köln vom 12.05.1964, 24 Ks 1/63 // *Justiz und NS-Verbrechen : Sammlung deutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen. 1945–1966.* Band XX. Amsterdam, 1979. № 573. S. 165–166.

В сентябре 1944 г. В. Шёнеман был командирован в Словакию. В составе айнзатцкоманды 13 он принимал участие в подавлении Словацкого национального восстания¹⁹.

В 1945 г. В. Шёнеман вернулся в Австрию, где продолжил работу в гестапо. В апреле 1945 г., накануне освобождения Вены войсками Красной армии, преступник оставил службу и спрятался в небольшом поселении Вайер в Верхней Австрии. Вместе со своей любовницей он проживал в охотничьем домике, принадлежавшем одной из австрийских семей²⁰. Здесь В. Шёнеману удалось получить фальшивые документы на имя жителя Праги В. Шенка. В июне 1945 г. он покинул гостевой дом и отправился вглубь Австрии. Однако месяц спустя преступник был арестован²¹.

Через некоторое время встал вопрос о передаче В. Шёнемана в руки чехословацкого правосудия. За многочисленные преступления, совершенные в ходе подавления восстания в Жилине, бывшему нацисту грозила смертная казнь. Шёнеман делал все возможное для того, чтобы избежать высылки в Чехословакию. На допросах в прокуратуре он заявлял, что являлся начальником одного из отделов гестапо в австрийской столице и лично организовывал пытки заключенных. В итоге суд состоялся в Вене. В декабре 1947 г. В. Шёнеман был приговорен к 10 годам лишения свободы²².

Однако преступник не собирался отбывать назначенное наказание. Он написал письмо ми-

нистру юстиции Австрии с просьбой о пересмотре судебного приговора. Шёнеман утверждал, что не занимал руководящих позиций в гестапо Вены, а также изложил министру свою версию Словацкого восстания, в соответствии с которой немецкие военнослужащие являлись «жертвами агрессии повстанцев». Приговор В. Шёнеману был отменен, а его дело отправлено на доработку. В октябре 1951 г. состоялось повторное судебное разбирательство. За преступления, совершенные в отношении заключенных жилинской тюрьмы, бывший нацист получил девять месяцев лишения свободы. Венский суд учел время нахождения обвиняемого под стражей и принял решение о его депортации на родину. В ноябре 1951 г. В. Шёнеман вернулся в Германию²³.

До 1953 г. бывший каратель работал мастером на моторном заводе. Затем устроился начальником торгового отдела одного из предприятий Кёльна. В 1959 г. В. Шёнеман узнал об аресте своего друга и сослуживца К. Рурберга²⁴. В спешном порядке Шёнеман взял годовой отпуск «для прохождения лечения» и покинул Германию. Бывший нацист скрывался в Ливане, Египте, Греции, Испании, Швейцарии, Австрии²⁵. Вслед за В. Шёнеманом в Австрию направились его жена и любовница²⁶. Женщины обеспечивали беглеца деньгами и даже пригнали ему из Германии автомобиль²⁷.

В 1960 г., уже находясь в федеральном розыске, преступник тайком вернулся на родину,

¹⁹ Das Urteil vom 12.05.1964. S. 166.

²⁰ Нужно отметить, что В. Шёнеман был далеко не единственным беглецом, укрывавшимся в этом доме. Таких «гостей» насчитывалось около 20. Как отмечает К. Ульрих, многочисленные факты сочувственного отношения австрийских граждан к гитлеровским преступникам разрушают нарратив об австрийцах — «жертвах нацистской агрессии». См.: *Ullrich Ch. Op. cit. S. 47.*

²¹ См. об этом: *Ullrich Ch. Op. cit. S. 44–47.*

²² *Ullrich Ch. Op. cit. S. 47.*

²³ *Ullrich Ch. Op. cit. S. 47–48 ; Das Urteil vom 12.05.1964. S. 166.*

²⁴ Как и В. Шёнеман, К. Рурберг в период с июля по сентябрь 1941 г. являлся командиром одного из подразделений айнзатцкоманды 8. На судебном процессе в Мюнхене в 1961 г. К. Рурберг был оправдан. Суд посчитал, что подсудимый действовал в условиях «мнимой крайней необходимости», исключая вину обвиняемого. См.: *Das Urteil des Landgerichts München I vom 21.07.1961, 22 Ks 1/61 // Justiz und NS-Verbrechen. Sammlung deutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen. 1945–1966. Band XVII. Amsterdam, 1977. № 519. S. 704.*

²⁵ Das Urteil vom 12.05.1964. S. 167.

²⁶ Представляется, что немецкие женщины играли не последнюю роль в укрывательстве своих избранников — бывших нацистов. Стоит отметить, что и начальник В. Шёнемана, командир айнзатцкоманды 8 О. Бадффиш, скрывался от правосудия под фамилией покойного мужа своей любовницы. См. подробнее: *Грахоцкий А. П. «Амнистия через заднюю дверь» для нацистского преступника Отто Бадффиша // Lex russica. 2020. № 5. С. 83–96.*

²⁷ *Ullrich Ch. Op. cit. S. 174–175.*

проживал в Мюнхене, затем в Кёльне. Под вымышленной фамилией он провел отпуск со своей дамой сердца на одном из немецких курортов. В мае 1961 г., заручившись поддержкой известного адвоката Рудольфа Ашенауэра²⁸, В. Шёнеман добровольно явился в полицию. Бывший нацист был уверен, что ему уже ничего не угрожает. По мнению преступника, срок давности преступлений, которые вменялись ему в вину, истекал в 1961 г.²⁹ Однако Шёнеман просчитался. Деяния, совершенные бывшим карателем в конце июня — сентябре 1941 г. на территории Беларуси, были квалифицированы прокуратурой как пособничество тяжким убийствам³⁰. Следствие по делу В. Шёнемана продолжалось три года³¹.

Судебный процесс в Кёльне. В марте 1964 г. В. Шёнеман предстал перед судом Кёльна. Командиру карательного подразделения айнзатцкоманды 8 вменялись в вину следующие преступления: 1) участие в расстреле 150 еврейских мужчин в Белостоке; 2) организация четырех акций уничтожения евреев в Слониме (около 2 000 жертв); 3) расстрелы евреев Борисова (минимум 300 человек); 4) убийства

заключенных Борисовской тюрьмы (не менее 100 человек); 5) расстрел 30 советских военнопленных в окрестностях Борисова³²; 6) уничтожение евреев в Лагойске (около 80 человек) и Зембине (минимум 70 человек); 7) проведение двух массовых расстрелов в Смолевичах (по меньшей мере 320 еврейских жертв); 8) уничтожение еврейской общины в Крупках (минимум 600 человек)³³.

Обвиняемый полностью отрицал свое участие в акциях массового уничтожения евреев Белостока и Слонима. По словам В. Шёнемана, только в Борисове, где с конца июля 1941 г. размещался штаб вверенного ему подразделения, каратель впервые столкнулся с необходимостью участия в расстрелах евреев³⁴. Согласно показаниям преступника, в его обязанности входила координация действий различных гитлеровских структур, созданных на территории Борисовского района. Ежедневно он посещал комендатуры, войсковые единицы, колхозы, отделения полевой жандармерии, полиции порядка и вспомогательной полиции. По итогам таких инспекций В. Шёнеман составлял отчеты, которые поступали командиру айнзатцгруппы В³⁵.

²⁸ Р. Ашенауэр специализировался на защите бывших нацистских преступников. Он выступал защитником на таких громких судебных разбирательствах, как Нюрнбергский процесс против командира айнзатцгруппы Д Отто Олендорфа (1947–1948 гг.), Ульмский процесс против членов айнзатцкоманды «Тильзит» (1958 г.), Франкфуртский процесс против служащих концентрационного лагеря и лагеря смерти Аушвиц (1963–1965 гг.) и др. См.: *Seliger H. Politische Anwälte? Die Verteidiger der Nürnberger Prozesse.* Baden-Baden : Nomos, 2016.

²⁹ В. Шёнеман исходил из того, что массовые расстрелы евреев будут квалифицированы судом как простые убийства (т. е. убийства безотягощающих обстоятельств). Срок давности привлечения к уголовной ответственности за совершение простого убийства составлял 15 лет. В отношении нацистских преступлений начало течения давности устанавливалось с 8 мая 1945 г. См.: *Алексеев Н. С. Злодеяния и возмездие: преступления против человечества.* М., 1986. С. 285–286.

³⁰ В уголовном праве ФРГ отсутствовал срок давности привлечения к ответственности за пособничество тяжкому убийству. Как правило, немецкие суды признавали исполнителями тяжких убийств (Täter) Гитлера и его ближайшее окружение. В свою очередь, преступники, действовавшие по приказу высшего руководства Рейха (выполнявшие волю фюрера), признавались пособниками (Gehilfe). См. об этом: *Just-Dahlmann B., Just H. Die Gehilfen: NS-Verbrechen und die Justiz nach 1945.* Frankfurt, 1988 ; *Ледях И. А. Нацистские преступники и судебная практика в ФРГ.* М., 1973.

³¹ *Ullrich Ch.* Op. cit. S. 176–178.

³² Из лагеря военнопленных были отобраны 30 человек с «азиатской внешностью». Последние были признаны нацистами «расово неполноценными» и осуждены на смерть.

³³ Установить точное количество жертв преступлений В. Шёнемана не представлялось возможным. Показания обвиняемого, свидетелей, а также данные о расстрелянных евреях, указанные в отчетах айнзатцкоманды 8, существенно разнились. Поэтому судьи стремились определить минимально возможное число убитых, за которое подсудимый должен был понести наказание. См.: *Das Urteil vom 12.05.1964.* S. 171–177.

³⁴ *Das Urteil vom 12.05.1964.* S. 170–172.

³⁵ *Gerlach Ch. Kalkulierte Morde. Die deutsche Wirtschafts- und Vernichtungspolitik in Weißrussland 1941 bis 1944.* Hamburg : Hamburger Ed., 1999. S. 632.

Таким образом подсудимый пытался доказать, что расстрелы еврейского населения не входили в его основной функционал. Обвиняемый утверждал: лишь после войны он узнал о том, что айнзатцкоманды создавались в целях «окончательного решения еврейского вопроса». В. Шёнеман настаивал, что казни евреев осуществлялись по инициативе вермахта, члены айнзатцкоманды 8 лишь «помогали» немецким военнослужащим при организации экзекуций³⁶.

Обвиняемый написал письмо председателю Свободной демократической партии Германии Эриху Менде³⁷. В своем письме В. Шёнеман отмечал, что судебное разбирательство в Кёльне в первую очередь вредит авторитету бундесвера. Далее подсудимый переходил к угрозам: если Менде не поспособствует прекращению процесса, то Шёнеман будет вынужден раскрыть имена настоящих преступников — офицеров вермахта³⁸.

Кроме того, В. Шёнеман обратился с открытым письмом к премьер-министру земли Северный Рейн — Вестфалия Ф. Мейерсу. Бывший каратель просил политика остановить попытки «фальсификации истории» и защитить его от «политического бесправия»³⁹. Обвиняемый писал, что органы правосудия ФРГ выполняли политический заказ — стремились скрыть

факты участия вермахта в акциях уничтожения евреев и возложить всю вину на членов айнзатцкоманд⁴⁰.

На суде В. Шёнеман заявлял: расстрелы евреев, организованные немецкими военными, отнюдь не являлись мероприятиями в рамках «окончательного решения еврейского вопроса», а были акциями возмездия, вынужденными мерами в ответ на диверсии со стороны местного населения. Другими словами, вермахт проводил репрессалии⁴¹: пытался заставить местных жителей отказаться от ведения партизанской войны⁴².

Наибольший резонанс вызвал эпизод обвинения, связанный с уничтожением еврейской общины местечка Крупки⁴³. Так, В. Шёнеман утверждал, что расстрел евреев в Крупках проводился по инициативе 3-го батальона 354-го пехотного полка⁴⁴. В 1964 г. по данному делу правоохранительными органами были задержаны три отставных офицера вермахта: командир 3-го батальона майор Й. Вальдов, капитан С. Вернер и капитан Мейер-Шёллер⁴⁵.

В ходе следствия были восстановлены следующие обстоятельства произошедшего. В сентябре 1941 г. из Борисова в Крупки в штаб 3-го батальона прибыл командир карательного подразделения айнзатцкоманды 8 В. Шёнеман.

³⁶ Ullrich Ch. Op. cit. S. 201.

В 1960-е гг. подобные заявления крайне болезненно воспринимались как в рядах вооруженных сил ФРГ (бундесвера), так и в целом немецкой общественностью. Вплоть до начала 1990-х гг. немцы были убеждены, что солдаты и офицеры вермахта лишь выполняли свой воинский долг, «доблестно» сражались с противником и не были причастны к преступлениям нацистского режима. См.: Грахоцкий А. П. Место преступления — деревня Круча: правосудие ФРГ, «незапятанный» вермахт и Холокост // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2020. № 2. С. 64–79.

³⁷ Э. Менде в годы войны являлся офицером немецких вооруженных сил.

³⁸ Ullrich Ch. Op. cit. S. 206.

³⁹ Ullrich Ch. Op. cit. S. 207.

⁴⁰ Ullrich Ch. Op. cit. S. 206.

⁴¹ О репрессалиях см., например: Антихович А. Механизм применения контрмер: регламентация в проекте статей Комиссии международного права ООН об ответственности государств // Журнал международного права и международных отношений. 2005. № 3. С. 13–16.

⁴² Ullrich Ch. Op. cit. S. 201.

Нужно отметить, что на процессе в Дармштадте (1954 г.) три военнослужащих 339-й пехотной дивизии вермахта, обвинявшиеся в расстреле еврейских жителей деревни Круча (Могилёвская обл.), также доказывали, что их действия являлись репрессалиями. См. подробнее: Грахоцкий А. П. Место преступления — деревня Круча...

⁴³ Сегодня Крупки являются районным центром в Минской области. Город расположен в 140 км от Минска.

⁴⁴ Das Urteil vom 12.05.1964. S. 178. 3-й батальон 354-го пехотного полка прибыл в район Крупок в конце июля 1941 г. Непосредственно в местечке были расквартированы 10-я и 12-я роты. См.: Beorn W. W. Genocide in a Small Place: Wehrmacht Complicity in Killing the Jews of Krupki, 1941 // The Holocaust and Local History / T. Kühne, T. Lawson (ed.). Edgware, 2011. P. 92.

⁴⁵ Beorn W. W. Op. cit. P. 111.

Последний рассказал командиру батальона о запланированной акции уничтожения местных евреев и попросил майора Й. Вальдова оказать поддержку при проведении экзекуции. Численность подразделения В. Шёнемана составляла 20 человек. Этого было явно недостаточно для проведения столь масштабной акции уничтожения⁴⁶.

Согласно показаниям Й. Вальдова, офицер отказался предоставить солдат для участия в расстреле. Однако В. Шёнеман уверил его, что от военнослужащих потребуются лишь помощь при конвоировании жертв и обеспечении охраны места экзекуции. В результате командир батальона приказал 10-й и 12-й ротам оказать поддержку членам айнзатцкоманды⁴⁷. Уже на следующий день командир 12-й роты лейтенант Н. отправился за пределы Крупок, чтобы найти подходящее место казни. Примерно в 2 км от городского поселка, недалеко от деревни Лебедево, на заболоченном берегу реки Стражница были выбраны две торфяные ямы, которые и послужили могилами для местных евреев⁴⁸.

В 7 часов утра 18 сентября 1941 г. подразделение айнзатцкоманды 8 во главе с В. Шёнеманом прибыло в Крупки. Солдаты организовали оцепление городского поселка. К членам айнзатцкоманды присоединилось 15–20 добровольцев из числа военнослужащих 12-й роты, которые начали выгонять евреев из их домов. Людям было велено взять с собой деньги и ценные вещи. В течение двух часов на базарной площади проходила регистрация жертв. Затем организованными колонами евреев отправили к месту экзекуции. Стариков и инвалидов грубо зашвыривали в грузовики, предоставленные вермахтом⁴⁹.

Прибыв на место казни, евреи должны были группами по 10 человек подходить к могилам, снимать верхнюю одежду, часы и драгоценности. Затем каратели сталкивали людей в ямы и расстреливали из автоматов. Последующие жертвы укладывались на трупы своих предшественников. Как было установлено следствием, начало расстрелу положил сам В. Шёнеман. Преступник прыгнул в яму и произвел первый выстрел⁵⁰. Младенцев убивали, держа за ногу на расстоянии вытянутой руки⁵¹.

Экзекуция завершилась в районе пяти часов вечера. Члены айнзатцкоманды 8 собрали конфискованные ценности и покинули место преступления. Из местных жителей была сформирована рабочая команда, которой было приказано закопать могилы⁵². Некоторым евреям удалось выжить. Пуля пролетела мимо 21-летней Софьи Шалаумовой. Девушка лежала в яме среди мертвых тел своих близких и знакомых. Крестьяне, закапывавшие могилу, позволили ей бежать. Мария Шпунт вместе со своим сыном сбежала от смерти непосредственно во время расстрела. Каратели тщетно стреляли ей в след⁵³.

На следующий день В. Шёнеман отчитался о проведении акции командиру айнзатцкоманды 8 Отто Брадфишу. Спустя месяц информация поступила Генриху Гиммлеру. В отчете указывалось, что в Крупках было уничтожено 912 евреев, в Холопеничах — 822⁵⁴. Каратели докладывали в Берлин, что регион Крупки можно считать «свободным от евреев»⁵⁵.

Немецкие правоохранители так до конца и не выяснили, были ли военнослужащие 3-го батальона в числе лиц, непосредственно стрелявших в евреев. Американский историк Уайтман Уэйд Беорн пришел к выводу, что группа добровольцев из 15–20 военных, предоставленная

⁴⁶ *Beorn W. W.* Op. cit. P. 93.

Еврейская община Крупок насчитывала около тысячи человек, что составляло более четверти населения местечка.

⁴⁷ Das Urteil vom 12.05.1964. S. 178 ; *Beorn W. W.* Op. cit. P. 93.

⁴⁸ *Beorn W. W.* Op. cit. P. 94.

⁴⁹ *Beorn W. W.* Op. cit. P. 95.

⁵⁰ Das Urteil vom 12.05.1964. S. 178.

⁵¹ *Beorn W. W.* Op. cit. P. 96.

⁵² *Beorn W. W.* Op. cit. P. 98.

⁵³ *Смиловицкий Л.* «Это было...» // Мое местечко: проект «Голоса еврейских местечек. Минская область». URL: http://shtetle.com/shtetls_minsk/krupki/krupki_war.html (дата обращения: 12.08.2021) ; *Beorn W. W.* Op. cit. P. 96, 98.

⁵⁴ Примечательно, что расстрел в Холопеничах (городской поселок в Крупском районе) не фигурировал в материалах уголовного дела. Данное преступление осталось безнаказанным.

⁵⁵ *Beorn W. W.* Op. cit. P. 99 ; *Gerlach Ch.* Op. cit. S. 586.

