



Том 74
№ 11 (180) 2021
НОЯБРЬ

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

RUSSICA

LEX

научный юридический журнал

Обеспечение правовой
охраны результатов
интеллектуальной
деятельности
и коммерциализации прав
на них в ЕАЭС

Детерминированность
проблем использования
заключения эксперта
в качестве доказательства
ошибками, допускаемыми
при подготовке,
назначении
и производстве
судебных экспертиз

Колумбайн (скулшутинг):
сущность, правовая
квалификация,
криминалистическая
диагностика

Институт правового
обеспечения оборота
генетической информации:
парадигма будущего
информационного права

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
№ 11 (180)
ноябрь 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: 29.11.2021 Объем 18,01 усл. печ. л. (15,00 а. л.), формат 60×84/8 Тираж 150 экз. Печать цифровая. Бумага офсетная
Переводчики	<i>Н. М. Головина, А. Н. Митрущенкова</i>
Редактор	<i>М. В. Баукина, Е. В. Осикина</i>
Корректор	<i>А. Б. Рыбакова</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
№ 11 (180)
November 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

29.11.2021
Volume: 18,01 conventional printer's sheets (15.00 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

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*

- Ивлиев Г. П., Егорова М. А.** Обеспечение правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности и коммерциализации прав на них в ЕАЭС 9
- Османова Д. О.** Правовой режим основных множественностей в процедуре банкротства 17
- Сосипатрова Н. Е.** Наследственный договор: критический взгляд на правовую конструкцию 30

ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО / *JUS PUBLICUM*

- Ирхин И. В.** Национально-этнические анклав в современном мире: природа, инструменты регуляции (публично-правовой аспект). Часть 1. 39

НАУКИ КРИМИНАЛЬНОГО ЦИКЛА / *JUS CRIMINALE*

- Данилова Н. А., Елагина Е. В., Григорьева М. А.**
Детерминированность проблем использования заключения эксперта в качестве доказательства ошибками, допускаемыми при подготовке, назначении и производстве судебных экспертиз 52
- Никишин В. Д.** Колумбайн (скулшутинг): сущность, правовая квалификация, криминалистическая диагностика 62
- Устинова Т. Д., Рубцова А. С.** Развитие и состояние уголовного законодательства об ответственности за контрабанду стратегически важных товаров и ресурсов 77

ГЕНОМ / *GENOME*

- Рассолов И. М., Чубукова С. Г.** Институт правового обеспечения оборота генетической информации: парадигма будущего информационного права 92

ДИСКУССИОННАЯ ТРИБУНА / *PRO ET CONTRA*

- Богданов Д. Е.** Постмодерн в российском частном праве: взаимодействие правовой и судебной доктрины 102

ОБЗОРЫ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ / *RES JUDICATA*

- Ксенофонтова Д. С.** Семейное право в условиях формирования новой социальной реальности: доктринальные начала правоприменения 124

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ / *COMPARATIVE STUDIES*

- Зикун И. И.** Доверительное управление чужим имуществом: реформа на тропе войны 134
- Колесниченко О. В.** Возмещение вреда, причинного здоровью потребителя, по нормам о *product liability*: принципиальные направления совершенствования российского законодательства по результатам исследования зарубежного опыта 144

CONTENTS

PRIVATE LAW / JUS PRIVATUM

- Ivliev G. P., Egorova M. A.** Ensuring Legal Protection of the Results of Intellectual Activity and the Commercialization of Rights to Them in the EAEU 9
- Osmanova D. O.** The Legal Regime of Basic Multiplicities in Bankruptcy Proceedings 17
- Sosipatrova N. E.** An Inheritance Contract: a Critical Look at the Legal Construction 30

PUBLIC LAW /JUS PUBLICUM

- Irkhin I. V.** National and Ethnic Enclaves in the Modern World: Nature, Regulatory Instruments (Public Law Aspect). Part 1 39

CRIMINAL LAW /JUS CRIMINALE

- Danilova N. A., Elagina E. V., Grigorieva M. A.** Determinism of the problems of Using the Expert'S Opinion as Evidence by Mistakes Made in the Preparation, Appointment and Production of Forensic Examinations 52
- Nikishin V. D.** The Columbine (School Shooting): Essence, Legal Qualifications, Forensic Diagnostics 62
- Ustinova T. D., Rubtsova A. S.** The Development and State of Criminal Legislation on Responsibility for Smuggling Strategically Important Goods and Resources 77

GENOME /GENOME

- Rassolov I. M., Chubukova S. G.** Institution of Legal Support for the Turnover of Genetic Information: Paradigm of the Future of Information Law 92

DISCUSSION FORUM /PRO ET CONTRA

- Bogdanov D. E.** Postmodernity in Russian Private Law: Interaction of Legal and Judicial Doctrine 102

REVIEWS OF JUDICIAL PRACTICE /RES JUDICATA

- Ksenofontova D. S.** Family Law in the Context of a New Social Reality Formation: Doctrinal Principles of Law Enforcement 124

COMPARATIVE LEGAL STUDIES /COMPARATIVE STUDIES

- Zikun I. I.** Trust Management of Other People's Property: Reform on the Warpath 134
- Kolesnichenko O. V.** Compensation for Harm Caused to the Consumer's Health according to the Norms on Product Liability: Principal Directions for Improving Russian Legislation based on the Results of a Study of Foreign Experience 144

Обеспечение правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности и коммерциализации прав на них в ЕАЭС

Аннотация. В статье рассматриваются законодательные и организационные инструменты обеспечения охраны результатов интеллектуальной деятельности и коммерциализации прав на них стран — участниц Евразийского экономического союза (ЕАЭС), в частности Армении, Белоруссии, Казахстана, Киргизии, России, Узбекистана (статус наблюдателя в ЕАЭС). Изучена нормативно-правовая база в сфере интеллектуальной собственности стран ЕАЭС, опыт национальных патентных ведомств, выявлены проблемные вопросы современного развития рынка интеллектуальной собственности (ИС) и коммерциализации результатов интеллектуальной деятельности (РИД), обозначена роль институтов рынка интеллектуальной собственности в управлении правами на РИД на примере Российской венчурной компании. Анализ законодательства выявил различия в подходах и глубине проработки институционализации рынка ИС, неоднородность инновационно-технического потенциала и законодательства в сфере инновационной деятельности. Кроме того, по результатам анализа определены задачи стран — участниц ЕАЭС в сфере охраны и защиты интеллектуальной собственности и необходимость дальнейшей интеграции стран ЕАЭС для формирования эффективного рынка ИС. В статье обращается внимание на возможность интеграции стран — участниц ЕАЭС в сфере ИС, что важно в контексте поступательного социально-экономического развития стран. На уровне национальных экономик целесообразно формировать экосистемы ИС с учетом гармонизации законодательства стран ЕАЭС в области охраны прав на РИД, а также создавать условия для эффективной институциональной среды, гибкой и адаптивной в отношении всех стран ЕАЭС, заинтересованных в сотрудничестве. Условием эффективного функционирования единого рынка ИС стран ЕАЭС является построение межгосударственной системы правовых, финансовых, организационных механизмов коммерциализации прав на объекты ИС, использования объектов ИС и распространения лучших практик, например опыта Российской венчурной компании как института развития.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность; результаты интеллектуальной деятельности (РИД); правовая охрана; коммерциализация РИД; рынок интеллектуальной собственности; Евразийский экономический союз (ЕАЭС).

Для цитирования: Ивлиев Г. П., Егорова М. А. Обеспечение правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности и коммерциализации прав на них в ЕАЭС // Lex russica. — 2021. — Т. 74. — № 11. — С. 9–16. — DOI: 10.17803/1729-5920.2021.180.11.009-016.

© Ивлиев Г. П., Егорова М. А., 2021

* *Ивлиев Григорий Петрович*, кандидат юридических наук, доцент, руководитель Федеральной службы по интеллектуальной собственности (Роспатента), заслуженный юрист Российской Федерации
Бережковская наб., д. 24, стр. 12, г. Москва, Россия, 125993
Lab.kkonkpr@msal.ru

** *Егорова Мария Александровна*, доктор юридических наук, профессор, начальник Управления международного сотрудничества Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), сопresident Международного союза юристов и экономистов (Франция), эксперт Центра научной и экспертной аналитики Международного центра компетенций «АйПи» Российской государственной академии интеллектуальной собственности
Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
Lab.kkonkpr@msal.ru

Ensuring Legal Protection of the Results of Intellectual Activity and the Commercialization of Rights to Them in the EAEU

Grigory P. Ivliev, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Head of the Federal Service for Intellectual Property (Rospatent), Honoured Lawyer of the Russian Federation
nab. Berezhkovskaya, d. 24/12, Moscow, Russia, 125993
Lab.kkonkpr@msal.ru

Maria A. Egorova, Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the International Cooperation Department, Kutafin Moscow State Law University; Co-President, International Union of Lawyers and Economists (France); Expert of the Center for Scientific and Expert Analytics, "IP" International Competence Center, Russian State Academy of Intellectual Property
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
Lab.kkonkpr@msal.ru

Abstract. The paper is devoted to the legislative and organizational instruments employed to ensure protection of the results of intellectual activity and the commercialization of rights to them in the member countries of the Eurasian Economic Union (EAEU), in particular in Armenia, Belarus, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Russia, Uzbekistan (Observer in the EAEU). The authors have examined the regulatory and legal framework in the field of intellectual property of the EAEU countries, the experience of national patent offices, problematic issues of the modern development of the intellectual property (IP) market, commercialization of the results of intellectual activity (RIA). The role of the intellectual property market institutions in the management of rights to RIA was identified using a Russian venture company as a case study. The legislation analysis has revealed differences in approaches and depth of elaboration of the IP market institutionalization, heterogeneity of innovative and technical potential and legislation in the field of innovation. In addition, the analysis has determined the tasks of the EAEU member countries in the field of intellectual property protection and the need for further integration of the EAEU countries to form an effective IP market. The paper draws attention to the possibility of integrating the EAEU member states in the field of IP, which is important in the context of the progressive socio-economic development of countries. At the level of national economies, it is advisable to form IP ecosystems with due regard to the harmonization of the EAEU countries legislation in the field of protection of rights to RIA, as well as to create conditions for an effective institutional environment, that is flexible and adaptive in relation to all EAEU countries interested in cooperation. Constructing an interstate system of legal, financial, organizational mechanisms for the commercialization of rights to IP objects, using IP objects and the dissemination of best practices, for example, the experience of the Russian Venture Company as a development institut, constitute integral conditions for the effective functioning of the common IP market of the EAEU countries is the ion.

Keywords: intellectual property; results of intellectual activity (RIA); legal protection; RIA commercialization; intellectual property market; Eurasian Economic Union (EAEU).

Cite as: Ivliev GP, Egorova MA. Obespechenie pravovoy okhrany rezultatov intellektualnoy deyatelnosti i kommersializatsii prav na nikh v EAES [Ensuring Legal Protection of the Results of Intellectual Activity and the Commercialization of Rights to Them in the EAEU]. *Lex russica*. 2021;74(11):9-16. DOI: 10.17803/1729-5920.2021.180.11.009-016 (In Russ., abstract in Eng.).

Введение

Интеллектуальная собственность — ядро современной экономики и нематериальный актив, способный приносить прибыль. Создание результатов интеллектуальной деятельности (РИД), обеспечение их правовой охраны в России и за рубежом способствует расширению

в промышленности, торговле материальных потоков, направлено на развитие рынка интеллектуальной собственности¹. Потенциально охраноспособные РИД, такие как изобретения, полезные модели, промышленные образцы, наименования мест происхождения товаров (НМПТ), товарные знаки, подлежащие государственной регистрации, представляют коммерче-

¹ Эффективное использование интеллектуальной собственности : доклад. М. : Центр стратегических разработок — ЦСР, 2017.

ский и экспортный интерес. В большей мере эти РИД относятся к промышленной собственности. Следовательно, если рассматривать в интеграционном аспекте стран — участниц ЕАЭС, то наибольшее внимание для социально-экономического развития стран, национальных экономик целесообразно уделять формированию экосистемы интеллектуальной собственности, гармонизации законодательства стран ЕАЭС в области охраны прав на результаты интеллектуальной деятельности, созданию эффективной институциональной среды, гибкой и адаптивной для всех стран ЕАЭС, заинтересованных в сотрудничестве.

Совершенствование института интеллектуальной собственности (ИС) в ЕАЭС осуществляется на фоне глобальных вызовов цифровизации. Борьба с нарушениями прав на объекты ИС в сети Интернет приобретает особую важность. Расширение и углубление влияния интеллектуальной собственности на развитие отраслевой экономики обуславливает рассмотрение вопросов интеграции охраны РИД. Отраслевой принцип позволяет учитывать отраслевую специфику и проводить углубленную экспертизу инновационно-технических проектов. В России с 2018 г. наметилась устойчивая тенденция к созданию отраслевых венчурных фондов, позволяющих аккумулировать и направлять инвестиционные ресурсы на наиболее привлекательные с коммерческой стороны проекты. Отраслевой принцип позволяет использовать РИД в различных секторах экономики, развить рынок трансфера технологий.

Переход к модели инновационного развития на постсоветском пространстве осуществляется разными темпами, однако институциональная конструкция в целом достаточно общая². В правовой охране заинтересованы не только крупные наукоемкие компании, но и небольшие

технологические фирмы, например в секторе ИТ (информационных технологий). Но предпринимателям зачастую нужно разъяснять необходимость процедур, связанных с правовой охраной РИД, правовым статусом служебных РИД. Одной из проблем является отсутствие специалистов, которые могут оказывать поддержку предпринимателям.

Сравнительный анализ обеспечения правовой охраны РИД в ЕАЭС

В состав ЕАЭС входят Российская Федерация и республики Армения, Беларусь, Казахстан, Киргизия, а также Узбекистан в статусе наблюдателя.

В разделе XXIII Договора о ЕАЭС³ содержатся положения, регулирующие права стран-участниц в отношении интеллектуальной собственности на основе норм международного права. Основные задачи сосредоточены на интеграции стран по вопросам охраны и защиты ИС и прав на РИД, гармонизации законодательства, поддержке инновационного и научно-технического развития, создании институциональных условий для охраны авторского и смежных прав, обеспечении защиты в сети Интернет, регистрации товарных знаков и НМПТ в ЕАЭС. Приложение № 26 к Договору о ЕАЭС содержит исчерпывающий перечень объектов ИС и их характеристику, правовые инструменты охраны и защиты объектов ИС.

В *Армении* приняты законы в сфере интеллектуального права, регулирующие порядок регистрации географических указаний и НМПТ⁴, авторских и смежных прав⁵, правовую охрану топологий интегральных микросхем⁶, патентования⁷ и защиту конкуренции, в том числе в сфере ИС⁸.

² Ленчук Е. Б. Проблемы перехода к инновационной модели развития в странах постсоветского пространства // Проблемы прогнозирования. 2006. № 4. С. 133–134.

³ Договор о ЕАЭС от 29.05.2014 // URL: <http://www.eurasiancommission.org/ru/act/finpol/dobd/intelsobs/Pages/normpravdoc.aspx> (дата обращения: 01.08.2021).

⁴ Закон Республики Армения № ЗР-60 от 22.05.2010 «О географических указаниях» // Законодательство стран СНГ. URL: https://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=67786 (дата обращения: 30.07.2021).

⁵ Закон Республики Армения № ЗР-142 от 04.07.2006 «Об авторском праве и смежных правах» // Законодательство стран СНГ. URL: https://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=65940 (дата обращения: 30.07.2021).

⁶ Закон Республики Армения № ЗР-198 от 03.02.1998 «О правовой охране топологий интегральных микросхем» // Законодательство стран СНГ. URL: https://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=2939 (дата обращения: 30.07.2021).

⁷ Закон Республики Армения «О патентах, полезных моделях и промышленных образцах» // URL: <https://www.aira.am/ru/PatentLaw/> (дата обращения: 30.07.2021).

Беларусь является страной, в которой достаточно высокий уровень научно-технологической сферы, что обуславливает повышенное внимание к поступательному развитию рынка интеллектуальной собственности, совершенствованию законодательства в сфере ИС. Следует отметить роль Национального центра интеллектуальной собственности в оказании консультативной помощи по оценке объектов ИС и функционированию института патентных поверенных, содействию коммерциализации РИД⁹.

В Беларуси созданы нормативно-правовые условия для инновационной деятельности и коммерциализации РИД¹⁰. Многочисленные законодательные акты Республики Беларусь отражают национальные приоритеты в сфере коммерциализации РИД. Законодательство Республики Беларусь регулирует общие вопросы использования РИД; использование научно-

технических разработок, созданных за счет бюджетных средств; налоговые условия коммерциализации РИД; предоставление прав на объекты интеллектуальной деятельности; коммерциализацию организациями научно-технической сферы разработок; создание и функционирование субъектов инновационной инфраструктуры¹¹.

Законодательство в области патентного права¹², помимо общих вопросов, предусматривает возможность выдачи принудительной лицензии, что может способствовать обеспечению баланса интересов на рынке.

Регулируется порядок бухгалтерского учета операций с объектами ИС в Республике Беларусь¹³. Оценка объектов ИС регламентируется рядом нормативных документов и стандартов¹⁴.

В целом вовлечение РИД в хозяйственный оборот направлено на стимулирование роста экономики Республики Беларусь.

⁸ Закон Республики Армения № ЗР-112 от 05.12.2000 «О защите экономической конкуренции» // Законодательство стран СНГ. URL: https://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=3627 (дата обращения: 30.07.2021).

⁹ Национальный центр интеллектуальной собственности // Официальный сайт. URL: <https://ncip.by/sistema-is/strategiya-rb-v-sfere-is/> (дата обращения: 29.07.2021).

¹⁰ Стратегия Республики Беларусь в сфере интеллектуальной собственности на 2012–2020 гг. Утверждена постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 02.03.2012 № 205 // URL: <https://ncip.by/sistema-is/strategiya-rb-v-sfere-is/> (дата обращения: 29.07.2021).

¹¹ Милоста Е. Обзор и оценка законодательных условий для коммерциализации научно-технических разработок в Республике Беларусь // Интеллектуальная собственность в Беларуси. 2016. № 2. С. 22.

¹² Закон РБ № 160-З от 16.12.2003 «О патентах на изобретения, полезные модели, промышленные образцы» // Законодательство стран СНГ. URL: https://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=3124 (дата обращения: 01.07.2021).

¹³ Постановление Министерства финансов Республики Беларусь № 25 от 30.04.2012 «О некоторых вопросах бухгалтерского учета» // URL: https://minfin.gov.by/upload/accounting/acts/postmf_300412_25.pdf (дата обращения: 01.07.2021).

¹⁴ Указ Президента Республики Беларусь от 13.10.2006 № 615 «Об оценочной деятельности в Республике Беларусь» // Национальный правовой интернет-портал Республики Беларусь. URL: <https://pravo.by/document/?guid=3871&p0=p30600615> (дата обращения: 29.07.2021); постановление Совета Министров Республики Беларусь от 07.05.2007 № 562 «О методах оценки стоимости объектов гражданских прав при осуществлении с ними определенных видов сделок и (или) иных юридически значимых действий» // URL: <https://ncip.by/promyshlennaya-sobstvennost/kommercializaciya/otsenka-stoimosti-ois/> (дата обращения: 29.07.2021); государственный стандарт Республики Беларусь СТБ 52.5.01-2011 «Оценка стоимости объектов гражданских прав. Оценка стоимости объектов интеллектуальной собственности» (утвержден постановлением Государственного комитета по стандартизации Республики Беларусь от 20.01.2011 № 2 «Об утверждении, введении в действие, изменении и отмене технических нормативных правовых актов в области технического нормирования и стандартизации общегосударственных классификаторов Республики Беларусь») // URL: <http://asio.basnet.by/about/CTB52.5.01-2011.pdf> (дата обращения: 29.07.2021); государственный стандарт Республики Беларусь СТБ 52.0.01-2017 «Оценка стоимости объектов гражданских прав. Общие положения», утвержден и введен в действие с 04.03.2017 постановлением Государственного комитета по стандартизации Республики Беларусь от 13.01.2017 № 4 // URL: https://pravo.by/upload/docs/op/W02136596p_1619730000.pdf (дата обращения: 29.07.2021).

В *Казахстане* государственную политику охраны и защиты прав ИС осуществляет Министерство юстиции. Система национальных нормативных правовых актов в сфере ИС представлена отдельным разделом ГК РК¹⁵, патентным законом¹⁶, законами об авторском праве и смежных правах¹⁷, о регистрации и об охране товарных знаков и НИПТ¹⁸.

В 1992 г. создан Национальный институт интеллектуальной собственности — Казпатент¹⁹. Нормативно-правовая база охраны и использования объектов промышленной собственности в Казахстане является одной из наиболее эффективных из стран СНГ. В стране принята явочно-проверочное патентования. Особенность этой системы проявляется в выдаче охранных документов на промышленный образец и изобретение двух видов: первый по явочной системе — предварительный патент на пять лет, а второй, — при желании дальнейшей охраны и согласии на проведение экспертизы объекта ИС, по результатам которой при положительном решении выдается национальным патентным ведомством патент, который подтверждает авторство заявителей, исключительное право на использование объекта ИС. По патентному законодательству Казахстана предварительный патент на изобретение возможно продлить на срок до трех лет, а на промышленный образец патент выдается без продления на пять лет. Наличие предварительного патента позволяет в более короткие сроки и с меньшими затратами на патентование получить охрану объекта промышленной собственности, организовать

производство по его использованию, заключить лицензионный договор или договор залога²⁰. Национальное патентное ведомство Казахстана регулярно проводит вебинары для всех заинтересованных лиц, в том числе по подаче международных заявок на промышленные образцы.

В *Киргизии* утверждена Государственная программа развития интеллектуальной собственности в Киргизской Республике на 2017–2021 годы²¹. Национальные интересы сосредоточены на формировании эффективной инновационной системы и рынка ИС. Следует отметить, что законодательство Киргизии гармонизировано в соответствии с требованиями международных стандартов, созданы условия для международного обмена информацией в области ИС и инноваций, действует национальная сеть Центров поддержки технологии и инновации, функционирует республиканский патентный фонд, предусмотрена возможность государственного стимулирования авторов изобретений.

В стратегии отмечена недостаточность инвестиций в создание и использование объектов ИС. В Киргизии порядок венчурного финансирования не утвержден на данном этапе, рынок венчурного инвестирования развивается фрагментарно и несистемно. Имеются риски, связанные в первую очередь с защитой физических и юридических лиц при сотрудничестве с венчурными инвесторами. Законодательное закрепление особенностей венчурного инвестирования позволит внутренним и внешним инвесторам вкладывать ресурсы в перспектив-

¹⁵ ГК РК. Особенная часть Раздел 5. Право интеллектуальной собственности // URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=.10.13.88.0#pos=.5;-10.6 (дата обращения: 01.08.2021).

¹⁶ Закон РК № 427-І от 16.07.1999 «Патентный закон Республики Казахстан» // Законодательство стран СНГ. URL: https://base.spininform.ru/show_doc.fwx?rgn=1193 (дата обращения: 01.08.2021).

¹⁷ Закон РК № 6-1 от 10.06.1996 «Об авторском праве и смежных правах» // URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1005798 (дата обращения: 01.07.2021).

¹⁸ Закон РК № 456-І от 26.07.1999 «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименования мест происхождения товаров» // URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1014203 (дата обращения: 01.08.2021); приказ Министерства юстиции Республики Казахстан № 1350 от 29.08.2018 «О некоторых вопросах в сфере промышленной собственности» // Информационно-правовая система нормативных правовых актов Республики Казахстан. URL: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/V1800017455> (дата обращения: 03.08.2021).

¹⁹ Национальный институт интеллектуальной собственности // Официальный сайт. URL: <https://kazpatent.kz/ru> (дата обращения: 01.08.2021).

²⁰ Евразийская патентная организация // Официальный сайт. URL: https://www.eapo.org/ru/publications/reports/report1999/8_5_kaz.html (дата обращения: 01.08.2021).

²¹ Государственная программа развития интеллектуальной собственности в Кыргызской Республике на 2017–2021 гг. Утверждена постановлением правительства КР № 424 от 06.07.2017 // URL: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/100172> (дата обращения: 01.08.2021).

ные стартапы, инновационные технологии. В начале 2021 г. Министерство экономики Киргизской Республики инициировало работу по разработке нормативных актов венчурного инвестирования. Отсутствуют законы о венчурной деятельности, венчурных фондах. В Киргизской Республике в 1999 г. принят закон «Об инвестиционных фондах»²², который устанавливает правовой статус инвестиционных фондов и особенности их создания в Киргизии, но напрямую к венчурным фондам его не применить.