майором Вальдовым в распоряжение айнзатцкоманды 8, могла использоваться В. Шёнеманом в качестве резервных стрелков. У Беорн ссылается на воспоминания двух военнослужащих 12-й роты, которые в своих дневниках описывали участие в расстреле⁵⁶.

Кроме того, В. Шёнеман на одном из допросов заявил: расстрел прошел «невероятно быстро». Свидетели из числа бывших членов айнзатцкоманды 8 также отмечали, что Шёнеман не любил «тянуть время» при проведении экзекуций. К концу дня ухудшилась погода, начался дождь, поэтому преступники были заинтересованы в ускорении казни. Вероятно, именно группа резервных стрелков помогла карателям поскорее закончить расстрел⁵⁷.

В итоге показания В. Шёнемана о том, что акция уничтожения евреев Крупок проходила по инициативе вермахта, не нашли своего подтверждения. Суд пришел к выводу, что военнослужащие оказывали содействие членам айнзатцкоманды 8 в осуществлении экзекуции, но не являлись инициаторами расстрела⁵⁸.

Задержанные правоохранительными органами офицеры 3-го батальона так и не были привлечены к уголовной ответственности. Дело майора Й. Вальдова было прекращено по причине «слабого здоровья» обвиняемого. Последний страдал «сердечной аритмией». В отношении С. Вернера и Мейер-Шёллера прокуратуре не удалось доказать, что обвиняемые принимали участие в экзекуции исходя из расистских побуждений. Ввиду этого действия военных были квалифицированы как пособничество простым убийствам. Срок давности привлечения к уголовной ответственности за эти преступления истек в 1961 г.⁵⁹

Заключение. 12 мая 1964 г. суд Кёльна вынес приговор по делу В. Шёнемана. Присяжные за-

ключили: подсудимому было хорошо известно о планах руководства Третьего рейха по «окончательному решению еврейского вопроса»; обвиняемый понимал, что еврейское население было обречено на смерть исключительно по причине своего «расового происхождения» и осознанно содействовал осуществлению преступных замыслов Гитлера. За пособничество тяжким убийствам 2 170 человек⁶⁰ В. Шёнеман был приговорен к шести годам лишения свободы⁶¹.

Столь мягкий приговор судьи объясняли рядом обстоятельств, смягчающих вину подсудимого. По мнению присяжных, В. Шёнеман, которому на момент начала Второй мировой войны было «всего 29 лет», находился под массивным воздействием нацистской пропаганды, он слепо верил в идеи фюрера и даже не задумывался о возможности отказа от выполнения приказов высшего руководства Третьего рейха. В приговоре отмечалось: «не было бы этих преступных приказов, подсудимый вел бы законопослушный образ жизни»⁶². Таким образом, при назначении наказания В. Шёнеману представители немецкой Фемиды опирались на доминирующий в 1960-е гг. подход к оценке преступной деятельности бывших нацистов: подсудимый являлся лишь покорным исполнителем приказов, обезличенным, лишенным собственных мотивов «винтиком» в механизме нацистского государства.

Обвиняемый не раскаялся в содеянном. В ходе процесса он заявлял: «Я чувствую себя свободным от осознания персональной вины»⁶³. В. Шёнеман представлял себя жертвой западногерманской юстиции: судьи пытались возложить на него вину за злодеяния, совершенные военнослужащими вермахта⁶⁴.

Свидетели, выступавшие на процессе, характеризовали В. Шёнемана как рьяного карьериста.

⁵⁶ *Beorn W. W. Op. cit. P. 97.*

⁵⁷ *Beorn W. W. Op. cit. P. 98.*

⁵⁸ *Das Urteil vom 12.05.1964. S. 178.*

⁵⁹ *Beorn W. W. Op. cit. P. 111.*

⁶⁰ Факты свидетельствуют о том, что число жертв преступлений В. Шёнемана было гораздо большим. Например, подсудимый был признан виновным в уничтожении как минимум 70 евреев Зембина (поселок в Борисовском районе). В реальности 18 августа 1941 г. подразделение В. Шёнемана уничтожило 927 узников Зембинского гетто. См.: *Gerlach Ch. Op. cit. S. 570, 599.*

⁶¹ *Das Urteil vom 12.05.1964. S. 183.*

Нужно отметить, что в Уголовном кодексе ФРГ отсутствовал такой состав преступления, как геноцид. Исходя из этого акции массового уничтожения евреев квалифицировались как отдельные случаи убийств.

⁶² *Das Urteil vom 12.05.1964. S. 182–183.*

⁶³ *Ullrich Ch. Op. cit. S. 202.*

⁶⁴ *Ullrich Ch. Op. cit. S. 203.*

ста, строгого руководителя, который требовал безукоризненного исполнения приказов: подсудимый никогда не избегал акций массового уничтожения евреев и сам подавал пример своим подчиненным, зачастую он лично начал расстрельные акции⁶⁵.

Таким образом, кейс В. Шёнемана доказывает, что активное участие в Холокосте наряду с членами айнзатцкоманд принимали и военнослужащие вермахта. Беспрецедентный в истории человечества геноцид стал возмож-

ным лишь в результате широкого участия немецких граждан, представлявших различные социальные слои и профессиональные группы. Уголовный процесс, состоявшийся спустя два десятилетия после окончания Второй мировой войны, показал, что преступник так и не осознал своей вины. Для бывшего нациста В. Шёнемана еврейские жертвы по-прежнему являлись лишь сухими цифрами в отчетах, благодаря которым он стремился сделать себе карьеру.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Алексеев Н. С.* Злодеяния и возмездие: преступления против человечества. — М. : Юрид. лит., 1986. — 400 с.
2. *Антихович А.* Механизм применения контрмер: регламентация в проекте статей Комиссии международного права ООН об ответственности государств // Журнал международного права и международных отношений. — 2005. — № 3. — С. 13–16.
3. *Борозняк А. И.* Жестокая память. Нацистский рейх в восприятии немцев второй половины XX и начала XXI века. — М. : Политическая энциклопедия, 2014. — 352 с.
4. *Грахоцкий А. П.* «Амнистия через заднюю дверь» для нацистского преступника Отто Брандфиша // Lex russica. — 2020. — № 5. — С. 83–96.
5. *Грахоцкий А. П.* Место преступления — деревня Круча: правосудие ФРГ, «незапятанный» вермахт и Холокост // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. — 2020. — № 2. — С. 64–79.
6. *Кауганов Е. Л.* «Спор Гольдхагена»: реактуализация проблемы вины в контексте национальной идентичности ФРГ в 1990-е годы // Вестник Пермского университета. — 2015. — № 4. — 188–195.
7. *Ледях И. А.* Нацистские преступники и судебная практика в ФРГ. — М. : Юрид. лит., 1973. — 162 с.
8. *Рулинский В.* Преодоление нацистского прошлого в ФРГ. Феномен Гольдхагена // Современная Европа. — 2016. — № 5. — С. 67–79.
9. *Смиловицкий Л.* «Это было...» // Мое местечко: проект «Голоса еврейских местечек. Минская область». — URL: http://shtetle.com/shtetls_minsk/krupki/krupki_war.html (дата обращения: 12.05.2021).
10. *Arendt H.* Eichmann in Jerusalem: a report on the banality of evil. — London : Faber and Faber, 1963. — 275 p.
11. *Beorn W. W.* Genocide in a Small Place: Wehrmacht Complicity in Killing the Jews of Krupki, 1941 // The Holocaust and Local History / eds. T. Kühne, T. Lawson. — Edgware : Vallentine Mitchell, 2011. — P. 87–116.
12. *Browning Ch. R.* Ganz normale Männer. Das Reserve-Polizeibataillon 101 und die «Endlösung» in Polen. — Hamburg : Rowohlt Taschenbuch Verlag, 2019. — 332 S.
13. Die Täter der Shoah: fanatische Nationalsozialisten oder ganz normale Deutsche? / Hg. G. Paul. — Göttingen : Wallstein-Verlag, 2002. — 276 S.
14. *Gerlach Ch.* Kalkulierte Morde. Die deutsche Wirtschafts- und Vernichtungspolitik in Weißrussland 1941 bis 1944. — Hamburg : Hamburger Ed., 1999. — 1231 S.
15. *Goldhagen D. J.* Hitlers willige Vollstrecker. Ganz gewöhnliche Deutsche und der Holocaust. — Berlin : Siedler, 1996. — 728 S.
16. *Just-Dahlmann B., Just H.* Die Gehilfen: NS-Verbrechen und die Justiz nach 1945. — Frankfurt : Athenaeum, 1988. — 326 S.
17. Karrieren der Gewalt nationalsozialistische Täterbiographien / Hg. K. Mallmann. — Darmstadt, 2004. — 282 S.
18. *Kogon E.* Der SS-Staat: das System der deutschen Konzentrationslager. — Berlin : Verlag des Druckhauses Tempelhof, 1947. — 384 S.
19. *Kompisch K.* Täterinnen: Frauen im Nationalsozialismus. — Köln : Böhlau, 2008. — 277 S.
20. *Lower W.* Hitlers Helferinnen: deutsche Frauen im Holocaust. — München : Hanser, 2014. — 335 S.

⁶⁵ *Ullrich Ch.* Op. cit. S. 201 ; Das Urteil vom 12.05.1964. S. 178, 180.

21. *Mühlenberg J.* Das SS-Helferinnenkorps: Ausbildung, Einsatz und Entnazifizierung der weiblichen Angehörigen der Waffen-SS 1942–1949. — Hamburg : Hamburger Ed., 2010. — 575 S.
22. Nationalsozialistische Täterschaften. Nachwirkungen in Gesellschaft und Familie / Hg. O. von Wrochem, C. Eckel. — Berlin : Metropol, 2016. — 534 S.
23. NS-Täter aus interdisziplinärer Perspektive / Hg. H. Kramer, K. Beischl. — München : Meidenbauer, 2006. — 445 S.
24. NS-Täter in der deutschen Gesellschaft / Hg. K. Freudiger, J. Perels. — Hannover : Offizin-Verl., 2002. — 167 S.
25. *Pahlke N. H.* Täterinnen im Nationalsozialismus: ein kriminologischer Erklärungsversuch. — Baden-Baden : Nomos, 2009. — 189 S.
26. *Paul G.* Von Psychopathen, Technokraten des Terrors und «ganz gewöhnlichen» Deutschen. Die Täter der Shoah im Spiegel der Forschung // Die Täter der Shoah: fanatische Nationalsozialisten oder ganz normale Deutsche? / Hg. G. Paul. — Göttingen : Wallstein-Verl., 2002. — S. 13–90.
27. *Seliger H.* Politische Anwälte? Die Verteidiger der Nürnberger Prozesse. — Baden-Baden : Nomos, 2016. — 621 S.
28. *Stangneth B.* Eichmann vor Jerusalem: das unbehelligte Leben eines Massenmörders. — Zürich : Arche, 2011. — 655 S.
29. *Ullrich Ch.* «Ich fühl' mich nicht als Mörder»: die Integration von NS-Tätern in die Nachkriegsgesellschaft. — Darmstadt : WBG, 2011. — 354 S.

Материал поступил в редакцию 29 августа 2021 г.

REFERENCES

1. Alekseev NS. Zlodeyaniya i vozmezhdie: prestupleniya protiv chelovechestva [Atrocities and retribution: crimes against humanity]. Moscow: Yurid. lit.; 1986. (In Russ.)
2. Antikhovich A. Mekhanizm primeneniya kontrmer: reglamentatsiya v proekte statey Komissii mezhdunarodnogo prava OON ob otvetstvennosti gosudarstv [Mechanism of application of countermeasures: Regulation in the draft articles of the UN International Law Commission on State responsibility]. *Zhurnal mezhdunarodnogo prava i mezhdunarodnykh otnosheniy [Journal of International Law and International Relations]*. 2005;3:13-16. (In Russ.)
3. Boroznyak AI. Zhestokaya pamyat. Natsistskiy reykh v vospriyatii nemtsev vtoroy poloviny XX i nachala XXI veka [Cruel memory. Nazi Reich in the perception of the Germans of the second half of the 20th and early 21st century]. Moscow: Polit. entsiklopediya; 2014. (In Russ.)
4. Grakhotskiy AP. "Amnistiya cherez zadnyuyu dver" dlya natsistskogo prestupnika Otto Bradfisha ["Amnesty through the Back Door" for Nazi Criminal Otto Bradfisch]. *Lex russica*. 2020;(5):83-96. (In Russ.)
5. Grakhotskiy AP. Mesto prestupleniya — derevnya Krucha: pravosudie FRG, «nezapyatnannyy» vermakht i Kholokost [Crime scene: The village of Krucha. Justice of the FRG, the "unblemished" Wehrmacht and the Holocaust]. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatelstva i sravnitel'nogo pravovedeniya [Journal of Foreign Legislation and Comparative Law]*. 2020;2:64-79. (In Russ.)
6. Kauganov EL. "Spor Goldkhagena": reaktualizatsiya problemy viny v kontekste natsionalnoy identichnosti FRG v 1990-e gody ["Goldhagen Dispute": Reactualization of the problem of guilt in the context of the national identity of Germany in the 1990s]. *Vestnik Permskogo universiteta [Perm University Herald]*. 2015;4:188-195. (In Russ.)
7. Ledyakh IA. Natsistskie prestupniki i sudebnaya praktika v FRG [Nazi criminals and judicial practice in Germany]. Moscow: Yuridicheskaya literatura; 1973. (In Russ.)
8. Rulinskiy V. Preodolenie natsistskogo proshlogo v FRG. Fenomen Goldkhagena [Overcoming the Nazi past in Germany. The Goldhagen phenomenon]. *Sovremennaya Evropa [Modern Europe]*. 2016;5:67-79. (In Russ.)
9. Smilovitskiy L. "Eto bylo..." ["It was..."]. Moye mestechko: proekt "Golosa evreyskikh mestechek. Minskaya oblast" [My place: "The voices of Jewish towns" project. Minsk region] Available from: http://shtetle.com/shtetls_minsk/krupki/krupki_war.html [cited 2021 May 12]. (In Russ.)
10. Arendt H. Eichmann in Jerusalem: A report on the banality of evil. London: Faber and Faber; 1963.
11. Beorn WW. Genocide in a Small Place: Wehrmacht Complicity in Killing the Jews of Krupki, 1941. In: Kühne T, Lawson T, editors. *The Holocaust and Local History*. Edgware: Vallentine Mitchell; 2011. P. 87–116.

12. Browning ChR. Ganz normale Männer. Das Reserve-Polizeibataillon 101 und die «Endlösung» in Polen. Hamburg: Rowohlt Taschenbuch Verlag; 2019.
13. Paul G, editor. Die Täter der Shoah: fanatische Nationalsozialisten oder ganz normale Deutsche? Göttingen: Wallstein-Verl.; 2002.
14. Gerlach Ch. Kalkulierte Morde. Die deutsche Wirtschafts- und Vernichtungspolitik in Weißrussland 1941 bis 1944. Hamburg: Hamburger Ed.; 1999.
15. Goldhagen DJ. Hitlers willige Vollstrecker. Ganz gewöhnliche Deutsche und der Holocaust. Berlin: Siedler; 1996.
16. Just-Dahlmann B, Just H. Die Gehilfen: NS-Verbrechen und die Justiz nach 1945. Frankfurt: Athenaeum; 1988.
17. Mallmann K, editor. Karrieren der Gewalt nationalsozialistische Täterbiographien. Darmstadt: Wiss. Buchges; 2004.
18. Kogon E. Der SS-Staat: das System der deutschen Konzentrationslager. Berlin: Verlag des Druckhauses Tempelhof; 1947.
19. Kompisch K. Täterinnen: Frauen im Nationalsozialismus. Köln: Böhlau; 2008.
20. Lower W. Hitlers Helferinnen: deutsche Frauen im Holocaust. München: Hanser; 2014.
21. Mühlenberg J. Das SS-Helferinnenkorps: Ausbildung, Einsatz und Entnazifizierung der weiblichen Angehörigen der Waffen-SS 1942–1949. Hamburg: Hamburger Ed.; 2010.
22. Wrochem O Von, Eckel C, editors. Nationalsozialistische Täterschaften. Nachwirkungen in Gesellschaft und Familie. Berlin: Metropol; 2016.
23. Kramer H, Beischl K, editors. NS-Täter aus interdisziplinärer Perspektive. München: Meidenbauer; 2006.
24. Freudiger K, Perels J, editors. NS-Täter in der deutschen Gesellschaft. Hannover: Offizin-Verl.; 2002.
25. Pahlke NH. Täterinnen im Nationalsozialismus: ein kriminologischer Erklärungsversuch. Baden-Baden: Nomos; 2009.
26. Paul G. Von Psychopathen, Technokraten des Terrors und «ganz gewöhnlichen» Deutschen. In: Paul G, editor. *Die Täter der Shoah im Spiegel der Forschung. Die Täter der Shoah: fanatische Nationalsozialisten oder ganz normale Deutsche?* Göttingen: Wallstein-Verl.; 2002. P. 13–90.
27. Seliger H. Politische Anwälte? Die Verteidiger der Nürnberger Prozesse. Baden-Baden: Nomos; 2016.
28. Stangneth B. Eichmann vor Jerusalem: das unbehelligte Leben eines Massenmörders. Zürich: Arche; 2011.
29. Ullrich Ch. “Ich fühl’ mich nicht als Mörder”: die Integration von NS-Tätern in die Nachkriegsgesellschaft. Darmstadt: WBG; 2011.

Критика «буржуазных» политических доктрин: познание через отрицание¹

Аннотация. В историографии политических и правовых учений наряду с общенаучными методами исследований используются традиционные: хронологический, проблемный, портретный, страноведческий. Критический подход применяется во всех видах исследований политических идей. Между тем в историографии данному методу не уделяется того внимания, которого он заслуживает. Критика всегда предполагает оценку эмпирического и теоретического материала, который содержится в различных текстах (источниках). Продуктивность данного метода очевидна. Критический подход позволяет оценить научное содержание той или иной политической доктрины, а также практические перспективы ее реализации. Критика предполагает глубокое погружение исследователя в проблему и максимальную объективность в оценках полученных результатов. Как раз этого чаще всего недостает. Правовая сфера уже политической и является ее составной частью. Политические доктрины, равно как и закон (одна из форм выражения права), всегда связаны с интересами социальных групп (в прежней терминологии — классов). В этой связи ожидать нейтральности в оценках не приходится. Так было во времена тотального администрирования в области социальных наук, так происходит и сегодня, когда декларированы методологический плюрализм и идеологическое многообразие. В советский период особенной критике подвергались «буржуазные» доктрины и их творцы. Как показало время, эта критика во многом была обоснованной. История как таковая с завидным постоянством подтверждает любопытную закономерность: «прогрессивные» мыслители со временем становятся «реакционными», равно как и наоборот. Причем не только в нашей стране. В статье констатируется двойственная направленность критики. С одной стороны, критический подход позволяет более объективно оценить политико-правовую доктрину, и в этом проявляется его познавательный (когнитивный) аспект. С другой стороны, критика дает шанс исследователю донести до читателя суть любой теории, доктрины, идеи и предоставить ему возможность самому их оценить. В условиях фактического цензурирования критика остается едва ли не единственным жанром характеристики политико-правовых доктрин.

Ключевые слова: антитезис; аргументация; буржуазный; государство; доктрина; критика; право; познание; политика; оценка; отрицание; синтез; тезис; теория; учение.

Для цитирования: Корнев А. В. Критика «буржуазных» политических доктрин: познание через отрицание // *Lex russica*. — 2021. — Т. 74. — № 10. — С. 125–136. — DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.125-136.

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 20-011-00779.

© Корнев А. В., 2021

* Корнев Аркадий Владимирович, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993

avkornev@msal.ru

Criticism of “Bourgeois” Political Doctrines: Cognition through Denial²

Arkadiy V. Kornev, Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the Department of Theory of State and Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
avkornev@msal.ru

Abstract. In the historiography of political and legal doctrines, along with general scientific research methods, traditional methods are used: chronological, problematic, portrait, country studies. The critical approach is applied in all types of research of political ideas. Meanwhile, in historiography, this method is not given the attention it deserves. Criticism always involves an assessment of the empirical and theoretical material contained in various texts (sources). The productivity of this method is obvious. A critical approach makes it possible to assess the scientific content of a particular political doctrine, as well as the practical prospects for its implementation. Criticism implies a deep immersion of the researcher into the problem and maximum objectivity in evaluating the results obtained. This is what is most often lacking. The legal sphere is already political and is an integral part of it. Political doctrines, as well as the law (one of the forms of expression of law), are always connected with the interests of social groups (In the former terminology — classes). In this regard, it is not necessary to expect neutrality in the estimates. This was the case at the time of total administration in the field of social sciences, and it is happening today, when methodological pluralism and ideological diversity are declared. During the Soviet period, “bourgeois” doctrines and their creators were particularly criticized. As time has shown, this criticism was largely justified. History as such consistently confirms a curious pattern: “progressive” thinkers eventually become “reactionary”, as well as vice versa. Moreover, not only in our country. The paper states the dual orientation of criticism. On the one hand, a critical approach allows a more objective assessment of the political and legal doctrine. This shows its cognitive (cognitive) aspect. On the other hand, criticism gives the researcher a chance to convey to the reader the essence of any theory, doctrine, and idea and give him the opportunity to evaluate them himself. In the conditions of actual censorship, criticism remains almost the only genre of characterization of political and legal doctrines.

Keywords: antithesis; argumentation; bourgeois; state; doctrine; criticism; law; cognition; politics; evaluation; negation; synthesis; thesis; theory; teaching.

Cite as: Kornev AV. Kritika «burzhuznykh» politicheskikh doktrin: poznanie cherez otritsanie [Criticism of “Bourgeois” Political Doctrines: Cognition through Denial]. *Lex russica*. 2021;74(10):125-136. DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.125-136. (In Russ., abstract in Eng.).

Критике как жанру до настоящего времени не уделяется того внимания, которого она заслуживает. Для историографии истории политических и правовых учений критика как метод изучения сути теоретического уровня политического и правового знания имеет огромное значение. Мы должны понимать, что приращение нового знания возможно лишь на том фундаменте, который уже существует в науке. Как тут не вспомнить К. Маркса: «Все подвергай сомнению». Очень часто великие идеи приходят в этот мир в виде ересей, а со временем превращаются в догмы, что, собственно, и произошло с историко-материалистическим учением. Догматизация марксизма сослужила ему плохую службу: именно извращенные идеи К. Маркса и Ф. Энгельса дискредитировали фундаментальные основания их учения. Так сложилось, что почти все идеи, которые были высказаны

выдающимися и не очень (при всей условности такой классификации) мыслителями прошлого, освещались в научной литературе советского периода под критическим углом зрения, иногда излишним, а порой слишком доброжелательным, то есть не очень критичным. В прежние времена явной симпатией пользовались взгляды Ш. Фурье, А. Сен-Симона, Р. Оуэна. Для них общество представлялось ареной битвы идей, а не столкновением материальных интересов. Разумеется, за это их критиковали. Но то, что данные мыслители не воспринимали современное им общество и государство, критиковали частную собственность и эксплуатацию, пытались теоретически и практически предложить принципиально новые формы общественного бытия, вызывало явную симпатию. В целом все взгляды, которые так или иначе не укладывались в прокрустово ложе историческо-

² The reported study was funded by RFBR according to the research project № 20-011-00779.

го материализма, подвергались, как правило, не то чтобы критике, а беспощадному остракизму. Надо прямо сказать, что критика порой принимала явно гротескные формы.

В конечном счете искушенным оппонентам марксизма-ленинизма в нашей стране, а также их консультантам из-за рубежа удалось сформировать негативный образ этого учения, лишённого какой-либо перспективы. Это у нас. А вот в мире совершенно другое отношение как к историческому материализму, так и к его создателям и приверженцам. Характерный пример — Китайская Народная Республика. Там, как известно, все преобразования, поразившие мир, осуществляются под руководством коммунистической партии. Си Цзиньпин, нисколько не страшась, открыто превозносит учение Маркса, а И. В. Сталина и вовсе считает великой исторической фигурой, гораздо более значимой, чем В. И. Ленин. И, по всей видимости, он прав. Другое дело, что за Сталиным тянется исторический шлейф в виде репрессий. Современный неомарксист Т. Иглтон высказывает не лишённое оснований мнение: «Как бы парадоксально это ни звучало, но в определенном смысле сталинизм не только не дискредитировал труды Маркса, но и представил свидетельства их истинности. Тщательный анализ причин возникновения сталинизма приведет вас к марксизму»³.

Критика имеет несколько смысловых значений, во всяком случае в современной речевой культуре. Если взять обыденный уровень, то мы понимаем под критикой неудовлетворенность тем, что делается, как делается и что из этого получается. Наиболее распространенный вид такого рода критики в политико-правовой сфере — это негативные высказывания в адрес проводимой правительством, в целом властью, государством политики. Обыватель оценивает деятельность власти на всех уровнях. «Перегибы на местах», как говорил один литературный герой, в массовом сознании выражаются в хорошо известной поговорке «Рыба гниет с головы».

При этом следует учитывать два обстоятельства. Во-первых, любая политика в той или иной сфере, как правило, опирается на положение доктрины или доктрин (геополитических, политических, экономических, правовых). Правда, бывают и другие варианты. Общество и государство не имеют четко ориентированных це-

лей и задач. Реформы осуществляются ради реформ как таковых. И если нет позитивных результатов, то критика неизбежна. Во-вторых, критика критике рознь. По аналогии с реформами критика также может осуществляться ради критики, не преследуя каких-то четко поставленных целей. Аргументация в данном случае сама часто не выдерживает никакой критики.

В научной и учебной литературе любые оценки чего-либо в массовом сознании, или, как сегодня принято говорить, в коллективном разуме, обычно оцениваются не слишком высоко. И напрасно. *Никакой псевдоакадемизм не способен дезавуировать реальность — ту самую реальность, в которой пребывает каждый из нас и которую оценивает.* Конечно, обычный человек не всегда способен оценить действительность с научной точки зрения, но ему этого и не нужно. Если у него нет возможности реализовать какие-то обычные потребности, не выходящие за общепринятые рамки, то никакие доктринальные аргументы против его критических взглядов не помогут. *Все социальные теории без исключения в своих фундаментальных основаниях разбиваются о беспощадную реальность.* Как говорят в народе, «сколько ни повторяй “халва”, во рту слаще не станет». Да и потом, никакой демаркационной линии между научным и ненаучным знанием не существует. Любое научное знание, как и научный язык, есть восхождение от обыденного языка и, соответственно, восприятия. Следующим, более высоким этапом являются профессиональные знания, а вершиной — теоретические (научные) знания. И любой исследователь в своем научном росте проходит эти этапы. Другое дело, что «критичность» от этапа к этапу только возрастает. Чем выше научные претензии, тем выше потребность в научной состоятельности той или иной политико-правовой теории.

Критику как способ познания доктрины или теории можно рассматривать с различных позиций. Взять, к примеру, цель. Целеполагание во многом определяет направленность любой исследовательской деятельности и в некоторой степени предопределяет возможные результаты. Предположим, одни исследователи изучают и критикуют идеи других исключительно с точки зрения их научной состоятельности. Они обращают внимание на методологические основы того или иного учения, его аргументацию и пр.

³ Иглтон Т. Почему Маркс был прав. М., 2017. С. 33.

Другие же предпочитают оценивать теорию с точки зрения перспектив ее реализации в процессе государственно-правового строительства. Теория может быть сколь угодно привлекательной, захватывающей, но, увы, имеющей мало шансов на воплощение в жизнь. Впрочем, как лозунг или символ. Великая французская революция, в теоретическом плане подготовленная просветителями и энциклопедистами, ассоциируется с прекрасной формулой «Свобода, равенство, братство». Однако если критически подойти к этой триаде, то можно заключить, что она совершенно несостоятельна, поскольку ее элементы несовместимы друг с другом. Свобода никак не предполагает равенства, а совсем наоборот. Существует слишком много неустрашимых препятствий на пути к этому счастливому венцу истории, в силу чего тот или иной общественно-экономический строй жертвует либо свободой во имя равенства (СССР), либо равенством во имя свободы (современная Россия). Никакие конституционные нормы не способны сломать существующее положение вещей. Запущенная в публичное пространство в период пандемии категория «социальная дистанция» есть одно из признаний неравенства, понимаемого в социальном, а не в правовом контексте. Социальная дистанция символизирует вертикаль коммуникаций, а не горизонталь, то есть когда «низы» не могут дотянуться до «верхов», а последние, в свою очередь, не хотели бы смешиваться с массой. В обществе есть достаточно факторов, чтобы социальную дистанцию в этом смысле четко соблюдать. Прочно утвердившиеся в нашем лексиконе словечки типа «элита», «звезда», «золотая молодежь» и пр. лишь подтверждают структурированность общества.

Критика в сфере политических и правовых учений являет собой особый род познания. В отличие от критики в других отраслях научного знания, она является инструментом, который используют в борьбе идей. Критика в других отраслях науки есть опровержение и в конечном счете — приращение нового знания. А вот критика в истории политических и правовых учений включена в логику борьбы. Что представляет собой холодная война? Борьбу идеологий, ценностей, культур. В отличие от «горячих» войн холодные имеют начало, но не имеют конца. Ибо идеи никогда не уходят на «заслуженный отдых»: точно так же как «борьба есть вечная работа права» (Р. фон Иеринг),

«борьба есть вечная работа идей». В этом смысле критика не всегда может базироваться на научной аргументации, главное здесь — показать неубедительность, несостоятельность аргументов оппонентов.

Тем не менее критика политических и правовых учений не может игнорировать особенности критического подхода как такового. Дело в том, что критика, преследующая цель доказывания несостоятельности какой-либо доктрины, рискует сама оказаться неубедительной. Критиковать также нужно уметь. Кто-то этим прекрасно владеет, а кому-то этого явно недостает.

Можно с определенной долей вероятности утверждать, что критика как особый жанр в истории политических и правовых учений связана с софистикой — направлением в греческой философии, основателем которого принято считать Протагора с его известной формулой «Человек есть мера всем вещам — существованию существующих и несуществованию несуществующих». Протагор был слушателем Демокрита, он первым заявил, что *о всяком предмете можно сказать двояко и противоположным образом*. Он первым стал брать плату за уроки, устраивать состязания в споре и придумал уловки для тяжущихся. О мысли он не заботился, спорил о словах, и повсеместное нынешнее племя спорщиков берет свое начало от него. Это он выделил четыре вида речи: пожелание, вопрос, ответ и приказ⁴.

Софистика со временем приобретает нарицательный характер, а именно: спор ради спора. Примерное такое понимание софистики становится доминирующим. На это обстоятельство обращает внимание уже Диоген Лаэртский, указывая на то, что Протагора больше волновали слова, а не мысль. Порой создается впечатление, что критика как особый жанр не может освободиться от своего недуга до настоящего времени.

Софисты критиковали буквально все, что составляло части бытия современного им общества. Они не пощадили даже семью и богов. Протагор именно за это подвергался гонениям в течение своей жизни. У него, по его словам, недостаточно доказательств того, что боги действительно существуют. Конечно, такая позиция не могла получить широкого признания в эллинистическом обществе, даже несмотря на его толерантность. В прежние времена в научной и учебной литературе по истории политических

⁴ Диоген Лаэртский. О жизни, учениях и изречениях знаменитых философов. М., 1986. С. 348–349.

и правовых учений Протагор и его последователи получали скорее положительную оценку. Им ставилось в заслугу то, что они «очеловечили» современное им бытие, то есть призывали все рассматривать через призму человека, его интересов. Коль скоро Протагор с учениками критиковал институты рабовладельческого общества, советская историография была к нему снисходительна.

Есть мнение, что «софисты осмыслили речь как искусство, подчиняющееся определенным приемам и правилам, и подчеркнули, что она далеко не всегда копирует реальность, но допускает ложь и обман... Протагор уверял, что способен заставить слушателей в корне изменить свои убеждения по любому вопросу... Подчеркивая изменчивость человеческих убеждений и их зависимость от множества противоречивых факторов, софисты все более отказывались от идеи, что главное, к чему должен стремиться оратор, — это выяснение истины. Она ставили своей целью научить выдавать слабое за сильное, а сильное — за слабое, совершенно не заботясь о том, как все обстоит на самом деле»⁵.

Собственно говоря, в истории политических и правовых учений такой подход не лишен оснований. Дело в том, что наука должна выяснять истинность той ли иной позиции, но не сам автор. Он, конечно, стремится обосновать свои взгляды. Разумеется, мыслитель, формируя ту или иную позицию, от чего-то отталкивается. Один прибегает к фактам, к эмпирике. Другой апеллирует больше к мнению авторитетов. Очень часто используется и теоретическая аргументация. *Тот, кто изучает историю политических и правовых учений, находясь на различных уровнях их познания, в состоянии постигнуть их смысл только при условии достижения определенной массы критичности, под которой следует понимать достигнутый уровень накопленного политико-правового знания, позволяющего объективно оценить учение, доктрину, идею.*

Возвращаясь к софистике, отметим, что Протагор, если попытаться избежать излишнего пафоса, предложил «новую философию жизни» и тем самым вольно или невольно расколол общество на две части. Этот раскол имеет место и сегодня. Традиционалисты в лице Платона недвусмысленно заявили: «У нас по-прежнему

мерой всех вещей являются боги (бог), а не человек, как думают некоторые шарлатаны». Этот поистине метафизический спор (подход) разделяет людей на две неравные части: одни (большинство) ориентированы на максимально возможное удовлетворение своих материальных потребностей, другие (меньшинство) стараются жить по религиозным заповедям. Сегодня мы наблюдаем вселенское противостояние двух мировоззренческих парадигм: «смысл жизни» — «качество жизни». Совсем нетрудно определить, на чьей стороне большинство. Этот конфликт не имеет решения. Если брать западный культурный проект, то протестантизм отчасти и есть вариант ответа на эту дилемму.

Само слово «критика» имеет множество полутонов, различных нюансов. К примеру, спор, диспут, диалог и другие формы изложения позиции несут в себе известную долю критики. В литературе, искусстве, науке критика имеет какие-то общие черты, однако нельзя сказать, что все эти виды творческой деятельности одинаковы. Критика художественного произведения вовсе не предполагает его отрицания или умаления содержательного достоинства. Писатель совсем не обязан описывать жизнь такой, какой она является в действительности. В этой связи интересно мнение В. В. Набокова: «Истина состоит в том, что великие романы — это великие сказки, а романы в нашем курсе — величайшие сказки». И, что особенно важно, «...средним читателям нравится, когда им в привлекательной оболочке преподносят их собственные мысли»⁶.

Этим, пожалуй, можно объяснить слишком легкий путь к «писательству» современных авторов, которых в прежние времена именовали очень точно — графоманами.

До «Лолиты» В. Набоков зарабатывал на жизнь в основном чтением лекций по русской и зарубежной литературе студентам Корнелльского университета (США). Как он полагает, писателя можно оценивать с трех точек зрения: как рассказчика, как учителя, как волшебника. Все трое — рассказчик, учитель, волшебник — сходятся в крупном писателе, но крупным он станет, если первую скрипку играет волшебник⁷.

Критика может приводить к различным результатам. Так, гениальному композитору Д. Шостаковичу осложнила жизнь не просто

⁵ Ивин А. А. Теория аргументации. М., 2007. С. 10.

⁶ Набоков В. В. Лекции по зарубежной литературе. СПб., 2016. С. 38.

⁷ Набоков В. В. Указ. соч. С. 43.

критическая, а разгромная статья «Сумбур вместо музыки», которая, однако, никак не повлияла на его место в мировой музыкальной культуре.

Критика в истории политических и правовых учений — жанр привычный, естественный. Политико-правовые идеи никогда не были нейтральными. Этот нюанс заставляет по-особенному оценивать их. Оценка предполагает критичность. В этой связи имеет смысл обратить внимание на следующее умозаключение: «Оценочное утверждение не является ни истинным, ни ложным. Оно стоит, как говорят, «вне категории истины». Оценки могут характеризоваться как целесообразные, эффективные, разумные, обоснованные и т. п., но не как истинные или ложные... К выражениям оценочного характера относятся всякого рода стандарты, образцы, идеалы и т. п.»⁸.

Ценностное отношение мысли к действительности находит свое выражение в разнообразных нормах. Норма есть социально навязанная и социально закрепленная оценка⁹.

Эти суждения имеют самое прямое отношение к такой сфере знания, как история политических и правовых учений. В какой-то степени любая идея, мысль, учение, теория есть не только описание того, что есть, но и его оценка. Применительно к истории учений можно сказать, что их творцы, выражаясь терминами В. В. Набокова, были и учителями, и рассказчиками, и волшебниками. Причем учителями нередко в буквальном смысле этого слова. Рафаил Гитлодей у Т. Мора был рассказчиком, а сам автор — утопистом, то есть волшебником. Можно привести массу примеров на этот счет.

Историография — отрасль научного знания. Можно с большой долей уверенности говорить о том, что *критика есть один из методов изучения истории политических и правовых учений*.

Для раскрытия сути проблемы, содержащейся в названии статьи, вполне подойдет следующее определение: «Критика — оценка наличного теоретического или эмпирического знания, объективированного в печатных или рукописных источниках»¹⁰.

Ключевое слово здесь «оценка», что само по себе очень важно. Традиционно в науке принято считать, что оценки должны иметь макси-

мально объективный характер. Это правильно, и сколько-нибудь серьезные контраргументы против такой точки зрения выдвинуть трудно. Тем не менее применительно к истории политических и правовых учений достигнуть объективности не так просто. Во-первых, субъективен автор идеи, учения, концепции. Во-вторых, субъективен и сам критик, «оценщик». Можно ли полностью освободиться при оценке общественно-политической, социальной или, в нашем случае, политико-правовой мысли? По всей видимости, нет. Ибо в противном случае мы исключаем индивидуалистический аспект. Каждое учение — дитя своего времени. Оно неизбежно несет на себе его неизгладимые отпечатки. Рабство Платону и Аристотелю представлялось естественным состоянием, а современному человеку — нет. Деление общества на элиту и всех остальных кажется россиянину вполне обыденным, а советскому человеку это показалось бы чуждым. Это вовсе не значит, что все были абсолютно одинаковыми, но, во всяком случае, публично об этом никто не заявлял, и таковых претензий быть просто не могло, как принято говорить, по определению.