В Российской Федерации создана обширная законодательная база регулирования прав на объекты ИС.

В то же время представляет дополнительный интерес с практической позиции как положительный опыт участие объектов финансовой инфраструктуры в содействии созданию, выявлению, обеспечению правовой охраны РИД, коммерциализации прав на них. Российская венчурная компания (РВК) активно участвует в процессах управления правами на РИД²³. Внутреннее Положение по управлению правами на результаты интеллектуальной деятельности АО «РВК», дочерних обществ, фондов, созданных АО «РВК», утверждено Советом директоров в 2018 г.²⁴ Положение раскрывает содержание объектов авторского права, объектов прав, смежных с авторскими, объектов патентных прав, требования предоставления правовой охраны в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации, процедуры патентного картирования или построения патентного ландшафта. Это Положение разработано в соответствии с бизнес-процессным подходом.

Инфраструктура управления РИД в АО «РВК» включает систему управления РИД (организационно-функциональная структура управления РИД; комплекс локальных нормативных актов в области управления РИД и методической документации; автоматизированную поддержку процессов управления РИД). При принятии решений принимаются во внимание риски управления в сфере ИС. Основные функции управления РИД в РВК следующие:

- 1) контроль за управлением РИД, права на которые принадлежат РВК;
- 2) обеспечение деятельности, связанной с интеллектуальными правами, в том числе на основе риск-ориентированного подхода;
- 3) приобретение при необходимости права на РИД;
- 4) привлечение консалтинговых организаций и внешних экспертов для проведения экспертно-аналитических работ.

В РВК создана комиссия по управлению правами на РИД.

Российская венчурная компания решает задачи управления РИД при осуществлении инвестиционной политики; управлении правами на РИД, принадлежащими РВК; сопровождении деятельности дочерних обществ и фондов, созданных РВК в части прав на РИД.

Представляет практический интерес содержание и описание бизнес-процесса «Управление результатами интеллектуальной деятельности» (УРИД). Например, промежуточный процесс (ПП) «Создание РИД по договорам гражданско-правового характера» включает ключевые операции: 1) анализ задания по договору в части возможности создания охраноспособных РИД; 2) согласование условий договора в части прав на РИД; 3) приемка результатов работ/услуг в части выявления РИД, соответствующих критериям охраноспособности; 4) принятие решения о правовой охране созданного РИД. Обозначенные процессы связаны с такими бизнес-процессами, как улучшение системы мониторинга и контроля, договорная работа и патентно-информационные исследования.

Или пример другого процесса «приобретение прав на РИД» предполагает операции: 1) принятие решения о приобретении прав на ранее созданный РИД; 2) поиск сведений о РИД; 3) поиск правообладателя; 4) определение объема приобретаемого права (исключительная / неисключительная лицензия); 5) определение ключевых (существенных) условий приобретения права на РИД; 6) определение цены; 7) проведение переговоров об

²² Закон Кыргызской Республики № 92 от 26.07.1999 «Об инвестиционных фондах» // URL: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/255> (дата обращения: 29.07.2021).

²³ Постановление Правительства РФ № 516 от 24.08.2006 «Об открытом акционерном обществе «Российская венчурная компания» // URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_62415/ (дата обращения: 28.07.2021).

²⁴ Положение по управлению правами на результаты интеллектуальной деятельности акционерного общества «Российская венчурная компания», дочерних обществ, фондов, созданных АО «РВК». Утверждено решением Совета директоров АО «РВК». Протокол № 09 от 22.06.2018.

условиях предоставления прав; 8) согласование проекта договора; 9) подписание и регистрация договора; 10) оплата приобретаемого права на РИД.

В Положении также приводится подробное описание процесса «защита интересов в сфере интеллектуальной собственности» с разграничением на особенности защиты в административном и судебном порядках.

К обеспечивающим процессам относятся патентно-информационное обеспечение управления РИД, учет РИД, включающий управленческий учет РИД, аудит РИД, бухгалтерский учет прав на РИД (бухгалтерский учет нематериальных активов, бухгалтерский учет прав использования РИД), налоговый учет нематериальных активов, стимулирование деятельности по созданию и использованию РИД, мониторинг процесса управления РИД.

В Республике Узбекистан обеспечивается правовая охрана РИД, учет и коммерциализация положения ГК РУ²⁵ и национальных законов²⁶, и подзаконных актов, направленных на повышение эффективности коммерциализации результатов научной и научно-технической деятельности²⁷.

Положение о порядке регистрации и передачи прав на объекты ИС, охраняемые в режиме коммерческой тайны, включая потенциально патентоспособные технические решения и секреты производства (ноу-хау)²⁸, регламентирует порядок выявления, утверждения и учета РИД, охраняемых коммерческой тайной.

На основании гл. 2 п. 4 к РИД, охраняемым в режиме коммерческой тайны, относятся: объекты, полученные в процессе интеллектуальной деятельности; сведения о научно-технических результатах, инженерно-технических решениях; тематические планы, конкурсные заявки, технические задания по государственным контрактам, программам, проектам, грантам; программы для ЭВМ, базы данных, топологии интегральных микросхем; неподанные заявки на патентование и регистрацию РИД; нераскрытая информация, в том числе секреты производства (ноу-хау); знания и опыт в области реализации продукции и услуг, сведения о конъюнктуре рынка, результаты маркетинговых исследований; техническая, технологическая, коммерческая, методическая и организационно-управленческая документация; отчеты о результатах научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ и иные служебные отчеты²⁹.

В пункте 9 отражено, что РИД, охраняемые в режиме коммерческой тайны, имеют соответствующее обозначение. Ответственность за хранение РИД возложена на специалистов структурных подразделений по ИС. В функционал указанных специалистов включается доступ к РИД (ограниченный списком), создание копий РИД при необходимости, ведение журнала доступа к РИД и копиям. Учет РИД, охраняемых в режиме коммерческой тайны, осуществляется в виде реестра, с указанием информации о названии, авторах и времени создания РИД.

²⁵ Гражданский кодекс Республики Узбекистан. Раздел IV Интеллектуальная собственность. Главы 59–69 // URL: <https://lex.uz/docs/180550#193745> (дата обращения: 29.07.2021).

²⁶ Закон Республики Узбекистан № 1062-XII от 06.05.1994 «Об изобретениях, полезных моделях и промышленных образцах» // Ведомости Верховного Совета Республики Узбекистан. 1994. № 5–7. Ст. 138; Ведомости Олий Мажлиса Республики Узбекистан. 1998. № 3. Ст. 38 // URL: <https://lex.uz/docs/75902> (дата обращения: 29.07.2021); Закон Республики Узбекистан № ЗРУ-374 от 11.09.2014 «О коммерческой тайне» // Собрание законодательства Республики Узбекистан. 2014. № 37. Ст. 463. URL: <https://lex.uz/docs/2460799> (дата обращения: 29.07.2021).

²⁷ Постановление Президента Республики Узбекистан № ПП-3855 от 14.07.2018 «О дополнительных мерах по повышению эффективности коммерциализации результатов научной и научно-технической деятельности» // Национальная база данных законодательства. 16.07.2018, № 07/18/3855/1513; 14.12.2019, № 06/19/5894/4161; 28.09.2020, № 06/20/6075/1330; 02.04.2021, № 06/21/6198/0269. URL: <https://lex.uz/docs/3823592> (дата обращения: 29.07.2021).

²⁸ Положение о порядке регистрации и передачи прав на объекты интеллектуальной собственности, охраняемые в режиме коммерческой тайны, включая потенциально патентоспособные технические решения и секреты производства (ноу-хау) (приложение № 3 к постановлению КМ РУз от 03.12.2018 № 979) // Собрание постановлений Правительства Республики Узбекистан. 2018. № 12. Ст. 295.

²⁹ О мерах по внедрению эффективных механизмов продвижения перспективных отечественных достижений научной и научно-технической деятельности // URL: <https://regulation.gov.uz> (дата обращения: 15.09.2021).

Заключение и выводы

1. Формирование общей (единой) инновационной политики, доктрины института ИС, стратегии развития института и рынка ИС ЕАЭС — достаточно сложные с юридической и организационной стороны вопросы. Создание глобальных инноваций с потенциалом охраноспособности РИД и их коммерциализации возможно на уровне межстрановой интеграции, объединения научного, технологического и производственного потенциалов стран ЕАЭС.

2. В отсутствие системного подхода к работе с ИС государственная поддержка развития технологических инноваций оказывается неэффективной, а частные инвесторы не видят в РИД ликвидный актив. Необходимы реальные правовые и экономические стимулы для научно-технической деятельности, в результате которой появляются инновационные продукты, а также нужно гармонизировать и адаптировать инфраструктуры рынка ИС к новым условиям. Вовлечение РИД в экономический оборот для генерации прибыли и повышения капитализации бизнеса — задача не только на корпоративном уровне для компаний, но и участников рынка ИС, институциональных инвесторов.

3. Институциональная среда рынка интеллектуальной ИС и, соответственно, инструменты и меры выявления РИД, потенциально обладающих технической и авторской новизной для юридической регистрации, коммерциализации и экспорта в ЕАЭС, находятся в начальной стадии формирования. В данном аспекте целесообразно распространять позитивный опыт Российской Федерации, деятельности Российской венчурной компании в направлении управления правами на РИД. Важной мерой на текущем этапе, по нашему мнению, следует рассматривать интеграцию стран с участием России в формировании совместных межгосударственных институциональных инструментов развития рынка ИС и коммерциализации РИД, в том числе венчурных фондов.

4. Консультационная деятельности в области ИС развита недостаточно. Эффективная реализация функции консультационной поддержки выявления, охраны и коммерциализации (продвижения и маркетинга) РИД будет способствовать росту инвестиционно привлекательных стартапов и научно-технических проектов, повышению конкурентоспособности производственных и технологических компаний и росту их капитализации, а также свидетельствует о культуре работы с РИД.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Ленчук Е. Б. Проблемы перехода к инновационной модели развития в странах постсоветского пространства // Проблемы прогнозирования. — 2006. — № 4. — С. 126–145.
2. Милоста Е. Обзор и оценка законодательных условий для коммерциализации научно-технических разработок в Республике Беларусь // Интеллектуальная собственность в Беларуси. — 2016. — № 2. — С. 20–25.

Материал поступил в редакцию 27 сентября 2021 г.

REFERENCES

1. Lenchuk EB. Problemy perekhoda k innovatsionnoy modeli razvitiya v stranakh postsovetского prostranstva [Problems of transition to an innovative model of development in the Post-Soviet countries]. *Problemy Prognozirovaniya*. 2006;4:126-145 (In Russ.).
2. Milosta E. Obzor i otsenka zakonodatelnykh usloviy dlya kommertsializatsii nauchno-tekhnicheskikh razrabotok v respublike belarus [Review and Assessment of the Legal Conditions for Commercialization of Scientific and Technical Developments in the Republic of Belarus]. *Intellectual Property in Belarus*. 2016;2:20-25 (In Russ.).

DOI: 10.17803/1729-5920.2021.180.11.017-029

Д. О. Османова*

Правовой режим основных множественностей в процедуре банкротства

Аннотация. В статье аргументирована позиция о том, что предпринимательский рынок — более не совокупность индивидуальных субъектов, так или иначе взаимодействующих друг с другом за счет добровольной связи, облеченной в правовую форму, а потенциально взаимозависимая сеть, наличие которой обнаруживается в условиях имущественного кризиса одного из ее элементов. В таком ключе процедура банкротства — арена столкновения разнонаправленных интересов множественностей, обнаруженных в указанном процессе, наиболее важными из которых являются объединения собрания кредиторов и лиц, входящих с должником в корпоративную группу, квалифицируемые автором в качестве разновидностей простых товариществ. Указанные товарищества имеют определенную цель, возникают в момент объединения капиталов (корпоративная группа) или объективного банкротства (независимые кредиторы), наделены определенным объемом правомочий в рамках процедуры банкротства с учетом специфики их статуса и прекращают свое существование в момент фактического достижения поставленной цели, которая не всегда связана с прекращением судебного разбирательства. Особенностью исследуемых разновидностей простого товарищества является преимущественная недобровольность объединения его участников, когда они вынужденно взаимодействуют друг с другом по причине несостоятельности своего контрагента. Уникальность подобного вида простого товарищества проявляется в том числе в форме внесения вклада в такое товарищество, поскольку, вступая в гражданско-правовые отношения на момент объективной платежеспособности будущего должника, его контрагенты не осознают, что их встречное предоставление по обязательству есть не что иное, как «вклад» в имущественную (потенциально конкурсную) массу будущего простого товарищества, которое возникнет в момент объективного банкротства лица, с которым они вступают в правовую связь. Помимо этого, продемонстрирована необходимость уяснения правовой природы такого вида товарищества, членами которого являются должник и связанные с ним лица, с целью недопущения последних к участию в конкурсном процессе наряду с независимыми кредиторами должника.

Ключевые слова: собрание кредиторов; корпоративная с должником группа; несостоятельность (банкротство); корпорация; множественности в банкротстве; простое товарищество; экономика совместного потребления; коллективный иск; субординация.

Для цитирования: Османова Д. О. Правовой режим основных множественностей в процедуре банкротства // Lex russica. — 2021. — Т. 74. — № 11. — С. 17–29. — DOI: 10.17803/1729-5920.2021.180.11.017-029.

The Legal Regime of Basic Multiplicities in Bankruptcy Proceedings

Diana O. Osmanova, Cand. Sci. (Law), Lecturer, Department of Civil Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
diana710@yandex.ru

Abstract. The paper substantiates the position that the entrepreneurial market is no longer a collection of individual participants one way or another interacting with each other through voluntary communication "clothed" in a legal form, but a potentially interdependent network, the presence of which is found in the conditions of a property

© Османова Д. О., 2021

* Османова Диана Османовна, кандидат юридических наук, преподаватель кафедры гражданского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
diana710@yandex.ru

crisis of one of its elements. In this vein, the bankruptcy procedure is an arena for the collision of multidirectional interests of multiplicities discovered in this process, the most important of which are the unions of the meeting of creditors. They engage persons included, together with the debtor, in a corporate group, qualified by the author as multiplicities of simple partnerships. These partnerships have a specific purpose, they arise at the moment of capital pooling (initiated by a corporate group) or objective bankruptcy (initiated by independent creditors), they are endowed with a certain amount of powers within the framework of the bankruptcy procedure with due regard to the specifics of their status and they cease to exist at the moment of an actual achievement of the set goal, which is not always connected with the termination of the trial. A feature of the studied varieties of a simple partnership is the predominant involuntary association of its participants when they are forced to interact with each other due to the insolvency of their counterparty. The uniqueness of this type of a partnership is manifested, among other things, in the form of a contribution to such a partnership, since, entering into civil law relations at the time of the objective solvency of the future debtor, his counterparties do not realize that their reciprocal contribution under the obligation is nothing more than "contribution" to the property (potentially bankruptcy) assets of the future partnership that arises at the time of actual bankruptcy of the person with whom they enter into a legal relationship. In addition, the author demonstrates the need to clarify the legal nature of this type of partnership, of which the debtor and related persons are members, in order to prevent the latter from participating in the bankruptcy process along with the debtor's independent creditors.

Keywords: creditors meeting; corporate group with the debtor; insolvency (bankruptcy); corporation; multiplicities in bankruptcy; partnership; sharing economy; class action; subordination.

Cite as: Osmanova DO. Pravovoy rezhim osnovnykh mnozhestvennostey v protsedure bankrotstva [The Legal Regime of Basic Multiplicities in Bankruptcy Proceedings]. *Lex russica*. 2021;74(11):17-29. DOI: 10.17803/1729-5920.2021.180.11.017-029 (In Russ., abstract in Eng.).

Экономика совместного потребления, основанная на деятельности и взаимодействии внутри некоего децентрализованного сообщества, открытого для неопределенного круга лиц, когда последние объединяются для достижения общей цели и сообща решают стоящие перед ними задачи, делятся ресурсами, естественным образом вплетается в картину современного экономического оборота и механизм несостоятельности, занимающий в нем центральное место. Основная проблема, характерная для указанной сферы отношений, тождественна той, с которой сталкиваются участники процедуры банкротства — уровень доверия к окружению, которое играет критически важную роль, поскольку модели совместной деятельности основаны на взаимодействии в сообществе и на помощи окружающим, что невозможно реализовать без доверия и взаимного уважения¹.

В контексте предложенных рассуждений процедура банкротства, по мнению автора, — более не только арена столкновения разнонаправленных интересов вовлеченных участников, но и сложная система взаимодействия

различного рода множественностей, каждая из которых нацелена на достижение нужного ей результата, а потому установление правового режима наиболее значимых из них особенно актуально. Следует согласиться с мнением И. З. Аюшеевой о том, что правовой статус гражданско-правовых сообществ исследован и урегулирован мало, хотя необходимость, очевидно, назрела, поскольку подобные формы объединений позволят быстрее и эффективнее решать различного рода вопросы за счет использования более гибких форм взаимодействия².

Среди представляющих интерес гражданско-правовых сообществ поименованы разные (собрание участников, собрание дольщиков и пр.), однако в контексте статьи внимание будет сосредоточено на тех, которые обнаруживаются в процедуре банкротства.

Согласно п. 103 постановления Пленума ВС РФ № 25³ (далее — Постановление № 25) гражданско-правовое сообщество — это определенная группа лиц, наделенная полномочиями принимать на собраниях решения, с

¹ См.: Аюшеева И. З. Гражданско-правовые сообщества в условиях экономики совместного потребления // Актуальные проблемы гражданского права. 2020. № 6. С. 101.

² Аюшеева И. З. Указ. соч. С. 103–104.

³ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета. № 140. 30.06.2015.

которыми закон связывает гражданско-правовые последствия, обязательные для всех лиц, имевших право участвовать в таком собрании, а также для иных лиц, если это установлено законом или вытекает из существа отношений. С учетом системного толкования иных положений Постановления № 25, а также норм ГК РФ гражданско-правовые сообщества могут существовать как в форме самостоятельного субъекта (п. 118 Постановления № 25), так и в форме объединения физических лиц без образования юридического лица. В последнем случае собирательным термином, определяющим форму такого объединения, является «корпорация». Вопреки распространенному его применению склонны согласиться с позициями, высказанными Е. А. Сухановым, В. А. Лаптевым и отмеченными в статье А. А. Куценко, о том, что оно не должно ограничиваться его отождествлением с юридическим лицом. Российская правовая доктрина должна идти дальше Концепции развития гражданского законодательства и учитывать содержание и сущность современных отечественных корпоративных отношений⁴.

Иными словами, корпорация в контексте настоящей работы — это множественность лиц, объединенных единой целью, но не образующих отдельного самостоятельного субъекта права. В таком контексте классическим примером корпорации является простое товарищество (гл. 55 ГК РФ) — объединение двух или нескольких лиц (товарищей), обязующихся соединить свои вклады и совместно действовать без образования юридического лица для извлечения прибыли или достижения иной не противоречащей закону цели (п. 1 ст. 1041 ГК РФ).

Настаиваем, что с учетом проведенного анализа специального законодательства, ключевых позиций высших судебных инстанций, иной правоприменительной практики, а также отдельных доктринальных мнений в условиях процедуры банкротства обнаруживаются три ключевые множественности, правовая квалификация которых в качестве простых товариществ предопределила бы разрешение наиболее острых проблем в исследуемой области:

- 1) простое товарищество, состоящее из независимых кредиторов должника (реестровых и

«зарегистрованных», кроме залоговых кредиторов);

- 2) простое товарищество, состоящее из залоговых кредиторов (при достижении цели указанного товарищества его члены (в случае неполного удовлетворения их требований) могут стать товарищами в рамках первой категории);
- 3) простое товарищество, представляющее собой корпоративную с должником группу (представлено контролирующими должника лицами (как по формальным, так и фактическим основаниям), а также связанными с должником субъектами (независимыми кредиторами, осведомленными о финансовом потенциале должника; зависимыми кредиторами; лицами, входящими с должником в одну группу и пр.)).

Последующее изложение нацелено на раскрытие аргументации предложенного вывода.

Прежде всего, следует сосредоточиться на анализе простого товарищества, состоящего из независимых кредиторов должника (как залоговых, так и незалоговых), поскольку институт банкротства нацелен на удовлетворение скопившегося долгового бремени именно перед такими участниками. Необходимость их разделения на отдельные группы мотивирована особым статусом залоговых кредиторов, создающим невозможность их «смешения» с незалоговыми кредиторами до тех пор, пока привилегированное положение не будет утрачено. Однако в целях обоснования их правовой природы этот аспект значения не имеет.

О возможности отнесения указанных групп к разновидности простого товарищества (или иного вида корпорации) независимо от автора высказывались отдельные исследователи. Так, А. Задорожный в рамках своего блога предложил рассматривать кредиторов должника как участников юридического лица, действующего в организационно-правовой форме непубличной корпорации⁵. Обозначенная позиция интересна, однако с ней едва ли возможно согласиться, поскольку собрание кредиторов отдельного субъекта не образует, оставаясь множественностью самостоятельных лиц. В свою очередь, А. И. Шайдуллин в одной из своих работ указал, что кредиторы в рамках соответ-

⁴ См.: Куценко А. А. Анализ подходов к пониманию корпорации в современном отечественном праве // Юрист. 2018. № 12.

⁵ URL: https://zakon.ru/blog/2021/03/23/catch_that_rabbit_preimuschestvennye_prava_kreditorov_v_bankrotstve (дата обращения: 29.04.2021).

ствующего гражданско-правового сообщества собрания кредиторов в известном смысле являются товарищами, преследующими общие цели и имеющими обязанности лояльности, подобно участникам корпорации, но с одним важным отличием — кредиторы являются недобровольными товарищами⁶. Однако далее указанную мысль автор развивать не стал.

Действительно, нетипичной для гражданско-го оборота особенностью указанного сообщества является его недобровольность, что тем не менее не противоречит его сути с учетом специфики отношений, в которых оно создается.

Не противоречащая закону цель может быть обозначена различными способами — наибольшее пополнение конкурсной массы должника либо максимально возможное удовлетворение требований каждого участника такого объединения. Субъектный состав такого товарищества не имеет лимитов (в контексте п. 2 ст. 1041 ГК РФ), поскольку цель его создания не связана с осуществлением предпринимательской деятельности.

Аналогичным образом не имеется препятствий для вывода о том, что такое товарищество образуется на основе объединения вкладов — всего того, что вносится в общее дело. В рамках позиции, изложенной в п. 15 Обзора судебной практики ВС РФ № 1 (2019), где решался вопрос об установлении фактически пятой очереди в реестре кредиторов, важными являются выводы суда, обосновывающие возможность включения заинтересованного лица в состав кредиторов должника. В частности, было указано, что такой кредитор (не предоставивший встречного исполнения) не может быть противопоставлен тем, кто *участвовал в наполнении конкурсной массы должника*; возможность изменения очереди реестра (с пятой на третью) допустима в случае совершения таким кредитором действий, направленных на пополнение массы должника. Иными словами, *конкурсная масса должника — это объединение вкладов его контрагентов*, внесенных в одной из форм, установленных пунктом 1 ст. 1042 ГК РФ, — деньги или иное имущество. При этом указанные вклады, соблюдая требования п. 1 ст. 1042, абз. 2 п. 1 ст. 1043 ГК РФ, используются в интересах

всех товарищей, а именно недопущения такой ситуации, когда имущественной массы контрагента (должника) будет недостаточно для полного удовлетворения скопившихся требований.

Вклады таких товарищей не признаются равными, а их оценка определена объемом требования к должнику, что не противоречит положениям п. 2 ст. 1042 ГК РФ. Размер вклада каждого из товарищей может быть скорректирован, но не за счет соглашения его членов (в условиях банкротства согласие по такому вопросу едва ли может быть достигнуто), а тех процессуальных возможностей, которые установлены нормами Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»⁷ (далее — Закон о банкротстве) (например, посредством предъявления возражений при включении в реестр того или иного требования, включая заявление о пропуске исковой давности (п. 2, 3 ст. 71 данного Закона); оспаривания судебного акта, на котором основано заявленное иным кредитором требование⁸ и пр.).

Следующий принципиальный аспект, касающийся природы анализируемых отношений, связан с общей собственностью, которая возникает в результате объединения вкладов товарищей. Так, в силу п. 1 ст. 1043 ГК РФ внесенное товарищами имущество, которым они обладали на праве собственности, а также произведенные в результате совместной деятельности продукция и полученные от такой деятельности плоды и доходы признаются их общей долевой собственностью, если иное не установлено законом или договором либо не вытекает из существа обязательства. С учетом существа складывающихся отношений после пополнения каждым из кредиторов-товарищей имущественной массы должника их вклады трансформируются в обязательственное требование, в связи с чем недопустимо рассуждать о возникновении общей долевой собственности. Однако стоит согласиться с позицией И. В. Фролова о том, что здесь происходит процесс объединения индивидуальных обязательств должника, каждое из которых в большинстве случаев относится по своему субъектному составу к категории простых обязательств, в новое единое сложное обязательство с активной множествен-

⁶ См.: Шайдуллин А. И. Особенности участия связанных с должником кредиторов в процедурах банкротства // Закон. 2020. № 9.