Есть индивидуальные предпочтения, политические ориентации, мировоззренческие позиции, принадлежность к разным социальным слоям и пр. Одним словом, в истории политических и правовых учений мы можем обнаружить массу факторов, которые в конечном счете влияют на оценку (критику) политических и правовых учений.

Что принято считать буржуазными учениями в истории политических и правовых идей? В советский период таковыми считались все те доктрины, которые создавались в капиталистических странах, если использовать прежнюю терминологию.

Кстати, о терминологии. В нашей литературе предпочитают не использовать такие понятия, как «капитализм», «буржуазное государство». Реабилитировали «империализм», да и то применительно к США. В ИЗиСП при Правительстве Российской Федерации 12 мая 2021 г. прошел международный историко-правовой конгресс «Правовые традиции становления российской государственности», приуроченный к 300-летию провозглашения Российской империи. Спикеры конгресса, среди которых были и акаде-

⁸ Ивин А. А. Указ. соч. С. 144–145.

⁹ Ивин А. А. Указ. соч. С. 145.

¹⁰ Сырых В. М. Материалистическая теория права. М. : Изд-во РАП, 2011. С. 1251.

мики РАН, очень благожелательно отнеслись в своих выступлениях к империи как особому политико-территориальному устройству. Многие говорили, что империя не такое уж большое зло, как его раньше пытались представить. Отмечалось, что во многих европейских государствах регулярно стали проводить конференции, посвященные империям. Конечно, все отметили, что подобная проблематика пока еще не является предметом обсуждения в нашей науке.

От себя добавлю, что по данной теме постоянно выходит специальная литература, как отечественная, так и зарубежная¹¹. Что касается отсутствия внимания к проблематике империи, то с этим согласиться можно только отчасти. В учебнике под редакцией В. В. Лазарева «Общая теория права и государства» имеется целая глава «Теория имперского государства»¹².

Так вот, в силу вполне понятной стеснительности вместо «капитализма» и «буржуазного государства» российские авторы, за некоторым исключением, используют нейтральные понятия, такие как «современное общество», «переходный период» и т. д.

Исключительно важную мысль в русле истории политических и правовых учений высказывает С. Г. Кара-Мурза: «Нынешнее время нередко именуют “переходным периодом”. В этих словах скрыт большой смысл. Переход — от чего к чему? Сегодня мы застряли в пространстве между двумя разными типами жизнеустройства, и нас усиленно тянут и толкают к тому берегу, где главным и почти тотальным средством господства станет манипуляция сознанием»¹³.

С. Г. Кара-Мурза считает, что мы несколько ошибочно стремимся объяснить происходящие в нашем обществе процессы, такие как имущественное расслоение, бедность, падение уровня образования и здравоохранения, опираясь на «классовый» подход, то есть реанимацией «капитализма», «буржуазности» во всех смыслах этого слова. Между тем, по его мнению, войну на Кавказе (надеюсь, в прошлом. — А. К.) и политическое противостояние на Украине нельзя объяснить исключительно классовыми факторами. По его версии, «...фундаменталь-

ная причина нашего нынешнего состояния заключается в том, что за двадцать лет демонтирован, “разобран” главный субъект нашей истории, создатель и хозяин страны — народ. Все остальное — следствия»¹⁴. И, разумеется, диагноз: у нас не кризис, а Смута.

Если это так, то Смуты происходят прежде всего в головах, как считал М. А. Булгаков. Не хотелось бы думать, что С. Г. Кара-Мурза во всем прав. В главном, пожалуй, с ним можно согласиться. Некогда многомиллионной массе рабочего класса внушили мысль о том, что приватизация предприятий приведет исключительно к повышению эффективности производства и росту благосостояния. В итоге рабочий класс прекратил свое существование, многие предприятия развалились, а оставшиеся обогащают небольшую группу лиц преимущественно с двойным гражданством. О селе лучше вообще не говорить. Даже официальная статистика показывает просто удручающую картину социально-демографических показателей.

В последнее время Россию называют «кривым зеркалом Запада». В этом что-то есть. «Буржуазные» доктрины, в советские времена считавшиеся по меньшей мере фальшивыми, не дают пока того эффекта, который от них ожидали. Однако не стоит думать, что буржуазные мыслители только и делали, что приукрашивали современную им действительность.

В развитие этой мысли имеет смысл обратиться к В. В. Лазареву: «Ошибочно, например, рассматривать всякое указание на принадлежность мыслителя к определенному классу как непременно положительную или отрицательную оценку его идей. Этим часто грешили. Между тем выходцы из самых реакционных кругов могли пропагандировать весьма прогрессивные идеи, пусть это было и исключением из правил... Б. Спиноза, например, будучи выходцем из буржуазии и по большому счету представителем буржуазной идеологии, отнюдь не стремился отстаивать корыстные интересы своего класса и неоднократно заявлял о своем стремлении математически, объективно изучить природу человека и созданные им учреждения»¹⁵.

¹¹ Стретерн П. Расцвет и падение. Краткая история 10 великих империй. М., 2021.

¹² Корнев А. В. Теория имперского государства // Общая теория права и государства / под ред. В. В. Лазарева : учебник. 5-е изд., М. : Норма ; Инфра-М, 2010. С. 447–464.

¹³ Кара-Мурза С. Г. Власть манипуляции. М., 2007. С. 5.

¹⁴ Кара-Мурза С. Г. Демонтаж народа. М., 2007. С. 5.

¹⁵ История политических и правовых учений / под ред. В. В. Лазарева. М., 2008. С. 30.

И так можно сказать не только о Спинозе. Бенедикт Спиноза, как и Гуго Гроций, в истории политических и правовых учений характеризуются как «ранние буржуазные» мыслители. Фундаментальный труд Г. Гроция назван «О праве войны и мира. Три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права». Гроций видел истоки права в разумной природе человека. В этом смысле он следовал за Аристотелем и другими мыслителями Античности, замечая, что человеку свойственно мирное сосуществование с себе подобными. Он сторонник теории договорного происхождения государства. Исходя из этой методологической позиции, Гроций объясняет и «право войны». Многим мысль о том, что воевать нужно по правилам, показалась кощунственной. Однако он настаивал на своей позиции в силу того, что конфликты, войны устранить невозможно. Стало быть, необходимо всем договориться о правилах ведения боевых действий и по возможности исключить гибель мирного населения. В работе «Открытое море» Г. Гроций затронул вопрос правового режима мирового океана. Эпоха великих географических открытий позволила ведущим европейским государствам закреплять за собой огромные территории в качестве колоний. Особенно активно в этом смысле вела себя Англия — одна из величайших империй за всю историю человечества. Империалистический дух британцев активно поддерживался на уровне политических и правовых идей.

Прогрессивным мыслителем являлся и Б. Спиноза. Он оставил заметный след в истории политических и правовых учений. В таких работах, как «Богословско-политический трактат», «Этика», «Политический трактат», Спиноза старался объяснять природные и социальные явления через категории причинно-следственных связей. Социально-политическую сферу Спиноза излишне психологизировал, придавая аффектам слишком большое, практически абсолютное значение. С этим согласиться трудно. В то же время государство, по его мнению, будучи продуктом общества, со временем начинает жить по своим собственным законам, не всегда соотносясь с интересами социума. Форму правления Спиноза связывает с политическим и правовым сознанием, как сказали бы сегодня. Если общество достигло высокого политического сознания, то оно желает республиканской формы прав-

ления, а если нет, то находится под властью монархии.

Если посмотреть чуть дальше, то ранние буржуазные мыслители начали формироваться в канун буржуазных революций или стали их порождением. Политические, промышленные и научные революции протекали в одном пространственно-временном континууме. Это совсем не случайно. Политико-правовые процессы всегда опирались на какие-либо идеи, мировоззренческие установки. В эволюции социальных и политических форм бытия общества всегда большую роль играли лозунги, идеи, символы, у которых были конкретные авторы или группа авторов. В данном случае мы можем наблюдать одну закономерность: эпоха рождает людей с определенным набором качеств, и наоборот. В этой связи нельзя обойти вниманием Н. Макиавелли — создателя буржуазной политической науки. Он навсегда вошел в историю политической и правовой мысли уже тем, что ввел понятие государства, отделив юридический союз (общество) от политического (государства). Ему, конечно, не совсем повезло с историческим периодом. Он хотел возрождения любимой им Италии, и в этой связи его не совсем волновали те методы, при помощи которых этот вопрос будет решен. Его учение, как и имя, к сожалению, стало нарицательным. Однако величие этого выдающегося мыслителя не удалось поколебать никаким критикам.

В прежние времена практически всех «буржуазных» мыслителей делили на прогрессивных и реакционных. Все зависело от того, каким образом их идеи соотносились с господствующим марксистско-ленинским учением, то есть как его понимали в тот или иной период построения социализма в отдельно взятой стране, а затем и во всем мире. Хотелось бы при этом избежать сарказма. Многие не смогли. Социалистическая идея потому и была дискредитирована, поскольку она реально работала. И до сих пор исправно работает. Мы по привычке киваем на Китай и совсем упустили из вида социалистический Вьетнам. А в этой стране происходят колоссальные по своим результатам процессы. Народ, не сломленный американским империализмом с его варварскими методами ведения войны, сегодня полон решимости встать в один ряд с самыми передовыми странами.

Ш. Л. Монтескье, к примеру, был более близок к прежним идеологическим установкам,

Ж. Ж. Руссо, выходец из социальных низов, — еще ближе: он критически относился к частной собственности, был сторонником идеи эгалитаризма, утверждал, что суверенитет принадлежит народу. Законы, по его мнению, есть «...акты общей воли»¹⁶. Ну а в проекте конституции для Корсики и вовсе содержится шедевр: «Народы будут трудолюбивы, когда труд в почете, а сделать ли труд почетным, всегда зависит от правительства»¹⁷.

У нас много рассуждают о благополучии, уровне жизни и пр. Но ведь источник всего этого — труд. А разве он у нас в почете? Нет, главное — успешность. В стране, в которой утвердился культ денег в качестве главного мерила, немногочисленные Герои Труда изменить общую картину не в состоянии.

А вот Вольтер, который никогда не скрывал, что свой ум и многочисленные таланты он посвятил буржуазии — самому прогрессивному классу, как он считал, в советской историографии истории политических и правовых учений критиковался больше других. По сути его воззрения на избирательное право и заложили цензовый характер избирательных систем некоторых европейских государств. В то же время Вольтер считался «дирижером» Просвещения, призывал раздавить «гадину», то есть церковь, а стало быть, не мог целиком быть записан в «неправильные» мыслители.

И. Кант, Г. В. Ф. Гегель, в меньшей степени И. Г. Фихте — представители немецкой классической философии. Немецкая философия — явление уникальное. Не случайно ее признали одной из «трех составных частей марксизма-ленинизма». Оба немецких философа (хотя Кант считал себя пруссом) были идеалистами и уже по этой причине не могли быть признаны целиком.

И. Кант очень привлекателен со своим «категорическим императивом». Кто же будет возражать против его формулы «Никогда не относись к человеку как к средству, а только как к цели»? Однако «буржуазный индивидуализм» Канта сразу же выходит наружу, когда он фактически оправдывает убийство другого, если

существует реальная опасность для собственной жизни. Русская поговорка «Сам погибай, но товарища выручай» явно не вписывается в подходы кёнигсбергского философа. И. Кант — один из основоположников теории правового государства и правового закона, споры вокруг которых не утихают до настоящего времени. Тем не менее Кант воспринимается современной российской наукой в безоговорочно положительном ракурсе.

С Гегелем все сложнее. К. Поппер¹⁸ записал Гегеля во враги открытого, демократического общества. Немецкий философ действительно подогревал национально-патриотические чувства немцев во время оккупации немецких земель войсками Наполеона. Это правда. Но, как и в случае с Н. Макиавелли, причина подобных настроений одна — спровоцировать дух сопротивления для освобождения родной земли. Не вина Гегеля, что его вполне объяснимые идеи были использованы идеологами национал-социализма по своему разумению. Гегель — этактист, но этактист правовой (В. С. Нерсесянц). Об этом также не стоит забывать.

Мы во многом пользуемся пониманием гражданского общества, которое предложил Гегель, как и другими категориями, которые входят в когнитивные (познавательные) структуры. В то время, когда критика буржуазных мыслителей была выигрышным жанром в отечественной историографии, Гегеля особенно критиковали за то, что он поставил политические институты в зависимость от некоей абстрактной идеи, общество счел порождением государства, а государство у него якобы стоит над собственностью.

Слабость подобной аргументации очевидна. Достаточно просто посмотреть на действительность. Тем не менее Г. Гегель навсегда оставил свой след в истории политических и правовых учений, философии права. Как красиво звучит: «Задача философии — постичь то, что есть, ибо то, что есть, есть разум». Или «В праве человек должен найти свой разум, должен, следовательно, рассматривать разумность права». И еще: «Почвой права является вообще духов-

¹⁶ Руссо Ж. Ж. Об общественном договоре. М., 2000. С. 228.

¹⁷ Руссо Ж. Ж. Указ. соч. С. 369.

¹⁸ Поппер К. Открытое общество и его враги : в 2 т. М. : Культурная инициатива ; Феникс, 1992.

Автор бежал из Европы, во многих странах которой были установлены откровенно фашистские режимы, в Австралию, где дописывал эту книгу. «Открытое общество» — это «цивилизованные» Европа и США. Кто не с ними, тот, получается, вроде как враг.

ное, и его ближайшим местом и исходной точкой — воля, которая свободна...»¹⁹.

Однако вся эта «красота» не выдерживает критики при соприкосновении с реальностью. Не уверен, что все, что есть, есть разум. Пусть человек должен найти в праве свой разум, но кто его, то есть право, создает? Оно что, существует как бы изначально, с момента рождения времени? Неужели почвой права является духовное? Не думаю, что духовной природой права были связаны разработчики законодательства (одной из форм права), на основе которого осуществлялась приватизация и проводились залоговые аукционы в нашей стране. Так что критиковали Гегеля во многом обоснованно. И тем не менее его «Философия права» навечно останется одной из величайших книг, посвященных праву.

В советский период критиковались «отцы-основатели» США, оставившие труды в области политической науки и истории политических и правовых учений, — Б. Франклин, Т. Пейн, Т. Джефферсон, А. Гамильтон, Дж. Мэдисон. Вольно или невольно, но облик США в советские времена, особенно в период холодной войны, которая, как оказалось, и не заканчивалась вовсе, отбрасывал негативный отблеск на труды американских политических мыслителей. И все-таки и в дореволюционный (особенно), и в советский периоды в этой критике проглядывала определенная доля симпатии. При всех нюансах, порой откровенно расистских, становления американской государственности и культуры никто не станет отрицать титанических усилий, культа труда, предприимчивости, которые позволили создать сверхмощную, технологически мощную цивилизацию. Да, США вызывают множество чувств: восхищение, зависть, страх, озлобление и пр. И все-таки следует смотреть объективно. Есть очень много в этой культуре того, что не может оставлять равнодушным. Труд, права человека и его достоинство, свобода, независимость, договорные отношения с властью — все это в совокупности в литературе, даже в критическом плане, достойно внимания. В советский период считалось, что история США не оказывает серьезного влияния на реальный процесс государственного строительства политических идей. С этим сложно согласиться, если смотреть объективно.

Особая тема — дореволюционные авторы. После Октябрьской революции 1917 г. какое-то время наблюдалась академическая свобода. Затем все резко изменилось. Некоторая часть русских ученых уехала добровольно, других выслали на двух знаменитых «философских теплоходах». Были и те, кто принял новую власть, но вынужден был в целях продолжения академической карьеры скорректировать свои взгляды. Однако самое главное заключается в том, что книги дореволюционных авторов попали в так называемый «спецхран». Читать их было позволено только избранным и по специальному разрешению, да и то в целях критики. Не совсем понятно, зачем это было сделано. Конечно, Б. Н. Чичерин, что называется, на дух не переносил социалистических идей. А подавляющее большинство соглашалось с тем, что в марксизме (при всей некорректности этого слова) как раз экономическая составляющая, и особенно происхождение собственности, права, классов, заслуживает самого серьезного внимания. Не безоговорочного признания, но внимания — точно. Дореволюционные авторы, которых всех записали в «буржуазные» мыслители, в своем абсолютном большинстве не приняли большевизма как политической практики. Тот же П. И. Новгородцев всюду отстаивал право на достойное существование как главное право человека, которого нет ни в одной декларации и конституции.

Учебники советского периода, как по теории государства и права, так и по истории политических и правовых учений, как правило, всегда содержали отдельные параграфы и даже главы, посвященные критике буржуазных идей и политических институтов, воплощением которых они являлись. Характерные названия соответствующих параграфов учебников по теории государства и права: «Критика буржуазных воззрений на происхождение государства и права», «Критика буржуазных учений по вопросу сущности государства и права», «Критика буржуазных учений о правовом и социальном государстве», «Критика буржуазной демократии», «Критика буржуазной законности» и т. д.

Что касается учебников по истории политических и правовых учений, то можно сослаться на едва ли не последний советский учебник, в котором одна глава названа «Критика буржуазных политических и правовых учений второй полови-

¹⁹ Гегель Г. Философия права. М., 1990. С. 55, 57, 67.

ны XIX века», а другая — «Критика буржуазных политических и правовых учений эпохи империализма и общего кризиса капитализма»²⁰.

И надо сказать, что эта критика не всегда была огульной, несправедливой. Любой строй поощряет безотносительно к историческому периоду ту идеологию, которая подчеркивает его достоинства и ретуширует недостатки. И эта критика имела вполне определенную цель, которую выразил академик А. Я. Вышинский: «Советская наука, в том числе и наука советского права, стоит перед важной задачей всестороннего использования науки и культуры капиталистического общества»²¹.

Таким образом, критика имеет двойственную природу. С одной стороны, критика есть один из способов познания, в данном случае — политических и правовых учений. Критический подход всегда будет входить в арсенал историографии политических и правовых учений. Как тут не вспомнить гегелевскую триаду «тезис —

антитезис — синтез». С другой стороны, критика направлена не только на доказательство несостоятельности того или иного политико-правового учения, но и на выявление позитивного, заслуживающего внимания коллективного социального опыта и его обобщение в отдельно взятой доктрине.

И конечно же, нельзя не сказать вот о чем. Когда имеет место администрирование в социальных науках, критика порой остается единственным способом донести до читателя суть идеи, доктрины, учения. А он пусть сам решает, что там вымысел, а что нет. В этом смысле критика выступает в роли своеобразного эзопова языка. Здесь как нигде важен не столько текст, сколько контекст и подтекст. Вдумчивый читатель всегда поймет то, о чем не удалось открыто написать автору. Примером может служить не потерявшая своей актуальности работа В. А. Туманова «Буржуазная правовая идеология: К критике учения о праве» (М., 1971).

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Вышинский А. Я.* Вопросы теории государства и права. — М. : Государственное издательство юридической литературы, 1949. — 418 с.
2. *Гегель Г. В. Ф.* Философия права. — М. : Мысль, 1990. — 524 с.
3. *Диоген Лаэртский.* О жизни, учениях и изречениях знаменитых философов. — М. : Мысль, 1986. — 571 с.
4. *Ивин А. А.* Теория аргументации. — М. : Высшая школа экономики, 2007. — 319 с.
5. *Иглтон Т.* Почему Маркс был прав. — М. : Карьера Пресс, 2017. — 288 с.
6. История политических и правовых учений / под ред. В. С. Нерсисянца. — М. : Юрид. лит., 1988. — 816 с.
7. История политических и правовых учений / под ред. В. В. Лазарева. — М. : Высшее образование, 2008. — 917 с.
8. *Кара-Мурза С. Г.* Демонтаж народа. — М. : Алгоритм, 2007. — 704 с.
9. *Кара-Мурза С. Г.* Власть манипуляции. — М. : Академический проект, 2007. — 384 с.
10. *Корнев А. В.* Теория имперского государства // Общая теория права и государства / под ред. В. В. Лазарева. — М. : Норма ; Инфра-М, 2010. — 592 с.
11. *Набоков В.* Лекции по зарубежной литературе. — СПб. : Азбука, Азбука-Аттикус, 2016. — 544 с.
12. *Руссо Ж. Ж.* Об общественном договоре. — М. : Терра — Книжный клуб ; Канон-Пресс-Ц, 2000. — 544 с.
13. *Сырых В. М.* Материалистическая теория права: Избранное. — М. : Издательство Российской академии правосудия, 2011. — 1259 с.

Материал поступил в редакцию 31 мая 2021 г.

²⁰ История политических и правовых учений / под ред. В. С. Нерсисянца. М., 1988. С. 569, 692.

²¹ *Академик Вышинский А. Я.* Вопросы теории государства и права. М., 1949. С. 400.

REFERENCES

1. Vyshinskiy AYa. Voprosy teorii gosudarstva i prava [Issues of the theory of state and law]. Moscow: Gosudarstvennoe izdatelstvo yuridicheskoy literatury; 1949. (In Russ.)
2. Hegel GVF. Filosofiya prava [Philosophy of law]. Moscow: Mysl; 1990. (In Russ.)
3. Ivin AA. Teoriya argumentatsii [Theory of argumentation]. Moscow: Higher School of Economics; 2007. (In Russ.)
4. Eagleton T. Why Marx was right. Moscow: Karera Press; 2017. (In Russ.)
5. Nersesyants VS, editor. Istoriya politicheskikh i pravovykh ucheniy [History of political and legal doctrines]. Moscow: Yuridicheskaya literatura; 1988. (In Russ.)
6. Lazarev VV, editor. Istoriya politicheskikh i pravovykh ucheniy [History of political and legal doctrines]. Moscow: Vysshee obrazovanie 2008. (In Russ.)
7. Kara-Murza SG. Demontazh naroda [Dismantling the people]. Moscow: Algoritm; 2007. (In Russ.)
8. Kara-Murza SG. Vlast manipulyatsii [The power of manipulation]. Moscow: Akademicheskii proekt; 2007. (In Russ.)
9. Kornev AV. Teoriya imperskogo gosudarstva [The Theory of the Imperial State]. In: Lazarev VV, editor. *Obshchaya teoriya prava i gosudarstva [The General Theory of Law and the State]*. Moscow: Norma: Infra-M; 2010. (In Russ.)
10. Laertskiy D. O zhizni, ucheniyakh i izrecheniyakh znamenitykh filosofov [About the life, teachings and sayings of famous philosophers]. Moscow: Mysl; 1986. (In Russ.)
11. Nabokov V. Lektsii po zarubezhnoy literature [Lectures on foreign literature]. St. Petersburg: Azbuka, Azbuka-Atticus; 2016. (In Russ.)
12. Rousseau JJ. Ob obshchestvennom dogovore [About the social contract]. Moscow: Terra-Knizhnyy Klub; Canon-press-Ts; 2000. (In Russ.)
13. Syrykh VM. Materialisticheskaya teoriya prava. Izbrannoe [Materialistic theory of law. Selected work]. Moscow: RAP; 2011. (In Russ.)

DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.137-146

И. Н. Спицин*

Юридизация понятия «искусственный интеллект» и пределы использования технологии искусственного интеллекта в судебном процессе

Аннотация. Активное развитие технологии искусственного интеллекта (ИИ) ставит перед юристами вопросы о способах интеграции этого явления в правовую действительность, о пределах использования этой технологии в регулируемых правом социальных практиках и в конечном счете о выработке оптимальной модели правового регулирования ИИ. В статье уделено внимание проблеме формулирования юридического понятия ИИ, включая некоторые методологические и онтологические основания. Автор выносит на научное обсуждение отдельные, значимые для правового регулирования инвариативные характеристики ИИ, которые в случае их принятия юридическим научным сообществом могли бы использоваться как научно обоснованный базис для конструирования конкретных вариантов правового регулирования, соответствующих потребностям той или иной сферы социальной практики. Автор полагает, что научно обоснованное юридическое понятие ИИ во многом способно определить направление и рамки прикладных юридических исследований многоаспектной проблематики использования технологии ИИ в практиках социальных взаимодействий, в том числе при отправлении правосудия, отграничить связанные с этим собственно юридические вопросы и проблемы от вопросов этического, философского, технологического и иного характера.

По мнению автора, задача формирования юридического понятия ИИ не сводится к формулированию конкретных легальных определений и не может быть решена на этом уровне. Результатом юридизации понятия ИИ должен стать набор неизменных (инвариативных) правовых характеристик, в то время как конкретные варианты определений этого термина в нормативных актах могут различаться в зависимости от потребностей практики правового регулирования. В работе по формированию юридически значимого понятия ИИ предлагается отказаться от дескриптивного эссенциалистского подхода, направленного на выявление сущности ИИ, в пользу аскриптивного конструктивистского подхода, предполагающего приписывание содержанию понятия ИИ тех правовых свойств, которые, с одной стороны, значимы для целей правового регулирования, а с другой — ограничивают пределы правового регулирования.

Ключевые слова: искусственный интеллект; правовое регулирование; правосудие; судебный процесс; технологии; юридизация; методология.

Для цитирования: Спицин И. Н. Юридизация понятия «искусственный интеллект» и пределы использования технологии искусственного интеллекта в судебном процессе // Lex russica. — 2021. — Т. 74. — № 10. — С. 137–146. — DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.137-146.

© Спицин И. Н., 2021

* Спицин Игорь Николаевич, кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права Уральского государственного юридического университета
Комсомольская ул., д. 21, г. Екатеринбург, Россия, 620137
spicigor@mail.ru

Juridification of the Concept of “Artificial intelligence” and the Limits of the Use of Artificial Intelligence Technology in the Judicial Process

Igor N. Spitsin, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Department of Civil Law, Ural State Law University
ul. Komsomolskaya, d. 21, Ekaterinburg, Russia, 620137
spicigor@mail.ru

Abstract. The active development of artificial intelligence (AI) technology poses the question of how to integrate this phenomenon into legal reality, about the limits of using this technology in social practices regulated by law, and ultimately about developing an optimal model of legal regulation of AI. The paper focuses on the problem of developing the legal content of the concept of AI, including some methodological and ontological foundations of such work. The author brings to the scientific discussion certain constant characteristics of AI that are significant for legal regulation, which, if adopted by the legal scientific community, could be used as a scientifically sound basis for constructing specific variants of legal regulation that meet the needs of a particular sphere of social practice. The author believes that the scientifically based legal concept of AI is largely able to determine the direction and scope of applied legal research on the multidimensional problems of using AI technology in social interaction practices, including in the administration of justice, to distinguish the legal issues and problems related to this from ethical, philosophical, technological and other issues.

According to the author, the task of forming the legal concept of AI is not limited to the formulation of specific legal definitions and cannot be solved at this level. The result of the juridification of the concept of AI should be a set of unchangeable (constant) legal characteristics, while specific definitions of this term in regulations may differ depending on the needs of legal regulation practice. In the work on the formation of a legally significant concept of AI, it is proposed to abandon the descriptive essentialist approach aimed at identifying the essence of AI in favor of an ascriptive constructivist approach, which involves attributing to the content of the concept of AI those legal properties that, on the one hand, are significant for the purposes of legal regulation, and on the other hand, limit the limits of legal regulation.

Keywords: artificial intelligence; legal regulation; justice; judicial process; technologies; juridification methodology.

Cite as: Spitsin IN. Yuridizatsiya ponyatiya «iskusstvennyy intellekt» i predely ispolzovaniya tekhnologii iskusstvennogo intellekta v sudebnom protsesse [Juridification of the Concept of “Artificial intelligence” and the Limits of the Use of Artificial Intelligence Technology in the Judicial Process]. *Lex russica*. 2021;74(10):137-146. DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.137-146. (In Russ., abstract in Eng.).

Введение

В философии искусственного интеллекта принято различие слабого и сильного ИИ¹. В статье речь пойдет о слабом ИИ. Обсуждение правовых аспектов функционирования сильного ИИ представляется преждевременным, поскольку его создание является научно-технической проблемой, принципиальная возможность удачного решения которой на сегодняшний день остается дискуссионной.

В октябре 2019 г. утверждена Национальная стратегия развития ИИ в Российской Федерации на период до 2030 года². Вслед за ней в августе 2020 г. утверждена Концепция развития регулирования отношений в сфере технологий ИИ и робототехники до 2024 года³ (далее — Концепция).

В качестве целей Концепции обозначены определение подходов к правовому регулированию использования ИИ в различных сферах социальных отношений и создание предпо-

¹ Searle J. R. Is the Brain's Mind a Computer Program? // *Scientific American*. 1990. Vol. 262. № 1. January. P. 20–25; Stuart J. Russel S. J., Norvig P. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*. 3rd ed. Prentice Hall, 2010. P. 1020–1034.

² Указ Президента РФ от 10.10.2019 № 490 «О развитии искусственного интеллекта в Российской Федерации».

³ Распоряжение Правительства РФ от 19.08.2020 № 2129-р «Об утверждении Концепции развития регулирования отношений в сфере технологий искусственного интеллекта и робототехники на период до 2024 года».

сылок для формирования основ такого правового регулирования. При этом Концепцией обозначен целый ряд проблем регулирования отношений в сфере ИИ, в числе которых, как представляется, есть и проблемы, которые могут быть вписаны в процессуальный контекст отправления правосудия, а именно:

- 1) вопрос о возможности правового делегирования принятия решений системам ИИ (концептуальная проблема правового характера);
- 2) использование для принятия решений системами ИИ вероятностных оценок и невозможность в ряде случаев полного объяснения принятого ими решения;
- 3) соблюдение баланса между требованиями по защите персональных данных и необходимостью их использования для обучения систем ИИ;
- 4) задачи разработки и уточнения терминов и определений в сфере технологий ИИ.

Представляется, что обозначенные проблемы могут быть сведены к вопросам более общего теоретического характера:

- 1) к проблеме выработки юридического понятия ИИ (юридизация понятия ИИ);
- 2) к проблеме определения пределов использования технологии ИИ в судебном правоприменении.

1. Юридизация понятия ИИ

В Концепции обращается внимание на отсутствие однозначного понимания термина ИИ и на то, что это приводит к терминологическим проблемам при формировании основ правового регулирования. В то же время при решении этой проблемы предлагается:

- 1) ориентироваться на вариативность конкретных дефиниций в зависимости от отрасли применения технологии ИИ;
- 2) по возможности избегать внедрения в российское законодательство единого для всех отраслей нормативного определения термина.

Представляется, что проблема лежит несколько глубже формулирования легальных дефиниций в нормативных актах (кстати, такие дефиниции уже есть⁴). Прежде чем предлагать конкретные формулировки определения термина, необходимо определиться с самой концепцией ИИ, которая может быть использована в праве, понять, что представляет собой ИИ не столько и не только с технической точки зрения, но и с правовой, осознать, каким образом вписать это новое для права явление в систему общепринятых юридических концептов, как относиться к ИИ с точки зрения права и какое место отвести рассматриваемому явлению в юридической таксономии. Юридизировать понятие ИИ означает концептуализировать данное явление в системе специфических понятий и категорий, которыми оперирует профессиональное сознание юриста. Конкретные дефиниции действительно могут быть разными в зависимости от целей их конструирования, однако, как представляется, прежде чем говорить о вариантах дефиниций термина ИИ, нужно определить инвариативные характеристики, поскольку инвариант задает рамки правового регулирования и допустимые пределы вариативности определений. Такой инвариант должен быть научно обоснованным, так как именно научный подход позволяет принимать во внимание методологические и онтологические основания анализа.

И. Н. Тарасовым высказано и аргументировано мнение, что использование определений ИИ, базирующихся на описании технико-технологических характеристик, в юриспруденции бесполезно, поскольку не оказывает на правовое регулирование никакого влияния, и что инкорпорация ИИ в правовую действительность требует либо самостоятельного термина для его обозначения в плоскости права, либо наполнения понятия специфическим юридическим содержанием, при этом разработка понятийно-категориального аппарата по правилам и с учетом науки права есть необходимое условие для эффективного и корректного правового регулирования⁵. Не вполне соглашаясь с утвержде-

⁴ Например: Указ Президента РФ от 10.10.2019 № 490 «О развитии искусственного интеллекта в Российской Федерации»; приложение III (глоссарий) к Европейской этической хартии по вопросам использования искусственного интеллекта в судебных и смежных системах.

⁵ Spitsin I. N., Tarasov I. N. The Use of Artificial Intelligence Technologies in Judicature: Challenges of Legal Regulation // *Advances in Social Science, Education and Humanities Research*. Vol. 420 : XVII International Research-to-Practice Conference dedicated to the memory of M. I. Kovalyov (ICK, 2020). P. 174–178.

нием относительно использования самостоятельного термина (все-таки выбор означающего здесь может быть произвольным), в полной мере разделяю мнение И. Н. Тарасова о необходимости теоретических разработок, направленных на собственно юридическое осмысление ИИ, способов его интеграции в правовую действительность. Возможно, утверждение о полной бесполезности определений ИИ, базирующихся на описании его технико-технологических характеристик, слишком категорично, но во всяком случае такие определения не следует переносить в сферу права без предварительного теоретического анализа возможности, способов и пределов их использования для целей правового регулирования.

1.1. Методологические основания юридизации понятия ИИ

В литературе, посвященной методологии юридической науки, отмечается, что юридические понятия формируются по-разному⁶. Во-первых, это могут быть органические понятия, которые формируются в результате профессиональной рефлексии над юридической практикой или ее доктринального оформления либо возникают как результат теоретической организации правовой действительности, ее концептуализации в рамках определенной юридической теории. Как в первом, так и во втором случае такие понятия изначально представляют собой продукт юридического мышления. Во-вторых, это могут быть ассоциированные правом понятия, возникающие в неюридических сферах мышления и практики и вовлекающиеся в юридический оборот без изменения их объема и содержания. Такие понятия не имеют собственно юридического содержания. В-третьих, это могут быть консолидированные правом понятия, возникающие в неюридических сферах знания, однако впоследствии адаптируемые к потребностям юридической практики, в связи с чем их содержание изменяется и приобретает специфический юридический характер. Понятие, таким образом, юридизируется.

Очевидно, что понятие «искусственный интеллект» не является органически правовым, однако оно вовлекается в юридический оборот. Следовательно, нам нужно либо относиться к

нему как к ассоциированному, либо консолидировать его.

Концепция правового регулирования отношений в сфере ИИ исходит из ассоциации этого понятия (разд. 6): предлагается построить и гармонизировать онтологию предметной области силами экспертного сообщества и профильных технических комитетов при Федеральном агентстве по техническому регулированию и метрологии Российской Федерации; там, где это необходимо, использовать для правового регулирования определения, содержащиеся в документах по стандартизации, либо давать определения, актуальные конкретно для этой сферы регулирования.

На мой взгляд, сами по себе технические характеристики мало что дают для целей органичного вписывания ИИ как явления в правовую действительность. Хотя как паллиативное решение это вполне допустимо. Возможно, сто́ит попытаться консолидировать неюридическое понятие ИИ в право, вдохнуть в него юридическое содержание. Кстати, стремление юристов консолидировать понятие ИИ прослеживается в научной литературе, хотя такое стремление не исключает случаев обильного заимствования, включения в содержание разрабатываемого юридического понятия технических аспектов⁷.

Каким образом консолидировать понятие ИИ в право? Здесь может быть два подхода: эссенциалистский и конструктивистский.

Эссенциалистский подход предполагает стремление выявить и зафиксировать в понятии сущность исследуемого явления, определить, «схватить» в юридическом понятии «чтойность» искусственного интеллекта. Такой подход неявно предполагает, что есть некоторая неизменная сущность ИИ, которая может и должна быть выявлена юристами и зафиксирована в соответствующем юридическом понятии. Эссенциалистский подход *описывает* свойства искусственного интеллекта, он *дескриптивен*.

Конструктивистский подход подразумевает отказ от стремления к анализу, выявлению и презентации в юридическом понятии сущности искусственного интеллекта. Этот подход не описывает сущность, но *приписывает свойства*, он *аскриптивен*. Юридическое понятие искусственного интеллекта здесь может совершенно

⁶ О различных способах формировании понятий в праве см.: Тарасов И. Н. Методологические проблемы юридической науки. Екатеринбург, 2001. С. 158–169.

⁷ Например: Морхат П. М. Правосубъектность искусственного интеллекта в сфере права интеллектуальной собственности: гражданско-правовые проблемы : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2018. С. 92–93.

не совпадать с его технологическим содержанием. Этот подход представляется мне более перспективным с практической точки зрения.

Эссенциалистский подход приводит к активному включению в содержание предлагаемых представителями юридической науки дефиниций понятия «искусственный интеллект» различных признаков технологического характера⁸, что свойственно скорее ассоциации, а не консолидации этого понятия. В рамках этого же подхода возникает дискуссия о наделении искусственного интеллекта признаком субъектности (о ней пойдет речь ниже), когда такая возможность обсуждается с позиций оценки когнитивных свойств искусственного интеллекта⁹. В то же время представляется, что мы, юристы, не можем сказать ничего о сущности искусственного интеллекта, поскольку это изначально не юридическое, а технологическое явление, однако мы можем *приписать* искусственному интеллекту те юридически значимые свойства, которые соответствуют задачам правового регулирования.

Конструктивистский подход утилитарен. Если необходимо включить технологию искусственного интеллекта в юридический оборот, для этого не требуется выявления технологической сущности данного явления, но достаточно приписывания искусственному интеллекту тех значимых с точки зрения права свойств, кото-

рые обслуживали бы реализацию определенных практически значимых задач.