⁷ Российская газета. № 209–210. 02.11.2002.

⁸ См.: п. 24 постановления Пленума ВАС РФ от 22.06.2012 № 35 «О некоторых процессуальных вопросах, связанных с рассмотрением дел о банкротстве» // Вестник ВАС РФ. № 8. Август 2012.

ностью⁹. Однако вопреки выводу автора о том, что такое объединение начинается с момента установления судом факта несостоятельности, указанную границу следует отодвинуть до момента объективного банкротства. В этой связи до момента объективного банкротства кредиторы не имеют прав на доходы, полученные должником за счет использования их вкладов. Тем самым существо отношений устанавливает специфику режима объединенных вкладов.

В этой связи логически вытекает невозможность существования преимущественных прав сокредиторов в случае реализации одним из них требований к должнику в пользу третьего лица. Прежде всего, едва ли требование к должнику можно рассматривать в качестве ликвидного актива, в отношении которого имеется спрос незаинтересованных кредиторов, в связи с чем ситуации реализации мыслимы, но едва ли связаны с объективным добросовестным экономическим интересом стороннего лица («покупателя»). Помимо этого, нет правовых оснований для установления преимущественных прав иных кредиторов для приобретения такого актива: как было указано выше, существо сложившихся отношений не позволяет установить режим общей долевой собственности участников объединения, что исключает возможность применения связанных с таким режимом особенностей, в частности правил преимущественной покупки (ст. 250 ГК РФ).

Ведение общих дел такого сообщества также в полной мере укладывается в концепцию простого товарищества, установленную положениями ГК РФ. С учетом п. 1 ст. 1044 ГК РФ при ведении общих дел каждый товарищ вправе действовать от имени всех товарищей, если договором не установлено иное; в силу п. 5 указанной статьи решения, касающиеся общих вопросов, принимаются товарищами по общему согласию, если иное не предусмотрено договором. Уместно предположить, что иной порядок ведения дел и принятия решений может быть установлен не только договором, но и законом. Так, в силу специальных норм Закона о банкрот-

стве собрание кредиторов вправе определить состав комитета кредиторов, который будет представлять их интересы (ст. 17 Закона о банкротстве), либо выбрать конкретного представителя, действующего от имени собрания кредиторов (комитет кредиторов в том числе не ограничен в возможности избрания представителя) — п. 1 ст. 35 Закона о банкротстве. Ключевые решения такое объединение в силу прямого указания закона принимается большинством голосов — п. 1 ст. 15 Закона о банкротстве.

Об общности ведения дел товарищей в том числе свидетельствует возможность объединения последними своих требований к должнику с целью инициирования спора об оспаривании сделки: *возможность соединения требований нескольких кредиторов для достижения общих целей (признания незаконной сделки должника недействительной, пополнения конкурсной массы, максимального пропорционального погашения требований всех кредиторов) отвечает целям конкурсного производства и способствует эффективному восстановлению их нарушенных прав*¹⁰. Подтверждением также является применение правил о групповых исках (гл. 28.2 АПК РФ) в случае совершения тех или иных действий, направленных на достижение поставленной цели — пополнение конкурсной массы должника, за счет которой будет осуществлено удовлетворение требований (например, при оспаривании сделки должника или привлечения к субсидиарной ответственности контролирующих лиц)¹¹.

Возможность применения правил о групповых исках является весомым доказательством идеи о природе объединения кредиторов. В. А. Колотов указывает, что после реформы процессуального законодательства для применения правил о групповых исках необходимо наличие общих по характеру требований, *но совсем не обязательно наличие единого правоотношения*, которое должно связывать членов группы с ответчиком, что, по мнению указанного автора и Д. А. Туманова, обнаруживает сходство с процессуальным соучастием¹². Думается,

⁹ См.: Фролов И. В. Исключение из общего правила активной множественности лиц в деле о банкротстве гражданина // Право и бизнес. 2021. № 1.

¹⁰ См.: определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 10.05.2016 по делу № 304-ЭС15-17156, А27-2836/2013.

¹¹ См.: определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 17.03.2021 № 302-ЭС20-19914 по делу № А19-14083/2015.

¹² См.: Колотов В. А. Реформирование института группового иска в российском праве: отдельные вопросы // Актуальные проблемы российского права. 2020. № 7.

что товарищество кредиторов должника (в контексте процессуального права) относится к разновидности opt-out, то есть когда каждый из них является участником группы по умолчанию (в силу специфики правоотношения); при этом указанные положения имеют немало общего с классическим представительство¹³.

Возможность использования правил о групповых исках, подтвержденная вышеуказанной позицией ВС РФ, позволяет также подтвердить иной довод в пользу вывода о том, что собрание кредиторов — это разновидность простого товарищества. Он касается взаимного характера обязательств товарищей и вытекающего из этого аспекта ответственности каждого из них.

Здесь прежде всего следует отметить, что в целом в науке и практике высказано противоречивое мнение относительно наличия среди товарищей (в контексте ГК РФ) каких-либо встречных обязательств по отношению друг к другу: ряд авторов настаивает на том, что договор простого товарищества не может быть рассмотрен как разновидность взаимобязывающего обязательства¹⁴; иные же, наоборот, усматривают подобную возможность¹⁵. Склонны примкнуть ко второй группе исследователей, поскольку в контексте п. 1 ст. 307 ГК РФ препятствий к такому выводу не имеется. Однако с учетом того, к чему могут быть понуждены товарищи, а именно к внесению вклада (п. 1 ст. 307 ГК РФ), подобной проблемы в контексте банкротства не возникает, поскольку внесение вклада предопределяет возможность активного участия в процедуре несостоятельности (оговоримся, что мы намеренно исключаем уникальную ситуацию, рассмотренную в ранее упомянутом споре о пятой очереди реестра кредиторов). Однако кредиторы должника в том числе связаны универсальным запретом недопустимости недобросовестного поведения и вытекающей из этого обязанности лояльного

отношения к иным участникам сообщества. Мера ответственности в таком случае будет уникальна и индивидуальна с учетом особенностей конкретного дела: например, недействительность сделки, в результате которой кредитор получил от должника преференцию (в отличие от иных участников товарищества — ст. 61.3 Закона о банкротстве).

Следование идее о том, что кредиторы должника — это члены простого товарищества, позволило бы справедливым образом распределить бремя расходов, возникающих в ходе процедуры банкротства: в силу ст. 1046 ГК РФ расходы товарищей распределяются пропорционально доле вклада. В первую очередь это касается расходов на финансирование процедуры при недостаточности средств должника (вопреки правилу, установленному в п. 3 ст. 59 Закона о банкротстве, согласно которому такие расходы должен нести заявитель по делу); на финансирование деятельности арбитражного управляющего, равно как и иных лиц, привлеченных им к участию в деле (в противовес правилу, установленному в п. 1 ст. 59 Закона о банкротстве, согласно которому указанные расходы возложены на должника). Фрагментарно подобные идеи в текущем законодательстве усматриваются, например, в том, что дополнительное вознаграждение арбитражному управляющему выплачивается за счет средств кредиторов, принявших решение об установлении дополнительного вознаграждения (п. 8 ст. 20.6 Закона о банкротстве), но без определения пропорции относительно доли требований таких кредиторов.

Иные условия, характерные для простого товарищества — право на получение информации (ст. 1045 ГК РФ), а также распределение прибыли пропорционально доле вклада (ст. 1048 ГК РФ), применимы в том числе для собрания кредиторов должника. Так, арбитраж-

¹³ Колотов В. А. Указ. соч.

¹⁴ См.: постановление Президиума ВАС РФ от 12.02.2013 № 13096/12 по делу № А40-104805/10-29-907; Витоль Э. Ю., Тюляев Г. С. Актуальность конструкции консорциумов для российского права // Вестник гражданского права. 2018. № 1. С. 50–85; Гражданское право: учебник: в 3 т. Т. 2. 4-е изд., перераб. и доп. / отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. М.: ТК Велби, Проспект, 2005; Гражданское право: учебник: в 2 т. / под ред. Б. М. Гонгало. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2018. Т. 2.

¹⁵ См.: Гражданское право: учебник: в 4 т. / отв. ред. Е. А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2020; Мурзин Д. А., Титова А. В. Конструкция простого товарищества как форма осуществления предпринимательской деятельности в условиях пандемии COVID-19 // Предпринимательское право. Приложение «Право и бизнес». 2020. № 3; Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А. Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2017. Электронное издание. Редакция 1.0.

ный управляющий или реестродержатель обязаны представлять информацию по требованию кредитора, при этом в случае, если размер долга превышает 1 % реестра, обязаны передавать по запросу данные о составе всего реестра (п. 9 ст. 16 Закона о банкротстве); информационная обязанность носит взаимный характер, поскольку кредитор также обязан информировать об изменении сведений, указанных в законе (п. 8 ст. 16 Закона о банкротстве). Удовлетворение требований ввиду недостаточности конкурсной массы происходит в очередности, установленной законом (ст. 134 Закона о банкротстве) пропорционально суммам требований кредиторов, включенных в реестр (п. 3 ст. 142 Закона о банкротстве).

Крайне интересен аспект прекращения существования такого простого товарищества, поскольку сущность указанных отношений предполагает, что срок существования определен достижением цели, ради которой оно создано, — удовлетворение требований его участников. Однако было бы поспешным отождествлять этот момент с датой завершения судебной процедуры банкротства.

Согласны с мнением О. В. Гутникова о том, что законодательство и судебная практика предоставляют кредиторам должника как минимум три возможности для предъявления требований к ликвидированному юридическому лицу; два описанных им случая в полной мере соотносятся с темой настоящего исследования¹⁶. В первую очередь это возможность привлечения к ответственности контролирующих должника лиц после того, как должник был ликвидирован по завершении процедуры банкротства (п. 3, 4 ст. 61.14 Закона о банкротстве). В одном из недавних дел Верховный Суд РФ прямо указал, что *в целях обеспечения кредиторам возможности реализовать свои права после ликвидации должника ряд обязательств нельзя считать прекратившимися*¹⁷. В случае наличия нескольких кредиторов с неудовлетворенными требованиями после ликвидации должника по завершении конкурсного произ-

водства заявление о возложении субсидиарной ответственности рассматривается по правилам о групповых исках (гл. 28.2 АПК РФ) с привлечением всех таких кредиторов, и удовлетворяются в их пользу с соблюдением очередности (ст. 134 Закона о банкротстве). Аналогичный порядок рассмотрения применяется в случае подачи заявления после завершения конкурсного производства по обоим основаниям субсидиарной ответственности контролирующих должника лиц, предусмотренных Законом о банкротстве (ст. 61.12, п. 4 ст. 61.14, п. 5 ст. 61.19)¹⁸. Второй случай — это возможность привлечения к субсидиарной ответственности по обязательствам ликвидированного юридического лица, если неправомерные действия контролирующих лиц хотя и причинили ущерб кредиторам, но не являлись необходимой причиной банкротства. К сожалению, в таком случае до сих пор открытым остается вопрос, по каким правилам должно быть осуществлено взыскание по такому требованию: отдельно в пользу кредитора или же по правилам сводного исполнительного производства в пользу всех кредиторов с соблюдением очередности, установленной Законом о банкротстве, однако солидарны с позицией О. В. Гутникова о том, что индивидуальное взыскание в таком случае поставит одного из них в более выгодное положение по сравнению с остальными¹⁹. Восприятие кредиторов должника в качестве членов простого товарищества, которое не прекратило свое существование ввиду недостижения цели, также разрешает поставленный вопрос в пользу правил о групповых исках.

Как прекращение существования такого простого товарищества не связано с завершением судебной процедуры, равным образом с ее началом не связано возникновение исследуемого сообщества. Идентификация отдельных кредиторов в качестве объединения должна происходить в момент объективного банкротства, то есть фактического возникновения признаков банкротства, когда должник стал не способен в полном объеме удовлетворить требования кредиторов²⁰. Тогда появляется цель, ради которой

¹⁶ См.: Гутников О. В. Ответственность контролирующих лиц по обязательствам ликвидированного юридического лица: pro et contra // *Цивилистика*. 2020. № 5. С. 216.

¹⁷ См.: определение ВС РФ от 21.10.2019 № 308-ЭС19-12135.

¹⁸ См.: Гутников О. В. Указ. соч. С. 227.

¹⁹ Гутников О. В. Указ. соч. С. 231.

²⁰ См.: п. 4 постановления Пленума ВС РФ от 21.12.2017 № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве» // *Российская газета*. № 297. 29.12.2017.

создается объединение кредиторов. Косвенно этот вывод подтверждается, во-первых, тем, что статусом лица, участвующего в деле о банкротстве, наряду с вытекающими правами (на ознакомление с материалами дела, на предъявление возражений и пр.), кредитор наделяется с момента *принятия* его требований к рассмотрению²¹; во-вторых, установленной возможностью введения судебной процедуры банкротства за счет совместного рассмотрения требований кредиторов, задолженность перед каждым из которых составляет менее пороговой суммы²².

Иными словами, судебная процедура несостоятельности является одним из способов достижения цели указанного объединения, а значит, не может влиять на момент его создания и прекращения. Юридическое исчезновение такого объединения происходит только при фактическом исполнении поставленной цели (в том или ином объеме). Очередность, установленная Законом о банкротстве для удовлетворения требований кредиторов, приводит к тому, что в ходе конкурсного производства состав товарищества будет подвержен изменению по причине удовлетворения требований ранее стоящих очередей, что не расходится с п. 1 ст. 1050 ГК РФ, поскольку по соглашению сторон (или в силу прямого указания закона) простое товарищество продолжает существовать даже при выходе одного или нескольких из них. С учетом правовой сущности такого товарищества оно подлежит сохранению при отпадении отдельных членов.

Таким образом, предложенный анализ позволяет подтвердить вывод о том, что собрание кредиторов должника — это разновидность простого товарищества, правовой статус которого раскрыт в рамках специального закона, что также допустимо в контексте п. 1 ст. 1041 ГК РФ.

Не менее важной множественностью является простое товарищество, представляющее корпоративную с должником группу. Ее идентификация в качестве самостоятельного вида обусловлена специфическими особенностями, установленными в рамках специального закона и обнаруженными в ключевых судебных позициях.

Например, связанные с должником лица не могут избирать кандидатуру арбитражного управляющего или саморегулируемой организации (п. 12 Обзора судебной практики ВС РФ²³), обладают особым статусом в случае оспаривания сделки должника (п. 2 ст. 61.9 Закона о банкротстве).

В судебной практике, в свою очередь, в целом обнаруживается понимание коллективного характера ведения бизнеса, оказывающего влияние на процедуру банкротства.

Так, в деле «Татфондбанка» ВС РФ указал, что *наличие корпоративных связей между поручителем и заемщиком объясняет мотивы совершения сделок, обеспечивающих исполнение кредитных обязательств. Само по себе получение кредитной организацией обеспечения в период выдачи финансирования не свидетельствует о наличии признаков неразумности или недобросовестности в ее поведении и в ситуации, когда совокупные активы всех лиц, выдавших обеспечение, соотносятся с размером задолженности заемщика, но при этом один из связанных с заемщиком поручителей принимает на себя обязательства, превышающие его финансовые возможности*²⁴. Или дело о несостоятельности ООО «Алит Мастер», где была раскрыта идея реструктуризации прежней задолженности за счет взаимодействия членов одной группы, объединенных через физическое лицо²⁵.

²¹ См.: абз. 4 п. 30 постановления Пленума ВАС РФ от 23.07.2009 № 60 «О некоторых вопросах, связанных с принятием Федерального закона от 30.12.2008 № 296-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)»» // Вестник ВАС РФ. № 9. Сентябрь. 2009 ; определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 03.02.2020 по делу № 305-ЭС19-18970, А40-125934/2017.

²² См.: п. 21 Обзора судебной практики ВС РФ № 3 (2018), утв. Президиумом ВС РФ 14.11.2018 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2019. № 5–6. Май — июнь.

²³ См.: Обзор судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований контролирующего должника и аффилированных с ним лиц, утв. Президиумом Верховного Суда РФ 29.01.2020 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2020. № 7. Июль.

²⁴ См.: определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 28.01.2021 № 308-ЭС20-15308 по делу № А63-14055/2018.

²⁵ См.: определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 05.11.2019 № 305-ЭС17-8176(3) по делу № А40-106002/2015.

Или иные споры, в которых ВС РФ указывал, что на предпринимательском рынке допустимо функционирование целой группы, которая *привлекает денежные средства из внешних источников, когда в основе предоставления связанными лицами, входящими в одну и ту же группу, обеспечения друг за друга в пользу независимого кредитора лежит объективная потребность группы, одного из ее членов в получении стороннего финансирования, а наличие корпоративных либо иных связей между лицами, относящимися к этой группе, объясняет мотивы совершения сделок, обеспечивающих исполнение обязательств перед таким независимым кредитором*²⁶. Более того, в рамках одного из недавних судебных актов при анализе реестра кредиторов должника (состоящего только из требований связанных с ним лиц) суд прямо указал, что *фактически весь реестр требований кредиторов представляет собой внутригрупповую задолженность, а отсутствие независимых кредиторов свидетельствует об отсутствии объективных причин банкротства*²⁷.

В отличие от сообщества независимых кредиторов, указанное товарищество имеет иные цели: в период обычного функционирования должника — достижение максимально возможного объема прибыли; в ситуации имущественного кризиса — использование механизма несостоятельности для освобождения от долгов, перераспределения активов таким образом, чтобы кредиторы должника не могли получить удовлетворение и пр. Создается такое товарищество также в иной момент, а именно — фактического объединения своих вкладов для ведения бизнеса.

С учетом направленности интереса участников такого товарищества отрицание его правовой природы негативным образом влияет на эффективность процедуры банкротства, поскольку позволяет его членам участвовать в конкурсном процессе одного из них наряду с независимыми кредиторами.

Системное толкование положений гл. 55 ГК РФ демонстрирует, что недостижение товариществом поставленной цели не может быть

вменено в вину одному из участников такого объединения. Взаимный характер, как было указано ранее, проявляется в обязанности внесения вкладов, выполнения мероприятий, направленных на достижение поставленной цели с соблюдением установленных принципов права, однако исключает возможность предъявления каждым из товарищей друг к другу требований, связанных с невозможностью достижения результата, ради которого оно было создано, что фактически наблюдается сейчас на практике.

В таком контексте объясняется, например, невозможность предъявления участниками (учредителями) своих требований к должнику (поскольку в рамках процедуры банкротства фикция юридического лица перестает работать и обнаруживается само объединение лиц, его создавших), но неизбежно встает вопрос о причинах невозможности экспансии указанного подхода в отношении иных субъектов, входящих с должником в единую предпринимательскую группу. По мнению автора, это нивелировало бы все сложные вопросы, возникающие при включении таких участников в банкротный процесс, — субординации их требований и в принципе их правового положения.

Как верно указывают Р. Т. Мифтахутдинов и А. И. Шайдуллин, идеологическая основа субординации важна и ее применение сводится к основным двум доводам, один из которых представляет интерес в контексте настоящего исследования: правопорядок не должен допускать, чтобы одно лицо могло совмещать в своих руках контроль над корпорацией и возможность получения неограниченной прибыли, не неся при этом рисков провала всеми вложенными средствами. Чувству правовой справедливости противно равное отношение к тому, кто имеет на порядок больше возможностей, и к тому, кто не имеет подобных прав. Наличие или отсутствие возможности контролировать использование вложенных в общество средств и получать неограниченную прибыль как результат такого контроля, по существу, проводит некий водораздел между так называемыми внутренними и внешними кредиторами²⁸.

²⁶ См.: постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 11.02.2014 № 14510/13 ; определения Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 28.12.2015 № 308-ЭС15-1607, от 15.06.2016 № 308-ЭС16-1475, от 15.02.2019 № 305-ЭС18-17611, от 08.04.2019 № 305-ЭС18-22264.

²⁷ См.: постановление Арбитражного суда Уральского округа от 15.02.2021 по делу № А50-15426/2017.

²⁸ См.: Мифтахутдинов Р. Т., Шайдуллин А. И. Понижение в очередности (субординация) требований контролирующих должника или аффилированных с ним лиц в российском банкротном праве. Научно-

Таким образом, общая идея кроется в недопустимости переложения ответственности за нефункционирующего должника на его независимых кредиторов, в том числе за счет формального допуска к процедуре лиц, которые в принципе не должны в ней участвовать, составляя с должником единый производственный цикл. Объяснение данного вывода кроется в разграничении сущности вкладов, вносимых в имущественную массу должника: независимые кредиторы (не осведомленные о финансовом положении банкрота) даже в условиях имущественного кризиса последнего осуществляют пополнение его имущественной массы; зависимые с ним лица, равно как и осведомленные кредиторы²⁹, в аналогичной ситуации фактически препятствуют возбуждению судебного спора, когда объективно он должен быть инициирован. В таком случае было бы странно наделять указанные группы лиц тождественным объемом правомочий.

По этой причине последнюю группу субъектов корректнее рассматривать в качестве товарищей, которые, наряду с должником, до момента объективного банкротства стремились извлекать прибыль, а значит, наряду с ним, несли риск невозможности достижения указанной цели. В этой связи удовлетворение их требований должно происходить только за счет ликвидационной квоты вопреки текущему подходу о возможности их включения в реестр кредиторов и не всегда с условием субординации.

Подобный подход исключил бы необходимость обращения к институту материальной консолидации, активно продвигаемому отдельными исследователями в области права³⁰. Данная концепция представляет собой специфический способ правовой защиты, суть которого сводится к объединению в рамках процедуры банкрот-

ства как всех активов, так и всех обязательств двух и более компаний. В контексте несостоятельности он позволяет игнорировать личности отдельных субъектов предпринимательской группы и воспринимать их в качестве одного участника с единой имущественной массой. Как указывает Л. Е. Семикова, консолидация прекращает дублирующие друг друга требования к разным лицам, основанные на одном обязательстве, обязательства консолидируемых компаний друг перед другом и гарантии консолидируемых компаний по обязательствам друг друга³¹.

Автор настоящей работы предполагает, что подобное объединение нецелесообразно: напротив, сохранение самостоятельности каждым из товарищей способствует более эффективной защите прав кредиторов. Участники товарищества не могут предъявить требования друг к другу, если цель его создания не достигнута, что не исключает возможности предъявления подобных требований со стороны внешних кредиторов такого объединения. При этом снимается основная проблема, характерная для материальной консолидации, о том, что для ее применения важно доказать, что кредитор знал о том, что вступает в правовую связь с группой, а не единственным участником, поскольку в контексте п. 3, 4 ст. 1044 ГК РФ стороннему кредитору не обязательно знать, что товарищ (его контрагент-должник) действовал от имени группы; при этом коллективная ответственность товарищей презюмируется.

Правила ответственности определены в ст. 1047 ГК РФ: члены предпринимательской группы — субъекты предпринимательской деятельности привлекаются солидарно по всем обязательствам (п. 2 ст. 1047 ГК РФ), а участники — физические лица (как правило, бенефициары, контролирующие лица) пропорцио-

практический комментарий к Обзору судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц, утв. Президиумом ВС РФ 29.01.2020 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. Приложение к ежемесячному журналу. 2020. № 9. Специальный выпуск.

²⁹ Важно отметить, что вполне допустимы ситуации, когда независимый кредитор тем не менее осведомлен о финансовом положении своего контрагента (должника) и намеренно его финансирует (в любой форме) с целью недопущения инициирования судебной процедуры банкротства. Но с учетом сути предпринимаемых таким кредитором действий, требования, которые возникают к должнику в указанный период, должны рассматриваться наряду с требованиями связанных с должником лиц.

³⁰ См.: Семикова Л. Е. Институт substantive consolidation в США как модель материальной консолидации в банкротстве // Вестник гражданского права. 2011. № 1. Доступ в СПС «КонсультантПлюс»; Суворов Е. Д. Банкротство связанных лиц на условиях материальной консолидации как альтернатива субсидиарной ответственности // Судья. 2018. № 4. Доступ в СПС «КонсультантПлюс».

³¹ См.: Семикова Л. Е. Указ. соч.

нально доле своего «вклада» в невозможность достижения цели, ради которой такое объединение изначально создавалось (п. 1 ст. 1047 ГК РФ). Отметим, что идея ограниченной ответственности контролирующих лиц противоречит нормам специального законодательства (п. 11 ст. 61.11 Закона о банкротстве) и предложена в качестве более справедливой, по мнению автора, альтернативы.

Иная аргументация в пользу возможности отнесения такой множественности к разновидности простого товарищества тождественной той, что изложена выше, а потому не требует дублирования.

Завершая настоящее исследование, необходимо отметить ряд ключевых выводов.

Прежде всего, эволюция нормативного регулирования института банкротства и судебной практики в указанной области позволяет взглянуть на привычные институты в более отдаленном масштабе. Автор убежден, что теперь процедура банкротства должна быть воспринята как платформа столкновения и переплетения разнонаправленных интересов отдельных множественностей — зачастую недобровольных групп, вынужденных действовать слаженно (в силу прямого указания закона) для достижения поставленной цели.

Предпринимательский рынок — более не совокупность индивидуальных субъектов, так

или иначе взаимодействующих друг с другом за счет добровольной связи, облеченной в правовую форму, а потенциально взаимозависимая сеть, наличие которой обнаруживается в условиях имущественного кризиса одного из ее элементов. В таком ключе имущественная масса любого субъекта предпринимательской деятельности — это объединение вкладов его контрагентов.

Анализ отдельных положений специального закона позволяет умозаключать, что фактически имеет место три разновидности простого товарищества: 1) собрание кредиторов должника (без привилегированного статуса); 2) собрание залоговых кредиторов должника; 3) собрание лиц, представляющих корпоративную с должником группу.

Принятие правовой сути первых двух категорий позволит разрешить вопросы о возможности рассмотрения тех или иных споров, простирающихся за рамками судебной процедуры банкротства (когда цель их объединения не достигнута) таким образом, чтобы не нарушался баланс интересов его участников. Учет позиции о природе третьей разновидности объединения позволил бы нивелировать многие проблемные аспекты, возникающие в рамках процесса несостоятельности, равно как и определить статус и объем процессуальных возможностей лиц, связанных с должником.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Аюшеева И. З. Гражданско-правовые сообщества в условиях экономики совместного потребления // Актуальные проблемы гражданского права. — 2020. — № 6. — С. 95–104.
2. Витоль Э. Ю., Тюляев Г. С. Актуальность конструкции консорциумов для российского права // Вестник гражданского права. — 2018. — № 1. — С. 50–85.
3. Гражданское право : учебник : в 2 т. Т. 2 / под ред. Б. М. Гонгало. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Статут, 2018. — 560 с.
4. Гражданское право : учебник : в 3 т. Т. 2 / отв. ред. А. П. Сергеев, Ю. К. Толстой. — 4-е изд., перераб. и доп.. — М. : ТК Велби, Проспект, 2005. — 848 с.
5. Гражданское право : учебник : в 4 т. / отв. ред. Е. А. Суханов. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Статут, 2020. — 544 с.
6. Гутников О. В. Ответственность контролирующих лиц по обязательствам ликвидированного юридического лица: pro et contra // Цивилистика. — 2020. — № 5. — С. 214–246.
7. Договорное и обязательственное право (общая часть) : постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А. Г. Карапетов. — М. : М-Логос, 2017. — 1120 с. — Электронное издание. Редакция 1.0.
8. Колотов В. А. Реформирование института группового иска в российском праве: отдельные вопросы // Актуальные проблемы российского права. — 2020. — № 7. — С. 68–75.
9. Куценко А. А. Анализ подходов к пониманию корпорации в современном отечественном праве // Юрист. — 2018. — № 12. — С. 52–58.

10. Мифтахутдинов Р. Т., Шайдуллин А. И. Понижение в очередности (субординация) требований контролирующих должника или аффилированных с ним лиц в российском банкротном праве. Научно-практический комментарий к Обзору судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований контролирующего должника и аффилированных с ним лиц, утв. Президиумом ВС РФ 29.01.2020 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. Приложение к ежемесячному журналу. — 2020. — № 9. — Специальный выпуск. — С. 3–136.
11. Мурзин Д. А., Титова А. В. Конструкция простого товарищества как форма осуществления предпринимательской деятельности в условиях пандемии COVID-19 // Предпринимательское право. Приложение «Право и бизнес». — 2020. — № 3. — С. 37–45.
12. Семикова Л. Е. Институт substantive consolidation в США как модель материальной консолидации в банкротстве // Вестник гражданского права. — 2011. — № 1. — С. 160–198.
13. Суворов Е. Д. Банкротство связанных лиц на условиях материальной консолидации как альтернатива субсидиарной ответственности // Судья. — 2018. — № 4. — С. 21–26.
14. Фролов И. В. Исключение из общего правила активной множественности лиц в деле о банкротстве гражданина // Право и бизнес. — 2021. — № 1. — С. 24–30.
15. Шайдуллин А. И. Особенности участия связанных с должником кредиторов в процедурах банкротства // Закон. — 2020. — № 9. — С. 53–65.

Материал поступил в редакцию 6 июня 2021 г.

REFERENCES

1. Ayusheeva IZ. Ggrazhdansko-pravovye soobshchestva v usloviyakh ekonomiki sovmestnogo potrebleniya [Civil Legal Communities in the Context of Sharing Economy. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*. 2020;6:95-104 (In Russ.).
2. Vitol EYu, Tyulyaev GS. Aktualnost konstruksii konsortsiumov dlya rossiyskogo prava [The Relevance of the Legal Concept of Consortia for Russian Law]. *Civil Law Abstract*. 2018;1:50-85 (In Russ.).
3. Gongalo BM, editor. Grazhdanskoe pravo: uchebnik [Civil Law: Textbook]. 3rd ed. Moscow: Statut Publ.; 2018 (In Russ.).
4. Sergeev AP, Tolstoy YuK, editors. *Grazhdanskoe pravo: uchebnik v 3-kh tomakh* [Civil Law; Textbook: in 3 volumes]. 4th ed. Moscow: TK Welby, Prospekt Publ.; 2005 (In Russ.).
5. Sukhanov EA, editor. *Grazhdanskoe pravo: uchebnik v 4-kh tomakh* [Civil Law; Textbook: in 4 volumes]. 2nd ed. Moscow: Statut Publ.; 2020 (In Russ.).
6. Kolesnichenko OV. Otvetstvennost kontroliruyushchikh lits po obyazatelstvam likvidirovannogo yuridicheskogo litsa: pro et contra [Liability of Controlling Persons for the Obligations of a Liquidated Legal Entity: Pro et Contra]. *Private Law Journal*. 2020;5:214-246 (In Russ.).
7. Karapetov AG, editor. Dogovornoe i obyazatelstvennoe pravo (obshchaya chast) : postateynny kommentariy k statyam 307–453 Grazhdanskogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii [Contractual and obligation law (general part): article-by-article commentary to articles 307–453 of the Civil Code of the Russian Federation] [online]. Moscow: M-Logos Publ.; 2017 (In Russ.).
8. Kolotov VA. Reformirovanie instituta gruppovogo iska v rossiyskom prave: otdelnye voprosy [Reforming the Institution of Class Action in Russian law: Selected Issues]. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*. 2020;7: 68-75 (In Russ.).
9. Kushchenko AA. Analiz podkhodov k ponimaniyu korporatsii v sovremennom otechestvennom prave [An analysis of Approaches to the Interpretation of a Corporation in the Modern Russian Law]. *Jurist*. 2018;12:52-58 (In Russ.).
10. Miftakhutdinov RT, Shaydullin AI. Ponizhenie v ocherednosti (subordinatsiya) trebovaniy kontroliruyushchikh dolzhnika ili affilirovannykh s nim lits v Rossiyskom bankrotnom prave. Nauchno-prakticheskiy kommentariy k obzoru sudebnoy praktiki razresheniya sporov, svyazannykh s ustanovleniem v protsedurakh bankrotstva trebovaniy kontroliruyushchikh dolzhnika i affilirovannykh s nim lits, utv. Prezidiumom VS RF 29.01.2020 [Downgrading (subordination) of claims of the controlling debtor or persons affiliated with him in the Russian bankruptcy law. Scientific and practical commentary to the Review of judicial practice for resolving disputes related to the establishment in bankruptcy procedures of the claims of the controlling debtor and affiliated

- entities, approved by the Presidium of the RF Supreme Court on 29 January 2020]. *Bulletin of Economic Justice of the Russian Federation. Supplement to the monthly journal*. 2020;9:3-136 (In Russ.).
11. Murzin DA , Titova AV. Konstruktsiya prostogo tovarishchestva kak forma osushchestvleniya predprinimatelskoy deyatel'nosti v usloviyakh pandemii COVID-19 [The Simple Partnership Structure as a Form of Carrying out of Entrepreneurial Activities in the Conditions of The COVID-19 Pandemic]. *Business Law. "Law and Business" Supplement*. 2020;3:37-45 (In Russ.).
 12. Semikova LE. Institut substantive consolidation v SSHA kak model materialnoy konsolidatsii v bankrotstve [The substantive consolidation institute in the USA as a model of material consolidation in bankruptcy]. *Civil Law Abstract*. 2011;1:160-198 (In Russ.).
 13. Suvorov ED. Bankrotstvo svyazannykh lits na usloviyakh materialnoy konsolidatsii kak alternativa subsidiarnoy otvetstvennosti [Bankruptcy of related persons on the basis of material consolidation as an alternative to subsidiary liability]. *Judge*. 2018;4:21-26 (In Russ.).
 14. Frolov IV. Isklyuchenie iz obshchego pravila aktivnoy mnozhestvennosti lits v dele o bankrotstve grazhdanina [Exception from the General Rule of Active Plurality of Persons in a Private Bankruptcy Case]. *Law and Business*. 2021;1:24-30 (In Russ.).
 15. Shaydullin AI. Osobennosti uchastiya svyazannykh s dolzhnikom kreditorov v protsedurakh bankrotstva [Features of participation of creditors connected with the debtor in bankruptcy procedures]. *Zakon*. 2020;9:53-65 (In Russ.).

DOI: 10.17803/1729-5920.2021.180.11.030-038

Н. Е. Сосипатрова*

Наследственный договор: критический взгляд на правовую конструкцию

Аннотация. Правовая конструкция наследственного договора, введенная в систему российского гражданского права 1 июня 2019 г., вызвала неоднозначную оценку в доктрине наследственного права. Анализируя различные точки зрения ученых и правовые предписания, автор высказывает свое мнение о данной правовой конструкции, отмечая, в частности, дисбаланс в правовом положении сторон наследственного договора, выражающийся в возможности одностороннего отказа от его исполнения лишь одной из сторон, в отсутствие правовой защиты контрагента наследодателя при отчуждении последним имущества, указанного в наследственном договоре. Это делает данную правовую конструкцию практически не имеющей обязывающей силы для наследодателя и снижает ее востребованность. Обосновывается мнение автора о том, что правовой запрет заключения наследственного договора через представителя относится только к наследодателю. Делается предположение, что указание в наследственном договоре на третье лицо, приобретающее право наследования, не превращает данное соглашение в конструкцию договора в пользу третьего лица. Затрагивается дискуссионный вопрос о границах свободы усмотрения наследодателя, о существенных условиях наследственного договора. В статье отмечаются пробелы закона в регулировании ряда вопросов, связанных с заключением и исполнением наследственного договора, подвергаются критике некоторые формулировки ст. 1118 и 1140.1 Гражданского кодекса РФ, делаются предложения по совершенствованию названных норм. Автор приходит к выводу, что правовая конструкция наследственного права порождает немало вопросов, вызванных небезупречными правовыми формулировками и недостаточной полнотой правового регулирования, что может породить не только доктринальные дискуссии, но и противоречивую правоприменительную практику.

Ключевые слова: наследственный договор; субъектный состав наследственного договора; дисбаланс в правовом положении сторон наследственного договора; существенные условия наследственного договора; расширение свободы усмотрения наследодателя; недостойные наследники; порядок заключения наследственного договора; основания расторжения наследственного договора.

Для цитирования: Сосипатрова Н. Е. Наследственный договор: критический взгляд на правовую конструкцию // Lex russica. — 2021. — Т. 74. — № 11. — С. 30–38. — DOI: 10.17803/1729-5920.2021.180.11.030-038.

An Inheritance Contract: a Critical Look at the Legal Construction

Nadezhda E. Sosipatrova, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Department of Civil Law and Procedure, Law Faculty of Lobachevsky Nizhny Novgorod State University
pr. Gagarina, d. 23, N. Novgorod, Russia, 603950
sosipatrova@yandex.ru

Abstract. The legal structure of an inheritance contract introduced into the system of Russian civil law on June 1, 2019, caused an ambiguous evaluation in the doctrine of inheritance law. Analyzing various points of views of scholars and legal prescriptions, the author expresses her opinion on this legal structure highlighting in particular an imbalance in the legal status of the parties to the inheritance contract, expressed in the possibility of unilateral

© Сосипатрова Н. Е., 2021

* Сосипатрова Надежда Евгеньевна, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданского права и процесса юридического факультета Нижегородского государственного университета имени Н. И. Лобачевского
пр. Гагарина, д. 23, г. Н. Новгород, Россия, 603950
sosipatrova@yandex.ru

refusal to execute it by only one of the parties, in the absence of legal protection of the testator's counterparty when the latter alienates the property specified in the inheritance contract. This makes this legal structure practically non-binding for the testator and reduces its relevance. The author substantiates that the legal prohibition of concluding an inheritance contract through a representative applies only to the testator. The assumption is made that the reference to a third party acquiring the right of inheritance does not turn this agreement into a contract made in favor of the third party. The paper focuses on the controversial issue of the limits of the discretion of the testator and the essential conditions of the inheritance contract. The author differentiates the gaps in the law in the regulation of a number of issues related to the conclusion and execution of an inheritance contract, some wordings of Art. 1118 and 1140.1 of the Civil Code of the Russian Federation and suggests proposals that improve rules under consideration. The author comes to the conclusion that the legal structure of inheritance law raises many questions caused by faulty legal formulations and insufficient completeness of legal regulation, which can give rise not only to doctrinal discussions, but also to contradictory law enforcement practice.

Keywords: inheritance contract; parties to inheritance contract; imbalance in the legal status of the parties to the inheritance contract; essential terms of the inheritance contract; expanding the testator's discretion; unworthy heirs; procedure for concluding an inheritance contract; grounds for termination of an inheritance contract.

Cite as: Sosipatrova NE. Nasledstvennyy dogovor: kriticheskiy vzglyad na pravovuyu konstruktsiyu [An Inheritance Contract: a Critical Look at the Legal Construction]. *Lex russica*. 2021;74(11):30-38. DOI: 10.17803/1729-5920.2021.180.11.030-038 (In Russ., abstract in Eng.).

Наследственное право относится к наиболее консервативной области гражданского законодательства. Принципиальные изменения, сопряженные с отказом от устоявшихся традиций российского наследственного права, с введением новых понятий и правовых конструкций, требуют осторожного, взвешенного подхода, основанного на доктринальных исследованиях и отражающего потребности правоприменительной практики. В противном случае нововведения могут носить характер искусственного образования, с трудом вписывающегося в систему устоявшихся традиционных положений наследственного права.

Федеральный закон от 19.07.2018 № 217 «О внесении изменений в статью 256 части первой и часть третью Гражданского кодекса Российской Федерации»¹, вступивший в силу 1 июня 2019 г., внес в отечественное наследственное право ряд существенных изменений. Одно из наиболее значимых — введение категории наследственного договора, которая еще на стадии разработки и обсуждения законопроекта вызвала неоднозначную оценку в юридическом сообществе². Некоторые критические

замечания, высказанные в процессе дискуссии о новеллах наследственного права, были учтены законодателем. Вместе с тем принятая редакция ст. 1140.1 «Наследственный договор» Гражданского кодекса РФ³ оставляет нерешенными ряд вопросов.

1. Субъектный состав наследственного договора

Согласно абз. 1 п. 1 ст. 1140.1 ГК РФ, наследодатель вправе заключить с любым из лиц, которые могут призываться к наследованию (ст. 1116), договор, условия которого определяют круг наследников и порядок перехода прав на имущество наследодателя после его смерти к пережившим наследодателя сторонам договора или к пережившим третьим лицам, которые могут призываться к наследованию (наследственный договор).

Следует отметить некоторую некорректность в определении одной из сторон наследственного договора — «наследодатель», поскольку им признается лицо после констатации его смерти (или объявления умершим), на что обращалось

¹ СЗ РФ. 2018. № 30. Ст. 4552.

² См., например: *Блинков О. Е.* О наследственном договоре в российском наследственном праве: быть или не быть? // *Наследственное право*. 2015. № 4. С. 3–5; *Гребенкина И. А.* Совершенствование наследственного права: все ли предлагаемые изменения обоснованы? // *Lex russica*. 2016. № 11 (120). С. 135–142; *Долинская В. В.* О тенденциях развития и проблемах наследственного права России // *Законы России: опыт, анализ, практика*. 2018. № 10. С. 3–13; *Матвеев И. В.* Наследственный договор: зарубежный опыт и перспективы появления в гражданском праве Российской Федерации // *Российская юстиция*. 2015. № 1. С. 6–9.

³ СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4552.

внимание в юридической литературе еще на стадии обсуждения законопроекта⁴. Требования, предъявляемые к данной стороне, определены в законе достаточно четко: к нему применяются правила Гражданского кодекса РФ о завещателе, если иное не вытекает из существа наследственного договора (п. 6 ст. 1118 ГК РФ). Таким образом, наследодателем по рассматриваемому договору может быть лишь физическое лицо, обладающее в момент заключения договора дееспособностью в полном объеме. Множественность лиц на стороне наследодателя исключается, кроме случая, когда наследственный договор заключается супругами.

Другая сторона в договоре не получила в законе специального названия и обозначена как «любое из лиц, которые могут призываться к наследованию». Круг этих лиц, определенный в ст. 1116 ГК РФ, требует некоторых пояснений применительно к наследственному договору.

Как предусмотрено в абз. 1 п. 1 названной статьи, к наследованию могут призываться граждане, находящиеся в живых в момент открытия наследства, а также зачатые при жизни наследодателя и родившиеся живыми после открытия наследства. Если эту норму толковать буквально, то стороной в договоре может быть и лицо, признанное судом недееспособным, и только что родившийся ребенок, и даже еще не родившийся, но зачатый к моменту заключения договора. Последний вариант абсурден, а первые два теоретически допустимы, если признать возможным применение института представительства.

Согласно п. 3 ст. 1118 ГК РФ, «совершение завещания и заключение наследственного договора через представителя не допускаются». Распространяется ли запрет на представительство при заключении данного договора только в отношении наследодателя или касается обеих сторон договора — ответ с очевидностью не следует из приведенной нормы. Грамматическое толкование п. 3 ст. 1118 ГК РФ позволяет считать, что запрет установлен для обеих сторон, однако применяя системное толкование, можно прийти к иному выводу. Пункт 3 ст. 1118 ГК РФ начинается с нормы о том, что завещание должно быть совершено лично. И в продолжение этой нормы следует положение о запрете совершения завещания и заключения наследственного договора через представителя. Про-

чение второго предложения п. 3 ст. 1118 ГК РФ в контексте с первым предложением позволяет предположить, что запрет на представительство при заключении наследственного договора относится лишь к наследодателю. И еще один аргумент в подтверждение сделанного предположения: поскольку принятие наследства допускается через представителя (абз. 3 п. 1 ст. 1153 ГК РФ), то почему следует отказать в праве действовать через представителя будущему наследнику, заключающему договор с наследодателем?

Для исключения двоякого толкования предлагается уточнить редакцию п. 3 ст. 1118 ГК РФ, указав во втором предложении, что заключение наследственного договора *наследодателем* через представителя не допускается.

Круг участников наследственного договора может быть расширен за счет включения в него третьих лиц, которые могут призываться к наследованию, не будучи стороной в договоре. Представляется, что в этом случае соглашение не приобретает конструкцию договора в пользу третьего лица, предусмотренную в ст. 430 ГК РФ, поскольку наследодатель не становится должником ни в отношении своего контрагента по договору, ни тем более в отношении третьего лица. Из этого следует практический вывод: в случае отказа третьего лица от принятия наследства этим правом не может воспользоваться контрагент наследодателя по договору, как это было бы возможно в конструкции договора в пользу третьего лица в силу п. 4 ст. 430 ГК РФ.

Смысл заключения наследственного договора, в котором в качестве наследника указывается не сторона в договоре, а третье лицо, не совсем понятен. В чем состоит преимущество договорной конструкции по сравнению с традиционным завещанием, которым можно достичь ту же цель — назначение наследника?

Кроме того, заметим: как вытекает из п. 6 ст. 1118 ГК РФ, если заключен наследственный договор, в котором к наследованию призывается не сторона в договоре (в качестве наследника названо третье лицо), то на контрагента наследодателя не могут быть возложены обязанности, исполняемые до открытия наследства. Таким образом, заключается договор, который при жизни наследодателя не порождает обязанности ни у одной из сторон, а после смерти наследодателя право на получение

⁴ См., например: Михайлова И. А. Наследственный договор: достоинства и недостатки // Наследственное право. 2018. № 4. С. 32.

наследства имеет названное в договоре третье лицо. В чем тогда смысл данного договора для его стороны? В исполнении возложенных на нее обязанностей после открытия наследства, из которого она ничего не получает?

Может ли быть сторона в наследственном договоре указана в качестве наследника вместе с третьим лицом? Внимательное прочтение абз. 1 п. 1 ст. 1140.1 ГК РФ приводит к отрицательному ответу. Указанная норма предусматривает, что условия договора определяют круг наследников и порядок перехода прав на имущество наследодателя после его смерти к пережившим сторонам договора или к пережившим третьим лицам. Разделительный союз «или» исключает возможность призвания к наследованию по договору контрагента наследодателя и третье лицо. Такой подход законодателя труднообъясним с учетом того, что договором может быть предусмотрено несколько наследников, если они являются сторонами договора или являются третьими лицами.

2. Условия наследственного договора

Как усматривается из абз. 1 п. 1 ст. 1140.1 ГК РФ, к обязательному (существенному) условию наследственного договора относится определение круга наследников и порядка перехода прав на имущество наследодателя после его смерти к наследникам. Еще на стадии обсуждения законопроекта экспертами Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства обращалось внимание на некорректность определения договором порядка перехода наследственного имущества. В экспертном заключении Совета отмечалось, что «по самому существу предмет наследственного договора определяется распоряжением своим имуществом *in mortis cause*, а не порядком перехода прав, который определен законом»⁵. С этим трудно не

согласиться, поскольку порядок наследования подробно регламентируется нормами раздела V ГК РФ, абсолютное большинство которых носит императивный характер.

Буквальное толкование абз. 1 п. 1 ст. 1140.1 ГК РФ приводит к выводу о том, что без условия об определении круга наследников и порядка наследования договор не будет считаться заключенным, поскольку оно определяет его предмет, являющийся существенным условием любого гражданско-правового договора (абз. 2 п. 1 ст. 432 ГК РФ). Таким образом, в отличие от завещания, данный договор не может состоять лишь из условия, например, о лишении кого-либо из наследников по закону права наследования или только о завещательном отказе либо о назначении душеприказчика. Такие завещательные распоряжения, конечно, могут быть включены в договор, но они относятся к числу факультативных условий, отсутствие которых не влияет на признание наследственного договора заключенным.

В доктрине наследственного права существует и другая точка зрения на содержание наследственного договора, состоящего из завещательных распоряжений, не определяющих круг наследников и порядок перехода наследственного имущества после смерти наследодателя. С. Л. Будылин и Е. Ю. Петров считают, что норму абз. 1 п. 1 ст. 1140.1 ГК РФ «имеет смысл толковать расширительно, т.е. в наследственном договоре наследодатель при желании может ограничиться одним лишь легатом (например, наследодатель устанавливает легат в виде квартиры в пользу своего контрагента)»⁶.

Возможно, с практической точки зрения такая позиция оправдана, но она не согласуется с легальным определением наследственного договора, в котором сформулирован его предмет.

Наследственный договор может не ограничиваться завещательными распоряжениями, а регулировать отношения между наследодате-

⁵ Экспертное заключение от 08.02.2016 № 149-1/2016 по проекту федерального закона № 801269-6 «О внесении изменений в части первую, вторую и третью Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (в части совершенствования наследственного права) // Экспертные заключения Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 2016 г.: Материалы VI Международной научно-практической конференции «Гражданское право России. Итоги года». М.: Статут, 2017. С. 35.

⁶ Наследственное право: постатейный комментарий к статьям 1110–1185, 1224 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. Е. Ю. Петров. М.: М-Логос, 2018. Электронное издание. Редакция 1.0.С. 609.