Таким образом, представляется, что консолидация понятия ИИ правом может и должна проходить в рамках утилитарно-конструктивистского, а не эссенциалистского подхода.

1.2. Онтологические основания консолидации понятия ИИ в право

Ключевой вопрос, который явно или неявно поднимается в юридической литературе применительно к онтологическому юридическому статусу ИИ, — это вопрос субъектности. Нередко исследователи в области юриспруденции обращают внимание на субъектность ИИ, прямо или косвенно включая этот признак в содержание разрабатываемого понятия ИИ. Обосновываются такие предложения либо через аргументы утилитарного характера (необходимость включения ИИ в юридический оборот), либо через попытки выявить сущность ИИ, конституирующую субъектность¹⁰; иногда такие предложения не обосновываются вовсе, но предлагаются *de lege ferenda* (проект закона Гришина)¹¹.

Для того чтобы включить явление в правовой оборот, необязательно приписывать свойства субъектности; не следует отождествлять субъекта права и субъекта деятельности. По справедливому замечанию профессора С. И. Архипова, субъект права не обязательно

⁸ Например: Морхат П. М. Указ. соч. С. 92–93; Понкин И. В., Редькина А. И. Искусственный интеллект с точки зрения права // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2018. Т. 22. № 1. С. 94–95.

⁹ Дурнева П. Н. Искусственный интеллект с точки зрения классической теории правосубъектности // Гражданское право. 2019. № 5. С. 30–33.

¹⁰ О вариантах постановки вопроса субъектности ИИ см., например: Афанасьев С. Ф. К вопросу о законодательном регулировании искусственного интеллекта // Российская юстиция. 2020. № 7. С. 46–49; Бахтеев Д. В. Искусственный интеллект: этико-правовые основы: монография. М., 2020. С. 118–125; Васильев А. А., Шпопер Д., Матаева М. Х. Термин «искусственный интеллект» в российском праве: доктринальный анализ // Юрислингвистика. 2018. № 7–8. С. 35–44; Васильев А. А., Шпопер Д. Искусственный интеллект: правовые аспекты // Известия Алтайского государственного университета. 2018. № 6 (104). С. 23–26; Морхат П. М. Искусственный интеллект: правовой взгляд: научная монография. М., 2017. С. 127–168; Незнамов А. В. Ключевые дискуссионные направления развития правового регулирования технологий искусственного интеллекта и робототехники // Право и технологии: в поисках баланса: сборник статей / под ред. К. Л. Брановицкого. Екатеринбург, 2019. С. 161–171; Ястребов О. А. Искусственный интеллект в правовом пространстве // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2018. Т. 22. № 3. С. 315–328; Он же. Правосубъектность электронного лица: теоретико-методологические подходы // Труды Института государства и права РАН. 2018. Т. 13. № 2. С. 36–55.

¹¹ Предложенный Д. С. Гришиным проект закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации в части совершенствования правового регулирования отношений в области робототехники» (п. 3 ст. 127.1, п. 1 ст. 127.5, ст. 127.1) // URL: http://robopravo.ru/matierialy_dlia_skachivaniia#ul-id-4-35.

должен отождествляться с участником правоотношений, с осуществляемой им правовой ролью¹². В этом смысле технология искусственного интеллекта в случае необходимости может выполнять отведенную ей человеком правовую роль и без статуса субъекта права. Если же связывать субъектность с когнитивными свойствами, то мы попадаем в предметное поле общей теории права и философии ИИ.

С позиций общей теории права возникает вопрос о признаках, конституирующих юридическую субъектность. Применительно к человеку субъектность, как правило, обосновывается либо через атрибутивные свойства сознания (воля, способность к мышлению, способность к автономному принятию решений, самосознание), либо посредством аксиологического подхода. В первом варианте мы не можем утверждать, что слабый ИИ мыслит, по этому поводу представители философии ИИ ведут давнюю дискуссию¹³. Более того, некоторые авторитетные исследователи отрицают возможность положительного ответа на вопрос о сознании даже с учетом перспективы создания сильного ИИ¹⁴. Наконец, сама научная концепция сознания все еще остается в известной степени неопределенной: по меткому замечанию профессора Е. А. Мамчур, на вопрос о том, что такое сознание, на сегодняшний день однозначно не способен ответить никто¹⁵. Применительно к праву такой подход, кроме всего прочего, не может считаться универсальным. Например, человек, не обладающий всей полнотой ментальных свойств, не перестает быть субъектом права (недееспособные), в то же время некоторые животные, такие как высшие приматы,

не наделяются юридической субъектностью, несмотря на то что они демонстрируют отдельные ментальные свойства, характерные и для человека (наличие психологических реакций, способность к самоидентификации, к эмпатии и др.)¹⁶. Что касается аксиологического подхода, где на первый план выходят аргументы этического характера и где отношение к человеку как к признаваемой правом социальной ценности является достаточным и предельным основанием для наделения его статусом субъекта¹⁷, то, очевидно, данный подход неприменим к искусственному интеллекту по причине отношения к нему как к средству, по причине его служебного характера¹⁸. Кроме того, серьезному обсуждению вопроса субъектности ИИ в рамках этого направления препятствует антропоцентризм права. Размышлять о субъектности ИИ означает стремиться преодолеть антропоцентризм права, что само по себе сомнительно (более развернутая аргументация изложена в другой публикации автора¹⁹). Отношение к слабому ИИ — это отношение к средству, а не к ценности, в то время как статус субъекта права предполагает отношение к нему как к самостоятельной ценности, а не как к средству.

В отличие от эссенциалистского, утилитарно-конструктивистский подход к определению юридического содержания понятия «искусственный интеллект» позволяет преодолеть все обозначенные дискуссионные аспекты. Так, с позиций утилитарного конструктивизма деактуализируется вопрос о наличии у искусственного интеллекта ментальных свойств, воспроизводящих или имитирующих отдельные когнитивные способности сознания чело-

¹² Архипов С. И. Субъект права: теоретическое исследование. СПб., 2004. С. 31–38.

¹³ Например: Searle J. R. Op. cit. P. 20–25 ; Stuart J., Russel S. J., Norvig P. Op. cit. P. 1020–1034 ; Turing A. M. Computing Machinery and Intelligence // Mind, New Series. 1950. Vol. 59. № 236. October. P. 433–460 ; Churchland P. M., Churchland P. S. Could a Machine Think? // Scientific American. 1990. Vol. 262. № 1. January. P. 26–31.

¹⁴ Searle J. R. Op. cit. P. 20–25.

¹⁵ Мамчур Е. А. Образы науки в современной культуре : научная монография. М., 2008. С. 144–146.

¹⁶ Brozek B. The Troublesome «Person» // Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn / V. A. J. Kurki, T. Pietrykowski (ed.). Springer International Publishing AG, 2017. P. 7–8. .

¹⁷ Архипов С. И. Субъект права: теоретическое исследование. СПб., 2004. С. 99–105 ; Он же. Современные проблемы юридической науки : учебное пособие. Екатеринбург, 2019. С. 128–132.

¹⁸ The CEPEJ European Ethical Charter on the use of artificial intelligence in judicial systems and their environment // URL: <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c> (дата обращения: 15.07.2021).

¹⁹ Spitsin I. N., Tarasov I. N. Op. cit. P. 174–178 ; Спицин И. Н., Тарасов И. Н. Использование искусственного интеллекта при отправлении правосудия: теоретические аспекты правовой регламентации (постановка проблемы) // Актуальные проблемы российского права. 2020. Т. 15. № 8 (117). С. 96–107.

века. Право регламентирует не мышление, а поведение. В этой связи неважно, мыслит ли искусственный интеллект или только имитирует мышление, насколько полна эта имитация, достаточна ли она для постановки вопроса о субъектности и т. д. Важно, что искусственный интеллект способен к автономному рациональному действию — принятию решений без вмешательства оператора. По причине антропоцентризма права снимается вопрос о субъектности искусственного интеллекта. Технология искусственного интеллекта в случае необходимости может выполнять отведенную ей человеком правовую роль и без статуса субъекта права. Здесь же утрачивают значимость и многочисленные технологические аспекты понятия «искусственный интеллект», поскольку они не имеют значения для правового регулирования использования данной технологии в юридической практике. Технологический характер может быть просто констатирован юристами, без раскрытия в содержании понятия его сущности, только чтобы подчеркнуть антропогенный характер искусственного интеллекта, но и это кажется избыточным, поскольку само по себе понятие технологии предполагает, включает в себя этот признак. Таким образом, все эти вопросы не только перестают быть дискуссионными, они просто снимаются с актуальной повестки.

При конструировании научно обоснованного инварианта юридического понятия «искусственный интеллект» важным представляется не столько формулирование конкретного определения, сколько фиксация ключевых, имеющих значение для правового регулирования характеристик, поскольку именно эти характеристики будут оставаться неизменными при формулировании вариантов конкретных нормативных дефиниций. С учетом приведенной выше аргументации полагаем, что такими характеристиками могли бы быть:

- 1) способность технологии ИИ к автономному рациональному действию (самостоятельное принятие решений без вмешательства оператора);
- 2) объектность технологии ИИ (понятая как принципиальная ориентация на отсутствие у искусственного интеллекта правоспособности);

- 3) служебный характер искусственного интеллекта (понятый как ограниченность целей и задач функционирования ИИ потребностями человека).

2. Пределы использования технологии ИИ в судебном правоприменении

Возможно ли доверить судебное правоприменение *не субъекту* права? Может ли ИИ выполнять функции правоприменения в судебном процессе? Такая постановка вопроса позволяет избежать хорошо известной в процессуальной доктрине дискуссии о пределах значения понятия «правосудие»: охватывается ли понятием «правосудие» судебное правоприменение, не связанное с разрешением споров о праве (приказное производство, особое производство).

Полагаю, что на первый вопрос можно ответить положительно, а на второй — отрицательно. Аргументы моей позиции следующие.

Судебное правоприменение требует не только формальных действий, но и содержательного юридического мышления, в том числе работы с оценочными категориями. Даже в бесспорных производствах судья оценивает письменные доказательства по своему внутреннему убеждению, реализуя судебное усмотрение, квалифицирует правоотношение, оценивает его на предмет бесспорности и т. д. В судебном процессе реализован принцип свободной, а не формальной оценки доказательств. Все это требует оперирования специфическими юридическими смыслами.

В отличие от человека, ИИ не способен оперировать смыслами. Еще в начале 80-х гг. прошлого века известный специалист в области философии ИИ Дж. Сёрл в мысленном эксперименте «китайская комната»²⁰ убедительно продемонстрировал, что ИИ оперирует исключительно синтаксисом, а не семантикой. Пространство активности ИИ — это сфера голой формы без какого бы то ни было содержания. В связи с этим вряд ли возможно доверить ИИ функцию оценочных суждений в рамках судебного правоприменения. Кроме того, использование ИИ при оценке доказательств противоречило бы принципу свободной оценки доказательств по внутреннему убеждению суда

²⁰ Searle J. R. Op. cit. P. 20–25. Оппонентами Дж. Серла в этом вопросе выступили Пол и Патрисия Черчленды: Churchland P. M., Churchland P. S. Op. cit. P. 26–31.

(у ИИ не может быть внутреннего убеждения, поскольку ИИ не оперирует смыслами). Пределы использования технологии ИИ в судебном процессе ограничиваются концепцией «предсказывающего правосудия»²¹. В рамках этой концепции ИИ может использоваться только в инструментальном плане — как средство анализа большого объема данных.

В то же время этот вопрос может быть решен иначе применительно к альтернативным формам разрешения споров, в частности в арбитраже, компетенция которого имеет договорную, а не публично-правовую природу. Обращаясь к арбитражу, стороны должны понимать возможности и ограничения этой формы правоприменения, их воля и волеизъявление на обращение к арбитру должны совпадать и не содержать пороков. Поэтому если стороны добровольно и осознанно передают спор на разрешение ИИ, понимая и принимая невозможность в таком случае осмысленного правоприменения и соглашаясь с этим, нет никаких оснований лишать их такой возможности.

Заключение

1. Эффективность правового регулирования использования технологии ИИ в различных сферах социальных практик, в том числе в правоприменительной деятельности, в немалой степени зависит от научно обоснованной юридической концепции ИИ, то есть от правовых характеристик этого неправового явления, от способа восприятия и понимания его юристами, от места, которое отводится ИИ в юридической таксономии.

2. Задача формирования юридического понятия ИИ не сводится к формулированию конкретных легальных определений и не может быть решена на этом уровне; юридизация понятия ИИ требует теоретической правовой рефлексии, продумывания содержания этого понятия в контексте права средствами и методами юридической науки; юридизировать понятие ИИ означает расширить его содержание, определив юридически значимые характеристики и свойства.

3. Результатом юридизации понятия ИИ должен стать набор неизменных (инвариативных)

правовых характеристик, в то время как конкретные варианты определений этого термина в нормативных актах могут различаться в зависимости от потребностей практики правового регулирования.

4. Юридический концепт ИИ будет определять собственно правовые рамки исследования этого многоаспектного явления, перспективные направления прикладных разработок по формированию и оптимизации модели правового регулирования.

5. В работе по формированию юридически значимого понятия ИИ предлагается отказаться от дескриптивного эссенциалистского подхода, направленного на выявление сущности ИИ, в пользу аскриптивного конструктивистского подхода, предполагающего приписывание содержанию понятия ИИ тех правовых свойств, которые, с одной стороны, значимы для целей правового регулирования, а с другой стороны, ограничивают пределы правового регулирования.

6. В качестве инвариативных юридически значимых элементов содержания понятия ИИ предлагается: а) объектность ИИ (понятая как отказ от попыток приписывания ИИ каких-либо свойств юридической субъектности); б) автономность (понятая как способность ИИ к действию, в том числе принятию решений без вмешательства оператора); в) служебный характер (понятый как ограниченность целей и задач функционирования ИИ потребностями человека).

7. Пределы использования ИИ в правоприменительной деятельности зависят от формы правоприменения: при отправлении правосудия ИИ может использоваться только в целях анализа больших объемов данных, поскольку ИИ не оперирует смыслами, а действует на формальном, синтаксическом уровне, что исключает возможность осмысленной работы с оценочными юридическими понятиями, а также противоречит принципу свободной оценки доказательств; в тех сферах правоприменения, где компетенция носит договорный характер (например, арбитраж), ИИ может использоваться и для вынесения правоприменительного акта, если сами стороны осознанно изъявляют волю на разрешение их дела технологией ИИ.

²¹ The CEPEJ European Ethical Charter on the use of artificial intelligence in judicial systems and their environment.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Архипов С. И. Современные проблемы юридической науки : учебное пособие. — Екатеринбург, 2019.
2. Архипов С. И. Субъект права: теоретическое исследование. — СПб., 2004.
3. Афанасьев С. Ф. К вопросу о законодательном регулировании искусственного интеллекта // Российская юстиция. — 2020. — № 7.
4. Бахтеев Д. В. Искусственный интеллект: этико-правовые основы : монография. — М., 2020.
5. Васильев А. А., Шпопер Д. Искусственный интеллект: правовые аспекты // Известия Алтайского государственного университета. — 2018. — № 6 (104).
6. Васильев А. А., Шпопер Д., Матаева М. Х. Термин «искусственный интеллект» в российском праве: доктринальный анализ // Юрислингвистика. — 2018. — № 7–8.
7. Дурнева П. Н. Искусственный интеллект с точки зрения классической теории правосубъектности // Гражданское право. — 2019. — № 5.
8. Мамчур Е. А. Образы науки в современной культуре : научная монография. — М., 2008.
9. Морхат П. М. Искусственный интеллект: правовой взгляд : научная монография. — М., 2017.
10. Морхат П. М. Правосубъектность искусственного интеллекта в сфере права интеллектуальной собственности: гражданско-правовые проблемы : дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2018.
11. Незнамов А. В. Ключевые дискуссионные направления развития правового регулирования технологий искусственного интеллекта и робототехники // Право и технологии: в поисках баланса : сборник статей / под ред. К. Л. Брановицкого. — Екатеринбург, 2019.
12. Понкин И. В., Редькина А. И. Искусственный интеллект с точки зрения права // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия : Юридические науки. — 2018. — Т. 22. — № 1.
13. Тарасов Н. Н. Методологические проблемы юридической науки. — Екатеринбург, 2001.
14. Ястребов О. А. Искусственный интеллект в правовом пространстве // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия : Юридические науки. — 2018. — Т. 22. — № 3.
15. Ястребов О. А. Правосубъектность электронного лица: теоретико-методологические подходы // Труды Института государства и права РАН. — 2018. — Т. 13. — № 2.
16. Brozek B. The Troublesome «Person» // Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn / V. Kurki, T. Pietrykowski (ed.). — Springer International Publishing AG, 2017.
17. Churchland P. M., Churchland P. S. Could a Machine Think? // Scientific American. — 1990. — Vol. 262. — № 1. January.
18. Searle J. R. Is the Brain's Mind a Computer Program? // Scientific American. — 1990. — Vol. 262. — № 1. January.
19. Spitsin I. N., Tarasov I. N. The Use of Artificial Intelligence Technologies in Judicature: Challenges of Legal Regulation // Advances in Social Science, Education and Humanities Research. Vol. 420 : XVII International Research-to-Practice Conference dedicated to the memory of M. I. Kovalyov (ICK, 2020).
20. Stuart J., Russel S. J., Norvig P. Artificial Intelligence: A Modern Approach. — 3rd ed. — Prentice Hall, 2010.
21. Turing A. M. Computing Machinery and Intelligence // Mind, New Series. — 1950. — Vol. 59. — № 236.

Материал поступил в редакцию 29 августа 2021 г.

REFERENCES

1. Arkhipov SI. Sovremennye problemy yuridicheskoy nauki: uchebnoe posobie [Modern problems of legal science: A textbook]. Ekaterinburg; 2019. (In Russ.)
2. Arkhipov SI. Subekt prava: teoreticheskoe issledovanie [The subject of law: A theoretical study]. St. Petersburg; 2004. (In Russ.)
3. Afanasev SF. K voprosu o zakonodatelnom regulirovanii iskusstvennogo intellekta [On the issue of legislative regulation of artificial intelligence]. *Rossiyskaya yustitsiya [Russian justice]*. 2020;7. (In Russ.)
4. Bakhteev DV. Iskusstvennyy intellekt: etiko-pravovye osnovy: monografiya [Artificial Intelligence: Ethical and legal foundations: A monograph]. Moscow; 2020. (In Russ.)
5. Vasilev AA, Shpopov D. Iskusstvennyy intellekt: pravovye aspekty [Artificial intelligence: Legal aspects]. *Izvestiya Itayskogo gosudarstvennogo universiteta [Izvestiya of Altai State University]*. 2018;6(104). (In Russ.)