лем и будущим наследником до открытия наследства, возлагая на последнего обязанность совершить какие-либо не противоречащие закону действия имущественного или неимущественного характера. Это может быть обязанность по содержанию наследодателя или выплата ему однократно или периодически определенной денежной суммы, помощь в ведении хозяйства, организация и оплата лечения, отдыха, оказание транспортных услуг по требованию наследодателя и др.

При возложении на контрагента обязанностей имущественного характера наследственный договор приобретает некоторое сходство с рентным договором своей направленностью на передачу имущества в собственность, отличаясь от последнего прежде всего моментом перехода права собственности на приобретаемое имущество. При обсуждении законопроекта отмечалось в качестве достоинства новой договорной конструкции то, что она позволяет наследодателю сохранить право собственности на принадлежащее ему имущество в течение всей жизни, что, «как подразумевается, будет дисциплинировать приобретателя»⁷. При этом не учитывается явный дисбаланс в правовом положении сторон, создаваемый наследственным договором, поскольку данный договор, по сути, не связывает наследодателя, предоставляя ему право на односторонний немотивированный отказ от договора (абз. 1 п. 10 ст. 1140.1 ГК РФ) и сохраняя за ним после заключения договора право распоряжения имуществом, указанным в договоре (п. 12 ст. 1140.1 ГК РФ).

Причем, если при отказе от договора наследодатель обязан возместить другой его стороне убытки, возникшие у нее в связи с исполнением договора (абз. 2 п. 10 ст. 1140.1 ГК РФ), то в случае распоряжения принадлежащим ему имуществом (что лишает контрагента возможности в будущем наследовать данное имущество) закон не предусматривает какой-либо компенсации в связи с исполнением наследственного договора. Не оспаривая право наследодателя на распоряжение своим имуществом после заключения наследственного договора (иное противоречило бы постулатам права собственности и наследственного права), заметим, что

норма п. 12 ст. 1140.1 ГК РФ нарушает правовое равенство сторон и лишает договор обязывающей силы.

В процессе обсуждения законопроекта поднимался вопрос, «можно ли рассматривать отчуждение всего имущества или значительной его части наследодателем в качестве основания для расторжения наследственного договора в связи с существенным изменением обстоятельств?»⁸. Полагаем, что ответ впоследствии может дать судебная практика, однако такая постановка вопроса не лишена смысла как единственная мера защиты имущественных интересов контрагента в ситуации отчуждения наследодателем наследственного имущества или его значительной части.

И. А. Гребенкиной была высказана мысль о целесообразности при отчуждении наследодателем имущества, включенного в наследственный договор, возложить на него обязанность компенсировать реальные расходы наследника, связанные с добросовестным исполнением им своих обязанностей по договору⁹. Однако это предложение, сделанное еще на стадии обсуждения законопроекта, не было воспринято законодателем.

Наследственный договор может возлагать на участвующих в нем лиц обязанность по совершению каких-либо действий не только при жизни наследодателя, но и после его смерти. Круг этих действий шире, чем исполнение завещательного отказа или завещательного возложения. Закон не устанавливает границы этих действий, определяя их максимально широко — они могут носить имущественный или неимущественный характер и должны соответствовать закону. С одной стороны, можно приветствовать расширение свободы усмотрения наследодателя, с другой стороны, отсутствие четких границ в реализации такой свободы может породить различные толкования соответствующих условий наследственного договора с точки зрения их законности и, как следствие, противоречивую судебную практику.

Возложение на лицо, участвующее в договоре, исполнения какой-либо обязанности после открытия наследства (кроме завещательного отказа или возложения) напоминает условное

⁷ Алексикова О. Е., Мельник Е. А. Перспективы развития институтов наследственного договора и совместного завещания супругов в российском наследственном праве // Среднерусский вестник общественных наук. 2017. Том.12. № 1. С. 233.

⁸ Папушина Н. Ю. Наследственный договор: перспектива появления в российском наследственном праве // Нотариальный вестник. 2016. № 3. С. 16.

завещание. Например, возложение на наследника обязанности окончить избранное им учебное заведение может быть одним из условий договора, а также условием завещания, превращающим его в сделку под отлагательным условием. Между тем вопрос о допустимости условных завещаний долгие годы относится к числу дискуссионных. По этому поводу высказаны различные точки зрения: от отнесения таких условий к числу недопустимых как ограничивающих права и свободы гражданина¹⁰ до признания их не противоречащими закону, поскольку, принимая наследство, наследник добровольно решает следовать воле завещателя и соответствующие действия станут результатом его осознанного выбора¹¹. В доктрине наследственного права представлена позиция, согласно которой условия завещания разделяются на допустимые и недопустимые, однако единства мнений об отнесении того или иного условия к первому либо второму виду не достигнуто. Например, условие о переходе наследственного имущества к наследнику по достижении им определенного возраста одними учеными оценивается как неправомерное¹², другие считают его законным¹³.

Дискуссионность вопроса об условных завещаниях позволяет сделать предположение о том, что конструкция договора, возлагающая на наследника совершение определенных действий как условие наследования, может породить различные оценки в правоприменительной практике и всплеск дискуссии о границах свободы усмотрения наследодателя.

Последствия наследственного договора могут быть поставлены в зависимость от обстоятельств, относительно которых при заключении договора было неизвестно, наступят они или нет. Эти обстоятельства могут зависеть или не зависеть от воли одной из сторон, но должны наступить ко дню открытия наследства (абз. 2 п. 1 ст. 1140.1 ГК РФ). Например, на контра-

гента по наследственному договору возложена обязанность оплачивать лечение наследодателя, однако если до открытия наследства контрагент достигнет пенсионного возраста, эта обязанность прекращается (с сохранением действия договора). Или наследственный договор заключается с лицом, которое в будущем наследует квартиру наследодателя, но в договор включается условие о том, что если указанное лицо до открытия наследства приобретет в собственность жилое помещение, то указанную в договоре квартиру наследует племянник наследодателя, а контрагент по договору наследует автомобиль наследодателя и его права на денежные средства в банке.

Допустимость таких условий в договоре не вызывает сомнений, однако не совсем ясен замысел законодателя, ограничившего влияние на последствия наследственного договора обстоятельствами, наступившими лишь ко дню открытия наследства. Представляется, что действие названной выше нормы можно распространить и на более поздний период исполнения договора. Например, на контрагента по договору возложена обязанность в течение двух лет после смерти наследодателя установить на его могиле гранитный памятник, однако эта обязанность отпадает, если памятник к этому времени будет поставлен детьми наследодателя. Или на контрагента возложена обязанность предоставить содержание двоюродной сестре наследодателя на время получения образования и устройства на работу. Названная обязанность прекращается после ее трудоустройства или вступления в брак.

Условия наследственного договора действуют в части, не противоречащей правилам ст. 1117 ГК РФ о запрете наследования недостойным наследникам (абз. 1 п. 6 ст. 1140.1 ГК РФ). Буквальное толкование названной нормы ст. 1140.1 ГК РФ позволяет сделать вывод, что статья 1117 ГК РФ, состоящая из нескольких

⁹ Гребенкина И. А. Указ. соч. С. 138.

¹⁰ См., например: *Маковский А. Л.* Как лучше гарантировать наследование. Нормы наследственного права в проекте третьей части Гражданского кодекса Российской Федерации // Законодательство и экономика. 1997. № 3–4. С. 37–38.

¹¹ *Михайлова И. А.* Условные завещания: история и современность // Юридический вестник Самарского университета. 2016. Т. 2. № 1. С. 37–45.

¹² См., например: *Свиридова Е. А.* Проблемные аспекты недействительности завещаний в российском и белорусском законодательстве // Молодой ученый. 2015. № 24 (204). С. 173–176.

¹³ См., например: *Новиков А. А.* К истории завещания под условием в отечественном гражданском праве // Цивилистические исследования. Вып. 1 : сборник научных трудов памяти профессора И. В. Федорова / под ред. Б. Л. Хаксельберга, Д. О. Тузова. М. : Статут, 2004. С. 349–350.

правовых норм, применяется к рассматриваемым отношениям лишь в части установления запрета наследования лицом, признанным недостойным наследником. Остается неясным, распространяется ли на наследственный договор правило п. 3 ст. 1117 ГК РФ, предусматривающее возврат наследственного имущества, неосновательно полученного недостойным наследником. Названная норма устанавливает такое последствие для случаев наследования по закону или по завещанию. Думается, это не сознательная позиция, избранная законодателем, а недостаток законодательной техники, поэтому для устранения неясности предлагается внести в абз. 1 п. 6 ст. 1140.1 ГК РФ дополнение, указав на применение к наследственному договору п. 3 ст. 1117 ГК РФ.

В доктрине наследственного права поднимался вопрос о возмещении расходов, связанных с исполнением наследственного договора недостойным наследником, если он должен будет вернуть неосновательно полученное наследственное имущество¹⁴. Полагаем, что указанные расходы не должны подлежать возмещению, так как неполучение ожидаемого по договору наследства обусловлено не случайным обстоятельством, а противоправным поведением самого наследника.

3. Заключение и расторжение наследственного договора

Наследственный договор подлежит нотариальному удостоверению. При этом нотариус обязан осуществлять видеофиксацию процедуры его заключения, если стороны не возражают (п. 7 ст. 1140.1 ГК РФ). За рамками данной правовой нормы остались вопросы о последствиях возражения лишь одной стороны договора, а также о форме, в которой должно быть получено возражение против видеофиксации. Наконец, каково последствие отсутствия видеофиксации (если нет возражений сторон договора), например из-за халатности нотариуса или неисправности

видеоаппаратуры? Поскольку видеофиксация заключения наследственного договора — это процедурный вопрос, думается, что оплошности в нем не должны влиять на действительность сделки.

Как предусмотрено пунктами 9 и 10 ст. 1140.1 ГК РФ, расторжение наследственного договора возможно по соглашению сторон, путем одностороннего отказа от его исполнения или на основании решения суда в связи с существенным изменением обстоятельств.

Не вызывает сомнения, что рассматриваемый договор подлежит расторжению и по другим основаниям, в частности в связи с существенным нарушением договора или по иным основаниям, указанным в соглашении сторон (например, в связи с отчуждением наследодателем всего или значительной части имущества, указанного в наследственном договоре).

В статье уже отмечался дисбаланс в правовом положении сторон наследственного договора. Говоря о расторжении договора, следует отметить, что право на односторонний немотивированный отказ от договора статьей 1140.1 ГК РФ предоставлено лишь одной стороне — наследодателю. Реализуя данное право, он обязан возместить другой стороне убытки, возникшие у нее в связи с исполнением наследственного договора. Что касается контрагента наследодателя, то названная статья, прямо не предоставляя ему это право, указывает, что он вправе совершить односторонний отказ от наследственного договора «в порядке, предусмотренном законом или наследственным договором» (абз. 3 п. 10 ст. 1140.1 ГК РФ). Однако для того, чтобы реализовать данное право в установленном порядке, требуются основания для отказа от договора. Такие основания могут быть предусмотрены в законе или ином нормативном акте, а если исполняется договорное обязательство, связанное с осуществлением предпринимательской деятельности, то основания для одностороннего отказа могут быть установлены также договором (п. 1 и 2 ст. 310 ГК РФ)¹⁵. Обязательство, порожденное наследственным

¹⁴ Белоотченко Е. А. Наследственный договор в рамках реформирования российского наследственного права // URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/nasledstvennyy-dogovor-v-ramkah-reformirovaniya-rossiyskogo-nasledstvennogo-prava> (дата обращения: 21.05.2021).

¹⁵ В правовой доктрине высказано мнение о распространении действия п. 2 ст. 310 ГК РФ в том числе и на договоры, в которых обе стороны не осуществляют предпринимательскую деятельность. Согласно этой позиции, договор между указанными лицами может предусматривать право любой из сторон договора на односторонний отказ от него (см.: Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А. Г. Карапетов.

договором, трудно отнести к осуществляемому в рамках предпринимательской деятельности, поэтому, следуя буквальному толкованию п. 1 и 2 ст. 310 ГК РФ, в данном договоре не могут быть установлены случаи (основания) одностороннего отказа от договора контрагентом наследодателя.

Обзор норм Гражданского кодекса, посвященных наследственному договору, позволяет прийти к выводу о том, что новая правовая кон-

струкция наследственного права порождает немало вопросов, вызванных небезупречными правовыми формулировками и недостаточной полнотой правового регулирования. Эти недостатки могут породить не только доктринальные дискуссии, но и противоречивую правоприменительную практику. Кроме того, данная договорная конструкция практически не имеет обязывающей силы для наследодателя, что снижает ее востребованность.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Алексикова О. Е., Мельник Е. А. Перспективы развития институтов наследственного договора и совместного завещания супругов в российском наследственном праве // Среднерусский вестник общественных наук. — 2017. — Т. 12. — № 1. — С. 231–236.
2. Белоотченко Е. А. Наследственный договор в рамках реформирования российского наследственного права // Ленинградский юридический журнал. — 2017. — № 2 (48). — С. 122–130.
3. Блинков О. Е. О наследственном договоре в российском наследственном праве: быть или не быть? // Наследственное право. — 2015. — № 4. — С. 3–5.
4. Гребенкина И. А. Совершенствование наследственного права: все ли предлагаемые изменения обоснованны? // Lex russica. — 2016. — № 11 (120). — С. 135–142.
5. Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А. Г. Карапетов. — М. : Статут, 2017. — 1120 с.
6. Долинская В. В. О тенденциях развития и проблемах наследственного права России // Законы России: опыт, анализ, практика. — 2018. — № 10. — С. 3–13.
7. Маковский А. Л. Как лучше гарантировать наследование. Нормы наследственного права в проекте третьей части Гражданского кодекса Российской Федерации // Законодательство и экономика. — 1997. — № 3–4. — С. 37–41.
8. Матвеев И. В. Наследственный договор: зарубежный опыт и перспективы появления в гражданском праве Российской Федерации // Российская юстиция. — 2015. — № 1. — С. 6–9.
9. Михайлова И. А. Условные завещания: история и современность // Юридический вестник Самарского университета. — 2016. — Т. 2. — № 1. — С. 37–45.
10. Михайлова И. А. Наследственный договор: достоинства и недостатки // Наследственное право. — 2018. — № 4. — С. 31–37.
11. Наследственное право: постатейный комментарий к статьям 1110–1185, 1224 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. Е. Ю. Петров. — М. : М-Логос, 2018. — 656 с. — Электронное издание. Редакция 1.0.
12. Новиков А. А. К истории завещания под условием в отечественном гражданском праве // Цивилистические исследования. Вып. 1 : сборник научных трудов памяти профессора И. В. Федорова / под ред. Б. Л. Хаксельберга, Д. О. Тузова. — М. : Статут, 2004. — С. 334–352.
13. Папушина Н. Ю. Наследственный договор: перспектива появления в российском наследственном праве // Нотариальный вестник. — 2016. — № 3. — С. 15–20.
14. Свиридова Е. А. Проблемные аспекты недействительности завещаний в российском и белорусском законодательстве // Молодой ученый. — 2015. — № 24 (204). — С. 173–176.
15. Экспертное заключение от 08.02.2016 № 149-1/2016 по проекту федерального закона № 801269-6 «О внесении изменений в части первую, вторую и третью Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (в части совершенствования

М. : Статут, 2017. С. 81). Такой взгляд свидетельствует о расширительном толковании названной правовой нормы и не согласуется с позицией Пленума Верховного Суда РФ, высказанной в п. 10 постановления от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении» (Российская газета. 05.12.2016. № 275).

наследственного права)» // Экспертные заключения Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 2016 г. : материалы VI Международной научно-практической конференции «Гражданское право России. Итоги года», 25 января 2017 г. — М. : Статут, 2017. — С. 31–49.

Материал поступил в редакцию 14 сентября 2021 г.

REFERENCES

1. Aleksikova OE, Melnik EA. Perspektivy razvitiya institutov nasledstvennogo dogovora i sovmestnogo zaveshchaniya suprugov v rossiyskom nasledstvennom prave [Prospects for the development of institutions of inheritance contract and joint will of spouses in Russian inheritance law]. *Central Russian Journal of Social Sciences*. 2017;12(1):231-236 (In Russ.).
2. Belootchenko EA. Nasledstvennyy dogovor v ramkakh reformirovaniya rossiyskogo nasledstvennogo prava [Inheritance Agreement within the Framework of Reforming Russian Inheritance Law]. *Leningrad Legal Journal*. 2017;2(48):122-130 (In Russ.).
3. Blinkov OE. O nasledstvennom dogovore v rossiyskom nasledstvennom prave: byt ili ne byt? [On the Hereditary Contract in the Russian Inheritance Law: To Be Or Not to Be?]. *Inheritance Law*. 2015;4:3-5 (In Russ.).
4. Grebenkina IA. Sovershenstvovanie nasledstvennogo prava: vse li predlagaemye izmeneniya obosnovanny? [Improvement of Inheritance Law: Are All the Proposed Changes Justified?]. *Lex russica*. 2016;11(120):135-142 (In Russ.).
5. Karapetov AG, editor. Dogovornoe i obyazatelstvennoe pravo (obshchaya chast): postateynny kommentariy k statyam 307–453 Grazhdanskogo Kodeksa Rossiyskoy Federatsii [Contractual and obligation law (general part): article-by-article commentary to articles 307–453 of the Civil Code of the Russian Federation]. Moscow: Statut Publ.; 2017 (In Russ.).
6. Dolinskaya VV. o tendentsiyakh razvitiya i problemakh nasledstvennogo prava Rossii [On Evolution Trends and Inheritance Law Problems in Russia]. *Laws of Russia: Experience, Analysis, Practice*. 2018;10:3-13 (In Russ.).
7. Makovsky AL. Kak luchshe garantirovat nasledovanie. Normy nasledstvennogo prava v proekte tretej chasti Grazhdanskogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii [The Best way to guarantee inheritance. Provisions of inheritance law in the draft of the third part of the Civil Code of the Russian Federation]. *Legislation and Economics*. 1997;3-4:37-41 (In Russ.).
8. Matveev IV. Nasledstvennyy dogovor: zarubezhnyy opyt i perspektivy poyavleniya v grazhdanskom prave Rossiyskoy Federatsii [Hereditary Contract: International Experience and Prospects of the Emergence of the Civil Law of the Russian Federation]. *Russian Justice*. 2015;1:6-9 (In Russ.).
9. Mikhailova IA. Uslovnye zaveshchaniya: Istoriya i sovremennosti [Contingent Wills: A Historic Overview]. *Juridical Journal of Samara University*. 2016;2(1):37-45 (In Russ.).
10. Mikhailova IA. Nasledstvennyy dogovor: dostoinstva i nedostatki [An Inheritance Agreement: Advantages and Disadvantages]. *Inheritance Law*. 2018;4:31-37 (In Russ.).
11. Petrov EYu, editor. Nasledstvennoe pravo: postateynny kommentariy k statyam 1110–1185, 1224 Grazhdanskogo Kodeksa Rossiyskoy Federatsii [Inheritance law: article-by-article commentary to articles 1110-1185, 1224 of the Civil Code of the Russian Federation]. Moscow: M-Logos Publ.; 2018 (In Russ.).
12. Novikov AA. K istorii zaveshchaniya pod usloviem v otechestvennom grazhdanskom prave [On the history of the will in the context of domestic civil law]. In: Hakselberg BL, Tuzova DO, editors. *Civil Law Studies. Issue 1: Collection of research papers in memory of Professor I. V. Fedorov*. Moscow: Statut Publ.; 2004 (In Russ.).
13. Papushchina NYu. Nasledstvennyy dogovor: perspektiva poyavleniya v rossiyskom nasledstvennom prave [How the Future May Unfold Inherited Contract in Inheritance Law of Russian Federation]. *Notarial Bulletin*. 2016;3:15-20 (In Russ.).
14. Sviridova EA. Problemnye aspekty nedeystvitelnosti zaveshchaniy v rossiyskom i belorusskom zakonodatelstve [Problematic Aspects of Invalidity of Wills in Russian and Belarusian Legislation]. *Young Scientist*. 2015;24(204):173-176 (In Russ.).
15. Expert opinion dated February 8, 2016, No. 149-1 / 2016 on the draft federal law No. 801269-6 "On amendments to parts one, two and three of the Civil Code of the Russian Federation, as well as to certain legislative acts of the Russian Federation" (in terms of improving inheritance law). " In: *Expert opinions of the Council under the President of the Russian Federation on the codification and improvement of civil legislation in 2016: Proceedings of the 6th International Scientific and Practical Conference "Civil Law of Russia. Results of the Year."* [January 25, 2017]. Moscow: Statute Publ.; 2017 (In Russ.).

DOI: 10.17803/1729-5920.2021.180.11.039-051

И. В. Ирхин*

Национально-этнические анклавы в современном мире: природа, инструменты регуляции (публично-правовой аспект). Часть 1

Аннотация. Национально-этнические анклавы являются одной из форм материализации «параллельных пространств» (во всей палитре присущих им свойств), а потому их правомерно квалифицировать в качестве уникальной практики преломления концепции мультикультурализма. Как показал исторический опыт, презумпция взаимного стремления к интеграции на основе признания концепции мультикультурализма в качестве руководящего принципа взаимоотношений (прежде всего применительно к европейским государствам и находящимся в их пределах мигрантским группам) не оправдала себя ввиду недостаточного учета всего объема факторов воздействия (рисков). На этой основе подчеркивается значимость применения подхода, в структуру которого имплементированы дифференцированные комплексные методологические формулы (политико-правовые, социально-экономические, национально-культурные), позволяющие гармонизировать «иностранные» аутентичные культуры (в том числе религиозные практики, поведенческие модели в рамках общих социальных пространств) с доминирующей и исторически обусловленной культурой принимающего сообщества с признанием примата данной культуры (в том числе гетерогенного характера).

Анклавы рассматриваются в качестве пространственно-географического и социально-институционального феномена. Пространственно-географическая составляющая отражает инфраструктурный ландшафт анклава, в том числе экономические, производственные, экологические особенности в определенных географических координатах (на местоположении). Социально-институциональная переменная характеризует сообщество, возникшее и функционирующее в силу и в рамках определенных групп параметров соидентичности (национальный, религиозный, лингвистический, правовой (обычно-правовой) и пр.), подчеркивает имманентные для него связи (внутренние и внешние). Под национально-этническими анклавами предлагается понимать обособленные квазитерриториальные образования, где в силу объективно вынужденных условий компактно проживают (постоянно или временно) национальные меньшинства (преимущественно мигрантские группы), придерживающиеся аутентичного образа жизни, который отличается от общепринятого (мэйнстрим) в принимающем обществе. В статье выделены характерные императивные и факультативные признаки анклавов, подчеркивается гетерогенная конфигурация социальной структуры анклавов, исследованы причины формирования и функции этнонациональных анклавов, выявлены сходства и отличия анклавов от гетто и этнобурбов.

Ключевые слова: государство; межнациональные отношения; миграция; сегрегация; анклавы; прото-анклавы; гетто; этнобурбы; публично-правовое регулирование.

Для цитирования: Ирхин И. В. Национально-этнические анклавы в современном мире: природа, инструменты регуляции (публично-правовой аспект). Часть 1 // Lex russica. — 2021. — Т. 74. — № 11. — С. 39–51. — DOI: 10.17803/1729-5920.2021.180.11.039-051.

© Ирхин И. В., 2021

* Ирхин Игорь Валерьевич, доктор юридических наук, старший научный сотрудник Кубанского государственного университета
Ставропольская ул., д. 149, г. Краснодар, Россия, 350040
dissertacia@yandex.ru

National and Ethnic Enclaves in the Modern World: Nature, Regulatory Instruments (Public Law Aspect). Part 1

Igor V. Irkhin, Dr. Sci. (Law), Senior Researcher, Kuban State University
ul. Stavropolskaya, d. 149, Krasnodar, Russia, 350040
dissertacia@yandex.ru

Abstract. National and ethnic enclaves constitute one of the forms of "parallel spaces" materialization (In the entire palette of inherent properties) and, therefore, it is legitimate to qualify them as a unique practice of refraction of the concept of multiculturalism. Historical experience has shown that the presumption of mutual desire for integration based on the recognition of the concept of multiculturalism as a guiding principle of relations (primarily in relation to European states and migrant groups within their borders) did not justify itself due to insufficient consideration of the entire scope of influencing factors (risks). On this basis, the author emphasizes the importance of applying an approach the structure of which includes differentiated complex methodological formulas (political and legal, socio-economic, national-cultural) that encourage harmonization of "foreign" authentic cultures (including religious practices, behavioural patterns in the framework of social environments) with a dominant and historically determined culture of the host community with the recognition of the primacy of its culture (including a heterogeneous nature).

Enclaves are viewed as a spatial-geographical and socio-institutional phenomenon. The spatial and geographical component reflects the infrastructure landscape of the enclave, including the inherent economic, production, and environmental features in certain geographical coordinates (at the location). A socio-institutional variable characterizes a community that has appeared and functions by virtue of and within certain groups of co-identity parameters (national, religious, linguistic, legal (usually legal), etc.), emphasizes its inherent connections (internal and external). Under national-ethnic enclaves it is proposed to understand separate quasi-territorial formations, where, due to objectively forced conditions, national minorities (mainly migrant groups) live compactly (permanently or temporarily), adhering to an authentic way of life that differs from the generally accepted way (mainstream) in the host society. The paper highlights the characteristic imperative and optional features of enclaves, emphasizes the heterogeneous configuration of the social structure of enclaves, investigates the reasons for the formation and functions of ethno-national enclaves, identifies the similarities and differences between enclaves and ghettos and ethno-burbs.

Keywords: state; interethnic relations; migration; segregation; enclaves; proto-enclaves; ghetto; ethno-turbans; public law regulation.

Cite as: Irkhin IV. Natsionalno-etnicheskie anklavy v sovremennom mire: priroda, instrumenty regulyatsii (publichno-pravovoy aspekt). Chast 1. [National and Ethnic Enclaves in the Modern World: Nature, Regulatory Instruments (Public Law Aspect). Part 1.]. *Lex russica*. 2021;74(11):39-51. DOI: 10.17803/1729-5920.2021.180.11.039-051 (In Russ., abstract in Eng.).

Введение

Сегодня национально-этнические анклав¹ (далее — анклав) являются одной из форм воплощения тенденции глокализации, которая характеризуется диалектическим единством феноменов глобализации и локализации социальных, территориальных, правовых, культурных, религиозных и иных пространств, а также имманентными для данных феноменов диссонансами, продуцирующими (репродуцирующими) мультипликативные матрицы рефлексии дей-

ствительности индивидами и формируемыми ими социальными группами.

Анклав является одной из форм материализации «параллельных пространств» (во всей палитре свойств), а потому их правомерно квалифицировать в качестве уникальной (*sui generis*) практики преломления концепции мультикультурализма. В этом плане важно то, что в актуальный период времени данная концепция как инструмент социальной интеграции и аккультурации мигрантских групп с отличающимися мировоззренческими установками от

¹ В настоящей работе мигрантские анклав, национально-этнические анклав, этнонациональные анклав рассматриваются как идентичные понятия.

общепринятых в принимаемых сообществах утрачивает свое былое (аксиоматическое) значение. В этом контексте показателен тезис А. Меркель (ныне экс-канцлера ФРГ), которая отметила, что «мультикультурализм ведет к созданию параллельных сообществ, а потому является большим заблуждением»². Вместе с тем отрицание культурных прав, а также непризнание объективно существующего культурного многообразия и межкультурных границ представляется некорректным (нерациональным) вектором поиска компромиссных решений между принимающим сообществом и мигрантскими сообществами, негодным средством социальной адаптации и интеграции мигрантов в мейнстрим-культуру.

Европейская хартия городов 1992 г.³ устанавливает, что успешное культурное развитие должно быть также направлено на удовлетворение особых потребностей и участие определенных групп населения, например молодежи и, что очень важно, сообществ иммигрантов. Заслуживают также внимания нормы о том, что сообщества иммигрантов из разных стран, меньшинства, имеющие разные традиции, культуру, языки и религии, не всегда принимаются и интегрируются в сообщество города. Их опыт жизни в городе часто показывает социальное отторжение, одиночество, страх и очень низкий уровень жизни. Интеграция многих культур является ключевым фактором повышения уровня жизни в городах мигрирующих сообществ и источником культурного и экономического обогащения для местных органов власти и города в целом. Призываем города являться гостеприимством и прием групп людей с разной культурой, которые должны жить вместе, работать и сотрудничать, осознавая, что это принесет пользу всему городскому сообществу. Подчеркивается также, что местные власти должны принимать или усиливать законодательные акты против дискриминации с целью обеспечения одинакового доступа всем гражданам, независимо от расы и этнического происхождения, в общественные места (улицы,

транспорт, гостиницы, магазины, театры, кино-театры и т. д.), к профессиональному обучению, в школы, к получению жилья, к культурной деятельности и другим аспектам жизни города. Иммигрантские общины должны, кроме того, иметь право на создание своих собственных местных ассоциаций для защиты своих интересов и утверждения своего культурного лица.

При этом согласно ст. 34 Международной конвенции о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей от 18.12.1990⁴ ничто в настоящей Конвенции не освобождает трудящихся-мигрантов и членов их семей от обязательства соблюдать законы и правила любого государства транзита и государства работы по найму или от обязательства уважать культурную самобытность жителей таких государств.

Как показал исторический опыт, презумпция взаимного стремления к интеграции на основе признания концепции мультикультурализма в качестве руководящего принципа взаимоотношений европейских государств и мигрантских групп не оправдала себя ввиду недостаточного учета всего объема факторов воздействия (рисков). В Европейской хартии городов II (Манифест новой урбанистики) 2008 г.⁵ подчеркивается обеспокоенность процессами территориального неравенства, которые выражаются в том, что некоторые городские районы превращаются в «привилегированные», в центрах городов наблюдается неконтролируемый всплеск цен на недвижимость, одновременно возникают гетто в пригородных районах или то здесь, то там появляются частные зоны с высоким уровнем безопасности, а все это приводит к территориальной сегрегации, разрушающей наши города.

В этой связи представляется целесообразным применение подхода, в основе которого находятся дифференцированные комплексные методологические формулы (политико-правовые, социально-экономические, национально-культурные), позволяющие гармонизировать «иностранные» аутентичные культуры (в том числе религиозные практики, поведенческие

² Marten L., Hainmueller J., Hangartner D. Ethnic network can foster the economic integration of refugees // PNAS. 2019. Vol. 116. P. 16280.

³ Европейская хартия городов. Принята Постоянной конференцией местных и региональных органов власти Европы Совета Европы 30.03.1992 // URL: <https://zakonbase.ru/content/base/21053/?pdf=1> (дата обращения: 11.05.2021).

⁴ Международная конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей. Принята резолюцией 45/158 Генеральной Ассамблеи от 18.12.1990 // URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/migrant.shtml (дата обращения: 11.05.2021).

модели в рамках общих социальных пространств) с доминирующей и исторически обусловленной культурой принимающего сообщества с признанием примата данной культуры (в том числе гетерогенного характера). Данный подход позволит минимизировать риски сегрегации и дискриминации, которые правомерно считать едва ли не основными мотивирующими факторами (импульсами) образования анклавов.

Необходимо учитывать, что высокие темпы внешней миграции лиц с существенно отличающимися ценностно-мировоззренческими установками (в том числе основанными на радикальных интерпретациях религиозных учений), с отчужденческими тенденциями усиливают риски дестабилизации межнациональной и межконфессиональной обстановки, сосредоточивают потенциал для возникновения центробежных тенденций в государствах, притягательных для мигрантов, в особенности в условиях локализации мигрантов в рамках анклавов.

Основные подходы к определению национально-этнических анклавов, причины их формирования и функции

В литературе анклавы определяются как «пространственный»⁶ или «пространственный и институциональный феномен»⁷.

На наш взгляд, анклавы следует рассматривать в качестве пространственно-географического и социально-институционального феномена (при учете монолитной конфигурации концептуальной природы анклавов). Так,

пространственно-географическая составляющая отражает инфраструктурный ландшафт анклава, в том числе его экономические, производственные, экологические особенности в определенных географических координатах (на местоположении). Социально-институциональная переменная характеризует сообщество, возникшее и функционирующее в силу и в рамках определенных групп параметров соидентичности (национальный, религиозный, лингвистический, правовой (обычно-правовой) и пр.), а также подчеркивает имманентные для него связи (внутренние и внешние).

В литературе под этническими анклавами понимаются «городские кварталы, в которых мигрантские группы или национальные меньшинства проживают компактно (концентрированно)»⁸. Предлагается также квалифицировать анклав как «кварталы, в которых доминирует конкретная этническая группа и присутствуют институты, отражающие характерные культурные ценности и символы»⁹. Подчеркивается, что «анклавы являются пространственно сегрегированными сообществами, возникшими вследствие социальных процессов классовой, этнической или расовой дифференциации и кластеризации»¹⁰. Указывается, что «этнические анклавы представляют собой четко выраженные географически или пространственно ограниченные этнические центры»¹¹. Под анклавом предлагается понимать также «пространственно локализованный район проживания лиц одинакового происхождения, связанных между собой взаимными социальными, экономическими и политическими выгодами»¹²; «компактный район, в котором члены определенных групп населения идентифицируют себя по этни-

⁵ Европейская хартия городов II (Манифест новой урбанистики). Резолюция 261 (2008). Обсуждена и одобрена Палатой местных властей 28 мая 2008 г., принята Конгрессом 29 мая 2008 г.) // URL: <https://rm.coe.int/168071a868> (дата обращения: 11.05.2021).

⁶ Qadeer M., Agrawal S. K., Lovell A. Evolution of Ethnic Enclaves in the Toronto Metropolitan Area, 2001–2006 // Journal of International Migration and Integration = Revue de l'integration de la migration internationale. 2010. Vol. 11. P. 335.

⁷ Qadeer M., Agrawal S. K., Lovell A. Op. cit. P. 317.

⁸ Zhou M. Ethnic enclaves and niches. Wiley Online Library. 2013. P. 1 // URL: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/9781444351071.wbeghm201> (дата обращения: 11.05.2021).

⁹ Qadeer M., Agrawal S. K., Lovell A. Op. cit. P. 318.

¹⁰ Qadeer M., Agrawal S. K., Lovell A. Op. cit. P. 318.

¹¹ Wang W., Zhou S., Fan C. Growth and Decline of Muslim Hui Enclaves in Beijing // Eurasian Geography and Economics. 2002. Vol. 43. P. 105.

¹² Bryson E. Functions of Urban Ethnic Enclaves with a Focus on South Boston's Ethnic Irish Enclave in a Historical Perspectives. Open Access Master's Theses. Paper 1768. 2003. P. 6 // URL: <https://digitalcommons.uri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2742&context=theses> (дата обращения: 11.05.2021).

ческому, религиозному или другим признакам, объединены в целях экономического, социального и политического, культурного развития»¹³; «район пространственной концентрации членов конкретной группы населения, которая идентифицирует себя по этническому, религиозному или другому признаку, объединившиеся в целях защиты и содействия собственному экономическому, социальному, политическому и (или) культурному развитию»¹⁴.

На наш взгляд, под национально-этническими анклавами следует понимать обособленные квазитерриториальные образования, где в силу объективных условий¹⁵ вынужденно компактно проживают (постоянно или временно) национальные меньшинства (преимущественно мигрантские группы), придерживающиеся аутентичного образа жизни, который отличается от общепринятого (мэйнстрим) в принимающем обществе. При этом императивными характеристиками признаками анклавов являются гомогенная социокультурная матрица, в структуру которой имплементированы сходные (близкие) культурно-мировоззренческие представления, основанные на принадлежности к одной (в том числе симбиотической) национальности, религии, культуре, языку; сегрегированность; пространственная компактная замкнутость (члены анклавов не интегрированы в мэйнстрим-общество) и географически маркированная локализация в определенных границах (поселок, квартал, район, улица); кластерный характер экономики. Среди факультативных признаков можно выделить единую гражданскую принадлежность членов анклавов; близость правовых культур; осуществление традиционных видов хозяйственной деятельности.

В этой связи представляются дискуссионными подходы, в соответствии с которыми ан-

клавы определяются как «профессиональная (трудовая) ниша, в которой этническая группа осуществляет определенную деятельность и обладает влиянием»¹⁶, или квалифицируются в качестве «социально-экономического и культурного комплекса, позволяющего извлекать экономические преимущества для отдельной группы населения в конкретном месте»¹⁷. Следует отметить, что указанными характеристиками не исчерпываются основополагающие параметры концептуальной конфигурации анклава. Во-первых, трудовая ниша или социально-экономический и культурный комплекс не всегда обладают географически маркированным и пространственно компактным и замкнутым изолированным характером, сегрегированностью. Во-вторых, в рамках указанных определений не учитывается гомогенная социокультурная матрица анклава.

В этом же аспекте спорным является тезис о том, что «анклав представляет собой квартал (район), где основные институты и коммерческие объекты принадлежат членам этнического кластера и управляются ими же — это социальный и экономический комплекс»¹⁸. Думается, что при таком подходе социально-экономической составляющей придается гипертрофированное (исключительное) значение.

По своей социальной структуре анклав, как правило, не являются гомогенными квазитерриториальными образованиями — в их пределах представлена широкая палитра различных этнических, религиозных и языковых групп. Так, «проживающие в анклаве города Торонто (Канада) выходцы из Южной Азии включают восточных индийцев, пенджабцев, бенгальцев, тамильцев, пакистанцев, имеющие единое географическое происхождение, определенные расовые или культурные сход-

¹³ Bryson E. Op. cit. P. 8.

¹⁴ Marcuse P. Enclaves Yes, Ghetto, No: Segregation and the State. 2001. P. 4 // URL: http://www.urbancenter.utoronto.ca/pdfs/curp/Marcuse_Segregationandthe.pdf (дата обращения: 11.05.2021).

¹⁵ О трансформации анклавов в культурно-досуговые центры будет сказано далее.

¹⁶ Model S. A Comparative Perspective on the Ethnic Enclave: Blacks, Italians, and Jews in New York City // International Migration Review. 1985. Vol. 19. P. 64.

¹⁷ Valenzuela-Garcia H., Molina J., Lubbers M., Garcia-Macias A., Pampalona J., Lerner J. On Heterogeneous and Homogeneous Networks in a Multilayered Reality: Clashing Interests in the Ethnic Enclave of Lloret de Mar // Societies. 2014. Vol. 4. P. 88.

¹⁸ Dang A. The impact of ethnic enclaves on the assimilation of a community: the case of Chinese in New York and Los Angeles. P. 3 // URL: https://www.academia.edu/33003697/The_impact_of_ethnic_enclaves_on_the_assimilation_of_a_community_the_case_of_Chinese_Americans_in_New_York_and_Los_Angeles (дата обращения: 11.05.2021).

ства, но отличающиеся по языку, религии или национальности»¹⁹. В городе Гуанчжоу (КНР) сформирован африканский анклав, в состав которого входят мигранты из Мали, Гамбии, Ганы, Сенегала, Конго. На этой основе данный анклав в литературе именуется как «транснациональный»²⁰. В латиноамериканском анклаве города Нэшвилл (США) преобладающее большинство населения составляют выходцы из стран Латинской Америки. При этом совместно с ними в анклаве проживают другие этнические группы, а также англоговорящее белое и черное население. В литературе отмечается, что «данный район гордится различными этническими магазинами и ресторанами, которые готовы к обслуживанию курдов, эфиопов и азиатов, представленных здесь в небольшом количестве. Латиноамериканцы же составляют наиболее крупную и заметную часть населения анклава, что проявляется во множественных свидетельствах об этом символах (национальные флаги, надписи на испанском языке, украшения и орнаменты и пр.), которые, в свою очередь, подчеркивают социальную идентичность латиноамериканских мигрантов, подтверждают их доминирование в юго-восточной части Нэшвилля. Среди местных жителей (нелатиноамериканского происхождения), проживающих в Нэшвилле, данный район получил неофициальное прозвище “Маленькая Мексика”»²¹.

Вместе с тем гетерогенная социальная конфигурация анклавов не ведет к утрате идентичности входящих в них этнических групп, не предполагает диффузии социокультурных особенностей, элиминирование специфики субкультурных пространств. Так, «концентрация постоянных и временных мигрантов из Южной Кореи и Таиланда в пригородном районе Сиднея (Австралия) — Хеймаркете (Чай-

натаун) привело к развитию “Корейтауна” и “Тайтауна” в рамках данного китайского квартала. Указанные изменения в демографической композиции свидетельствуют, что сиднейский “Чайнатаун” был преобразован из гомогенного китайского анклава в гибридный, мультикультурный и мультэтнический район “азиатскости”»²². При этом межкультурная коммуникация различных этнических групп, как правило, осуществляется на уровне личного общения (дружеские отношения, бизнес, посещение пунктов общественного питания). В институциональном контексте китайские, тайские и корейские сообщества редко контактируют друг с другом²³. В рамках ранее упомянутого анклава, расположенного в юго-восточной части Нэшвилля, социальные связи между латиноамериканцами также преимущественно являются «гомогенными»²⁴.

В литературе выделяются различные причины возникновения анклавов. Например, А. С. Мельникова называет «перемещение этнических общностей между странами и территориями; стремление к объединению одного этноса на территории чужой страны; принудительное территориальное рассредоточение представителей определенной этнической группы»²⁵.

Во-первых, «перемещение» является не причиной, а общей предпосылкой и условием для любых форм миграции, в том числе не связанных с созданием анклавов. Во-вторых, стремление к объединению одного этноса не всегда приводит к возникновению анклавов как квазитерриториальных образований с присущим им набором квалифицирующих признаков. В-третьих, анклав формируются вне принудительных форм «территориального рассредоточения» (со стороны органов публичной власти).

¹⁹ Qadeer M., Agrawal S. K., Lovell A. Op. cit. P. 321.

²⁰ Li Z., Xue D., Lyons M., Brown A. Ethnic Enclave of Transnational Migrants in Guangzhou: A Case Study of Xiaobei. P. 22 // URL: <http://asiandrivers.open.ac.uk/lyons%20brown%20zhigang%20li%20ethnic%20enclaves%20china%20%282%29.pdf> (дата обращения: 11.05.2021).

²¹ Chaney J. The Formation of a Hispanic Enclave in Nashville, Tennessee // *Southeastern Geographer*. 2010. Vol. 50. P. 26–27.

²² Wong A., Anderson K., Ang I., McNeill D. Sydney’s Chinatown in the Asian Century: From ethnic enclave to global hub. Research Report. Western Sydney University, 2016. P. 23. URL: <https://www.jstor.org/stable/26225588?seq=1> (дата обращения: 11.05.2021).

²³ Wong A., Anderson K., Ang I., McNeill D. Op. cit. P. 50.

²⁴ Chaney J. Op. cit. P. 31.

²⁵ Мельникова А. С. Изучение факторов формирования национальных анклавов в условиях мегаполисов // Демографический потенциал стран ЕАЭС : VIII Уральский демографический форум. Екатеринбург : Институт экономики УрОПАН, 2017. Т. 2. С. 329.

При этом анклав возникают в силу вынужденных обстоятельств для мигрантов, столкнувшихся с объективными трудностями адаптации и интеграции в принимающем сообществе. Так, в США причины территориальной концентрации лиц одной этнической принадлежности предопределяются удобством локальной коммуникации, проблемами трудоустройства, потребностями консолидации финансовых и трудовых ресурсов, стоимостью жилья.

Немаловажное значение имеет «сквозная» проблематика, обусловленная рисками (фактами) дискриминации мигрантов, решение (паллиативное) которой осуществляется путем формирования анклавов.

В этом аспекте характерным примером является ситуация с сомалийскими мигрантами в Великобритании. В литературе отмечается, что «почти все сомалийцы, которые прибыли в Великобританию из Нидерландов, сначала останавливаются у членов семьи или друзей для того, чтобы сориентироваться в ситуации на рынке жилья. Зачастую один или два члена прибывшей семьи направляют первыми на поиски жилья, а затем приезжают остальные. Они едут в районы, где знакомы с составом населения, где проживают сомалийцы и им могут подсказать, что это “безопасное” и “хорошее место” для жизнеустройства. Связано это с тем, что некоторые районы мигранты стараются избегать (например, Браунстоун, где преобладает численное большинство белого населения), поскольку случались инциденты с проживающими здесь сомалийцами»²⁶.

В некоторых работах иногда допускается смешение причин формирования территориальных форм концентрации мигрантов (территории с признаками анклава). Так, применительно к Москве подчеркивается, что «наиболее пестрые по этническому составу населения — районы центра города и его бывших рабочих окраин. Это результат различий в финансовых возможностях национальных элит

и интеллигенции, с одной стороны, и трудовых мигрантов — с другой, а не стремления этнических групп или диаспор гастарбайтеров к компактному проживанию»²⁷.

Надо заметить, что, во-первых, «стремление этнических групп или диаспор гастарбайтеров к компактному проживанию» может быть обусловлено «финансовыми возможностями мигрантов». В равной мере «финансовые возможности» могут предопределяться их «компактным проживанием». Во-вторых, на выбор места проживания также влияют возможность трудоустройства поблизости, чувство защищенности в пределах родственной социальной группы, доступность социальной инфраструктуры (сады, школы), наличие родственников (помощь в уходе за детьми) и пр. В-третьих, нельзя не принимать во внимание, что стоимость жилья варьируется в зависимости от локализации мигрантских групп.

С учетом вышеизложенного недостаточно развернутым представляется тезис о том, что «анклавы формируются при наличии ограничений в жилье, языке и рынке труда. В этой связи мигранты объединяются в анклав, где пытаются найти доступное место проживания, социальные связи и другие преимущества, обусловленные принадлежностью к знакомой культуре»²⁸.

С. Хайберт считает, что «анклавы образуются в силу трех причин, которые можно рассматривать в единстве и по отдельности: экономические причины; избегание меньшинств основным большинством населения; желание жить в этнокультурных сообществах кластерного типа»²⁹. Необходимо отметить, что «желание жить в этнокультурных сообществах кластерного типа» может быть вызвано «экономическими причинами», а также «избеганием меньшинств основным большинством населения». В равной мере экономические причины могут обуславливаться стремлением укрыться в анклаве, а также фактором дискриминационного отно-

²⁶ Liempt I. From Dutch Dispersal to Ethnic Enclaves in the UK: The Relationship between Segregation and Integration Examined through the Eyes of Somalis // Urban Studies Journal Foundation. 2011. Vol. 22. P. 8.

²⁷ Вендина О. И., Панин А. Н., Тикунов В. С. Социальное пространство Москвы: особенности и структура // Известия РАН. Серия географическая. 2019. № 6. С. 7–8.

²⁸ Shuang Li. Ethnicity and Migration — The Concentration and Dispersion of Foreign-Born Asians and Hispanics in the United States. Electronic Theses and Dissertations, 2020. P. 14 // URL: <https://openprairie.sdstate.edu/etd/5019/>.

²⁹ Hiebert D. Ethnocultural Minority Enclaves in Montreal, Toronto and Vancouver. IRPP Study 52. Montreal Institute for Research on Public Policy. 2015. P. 40. URL: <https://irpp.org/wp-content/uploads/2015/08/study-no-52-1.pdf> (дата обращения: 11.05.2021).

шения со стороны принимающего сообщества. В свою очередь, желание жить в анклаве может быть детерминировано фактором избегания со стороны мейнстрим-сообщества.

Как представляется, основными причинами формирования анклавов являются обусловленная объективными факторами возможность приобретения мигрантами преимуществ для собственного жизнеустройства в рамках принимающего сообщества (государства) посредством консолидации сосредоточенных в рамках анклавов ресурсов (экономических, финансовых, социальных, организационных, политических и пр.), защищенность индивидов в пределах анклава. Дополнительные причины непосредственно связаны с основными и переплетены между собой: дискриминация, стоимость жилья, удобства локации, решение вопросов трудоустройства, знакомая социокультурная среда и пр.

В литературе выделяются различные подходы к дифференциации функций национально-этнических анклавов. В частности, указывают на «жилищную, социальную и экономическую функции»³⁰. Отмечаются также «защитная, изоляционная (avoidance), нападающая (attack), охранительная функции. Защитная функция определяет суть анклава, поскольку предусматривает определенный уровень защищенности (safety) его жителей и формирует социально-физический барьер. Другой уровень защиты проявляется в самоизоляции, которая обеспечивается путем объединения в кластере соответствующей категории лиц с целью создания единой системы поддержки и сокращения контактов с принимающим сообществом. Анклавы становятся местом, где осуществляется первый прием после въезда, где с пониманием и поддержкой относятся к положению мигрантов. Помимо этого, изоляционная функция создает эффект цепной реакции, когда мигранты впитывают ментальность анклава. Нападающая функция позволяет корректировать реакцию принимающего сообщества и влиять на нее. В этом плане анклав представляет собой место организации и готовую среду для выборов местных представителей. Охранительная функ-

ция нацелена на противодействие факторам внешнего давления и обеспечение внутренней стабильности»³¹.

На наш взгляд, основные функции анклавов можно объединить в два крупных блока: жизнеобеспечение и его защита (охрана). Жизнеобеспечивающая функция предусматривает возможность получения обусловленных консолидацией ресурсов преимуществ для жизнеустройства мигрантов в рамках принимающего сообщества (государства). Защитная (охранная) функция предполагает создание и поддержание режима безопасности и стабильности для анклава и его жителей. При этом следует иметь в виду, что данные функции объективно взаимосвязаны.