6. Vasilev AA, Shpopov D, Mataeva MKh. Termin «Iskusstvennyy intellekt» v rossiyskom prave: doktrinalnyy analiz [The term “Artificial intelligence” in the Russian law: Doctrinal analysis]. *Yurislingvistika [Legal Linguistics]*. 2018;7-8. (In Russ.)
7. Durneva PN. Iskusstvennyy intellekt s tochki zreniya klassicheskoy teorii pravosubektnosti [Artificial intelligence from the point of view of the classical theory of legal personality]. *Grazhdanskoe pravo [Civil law]*. 2019;5. (In Russ.)
8. Mamchur EA. Obrazy nauki v sovremennoy kulture: nauchnaya monografiya [Images of science in modern culture: A scientific monograph]. Moscow; 2008. (In Russ.)
9. Morhat PM. Iskusstvennyy intellekt: pravovoy vzglyad: nauchnaya monografiya [Artificial Intelligence: A legal view. A scientific monograph]. Moscow; 2017. (In Russ.)
10. Morhat PM. Pravosubektnost iskusstvennogo intellekta v sfere prava intellektualnoy sobstvennosti: grazhdansko-pravovye problemy: dis. ... d-ra yurid. nauk [The legal personality of artificial intelligence in the field of intellectual property law: Civil law problems. Dr. Sci. (Law) Dissertation]. Moscow; 2018. (In Russ.)
11. Neznamov AV. Klyuchevye diskussionnye napravleniya razvitiya pravovogo regulirovaniya tekhnologiy iskusstvennogo intellekta i robototekhniki [Key discussion areas of development of legal regulation of artificial intelligence and robotics technologies]. In: Branovitskiy KL, editor. *Pravo i tekhnologii: v poiskakh balansa: sbornik statey [Law and Technology: In search of a balance. Collection of papers]*. Ekaterinburg; 2019. (In Russ.)
12. Ponkin IV, Redkina AI. Iskusstvennyy intellekt s tochki zreniya prava [Artificial intelligence from the point of view of law]. *Vestnik Rossiyskogo universiteta druzhby narodov. Seriya: Yuridicheskie nauki [RUDN Journal of Law. Series: Legal Sciences]*. 2018;22(1). (In Russ.)
13. Tarasov NN. Metodologicheskie problemy yuridicheskoy nauki [Methodological problems of legal science]. Ekaterinburg; 2001. (In Russ.)
14. Yastrebov OA. Iskusstvennyy intellekt v pravovom prostranstve [Artificial intelligence in the legal framework]. *Vestnik Rossiyskogo universiteta druzhby narodov. Seriya: Yuridicheskie nauki [RUDN Journal of Law. Series: Legal Sciences]*. 2018;22(3). (In Russ.)
15. Yastrebov OA. Pravosubektnost elektronnoy litsa: teoretiko-metodologicheskie podkhody [Legal personality of an electronic person: theoretical and methodological approaches]. *Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN*. 2018;13(2):36-55. (In Russ.)
16. Brozek B. The Troublesome «Person». In: Kurki V, Pietrykowski T, editors. *Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*. Springer International Publishing AG; 2017.
17. Churchland PM, Churchland PS. Could a Machine Think? *Scientific American*. 1990;262(1).
18. Searle JR. Is the Brain’s Mind a Computer Program? *Scientific American*. 1990;262(1).
19. Spitsin IN, Tarasov IN. The Use of Artificial Intelligence Technologies in Judicature: Challenges of Legal Regulation. *Advances in Social Science, Education and Humanities Research*. Vol. 420. 17th International Research-to-Practice Conference dedicated to the memory of M. I. Kovalyov (ICK 2020).
20. Stuart J., Russell SJ, Norvig P. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*. 3rd edition. Prentice Hall; 2010.
21. Turing AM. Computing Machinery and Intelligence. *Mind, New Series*. 1950;59(236).

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ COMPARATIVE STUDIES

DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.147-155

Е. Е. Якушева*

Инвестиционные товарищества в контексте других существующих в России форм ведения совместной деятельности и в сравнении с limited partnership в США

Аннотация. Экономика развитых стран в глобальном мире существуют в условиях постоянно усиливающейся конкуренции. В последние десятилетия преимущество получили государства, экономика которых базируется на современных технологиях, внедрении инноваций и создании благоприятной среды для их появления. Венчурное инвестирование является важной составляющей инновационной экономики, без которой сложно представить бурное развитие новых технологий. В этих условиях задачей правовых систем развитых стран стало создание правовой основы для венчурного инвестирования — удобной, прозрачной и понятной для национальных и международных инвесторов.

В России важным этапом создания правовой инфраструктуры для инвестирования стало принятие в 2011 г. Федерального закона «Об инвестиционном товариществе», призванного предоставить инвестиционному сообществу договорные организационно-правовые формы осуществления коллективной инвестиционной деятельности, учитывающие особенности реализации венчурных (особо рискованных) бизнес-проектов. Российское инвестиционное товарищество является прямым аналогом американского limited partnership (ограниченное партнерство).

В статье рассмотрены основные преимущества инвестиционного товарищества перед другими формами ведения коллективной инвестиционной деятельности, а также проведен анализ некоторых аспектов регулирования деятельности инвестиционных товариществ в России и ограниченных партнерств в США. Автор приходит к выводу, что инвестиционное товарищество является оптимальной формой коллективной инвестиционной деятельности, предусмотренной российским законодательством. Не вызывает сомнений, что общая близость конструкции инвестиционного товарищества и ограниченного партнерства, распространенного в США (и других странах общего права), делает инвестиционное товарищество оптимальной формой для привлечения иностранных инвестиций на российский рынок.

Ключевые слова: инвестиционное товарищество; limited partnership; инновации; венчурное инвестирование; инвестиции; правовой статус; сравнительный анализ.

Для цитирования: Якушева Е. Е. Инвестиционные товарищества в контексте других существующих в России форм ведения совместной деятельности и в сравнении с limited partnership в США // Lex russica. — 2021. — Т. 74. — № 10. — С. 147–155. — DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.147-155.

© Якушева Е. Е., 2021

* Якушева Елена Евгеньевна, кандидат юридических наук, доцент департамента публичного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (НИУ ВШЭ), MBA (California State University), LLM (University of London)
Б. Трехсвятительский пер., д. 3, г. Москва, Россия, 109028
eeyakusheva@hse.ru

Investment Partnership in the realm of Other Forms of Joint Ventures Existing in Russia in comparison with US Limited Partnership

Elena E. Yakusheva, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Department of Public Law, Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics, MBA (California State University), LLM (University of London)
Bolshoy Trekhsvyatitskiy per., d. 3, Moscow, Russia, 109028
eeyakusheva@hse.ru

Abstract. Globally the developed countries economies exist in conditions of ever-increasing competition. In recent decades, the states whose economy is based on modern technologies, the introduction of innovations and the creation of a favorable environment for their emergence has gained some advantage. Venture investment is an important component of the innovation economy, without which it is difficult to imagine the rapid development of new technologies. Under these conditions, the task of the legal systems of developed countries has become to create a legal framework for venture investment: convenient, transparent and understandable for national and international investors.

In Russia, an important stage in the creation of a legal infrastructure for investment was the adoption of the Federal Law "On Investment Partnership" in 2011, designed to provide the investment community with contractual organizational and legal forms of collective investment activity, taking into account the specifics of the implementation of venture (especially risky) business projects. The Russian investment partnership is a direct analogue of the American limited partnership (limited partnership).

The paper considers the main advantages of an investment partnership over other forms of collective investment activity, as well as analyzes some aspects of the regulation of investment partnerships in Russia and limited partnerships in the United States. The author concludes that an investment partnership is the optimal form of collective investment activity provided for by Russian legislation. There is no doubt that the general proximity of the construction of an investment partnership and a limited partnership, common in the United States (and other common law countries), makes an investment partnership the most attractive form of attracting foreign investment to the Russian market.

Keywords: investment partnership; limited partnership; innovation; venture investment; investment; legal status; comparative analysis.

Cite as: Yakusheva EE. Investitsionnye tovarishchestva v kontekste drugikh sushchestvuyushchikh v Rossii form vedeniya sovmestnoy deyatel'nosti i v sravnenii s limited partnership v SShA [Investment Partnership in the realm of Other Forms of Joint Ventures Existing in Russia in comparison with US Limited Partnership]. *Lex russica*. 2021;74(10):147-155. DOI: 10.17803/1729-5920.2021.179.10.147-155. (In Russ., abstract in Eng.).

Венчурные инвестиции являются важным фактором, способствующим созданию инновационной экономики. Высокорискованные проекты, связанные с разработкой и внедрением новых технологий, имеют огромный потенциал роста и высокой маржинальности в случае успеха, однако для таких проектов, как правило, недоступны традиционные источники финансирования, например банковский кредит.

В данных обстоятельствах велика роль венчурных инвесторов, готовых принять на себя риски и предоставить финансирование перспективным компаниям.

В докоронавирусном 2019 г. общий объем инвестиций в российский венчурный рынок

превысил 868,7 млн долларов США, что стало абсолютным рекордом для России¹.

В условиях строительства конкурентоспособной экономики важно предоставить инвесторам такие правовые формы осуществления инвестиционной деятельности, которые бы соответствовали международному уровню и были востребованы в том числе иностранными инвесторами.

Результатом работы по совершенствованию российского законодательства стало принятие в 2011 г. Федерального закона «Об инвестиционном товариществе»².

Инвестиционное товарищество является разновидностью простого товарищества, в рамках

¹ Венчурная Россия: Результаты 2019 года : пресс-релиз // URL: https://www.ey.com/ru_ru/news/2020/02/dsight-vc (дата обращения: 03.08.2021).

² Федеральный закон от 28.11.2011 № 335-ФЗ «Об инвестиционном товариществе» // СЗ РФ. 2011. № 49.

которого товарищи объединяют свое имущество для осуществления инвестиционной деятельности на основании договора.

Инвестиционное товарищество считается созданным с момента нотариального удостоверения договора. При этом нотариальные действия осуществляются только по месту нахождения управляющего товарища и только у одного нотариуса³.

Участники инвестиционных товариществ делятся на управляющих товарищей, осуществляющих ведение общих дел товарищества, налоговый учет, учет доходов и расходов, и товарищей-вкладчиков, которые по общему правилу должны принимать только финансовое участие в деятельности товарищества.

При этом управляющий товарищ subsidiarily несет полную ответственность всем своим имуществом по общим обязательствам товарищей, тогда как ответственность товарищей-вкладчиков ограничена суммой внесенного вклада, однако такое ограничение ответственности не распространяется на налоговые обязательства⁴.

Одним из факторов, благодаря которым инвестиционные товарищества являются достаточно популярной формой организации инвестиционной деятельности, является общая диспозитивность договорной формы: товарищи вправе по своему усмотрению организовать деятельность товарищества, его органов управления.

На практике стороны, как правило, включают в договоры инвестиционного товарищества следующие положения:

- инвестиционная декларация, в которой обычно содержится информация об отрасли, региональном фокусе инвестирования, видах объектов инвестирования и критериях их отбора;
- права и обязанности товарищей;
- срок деятельности товарищества;
- состав, порядок внесения и размер вкладов товарищей;

- состав и компетенция органов управления товарищества;
- условия ведения общих дел управляющим товарищем;
- виды и сроки предоставления отчетности управляющим товарищем;
- условия вознаграждения управляющего товарища;
- передача прав и обязанностей по договору;
- ответственность сторон по договору.

Появление такого договора в российском праве является вполне закономерным, так как предусмотренные российским законодательством другие формы совместной инвестиционной деятельности обладают существенными недостатками.

Далее предлагаем рассмотреть ключевые отличия и недостатки данных форм, из-за которых они остались по большей части не востребованы инвестиционным сообществом для целей осуществления инвестиций.

Закрытые паевые инвестиционные фонды

Предмет деятельности паевых фондов сходен с предметом деятельности инвестиционных товариществ — это инвестирование в ценные бумаги и финансовые инструменты.

Главным отличием и одновременно недостатком паевых фондов является статус управляющей компании.

В отличие от инвестиционных товариществ, где управляющим товарищем может выступать любое лицо, выбранное товарищами, в паевых фондах управляющая компания должна иметь лицензию Банка России на ведение своей деятельности, выполнять требования по наличию собственного капитала (не менее 20 млн руб. и 0,02 % от стоимости средств, находящихся в управлении, свыше 3 млрд руб., но суммарно не более 80 млн)⁵. Кроме того, в законодательстве содержатся требования к учредителям и руководству управляющей компании⁶.

Правила доверительного управления подлежат регистрации в Банке России, тогда как

³ Чернухин А. А. Правовая природа инвестиционного товарищества (понятие и особенности) // Юрист. 2020. № 11. С. 26–33.

⁴ Грибниченко Л. О. Договор инвестиционного товарищества: правовая форма осуществления венчурного финансирования // Ex jure. 2018. № 2. С. 54–55.

⁵ Указание Банка России от 19.07.2016 № 4075-У «О требованиях к собственным средствам управляющих компаний инвестиционных фондов, паевых инвестиционных фондов и негосударственных пенсионных фондов и соискателей лицензии управляющей компании» // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ См.: ст. 38 и 38.1 Федерального закона № 156-ФЗ от 29.11.2001 «Об инвестиционных фондах» // СЗ РФ. 2001. № 49.

договор инвестиционного товарищества удостоверяется нотариусом.

Другим дополнительным механизмом регулирования деятельности закрытых паевых инвестиционных фондов является необходимость получения согласия на распоряжение активами фонда со стороны специализированного депозитария.

Подобные требования к инвестиционным товариществам отсутствуют, что делает их более простой формой для ведения совместной деятельности.

Товарищество на вере

Данная форма совместной деятельности на первый взгляд похожа на инвестиционное товарищество: товарищи делятся на вкладчиков (ответственность ограничена суммой вклада, вносят вклады, но не участвуют в деятельности) и полных товарищей (осуществляют управление товариществом и несут риск убытков в полном объеме); деятельность осуществляется на основании договора.

Однако при более подробном рассмотрении с точки зрения целей инвестиционной деятельности данная форма имеет следующие очевидные недостатки.

Так, в законе содержится запрет на участие полного товарища более чем в одном товариществе на вере, тогда как в сфере венчурных инвестиций действуют профессиональные участники, осуществляющие управление целым рядом инвестиционных фондов.

Кроме того, ГК РФ предоставляет возможность выйти из товарищества: полные товарищи вправе подать заявление о выходе в любой момент времени, товарищи-вкладчики — после окончания финансового года. В договорах же инвестиционного товарищества стороны зачастую предусматривают ограничения на выход, различные санкции за досрочный выход из товарищества, необходимость получения согласия других товарищей.

Договор простого товарищества

По договору простого товарищества двое или несколько лиц (товарищей) обязуются соединить свои вклады и совместно действовать без образования юридического лица для

извлечения прибыли или достижения иной не противоречащей закону цели.

Среди недостатков простого товарищества, из-за которых данная форма совместной деятельности не востребована в инвестиционном сообществе, необходимо отметить солидарную ответственность всех товарищей по общим обязательствам независимо от оснований их возникновения, «что означает принятие инвестором повышенных бизнес-рисков по сравнению с другими корпоративными формами ведения бизнеса»⁷. Таким образом, кредитор простого товарищества вправе требовать исполнения обязательств от любого из товарищей или от всех товарищей совместно.

При этом товарищи несут ответственность всем принадлежащим им имуществом, то есть ответственность не ограничена стоимостью вклада товарища.

Другим существенным недостатком договора простого товарищества применительно к инвестиционной деятельности является субъектный состав договора: участниками простого товарищества могут быть только коммерческие организации и индивидуальные предприниматели. Таким образом, сторонами договора простого товарищества не могут выступать некоммерческие организации (в том числе пенсионные фонды, государственные корпорации и др.).

Кроме того, как и в товариществе на вере, закон разрешает выход любого из товарищей из договора, при этом запрет такого права или ограничение на его применение практически нереализуемы.

Юридические лица

Ведение инвестиционной деятельности через специально созданное инвесторами юридическое лицо (общество с ограниченной ответственностью или акционерное общество) обладает несомненными преимуществами: в таких совместных предприятиях существует понятная и прозрачная процедура смены состава инвесторов, распределения и реинвестирования прибыли, внесения дополнительных инвестиций; доли/акции участников ликвидны, возможно их наследование и отчуждение; в законодательстве регламентируются основные

⁷ Особенности правового регулирования и проблемы адаптации инвестиционного товарищества как модели для ведения совместной деятельности : аналитический материал / АБ «Линия права» по заказу РВК // URL: https://www.rvc.ru/upload/iblock/98f/RVC_Features_of_legal_regulation.pdf (дата обращения: 04.08.2021).

вопросы корпоративного управления и права участников, процедуры реорганизации юридических лиц, корпоративными договорами и уставами возможно определить дополнительные обязанности сторон, урегулировать вопросы работы органов управления, голосования и внесения инвестиций, ограничить права на выход из компании.

Ключевым недостатком (по сравнению с договорными формами совместной инвестиционной деятельности) корпоративной формы ведения инвестиционной деятельности является то, что юридическое лицо является налогоплательщиком. Из этого следует, что при выходе из инвестиций налог на прибыль будет начислен дважды: при реализации доли в портфельной компании, а потом при распределении прибыли между участниками⁸. Подобная дополнительная нагрузка очевидным образом уменьшает доходность инвестиций, что значительно снижает привлекательность инвестирования через создаваемое инвесторами юридическое лицо.

Как мы видим, инвестиционное товарищество имеет значительные преимущества перед другими формами ведения совместной инвестиционной деятельности, благодаря которым оно фактически стало основной формой организации инвестиционных фондов.

Авторы закона об инвестиционном товариществе не скрывали, что данный нормативный правовой акт разработан «с учетом анализа и адаптации к российской континентальной системе права Единообразного закона США о партнерстве с ограниченной ответственностью»⁹.

В этой связи целесообразно рассмотреть некоторые особенности таких партнерств в США и выделить ключевые отличия от российских инвестиционных товариществ, что позволит оценить конкурентоспособность инвестиционного товарищества по сравнению с зарубежным аналогом.

1. Законодательное регулирование деятельности партнерств

В связи с особенностью государственного устройства США законодательство об ограниченных партнерствах может различаться в разных штатах.

В целях разработки унифицированных нормативных актов по ключевым вопросам права в США действует некоммерческая организация — Комиссия по унификации законодательства (The Uniform Law Commission)¹⁰. Одной из задач данной комиссии стала разработка Единого закона об ограниченных партнерствах 2001 г. (Uniform limited partnership act), который в настоящее время принят примерно в половине штатов. Однако данный акт до сих пор не принят в таких крупных штатах, как Нью-Йорк, Техас, Джорджия.

Таким образом, законодательство о партнерствах может в той или иной степени различаться от штата к штату, что связано с рисками для участников оборота.

Очевидно, что участники российского инвестиционного товарищества не могут столкнуться с подобными рисками, так как деятельность товарищества регламентирована нормами федерального законодательства.

2. Создание партнерства

Процедура создания партнерства также может различаться от штата к штату, местные власти могут установить отличные от других штатов регистрационные формы и бланки, набор и состав требуемых документов.

Как правило, регистрацию ограниченных партнерств осуществляет офис секретаря штата (Secretary of the state) — орган исполнительной власти штата. Для регистрации обычно необходимо заполнить информацию о партнерах, решивших создать партнерство, месте нахождения офиса партнерства. Во многих штатах предусмотрена возможность подачи регистрационных документов через Интернет.