Сходства и отличия этнонациональных анклавов от гетто и этнобурбов

От анклавов следует отличать гетто, которые определяются в качестве «кварталов расовой или национальной концентрации населения, образованных в результате социального изгнания, где господствует бедность и упадок»³². В свою очередь, для анклавов указанные признаки не имеют императивного значения, так как «большинство современных анклавов являются результатом добровольного выбора места жительства с учетом фактора рыночной структуры и курса публичной политики»³³. Например, «Чайнатаун в Нью-Йорке отличается от гетто тем, что в него входят лица, принадлежащие к различным расовым группам, которые обосновались в этом районе безотносительно фактора дискриминации»³⁴. В то же время не являются исключительными случаи, когда анклавы возникают как «первоначальная реакция на расовое насилие, а затем становятся местом для выживания и защиты. При этом варианте анклавы представляют собой пространственное выражение реализуемой по расовому признаку модели иммиграции»³⁵.

Иногда допускается смешение понятий гетто и анклавов. Некоторые авторы считают, что образование гетто необязательно является

³⁰ Wang W., Zhou S., Fan C. Op. cit. P. 105.

³¹ Bryson E. Op. cit. P. 2.

³² Qadeer M., Agrawal S. K., Lovell A. Op. cit. P. 318. См. также: Marcuse P. Op. cit. P. 4.

³³ Qadeer M., Agrawal S. K., Lovell A. Op. cit. P. 317.

³⁴ Dang A. Op. cit. P. 3.

³⁵ Dang A. Op. cit. P. 3.

результатом реализации принудительных изоляционных мер со стороны публичной власти (церкви). Так, «заклучение евреев в обособленные локальные ареалы в средневековых городах вовсе не было порождением какого-либо формального эдикта церкви или государства. Гетто не было, как иногда ошибочно считают, произвольным творением властей, призванным совладать с чужим народом. Гетто было не продуктом чьего-либо умысла, а невольной кристаллизацией потребностей и практик, укорененных в религиозных и светских обычаях и наследиях самих евреев. Еще задолго до того, как оно сделалось принудительным, евреи жили в отдельных частях городов в западных странах по собственной воле»³⁶. Подчеркивается также, что «поначалу гетто было скорее привилегией, чем ущемлением, и иногда отстаивалось как право, когда нависала угроза его упразднения»³⁷. Думается, что приведенный пример в большей мере характеризует анклав, нежели гетто.

Дискуссионной представляется позиция, в соответствии с которой гетто и анклав рассматриваются как феномены одного порядка, отражающие различные степени сегрегации. Так, канадский ученый Д. Хайберт именует «средний уровень сегрегации концентрацией, высокий уровень сегрегации — анклавом, а экстремальный уровень концентрации называет геттоиза-

цией»³⁸. Полагаем, что анклав и гетто можно соотносить по данной шкале только при условии признания принуждения в качестве неотъемлемого признака указанных феноменов, что неверно. В этом плане вызывает неоднозначное отношение указанный вывод Д. Хайберта, поскольку в другом месте своей работы он указывает, что «при формировании гетто всегда присутствует элемент принуждения, тогда как этнические анклав возникают под воздействием более сложного комплекса факторов, которые включают комбинацию выбора и ограничений. На этой основе выделяются “хорошая” (добровольная) и “плохая” (принудительная) формы сегрегации»³⁹. С нашей точки зрения, сегрегацией является принудительное дискриминирующее разделение социальных групп по расовому, национальному, религиозному, половому и иным признакам⁴⁰.

Следует разграничивать анклав и этнобурбы, которые квалифицируются как «гибридная форма внутригородских анклавов и пригородов, где проживает население среднего класса»⁴¹. Отмечается также, что этнобурбы представляют собой «пригородные этнические кластеры населения и бизнеса»⁴². К этнобурбам, например, относится пригород Лос-Анжелеса (США) — Сан-Габриэль Вэлли, представляющий собой крупнейшую форму территориальной локализации китайцев⁴³.

³⁶ *Vupn L.* Гетто // Чикагская социология : сборник переводов / РАН. ИНИОН. Центр социал. науч.-информ. исслед. Отд. социологии и социал. психологии ; сост. и пер. В. Г. Николаев ; отв. ред. Д. В. Ефременко. М., 2015. С. 121.

³⁷ См.: *Vupn L.* Указ. соч. С. 122.

³⁸ *Hiebert D.* Op. cit. P. 5.

³⁹ *Hiebert D.* Op. cit. P. 6.

⁴⁰ Следует отметить, что есть и иные позиции. Например, в юридическом словаре С. Гифиса указывается, что сегрегация представляет собой «отделение определенных лиц или предметов от других» (*Gifis S. H. Law Dictionary. 4th ed. Barrons, 1996. P. 462*). Думается, что данное определение характеризует одну из функций сегрегации — разграничение. Однако эта функция не является исчерпывающей для сегрегации (наряду с ней реализуются функции локализации, кластеризации и пр.). Более точным, однако недостаточно развернутым представляется определение сегрегации, содержащееся в Оксфордском словаре: «отделение людей по расовому, религиозному или половому признакам, а также проявление различного отношения к ним» (*Oxford Learner's Dictionaries // URL: https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/american_english/segregate* (дата обращения: 11.05.2021)).

⁴¹ *Zhou M., Tseng Y.-F., Kim R.* Rethinking Residential Assimilation: The Case of a Chinese Ethnoburb in the San Gabriel Valley, California // *Amerasia Journal. 2008. Vol. 3. P. 60*.

⁴² *Zhou M., Tseng Y.-F., Kim R.* Op. cit. P. 60–61. См. также: *Wang Y.* From Urban Enclave to Ethnoburb: Changes in Residential Patterns of Chinese immigrants. Dissertation submitted to the Faculty of the Graduate School of the University of Maryland, College Park, in partial fulfillment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy. 2012. P. 35 // URL: https://drum.lib.umd.edu/bitstream/handle/1903/14343/Wang_umd_0117E_13946.pdf?isAllowed=y&sequence=1 (дата обращения: 11.05.2021).

⁴³ *Li W.* Ethnoburb: The New Ethnic Community in Urban America. University of Hawai'i Press, 2009. P. 75–81.

От анклавов этнобурбы отличаются локацией (пригородные районы). Кроме того, этническая плотность в них ниже, чем в анклавах, а уровень благосостояния выше. Границы этнобурбов обычно неопределенны, в силу того, что могут охватывать территорию нескольких муниципалитетов, межселенных территорий.

В литературе указывается, что «в отличие от Чайнатауна в Нью-Йорке, этнобурбы не являются изолированными сообществами, так как они связаны с доминирующим сообществом через множественные социально-экономические отношения»⁴⁴. При этом «проживание в этнобурбах все равно замедляет процесс ассимиляции мигрантов, поскольку знакомая культурная среда и материальная обеспеченность (affluent) способствует поддержанию национальной идентичности»⁴⁵.

Подчеркивается также, что «возникновение и рост этнобурбов свидетельствует, что классическая пространственная модель ассимиляции нуждается в переосмыслении. Так, по итогам проведенного анализа моделей проживания (residential patterns) китайцев в Нью Йорке (США) сделан вывод, что данные модели увязаны с социально-экономическими параметрами: так, китайцы, обладающие достаточными средствами и при условии, что позволяет семейная ситуация, предпочитают выбирать для проживания пригороды (Квинс или Бруклин)»⁴⁶.

В Российской Федерации наблюдаются тенденции концентрации мигрантов в пригородах крупнейших агломераций (например, в Московской, Иркутской областях). Проживание в границах данных территорий обусловливается не обеспеченным положением мигрантов, а возможностями, обусловленными консолидацией ресурсов (в том числе трудоустройство, дешевизна жилья)⁴⁷. В прессе отмечается, что «вокруг Москвы массово строятся пригороды на тысячи квартир, а в границах города целыми микрорайонами приходит в негодность старое

жилье. И тот и другой процессы способны привести к образованию маргинальных анклавов»⁴⁸. Отмечается также, что «мигранты заселяют русские деревни по территориальному принципу, то есть люди из одного региона, как правило, переезжают в одну российскую деревню. Так появляются обособленные таджикские или узбекские поселения со своей сложившейся общиной. Из-за того, что в России нет никаких серьезных программ по интеграции мигрантов в российское общество, из подобных поселений начинают складываться закрытые диаспоры, которые по мере роста становятся серьезной социальной силой. При этом они легко попадают под влияние заинтересованных в них политиков и нередко становятся жертвами вымогательств и манипуляций»⁴⁹.

В этом плане не вполне можно согласиться с оптимистическим взглядом К. В. Григоричева, который применительно к пригородам Иркутской области отмечает, что «именно пригород может продемонстрировать перспективы качественно нового этапа взаимодействия мигрантских и местных сообществ, когда взаимная зависимость становится условием и фактором стабильности»⁵⁰. Необходимо отметить, что взаимозависимость не обуславливает стабильности и не обеспечивает ей прочную основу, поскольку в этом конкретном контексте, как правило, является вынужденной в силу имплицитной конкуренции, в том числе на рынках труда и недвижимости. В этой связи каждая из сторон будет стремиться избавиться от нежеланных обременений, обрести возможность достижения и поддержания стабильного, устойчивого положения как минимум безотносительно прямой зависимости от внешних факторов (третьих лиц), пытаться нарастить влияние, доминировать над смежными социальными группами.

При квалификации анклавов надлежит учитывать весь объем актуальных характеризующих и идентифицирующих их признаков.

⁴⁴ Dang A. Op. cit. P. 3.

⁴⁵ Shuang Li. Op. cit. P. 23.

⁴⁶ Wang Y. Op. cit. P. 28–29.

⁴⁷ Клоков П. В коттеджных поселках появились городки мигрантов // Комсомольская правда. 11.11.2019. URL: <https://www.msk.kp.ru/daily/27053.5/4119877/> (дата обращения: 11.05.2021).

⁴⁸ Купер А. Чужой район: Москву окружают гетто для мигрантов // Lenta.ru. 09.01.2018. URL: <https://lenta.ru/articles/2018/01/09/ghetto/> (дата обращения: 11.05.2021).

⁴⁹ Спасут ли мигранты русскую деревню? // URL: <https://newizv.ru/news/society/17-01-2018/vopros-dnya-spasut-li-migranty-russkuyu-derevnyu> (дата обращения: 11.05.2021).

⁵⁰ Григоричев К. В. «Таджики», «нерусские», «гастарбайтеры» и другие: иностранные трудовые мигранты в пригородах Иркутска // Этнографическое обозрение. 2012. № 4. С. 29.

Связано это с тем, что нередко анклав преобразуются до такой степени, что фактически становятся культурно-досуговыми центрами, рассчитанными на привлечение внимания преимущественно туристической аудитории (туристический кластер). Так, Чайнатаун в федеральном округе Колумбия и Маленькая Италия в Нью-Йорке (США) «сегодня представляют собой притягивающие туристов “Диснейленды”, в рамках которых искусственно (ввиду воздействия ассимиляционных тенденций. — И. И.) отражается комплексная (симбиозная) культура, которая когда-то здесь реально присутствовала»⁵¹. Думается, что такие районы едва ли правомерно квалифицировать в качестве полноценных анклавов — данные пространства по сути выступают лишь их символическим отражением — имитацией, подчеркивающей уникальную аутентичность. Именно в этом контексте можно согласиться с мнением о том, что «формирование этнических анклавов есть положительное явление для сохранения куль-

туры меньшинств и обогащения облика городов, которые становятся благодаря этому более космополитическими»⁵².

В иных формах преломления (воплощения) национально-этнические анклав могут сосредоточивать достаточные высокие риски (потенциал) нарастания (эскалации) конфликтности, репродуцировать (видоизменять) и кристаллизовать данные состояния (матрицы конфликтности) в различных дифференцированных модификациях (прежде всего на ментальном уровне). В значительной мере данный феномен детерминируется эффектом локализации (в том числе автономизации, внутренней и внешней изоляции) замкнутых «параллельных пространств», «аутентичным» (искаженным) восприятием участниками анклава объективных реалий социальной действительности. Такой подход предопределяет необходимость всестороннего изучения всего объема качественных характеристик анклавов как феномена современной действительности.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Вендина О. И., Панин А. Н., Тикунов В. С. Социальное пространство Москвы: особенности и структура // Известия РАН. Серия географическая. — 2019. — № 6. — С. 6–17.
2. Вирт Л. Гетто // Чикагская социология : сборник переводов / РАН. ИНИОН. Центр социал. науч.-информ. исслед. Отд. социологии и социал. психологии ; сост. и пер. В. Г. Николаев ; отв. ред. Д. В. Ефременко. — М., 2015. — С. 107–166.
3. Григоричев К. В. «Таджики», «нерусские», «гастарбайтеры» и другие: иностранные трудовые мигранты в пригородах Иркутска // Этнографическое обозрение. — 2012. — № 4. — С. 14–31.
4. Клоков П. В коттеджных поселках появились городки мигрантов // Комсомольская правда. — 11.11.2019. — URL: <https://www.msk.kp.ru/daily/27053.5/4119877/> (дата обращения: 11.05.2021).
5. Купер А. Чужой район: Москву окружают гетто для мигрантов // Lenta.ru. — 09.01.2018. — URL: <https://lenta.ru/articles/2018/01/09/ghetto/> (дата обращения: 11.05.2021).
6. Мельникова А. С. Изучение факторов формирования национальных анклавов в условиях мегаполисов // Демографический потенциал стран ЕАЭС : VIII Уральский демографический форум. — Екатеринбург : Институт экономики УрО РАН, 2017. — Т. 2. — С. 329–333.
7. Bryson E. Functions of Urban Ethnic Enclaves with a Focus on South Boston’s Ethnic Irish Enclave in a Historical Perspectives. Open Access Master’s Theses. Paper 1768. — 2003. — 63 p.
8. Chaney J. The Formation of a Hispanic Enclave in Nashville, Tennessee // Southeastern Geographer. — 2010. — Vol. 50.

⁵¹ Yi Jiang. Signs in Urban Spaces in Ethnic Enclaves: A Case Study of Manhattan Chinatown : A Thesis Presented to the Faculty of Architecture, Planning, and Preservation Columbia University in the City of New York. In Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master of Science in Urban Planning. May 2018. P. 54 // URL: <https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/D80P2GH6/download> (дата обращения: 11.05.2021).

⁵² Sabatini F. The Social Segregation in the Cities of Latin America. Washington, DC : Inter-American Development Bank (IADB), Sustainable Development Department, Social Programs Division. 2006. P. 8 // URL: <https://publications.iadb.org/publications/english/document/The-Social-Spatial-Segregation-in-the-Cities-of-Latin-America.pdf> (дата обращения: 11.05.2021).

9. Dang A. The impact of ethnic enclaves on the assimilation of a community: the case of Chinese in New York and Los Angeles. — 10 p.
10. Gifis S. H. Law Dictionary. — 4th ed. — Barrons, 1996. — 561 p.
11. Hiebert D. Ethnocultural Minority Enclaves in Montreal, Toronto and Vancouver // IRPP Study 52. — Montreal : Institute for Research on Public Policy, 2015. — 49 p.
12. Li W. Ethnoburb: The New Ethnic Community in Urban America. — University of Hawai'i Press, 2009. — 214 p.
13. Liempt I. From Dutch Dispersal to Ethnic Enclaves in the UK: The Relationship between Segregation and Integration Examined through the Eyes of Somalis // Urban Studies Journal Foundation. — 2011. — Vol. 22.
14. Marcuse P. Enclaves Yes, Ghettoes, No: Segregation and the State. — 2001. — 15 p.
15. Marten L., Hainmueller J., Hangartner D. Ethnic network can foster the economic integration of refugees // PNAS. — 2019. — Vol. 116. — № 33.
16. Model S. A Comparative Perspective on the Ethnic Enclave: Blacks, Italians, and Jews in New York City // International Migration Abstract. — 1985. — Vol. 19.
17. Qadeer M., Agrawal S. K., Lovell A. Evolution of Ethnic Enclaves in the Toronto Metropolitan Area, 2001–2006 // Journal of International Migration and Integration = Revue de l'integration de la migration internationale. — 2010. — Vol. 11.
18. Sabatini F. The Social Segregation in the Cities of Latin America. — Washington, DC : Inter-American Development Bank (IADB), Sustainable Development Department, Social Programs Division, 2006. — 40 p.
19. Shuang Li. Ethnicity and Migration — The Concentration and Dispersion of Foreign-Born Asians and Hispanics in the United States. Electronic Theses and Dissertations. — 2020. — 174 p.
20. Valenzuela-Garcia H., Molina J., Lubbers M., Garcia-Macias A., Pampalona J., Lerner J. On Heterogeneous and Homogeneous Networks in a Multilayered Reality: Clashing Interests in the Ethnic Enclave of Lloret de Mar // Societies. — 2014. — Vol. 4.
21. Wang W., Zhou S., Fan C. Growth and Decline of Muslim Hui Enclaves in Beijing // Eurasian Geography and Economics. — 2002. — Vol. 43.
22. Wong A., Anderson K., Ang I., McNeill D. Sydney's Chinatown in the Asian Century: From ethnic enclave to global hub. Research Report. Western Sydney University. — 2016. — 81 p.
23. Yi Jiang. Signs in Urban Spaces in Ethnic Enclaves: A Case Study of Manhattan Chinatown : A Thesis Presented to the Faculty of Architecture, Planning, and Preservation Columbia University in the City of New York. In Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master of Science in Urban Planning. — May 2018. — 63 p.
24. Zhou M. Ethnic enclaves and niches. — 4 February, 2013. — Wiley Online Library.
25. Zhou M., Tseng Y.-F., Kim R. Rethinking Residential Assimilation: The Case of a Chinese Ethnoburb in the San Gabriel Valley, California // Amerasia Journal. — 2008. — Vol. 3.

Материал поступил в редакцию 1 июня 2021 г.

REFERENCES

1. Vendina OI, Panin AN, Tikunov VS. Sotsialnoe prostranstvo Moskvy: osobennosti i struktura [Social space of Moscow: features and structure]. *Izvestiya RAN. Geographic Series*. 2019;6:6-17 (In Russ.).
2. Virt L. Getto [Ghetto]. In: Efremenko DV, editor. *Chicago Sociology: Collected Works*. Translations. Tr. by Nikolaev VG. Moscow: RAS. INION. Center for social. scientific-inform. research. Dept. sociology and social. psychology; 2015 (In Russ.).
3. Grigorichev KV. «Tadzhiki», «nerusskie», «gastarbaytery» i drugie: inostrannyye trudovye migranty v prigorodakh Irkutsk [The Tajik, Non-Russians, Gastarbeiters, and others: Foreign Migrant Workers in the Suburbs of Irkutsk]. *Ethnographic Abstract*. 2012;4:14-31 (In Russ.).
4. Klokov P. V kottedzhnykh poselkakh poyavilis gorodki migrantov [Small towns of migrants appeared in cottage settlements]. *Moskovsky Komsomolets* [11 November 2019] (In Russ.).
5. Kuper A. Chuzhoy rayon: Moskvu okruzhat getto dlya migrantov [A foreign area: Moscow will be surrounded by a ghetto for migrants]. *Lenta.ru* [9 November 2018] (In Russ.).
6. Melnikova AS. Izuchenie faktorov formirovaniya natsionalnykh anklavov v usloviyakh megapolisov [Studying the factors of formation of national enclaves in the conditions of megalopolises]. In: *Demographic potential*

- of the EAEU countries: VIII Ural Demographic Forum. Vol. 2. Yekaterinburg: Institute of Economics of the Ural Branch of the Russian Academy of Sciences; 2017 (In Russ.).
7. Bryson E. Functions of Urban Ethnic Enclaves with a Focus on South Boston's Ethnic Irish Enclave in a Historical Perspectives. Open Access Master's Theses. Paper 1768; 2003.
 8. Chaney J. The Formation of a Hispanic Enclave in Nashville, Tennessee. *Southeastern Geographer*. 2010;50.
 9. Dang A. The impact of ethnic enclaves on the assimilation of a community: the case of Chinese in New York and Los Angeles.
 10. Gifis SH, editor. Law Dictionary. 4th ed. Barrons; 1996.
 11. Hiebert D. Ethnocultural Minority Enclaves in Montreal, Toronto and Vancouver. IRPP Study 52. Montreal: Institute for Research on Public Policy; 2015.
 12. Yi Jiang. Signs in Urban Spaces in Ethnic Enclaves: A Case Study of Manhattan Chinatown : A Thesis Presented to the Faculty of Architecture, Planning, and Preservation Columbia University in the City of New York. In Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master of Science in Urban Planning; 2018.
 13. Li W. Ethnoburb: The New Ethnic Community in Urban America. University of Hawai'i Press; 2009.
 14. Liempt I. From Dutch Dispersal to Ethnic Enclaves in the UK: The Relationship between Segregation and Integration Examined through the Eyes of Somalis. *Urban Studies Journal Foundation*. 2011;22.
 15. Marcuse P. Enclaves Yes, Ghettos, No: Segregation and the State; 2001.
 16. Marten L, Hainmueller J, Hangartner D. Ethnic network can foster the economic integration of refugees. *PNAS*. 2019;116(33).
 17. Model S. A Comparative Perspective on the Ethnic Enclave: Blacks, Italians, and Jews in New York City. *International Migration Abstract*. 1985;19.
 18. Qadeer M, Agrawal S K, Lovell A. Evolution of Ethnic Enclaves in the Toronto Metropolitan Area, 2001–2006. *Journal of International Migration and Integration = Revue de l'integration et de la migration internationale*. 2010;11.
 19. Sabatini F. The Social Segregation in the Cities of Latin America. — Washington, DC : Inter-American Development Bank (IADB), Sustainable Development Department, Social Programs Division; 2006.
 20. Shuang Li Ethnicity and Migration — The Concentration and Dispersion of Foreign-Born Asians and Hispanics in the United States. Electronic Theses and Dissertations; 2020.
 21. Valenzuela-Garcia H, Molina J, Lubbers M, Garcia-Macias A, Pampalona J, Lerner J. On Heterogeneous and Homogeneous Networks in a Multilayered Reality: Clashing Interests in the Ethnic Enclave of Lloret de Mar. *Societies*. 2014;4.
 22. Wang W, Zhou S, Fan C. Growth and Decline of Muslim Hui Enclaves in Beijing. *Eurasian Geography and Economics*. 2002;43.
 23. Wong A, Anderson K, Ang I, McNeill D. Sydney's Chinatown in the Asian Century: From ethnic enclave to global hub. Research Report. Western Sydney University; 2016.
 24. Zhou M. Ethnic enclaves and niches. Wiley Online Library; 2013.
 25. Zhou M, Tseng Y-F, Kim R. Rethinking Residential Assimilation: The Case of a Chinese Ethnoburb in the San Gabriel Valley, California. *Amerasia Journal*. 2008;3.

Н. А. Данилова*,
Е. В. Елагина**,
М. А. Григорьева***

Детерминированность проблем использования заключения эксперта в качестве доказательства ошибками, допускаемыми при подготовке, назначении и производстве судебных экспертиз

Аннотация. В статье анализируются ошибки, допускаемые правоприменителями при реализации различных видов специальных знаний на всех стадиях уголовного судопроизводства. Указанные недочеты дифференцированы на допускаемые при производстве следственных действий, в ходе которых изымались объекты, впоследствии представленные на экспертное исследование; при назначении судебных экспертиз; при производстве судебных экспертиз; при изучении заключения эксперта должностными лицами органов предварительного расследования и прокуратуры. При этом подобные ошибки периодически повторяются и множатся: судебные экспертизы, необходимость производства которых диктуется спецификой расследуемого преступления, сложившейся следственной ситуацией и обосновывается специально разработанными рекомендациями, не назначаются; поставленные перед экспертами вопросы не охватывают все обстоятельства, установление которых возможно лишь посредством привлечения лиц, сведущих в той или иной области специальных знаний, да и сами вопросы далеко не всегда имеют непосредственное отношение к специализации эксперта и виду экспертизы; наличие надлежащей квалификации у лица, привлеченного в качестве эксперта, не проверяется и др.