Интересен тот факт, что для регистрации партнерства, как правило, не требуется предоставления договора, хотя необходимость наличия такого соглашения предусмотрена законодательством.

Сложно сказать, является ли преимуществом для участников рынка требование о нотариальном удостоверении договоров инвестиционного товарищества в России, однако для участников товарищества была бы несомненным преимуще-

⁸ Янковский Р. М. Организационно-правовые формы венчурного инвестирования (часть 1): структуры венчурных фондов // Право и экономика. 2017. № 6.

⁹ Пояснительная записка к проектам федеральных законов «Об инвестиционном товариществе» и «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона “Об инвестиционном товариществе”» // URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/557184-5> (дата обращения: 04.08.2021).

¹⁰ См.: About Us // URL: <https://www.uniformlaws.org/aboutulc/overview> (дата обращения: 08.08.2021).

ществом возможность зарегистрировать товарищество через Интернет без раскрытия условий договора инвестиционного товарищества и необходимости личного присутствия у нотариуса.

3. Условия договора ограниченного партнерства

В трудах по праву партнерство именуют контрактом между дееспособными сторонами, вносящими деньги, вещи, труд и навыки для ведения правомерной предпринимательской деятельности с общностью прибыли¹¹.

В этой связи наиболее важным вопросом при изучении партнерств является рассмотрение правового регулирования договорной основы деятельности партнерства.

В соответствии с Единым законом об ограниченных партнерствах соглашение о партнерстве регулирует:

- отношения между партнерами и отношения между партнерами и партнерством;
- ведение деятельности партнерства;
- условия изменения договора.

Как и в России, стороны договора о партнерстве могут согласовать в договоре практически все аспекты деятельности партнерства, но закон также содержит закрытый перечень императивных правил, которые не могут изменяться/отменяться договором о партнерстве. В частности, стороны договора не вправе:

- изменять применимое к деятельности партнерства право;
- изменять возможность партнерства быть истцом и ответчиком в суде;
- исключать обязательство партнеров действовать добросовестно;
- ограничивать право управляющего партнера использовать право вето на решение о преобразовании партнерства с ограниченной ответственностью (в таком виде партнерств ответственность управляющего ограничена стоимостью его вклада) в ограниченное партнерство;
- ограждать лицо от ответственности за умышленное недобросовестное поведение;
- изменять состав информации о партнерстве, хранение которой предусмотрено законодательством, а также сроки и порядок доступа партнеров к информации;
- изменять правило об отстранении управляющего партнера в связи с умышленным нарушением им положений договора огра-

ниченного партнерства, а также нарушением обязанности действовать в интересах партнерства;

- исключать право управляющего партнера выйти из партнерства;
- изменять правило о прекращении партнерства по решению суда в связи с незаконной деятельностью партнерства или невозможностью осуществлять деятельность согласно договору ограниченного партнерства, а также указанные в законе требования о процедуре прекращения партнерства;
- ограничивать право партнера на самостоятельные действия в случае бездействия управляющего партнера или нарушения его прав;
- изменять указанные в законе положения, связанные со слиянием партнерств, реорганизацией.

Российский закон об инвестиционных товариществах не предусматривает аналогичного широкого перечня положений, которые не могут включаться в договор инвестиционного товарищества. В основном это обусловлено особенностью российской правовой системы: большинство вышеуказанных положений, применимых к инвестиционным товариществам, урегулировано в других нормативных актах, и законодатель не дублирует их в других законах (недействительность отказа от права на судебную защиту предусмотрена ГК РФ, соглашение об устранении ответственности за умышленное причинение вреда ничтожно согласно ГК РФ, отказ или ограничение права товарища на доступ к информации ничтожен согласно ГК РФ и т. д.). Нельзя не отметить, что наличие аналогичного перечня в теории было бы удобным для российского инвестиционного сообщества, но, учитывая многообразие нормативных актов и сложность внесения в них изменений, такая конструкция была бы нежизнеспособной и создавала бы противоречия между нормативными актами в случае изменения положений одного из них.

Говоря о ключевых отличиях условий договора ограниченного партнерства США от условий российского договора инвестиционного товарищества, отдельно стоит обратить внимание на вышеуказанный запрет ограничивать право управляющего партнера на выход из ограниченного партнерства. Предлагаем остановиться на данном условии отдельно.

¹¹ *Story J. Commentaries on the law of partnership, as a branch of commercial and maritime jurisprudence, with occasional illustrations from the civil and foreign law. Boston, 1855. P. 2.*

4. Прекращение полномочий управляющего партнера

Основания для прекращения полномочий управляющего партнера могут быть различными. Это может произойти: в связи с наступлением события, предусмотренного договором партнерства; без причины, согласно нормам договора партнерства (по решению остальных партнеров); по причинам, обусловленным правовым статусом управляющего партнера (возбуждение в отношении него дела о банкротстве, ликвидация); по решению суда в связи с причинением убытков партнерству, деятельностью в ущерб партнерству; по причинам, связанным с самим партнерством (ликвидация/реорганизация партнерства).

Аналогичные положения характерны и для инвестиционного товарищества, но особо стоит выделить вопрос прекращения полномочий управляющего товарища по инициативе самого управлявшего товарища.

Как было указано в предыдущем пункте статьи, договор ограниченного партнерства не может ограничивать право управляющего партнера выйти из партнерства. В то же время договор может предусматривать, что выход управляющего партнера является нарушением договора, и определять соответствующие меры ответственности.

В инвестиционном товариществе выход управляющего товарища из товарищества запрещен, однако стороны могут предусмотреть в договоре такое право, предусмотрев также сроки и порядок передачи прав и обязанностей управляющего товарища по договору.

Представляется, что конструкция, предусмотренная российским законодательством, более соответствует нуждам инвесторов, поскольку управляющий товарищ, как правило, является опытным участником рынка с профессиональной командой, обладающей экспертными знаниями в отраслях, в которые планирует инвестировать товарищество. Товарищи-вкладчики могут войти в инвестиционное товарищество, исключительно руководствуясь именем и репутацией управляющего товарища, поэтому наличие в законе права управляющего товарища на передачу своих полномочий по договору иному лицу существенно бы снизило привлекатель-

ность инвестиционного товарищества в глазах инвестиционного сообщества.

5. Ответственность ограниченного партнера в партнерстве

Статус ограниченного партнера можно сравнить со статусом владельца привилегированных акций публичного общества: данный статус позволяет получать прибыль от деятельности партнерства, но не позволяет участвовать в управлении, выступать от имени партнерства. Закон оговаривает случаи, при которых требуется согласие ограниченного партнера: принятие нового ограниченного или управляющего партнера; изменение соглашения о партнерстве; решение вопросов, связанных с ликвидацией и реорганизацией партнерства, и др. Однако в любом случае решения, при принятии которых учитываются голоса ограниченных партнеров, не касаются основного вида деятельности партнерства, то есть ограниченные партнеры не определяют условия коммерческой деятельности партнерства.

Как явно следует из названия, ответственность ограниченного партнера ограничена стоимостью его вклада, что является реализацией концепции полной защиты владельца (*complete owner shielding*¹²), согласно которой личное имущество владельца компании защищено от требований кредиторов компании. Данная концепция сложилась в результате эволюции законодательства штатов в XIX веке в связи с усложнением гражданского оборота¹³.

В результате в настоящее время ограниченный партнер не несет ответственности по долгам партнерства, даже если он участвовал в управлении партнерством и контролировал его деятельность. Данное правило является сравнительно новым и применяется только в штатах, принявших Единый закон об ограниченных партнерствах 2001 г. Ранее в законах о партнерствах 1916 и 1976 гг. существовало правило полной ответственности ограниченного партнера в случае, если он контролировал деятельность партнерства. Представляется, что данное изменение обусловлено сложностью доказывания того, где была перейдена черта, после которой ограниченный партнер стал контролировать деятельность партнерства, и какое положение соглашения о партнерстве создает

¹² *Hansmann H., Kraakman R., Squire R. Law and the Rise of the Firm // Harvard Law Review. 2006. Vol. 119. № 5. P. 1339–1340.*

¹³ По вопросу истории возникновения и применения ограниченной ответственности см.: *Hilt E. Entity Shielding and the Limited Partnership: Evidence From New York, 1821–1858 // URL: <https://www.uva.nl/binaries/content/assets/subsites/amsterdam-center-for-law--economics/workshops--meetings/2010/paper-hilt-2010.pdf> (дата обращения: 11.08.2021).*

риск привлечения ограниченного партнера к ответственности по долгам партнерства.

В российском законе об инвестиционном товариществе предусмотрен запрет на ведение товарищами-вкладчиками общих дел. При этом в товариществе допускается создание инвестиционного комитета, который будет принимать решения касательно общих дел (на практике зачастую это в том числе и решения об осуществлении инвестиций¹⁴).

При этом по общему правилу ответственность товарищей-вкладчиков ограничена стоимостью их вкладов, но данное правило не распространяется на налоговые обязательства, при которых товарищи несут ответственность солидарно всем своим имуществом.

Открытым остается вопрос об ответственности товарищей-вкладчиков по убыткам, возникшим в результате принятых ими, а не управляющим товарищем, решений в отношении совместной деятельности. В случае недостаточности общего имущества и имущества управляющего товарища кредиторы с высокой вероятностью потребуют обратить взыскание на имущество товарищей-вкладчиков, несмотря на закрепленное в законе ограничение ответственности товарищей-вкладчиков. Судебная практика по подобным спорам в настоящее время отсутствует, но очевидно, что при составлении договора инвестиционного товарищества сторонам не следует передавать в ведение инвестиционного комитета или общего собрания товарищей вопросы заключения сделок и утверждения их условий.

Указанная полная защита ограниченного партнера от какой-либо ответственности по долгам партнерства является несомненным преимуществом данной формы ведения деятельности, особенно в сфере венчурных инвестиций, так как риски в таких сделках являются довольно высокими.

6. Прекращение партнерства

В соответствии с законодательством партнерство прекращается в следующих случаях:

- при наступлении обстоятельств, указанных в соглашении о партнерстве;
- при голосовании «за» всех управляющих партнеров и ограниченных партнеров, владеющих более чем половиной прав на получение прибыли партнерства;
- при прекращении полномочий управляющего партнера (при этом если в партнерстве

остается хотя бы один управляющий, то решение о прекращении партнерства может быть принято большинством голосов ограниченных партнеров);

- по истечении 90 дней после того, как в партнерстве не осталось ни одного управляющего партнера, если не будет принят новый управляющий партнер;
- по истечении 90 дней после выхода из партнерства последнего ограниченного партнера, если в указанный период в партнерство не будет принят новый ограниченный партнер;
- по истечении 90 дней, в течение которых в партнерстве был всего один партнер, если до истечения данного срока в партнерство не будет принят новый партнер или единственный партнер не приобретет дополнительный статус (управляющий партнер одновременно станет ограниченным партнером или ограниченный партнер станет также управляющим партнером). То есть возможна ситуация, при которой партнерство сохранится при наличии в нем единственного лица, одновременно являющегося и ограниченным, и управляющим партнером;
- при принудительном прекращении партнерства по решению суда.

Договор инвестиционного товарищества прекращается в связи с истечением срока, по достижении цели создания товарищества, в ситуации, когда в товариществе остался единственный товарищ-вкладчик, при наступлении обстоятельств, указанных в договоре.

Таким образом, можно сделать вывод, что законодательство США в целом направлено на сохранение партнерств, предусмотрены дополнительные сроки для принятия новых участников и даже существует возможность продолжения деятельности, когда в партнерстве остается единственный участник. Российское законодательство такой вариативности для инвестиционных товариществ не предлагает, что можно отнести скорее к недостаткам регулирования деятельности товариществ. С другой стороны, вызывает вопрос необходимость единогласного решения управляющих партнеров для прекращения партнерства, то есть без их согласия партнерство не прекратится, несмотря на решение ограниченных партнеров. Данный подход вряд ли уместен для инвестиционных товариществ, где управляющие товарищи зачастую выступают

¹⁴ См., например: Модельный договор инвестиционного товарищества [разработан адвокатским бюро «Линия права» по заказу ПВК] // URL: <https://www.rvc.ru/analytics/?rubric=516#rubrics-holder> (дата обращения: 13.08.2021).

как наемные профессионалы, привлеченные для управления деньгами вкладчиков.

Заключение

Инвестиционное товарищество является оптимальной формой коллективной инвестиционной деятельности, предусмотренной российским законодательством. Инвестиционное товарищество позволяет сторонам эффективно управлять денежными средствами с наименьшими рисками благодаря ограниченной ответственности товарищей-вкладчиков, а также предоставленной сторонам возможности по своему усмотрению устанавливать правила ведения

деятельности, порядок выхода из товарищества, осуществления вкладов, распределения прибыли.

К августу 2021 г. в России было создано 101 инвестиционное товарищество¹⁵, и данное число будет только расти с развитием отечественного рынка инвестиций.

Не вызывает сомнений, что общая близость конструкции инвестиционного товарищества и ограниченного партнерства, распространенного в США (и других странах общего права), делает инвестиционное товарищество наиболее привлекательной формой привлечения иностранных инвестиций на российский рынок.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Грибниченко Л. О. Договор инвестиционного товарищества: правовая форма осуществления венчурного финансирования // *Ex jure*. — 2018. — № 2. — С. 54–55.
2. Чернухин А. А. Правовая природа инвестиционного товарищества (понятие и особенности) // *Юрист*. — 2020. — № 11. — С. 26–33.
3. Янковский Р. М. Организационно-правовые формы венчурного инвестирования (часть 1): структуры венчурных фондов // *Право и экономика*. — 2017. — № 6.
4. Hansmann H., Kraakman R., Squire R. Law and the Rise of the Firm // *Harvard Law Abstract*. — 2006. — Vol. 119. — № 5. — P. 1339–1340.
5. Hilt E. Entity Shielding and the Limited Partnership: Evidence from New York, 1821–1858 // URL: <https://www.uva.nl/binaries/content/assets/subsites/amsterdam-center-for-law--economics/workshops--meetings/2010/paper-hilt-2010.pdf> (дата обращения: 11.08.2021).
6. Story J. Commentaries on the law of partnership, as a branch of commercial and maritime jurisprudence, with occasional illustrations from the civil and foreign law. — Boston, 1855.

Материал поступил в редакцию 2 сентября 2021 г.

REFERENCES

1. Gribnichenko LO. Dogovor investitsionnogo tovarishchestva: pravovaya forma osushchestvleniya venchurnogo finansirovaniya [Investment partnership agreement: The legal form of venture financing]. *Ex jure*. 2018;2:54-55. (In Russ.)
2. Chernukhin AA. Pravovaya priroda investitsionnogo tovarishchestva (ponyatie i osobennosti) [The legal nature of an investment partnership (concept and features)]. *Yurist [Lawyer]*. 2020;11:26-33. (In Russ.)
3. Yankovskiy RM. Organizatsionno-pravovye formy venchurnogo investirovaniya (chast 1): struktury venchurnykh fondov [Organizational and legal forms of venture investment (part 1): Structures of venture funds]. *Pravo i ekonomika [Law and Economics]*. 2017;6. (In Russ.)
4. Hansmann H, Kraakman R, Squire R. Law and the Rise of the Firm. *Harvard Law Abstract*. 2006;119(5):1339-1340.
5. Hilt E. Entity Shielding and the Limited Partnership: Evidence from New York, 1821–1858. Available from: <https://www.uva.nl/binaries/content/assets/subsites/amsterdam-center-for-law--economics/workshops--meetings/2010/paper-hilt-2010.pdf> [cited 2021 November 11].
6. Story J. Commentaries on the law of partnership, as a branch of commercial and maritime jurisprudence, with occasional illustrations from the civil and foreign law. Boston; 1855.

¹⁵ Информация об удостоверенных нотариусами России договорах инвестиционного товарищества // URL: <https://notariat.ru/ru-ru/help/dogovory-investicionnogo-tovarishchestva/> (дата обращения: 03.08.2021).

ПРАВО И ЦИФРОВАЯ ЭКОНОМИКА

- ✓ Свидетельство о регистрации СМИ — ПИ № ФС77-72703 от 23 апреля 2018 г.;
- ✓ издается с 2018 г., выходит 4 раза в год;
- ✓ основные языки журнала: русский, английский;
- ✓ включен в Российский индекс научного цитирования (РИНЦ);
- ✓ каждой статье присваивается индивидуальный международный индекс DOI;
- ✓ материалы размещаются в СПС «КонсультантПлюс» и «ГАРАНТ».



«Право и цифровая экономика» — международное научное и научно-практическое издание. Журнал посвящен рассмотрению проблем правового регулирования цифровой экономики России и иностранных государств.

Круг читателей журнала: государственные служащие, практикующие юристы в сфере правового регулирования цифровой экономики, предпринимательского и конкурентного права, малого и среднего бизнеса, предприниматели, научные работники, преподаватели, аспиранты, магистранты и студенты юридических факультетов вузов, а также читатели, интересующиеся проблемами и актуальными вопросами развития правового регулирования цифровой экономики России и иностранных государств.

Основные рубрики журнала:

- ✓ Государственное регулирование цифровой экономики.
- ✓ Правовое регулирование криптовалюты и майнинга.
- ✓ Краудфандинг (проблемы и перспективы).
- ✓ Правовое регулирование больших данных.
- ✓ Технология блокчейн и криптовалют (bitcoin, Copernicus, Ethereum и т.д.).
- ✓ Интересы и противоречия, связанные с применением блокчейна в финансовой сфере.
- ✓ Финансовые технологии в действующем российском и международном правовом поле.
- ✓ Цифровые технологии в сфере интеллектуальной собственности и инноваций.
- ✓ Правовой статус смарт-контрактов.
- ✓ Защита прав и законных интересов участников цифровых рынков.
- ✓ Информационная безопасность.
- ✓ Консорциумы промышленного Интернета: правовая природа и особенности регулирования.

KUTAFIN LAW REVIEW

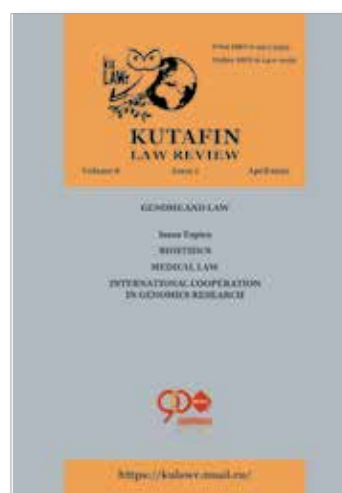
Мультиотраслевой научный юридический журнал, который издается на английском языке с сентября 2014 г. и выходит два раза в год. Журнал нацелен на интеграцию российской правовой науки в мировое юридическое сообщество, организацию диалога правоведов по актуальным проблемам теоретической и практической юриспруденции, 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 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, «Право и цифровая экономика» – 39492.
Будем рады видеть Вас в числе подписчиков!

ISSN 1729-5920



9 771729 592008