Не ставя перед собой задачу проанализировать все или большинство указанных ошибок, авторы обстоятельно рассматривают на конкретных примерах из судебно-следственной практики наиболее серьезные из их числа и приходят к выводу, что эффективность и результативность использования заключения

© Данилова Н. А., Елагина Е. В., Григорьева М. А., 2021

* *Данилова Наталья Алексеевна*, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовного процесса и криминалистики Санкт-Петербургского юридического института (филиала) Университета прокуратуры Российской Федерации
Литейный пр., д. 44, г. Санкт-Петербург, Россия, 191014
bobteyl@mail.ru

** *Елагина Елена Владимировна*, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного процесса и криминалистики Санкт-Петербургского юридического института (филиала) Университета прокуратуры Российской Федерации
Литейный пр., д. 44, г. Санкт-Петербург, Россия, 191014
yelagina@bk.ru

*** *Григорьева Мария Александровна*, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного процесса и криминалистики Санкт-Петербургского юридического института (филиала) Университета прокуратуры Российской Федерации
Литейный пр., д. 44, г. Санкт-Петербург, Россия, 191014
mgrek@inbox.ru

эксперта в доказывании возможна только при условии безукоризненного соблюдения должностными лицами органов предварительного расследования, судебными экспертами и руководителями судебно-экспертных учреждений требований уголовно-процессуального закона, Федерального закона «О государственной судебно-экспертной деятельности», ведомственных нормативных актов и криминалистических рекомендаций.

Ключевые слова: судебная экспертиза; заключение эксперта; признание доказательств недопустимыми; объекты экспертного исследования; следственные ошибки; экспертные ошибки.

Для цитирования: Данилова Н. А., Елагина Е. В., Григорьева М. А. Детерминированность проблем использования заключения эксперта в качестве доказательства ошибками, допускаемыми при подготовке, назначении и производстве судебных экспертиз // Lex russica. — 2021. — Т. 74. — № 11. — С. 52–61. — DOI: 10.17803/1729-5920.2021.180.11.052-061.

Determinism of the problems of Using the Expert'S Opinion as Evidence by Mistakes Made in the Preparation, Appointment and Production of Forensic Examinations

Natalia A. Danilova, Dr. Sci. (Law), Professor, Professor of the Department of Criminal Procedure and Criminalistics, St. Petersburg Law Institute (branch), University of the Prosecutor's Office of the Russian Federation

pr. Liteiny, d. 44, St. Petersburg, Russia, 191014
bobteyl@mail.ru

Elena V. Elagina, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Department of Criminal Procedure and Criminalistics, St. Petersburg Law Institute (Branch), University of the Prosecutor's Office of the Russian Federation

pr. Liteiny, d. 44, St. Petersburg, Russia, 191014
yelagina@bk.ru

Maria A. Grigorieva, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Department of Criminal Procedure and Criminalistics, St. Petersburg Law Institute (Branch), University of the Prosecutor's Office of the Russian Federation

pr. Liteiny, d. 44, St. Petersburg, Russia, 191014
mgrek@inbox.ru

Abstract. The paper analyzes the errors committed by law enforcement officers in the implementation of various types of special knowledge at all stages of criminal proceedings. Shortcomings under consideration are differentiated into shortcomings committed in the production of investigative actions, during which objects were seized, subsequently presented for an expert examination, when forensic examinations are appointed, in the production of forensic examinations, when examining the expert's opinion by officials of the preliminary investigation bodies and the prosecutor's office. At the same time, such errors are periodically repeated and multiply: forensic examinations, the need for the production of which is caused by the specifics of the crime being investigated, the current investigative situation and, being justified by specially developed recommendations, are not scheduled; the questions posed to the experts do not cover all the circumstances the establishment of which is possible only through the involvement of persons knowledgeable in a particular area of special knowledge; the questions themselves are not always directly related to the expert's specialization and the type of examination; the presence of proper qualifications of a person involved as an expert is not verified, etc.

Without setting themselves the task of analyzing all or most of these errors, the authors thoroughly consider the most serious errors using specific examples from judicial investigative practice and they come to the conclusion that the effectiveness and efficiency of using the expert's conclusion in proving is possible only under the context of impeccable observance by officials of preliminary investigation bodies, forensic experts and heads of forensic institutions of the provisions of the Criminal Procedure Law, the Federal Law "On State Forensic Expert Activity", departmental regulations and forensic recommendations.

Keywords: forensic examination; expert opinion; recognition of evidence inadmissible; objects of expert research; investigative errors; expert errors.

Cite as: Danilova NA, Elagina EV, Grigorieva MA. Determinirovannost problem ispolzovaniya zaklyucheniya eksperta v kachestve dokazatelstva oshibkami, dopuskaemymi pri podgotovke, naznachenii i proizvodstve sudebnykh ekspertiz [Determinism of the problems of Using the Expert'S Opinion as Evidence by Mistakes Made in the Preparation, Appointment and Production of Forensic Examinations]. *Lex russica*.2021;74(11):52-61. DOI: 10.17803/1729-5920.2021.180.11.052-061. (In Russ., abstract in Eng.).

Проблемы, связанные с привлечением сведущих лиц на досудебных стадиях уголовного судопроизводства, в течение нескольких десятилетий находились под пристальным вниманием представителей как науки уголовно-процессуального права, так и криминалистики. Трудно найти научную публикацию, в которой не обращалось бы внимание на ошибки, допускаемые при реализации различных видов специальных знаний на всех стадиях уголовного судопроизводства. Казалось бы, за столь длительный период правоприменители должны были провести «работу над ошибками», однако «воз и ныне там», а ошибки не только не исправляются, а периодически повторяются и множатся: судебные экспертизы, необходимость производства которых диктуется спецификой расследуемого преступления, сложившейся следственной ситуацией и обосновывается специально разработанными рекомендациями, не назначаются; поставленные перед экспертами вопросы не охватывают все обстоятельства, установление которых возможно лишь посредством привлечения лиц, сведущих в той или иной области специальных знаний, да и сами вопросы далеко не всегда имеют непосредственное отношение к специализации эксперта и виду экспертизы; наличие надлежащей квалификации у лица, привлеченного в качестве эксперта, не проверяется и т.п.

Было бы несправедливым упрекать в неэффективности использования результатов судебных экспертиз только следователей и дознавателей, поскольку экспертами тоже вносятся своя «лепта». Безусловно, число допускаемых ими упущений и ошибок существенно меньше, однако они также оказывают крайне негативное влияние на результаты предварительного расследования. Сложившаяся ситуация усугубляется тем, что ошибки следователей (дознавателей) и экспертов зачастую остаются за рамками внимания как надзирающих прокуроров, так и государственных обвинителей и, как следствие, выявляются уже в ходе судебного следствия. Стоит ли упоминать, что в случае назначения экспертизы при рассмотрении уголовного дела по существу выводы эксперта могут не совпадать с выводами эксперта, привлечен-

ного в ходе предварительного расследования, что негативно отражается на доказательственной базе и существенно осложняет поддержание государственного обвинения.

Результаты анализа судебно-следственной практики дают основание для вывода, что указанные недочеты в работе следователей (дознавателей) и экспертов можно дифференцировать следующим образом:

- ошибки, допускаемые при производстве следственных действий, в ходе которых изымались объекты, впоследствии предоставленные на экспертное исследование;
- ошибки, допускаемые при назначении судебных экспертиз;
- ошибки, допускаемые при производстве судебных экспертиз;
- ошибки, допускаемые при изучении заключения эксперта.

Не ставя перед собой задачу проанализировать все или большинство указанных ошибок, рассмотрим на конкретных примерах из судебно-следственной практики, на наш взгляд, наиболее серьезные.

Ошибки, входящие в первую группу, сопряжены с нарушением норм уголовно-процессуального закона при производстве следственных действий и оформлении соответствующих протоколов. Речь идет об ошибках, а точнее о нарушениях требований уголовно-процессуального закона, влекущих признание недопустимым доказательством протокола конкретного следственного действия и признание недопустимыми всех полученных на основе его результатов иных доказательств, например заключения эксперта, проводившего исследование объектов, изъятых в ходе осмотра места происшествия, обыска, выемки; протоколов о признании исследованных объектов вещественными доказательствами и др. К числу таких ошибок относятся: составление протокола ненадлежащим лицом; неверное (неполное) указание места производства следственного действия; указание в протоколе различных следственных действий с одной и той же датой, временем их производства, с теми же понятиями и следователем (дознавателем), что формально свидетельствует об одновременном производ-

стве следственных действий. Так, в ходе работы одного из семинаров по обмену опытом, прошедшего в марте 2021 г. на потоке прокуроров городов и районов, обучающихся на факультете профессиональной переподготовки и повышения квалификации Санкт-Петербургского юридического института (филиала) Университета прокуратуры Российской Федерации, одним из участников было сообщено, что прокуратурой города (отметим, далеко не крупного — население чуть больше 100 000 человек) в 2020 г. выявлено 16 случаев, когда по разным уголовным делам, находящимся в производстве одного дознавателя, отдельные следственные и процессуальные действия проводились в одну и ту же дату и время.

К этой же группе ошибок можно отнести и отсутствие в материалах уголовного дела сведений об изъятии материальных объектов, впоследствии направленных на судебно-экспертное исследование. Так, исходя из постановления о назначении трасологической экспертизы следов рук (дактилоскопической) эксперту были представлены дактилоскопические карты трупа К. и обвиняемого Р. Однако факт дактилоскопирования трупа К. не нашел отражения в материалах уголовного дела ни в протоколе осмотра места происшествия, ни в протоколе осмотра трупа. Равным образом в материалах уголовного дела отсутствовали сведения о дактилоскопировании обвиняемого Р. либо выемке его дактилоскопической карты в экспертном учреждении с указанием признаков, свидетельствующих о ее аутентичности. Таким образом, эксперту были представлены объекты, которые с формальной точки зрения не были изъяты в предусмотренном уголовно-процессуальным законом порядке, что и послужило основанием для признания заключения эксперта недопустимым доказательством.

К сожалению, ошибки, допущенные следователями (дознавателями) в ходе производства следственных действий, достаточно часто являются основанием для признания как протокола следственного действия, так и связанного с ним заключения эксперта недопустимыми доказательствами. Так, судом признан недопустимым доказательством протокол проверки показаний на месте обвиняемого С. При просмотре в ходе судебного следствия видеозаписи этого следственного действия было установлено, что в нарушение ч. 2 ст. 194 УПК РФ следователь *напоминал* обвиняемому С. о том, что он говорил на допросе и *частично вместо него демон-*

стрировал действия, которые подлежали проверке. Однако, поскольку впоследствии была назначена судебно-медицинская экспертиза с целью выяснения наличия (отсутствия) возможности образования телесных повреждений на теле потерпевшего при обстоятельствах, указанных С. в ходе проверки показаний на месте, заключение судебно-медицинского эксперта также было признано недопустимым доказательством.

Рассмотрим некоторые ошибки, допускаемые при назначении судебных экспертиз. В ходе расследования преступления, предусмотренного ст. 172 УК РФ («Незаконная банковская деятельность»), была назначена финансово-аналитическая экспертиза, которую проводил эксперт, имеющий высшее образование по специальности «товароведение и организация торговли непродовольственными товарами», квалификацию «товаровед высшей категории», свидетельство научно-исследовательской лаборатории судебной экспертизы о присвоении квалификации судебного эксперта с правом производства судебно-бухгалтерских экспертиз по специальности «8.2 исследование и анализ бухгалтерских операций хозяйственной деятельности в различных отраслях народного хозяйства», свидетельство о предоставлении права производства бухгалтерских экспертиз, стаж работы 20 лет, в том числе по экспертной специализации 15 лет. Наряду с вопросом относительно суммы полученного дохода, перед экспертом был поставлен вопрос: *«Относятся ли по своему экономическому содержанию операции, нашедшие отражение по расчетным счетам организаций, по лицевым счетам физических лиц, а также физических лиц, на которых были оформлены банковские карты для получения заработной платы и иных выплат от указанных организаций, к банковским, если да, то к каким именно и каков механизм их проведения?»*

В первую очередь необходимо отметить, что в соответствии с приказом Минюста России от 27.12.2012 № 237 «Об утверждении Перечня родов (видов) судебных экспертиз, выполняемых в федеральных бюджетных судебно-экспертных учреждениях Минюста России, и Перечня экспертных специальностей, по которым представляется право самостоятельного производства судебных экспертиз в федеральных бюджетных судебно-экспертных учреждениях Минюста России» такой вид судебной экспертизы, как финансово-аналитическая, отсутству-

ет. Несмотря на это, ее традиционно относят к классу судебно-экономических экспертиз и назначают с целью анализа финансового состояния хозяйствующего субъекта (его платежеспособности, финансовой устойчивости, ликвидности, эффективности хозяйственной деятельности, динамики расчетов с бюджетом и контрагентами, динамики развития за определенный период)¹. Таким образом, по сути, речь идет о разновидности судебно-экономической экспертизы, которую должен проводить эксперт-экономист.

В этой связи вполне закономерен вопрос, почему эксперт, который, как указывалось выше, наделен правом производства судебно-бухгалтерских экспертиз по специальности «8.2 исследование и анализ бухгалтерских операций хозяйственной деятельности в различных отраслях народного хозяйства», проводил финансово-аналитическую экспертизу, а следователь и прокурор не обратили на это внимания? Вполне понятно, что в данном случае была допущена грубейшая ошибка — вид судебной экспертизы находится за пределами специальных знаний судебного эксперта.

Ситуация становится еще более запутанной, если обратить внимание на вопросы, которые были поставлены перед экспертом-бухгалтером. Вопрос, касающийся возможности отнесения операций, нашедших отражение на расчетных и лицевых счетах юридических и физических лиц, к банковским, исходя из их экономического содержания, по меньшей мере вызывает недоумение. Во-первых, в условиях рыночной экономики экономическое содержание любого вида предпринимательской деятельности, которая предполагает совершение множества различного рода хозяйственных операций, раскрывается в функциях этой деятельности. Основной из них является

«общеэкономическая — эффективное использование факторов производства (совокупности материальных и нематериальных ресурсов) с целью получения выгоды (дохода, прибыли)»². Следовательно, экономическое содержание любой хозяйственной операции, включая упомянутые выше, имеет конечной целью получение дохода. Во-вторых, недопустимо, на наш взгляд, через экономическое содержание указанных операций определять их правовую природу, то есть определять, являются ли они банковскими. В-третьих, если убрать из вопроса его экономическую составляющую, то налицо попытка следователя поставить на разрешение эксперта-бухгалтера правовой вопрос, суть которого сводится к попытке выяснить, являются ли банковскими операции, нашедшие отражение в расчетных и лицевых счетах конкретных физических и юридических лиц.

Еще большее недоумение вызывает вывод, сформулированный в заключении эксперта: *по своему экономическому содержанию операции, нашедшие отражение по счетам... относятся к банковским операциям, а именно операциям, перечисленным в п. 5 ст. 5 Закона от 27.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности» — кассовое обслуживание физических и юридических лиц.*

Таким образом, как следователем, так и экспертом допущены грубейшие ошибки — постановка перед экспертом-бухгалтером правового вопроса (из области банковского права), камуфлированного под вопрос из области экономики, и ответ эксперта на правовой вопрос, находящийся за рамками его специализации.

Нельзя обойти вниманием, что большинство правоприменителей не придают должного значения формулировкам вопросов, не беря на себя труд осознать, что вопрос фактически представляет собой формулировку «задания»

¹ Подробнее об этом см.: Безуглова Н. В. Сущность финансово-аналитической экспертизы, ее цель и задачи // Сборник статей Международной научно-практической конференции «Экономика и предпринимательство: теория и практика» (Пенза, 25 марта 2020 г.). Пенза, 2020. С. 122–125; Власова Н. Ю. Понятие и виды судебно-экономической экспертизы // Сборник статей XVII Международной научно-практической конференции «Современная юриспруденция: актуальные вопросы, достижения и инновации» (Пенза, 25 февраля 2019 г.). Пенза, 2019. С. 62–64; Кизилов А. Н., Овчаренко О. В. Особенности назначения и производства судебно-экономических экспертиз: судебная патентно-техническая и судебная финансово-аналитическая экспертизы // Теория и практика судебной экспертизы. 2012. № 3 (27). С. 208–211; Ромицын В. В. Некоторые особенности назначения и производства финансово-аналитических экспертиз // Вестник Академии Следственного комитета Российской Федерации. 2017. № 1 (11). С. 84–86.

² Сальников И. И., Фирсова А. А., Ганзиков С. А. Экономическое содержание предпринимательской деятельности // Вестник Белгородского университета кооперации, экономики и права. 2021. № 1 (86). С. 259.

эксперту, который не должен «домысливать», что же требуется установить. В качестве яркой иллюстрации можно привести следующий пример: следователем на стадии предварительного расследования для доказывания фактов введения подсудимым пальцев рук в анальное отверстие потерпевшей, а также применения насилия к потерпевшей у подозреваемого были получены срезы ногтевых пластин и назначена судебно-медицинская экспертиза вещественных доказательств. В постановлении о назначении данной экспертизы был сформулирован вопрос о наличии в подногтевом содержимом подсудимого крови и частиц кожных покровов потерпевшей, без уточнения, что необходимо установить их региональное происхождение. Конечно же, стороной защиты в ходе судебного следствия на данный недочет было обращено внимание, но назначение дополнительной экспертизы с постановкой уточняющего вопроса оказалось невозможным, поскольку при проведении первой экспертизы подногтевое содержимое со срезов ногтевых пластин было смыто и исследовано.

Обратим внимание на то, что нередко лицо, инициирующее судебную экспертизу, в целях некоего профилирования отрицательных или вероятных выводов эксперта старается сократить перечень вопросов, подлежащих разрешению, уповая на то, что законодателем в ч. 2 ст. 204 УПК РФ закреплена возможность проявления экспертом «экспертной инициативы», упуская из внимания, что дословная формулировка выглядит следующим образом: «Если при производстве судебной экспертизы эксперт установит обстоятельства, которые имеют значение для уголовного дела, но по поводу которых ему не были поставлены вопросы, то он вправе указать на них в своем заключении». Очевидно, что речь идет именно о праве, а не об обязанности эксперта.

Еще одной достаточно частой ошибкой при назначении судебной экспертизы является указание в постановлении о назначении судебной экспертизы не всех объектов, представляемых для экспертного исследования. Разновидностью данной ошибки является направление недостающих объектов уже в ходе производства экспертизы без соответствующего процессуального оформления, что не позволяет подтвердить несомненность их происхождения и соблюдение процессуального порядка получения.

Например, согласно постановлению о назначении медико-криминалистической судебной

экспертизы, эксперту предоставлены: блузка, горлышко от бутылки, два полотенца, нож. Однако исходя из содержания заключения эксперта при производстве экспертизы, наряду с указанными объектами, исследованию были подвергнуты три бумажные салфетки, изъятые в ходе осмотра места происшествия. В правоприменительной практике в данной ситуации принимаются различные решения:

- заключение эксперта признается недопустимым доказательством лишь в части (только в отношении тех объектов, которые не были предоставлены для экспертного исследования в установленном законом порядке);
- заключение эксперта признается недопустимым целиком и возникает необходимость назначения повторной экспертизы.

Полагаем, что верным является второй подход, поскольку доказательство не может быть признано недопустимым в части и эксперт, исследуя не представленные ему в установленном законом порядке объекты, вышел за рамки назначенного ему исследования. В отношении любых недостающих объектов, которые первоначально не были направлены в процессуальном порядке на экспертное исследование, разумеется, должна назначаться новая экспертиза.

Более сложную ситуацию, повлекшую отказ прокурора от поддержания государственного обвинения и прекращение уголовного дела по реабилитирующим основаниям, обусловила совокупность ошибок и недочетов, допущенных не только следователем, экспертами, но и руководителем судебно-экспертного учреждения. В ходе расследования причинения тяжкого вреда здоровью по неосторожности, совершенного вследствие ненадлежащего исполнения врачом акушером-гинекологом А. своих профессиональных обязанностей, была назначена комиссия судебно-медицинская экспертиза и дополнительная комиссия судебно-медицинская экспертиза. К производству указанных экспертиз были привлечены врач — акушер-гинеколог, врач-неонатолог и заведующий отделением комплексных экспертиз ГБУЗ «Бюро судебно-медицинской экспертизы».

Согласно выводам экспертов, образование родовой травмы зрелого плода (компрессионных переломов тел шейных позвонков) при проведении операции кесарева сечения обусловлено дефектом оказания медицинской помощи (нарушением техники извлечения плода). Последующее нарушение дыхания с развитием дыхательной недостаточности первой

степени, которые были зафиксированы через три часа после рождения ребенка, связаны именно с травмой шейного отдела позвоночника, что квалифицируется как тяжкий вред здоровью по признаку опасного для жизни (п. 6.1.6 Медицинских критериев определения степени тяжести вреда, причиненного здоровью человека (приложение к приказу Минздравсоцразвития РФ № 194н от 24.04.2008)).

Принимая во внимание, что А. ни в ходе предварительного расследования, ни при рассмотрении уголовного дела по существу вину по предъявленному обвинению не признавала, по ходатайству стороны защиты судом была назначена повторная комиссия судебно-медицинская экспертиза. Помимо упомянутых выше специалистов, к производству экспертизы были привлечены следующие сведущие лица: профессор кафедры лучевой диагностики и лучевой терапии с курсом критической и респираторной медицины, а также врач-рентгенолог. Наряду с медицинской документацией, представленной при производстве первичной и дополнительной судебных экспертиз, экспертам были представлены рентгеновские снимки и история развития ребенка из поликлиники, а также протоколы допроса специалистов, в том числе врача-рентгенолога, который проводил первичное описание рентгеновских снимков.

Согласно выводам экспертов, проводивших повторную судебно-медицинскую экспертизу, в ходе анализа рентгенограмм шейного отдела позвоночника в боковых проекциях (полученных, когда возраст ребенка составлял 7 суток, 16 суток и 1 месяц 1 неделя) убедительных данных, свидетельствующих о компрессионном переломе, выявить не удалось. Кроме того, эксперты отметили, что при проведении всех трех рентгенологических исследований ребенка были нарушены требования к выполнению укладки новорожденного для проведения исследования при подозрении на натальную травму. Выводы первичной и дополнительной судебно-медицинских экспертиз, вероятно, связаны с вышеуказанными нарушениями при выполнении укладки ребенка в процессе рентгенологического исследования. Для подтверждения или исключения травмы в шейном отделе позвоночника и (или) спинного мозга требуется применение и других методов исследования, кроме рентгенографии (ультразвукового исследования и СКТ или МРТ), что выполнено не было. С учетом указанных обстоятельств комиссия экспертов однозначно не

определила, что обусловило развитие у ребенка нарушения дыхания с развитием дыхательной недостаточности первой степени, зафиксированных через три часа после рождения, посчитав, что нельзя полностью исключить наличие внутриутробной гипоксии, которая могла на раннем неонатальном периоде привести к развитию синдрома дыхательных расстройств. Объективных медицинских данных, позволяющих достоверно высказаться о наличии травмы шейного отдела спинного мозга у ребенка, в представленной медицинской документации не установлено. В соответствии с действующими нормативными правовыми документами (п. 27 Медицинских критериев определения степени тяжести вреда, причиненного здоровью человека), степень тяжести вреда, причиненного здоровью человека не определяется, если в медицинских документах не содержится достаточных сведений, в том числе результатов инструментальных методов исследований, без которых не представляется возможным судить о характере и степени тяжести вреда, причиненного здоровью человека.

Таким образом, с одной стороны, дознавателем, во-первых, не была изъята и представлена экспертам медицинская документация, необходимая для проведения первичной и дополнительной судебно-медицинской экспертизы (как из больницы, в которой ребенок проходил лечение, так и из поликлиники, в которой он наблюдался), во-вторых, не установлено, наблюдался ли ребенок неврологом и ортопедом; не запрошены и не представлены рентгенологические снимки ребенка, в-третьих, перед экспертами, проводившими первичную и дополнительную комиссионные судебно-медицинские экспертизы, не был поставлен вопрос о необходимости привлечения к производству этих экспертиз врача рентгенолога. С другой стороны, ни руководитель государственного судебно-экспертного учреждения ГБУЗ «Бюро судебно-медицинской экспертизы», ни эксперт не реализовали в полной мере свои полномочия, предусмотренные Федеральным законом от 31.05.2001 № 73-ФЗ (ред. от 26.07.2019) «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации». В данном случае речь идет о том, что руководителем государственного судебно-экспертного учреждения не выполнена обязанность поручать производство судебной экспертизы конкретному эксперту или комиссии экспертов данного учреждения, которые обладают специальными

знаниями в объеме, требуемом для ответов на поставленные вопросы, а также обеспечить контроль за полнотой и качеством проведенных исследований (ст. 14 указанного Федерального закона). Равным образом им не реализовано право ходатайствовать перед органом или лицом, назначившим судебную экспертизу, о включении в состав комиссии экспертов лиц, не работающих в данном учреждении, если их специальные знания необходимы для дачи заключения (ст. 15). Что касается эксперта, то им не реализовано право ходатайствовать перед руководителем государственного судебно-экспертного учреждения о привлечении к производству судебной экспертизы других экспертов, если это необходимо для проведения исследования и дачи заключения (ст. 17).

В свою очередь, дознавателем надлежащим образом не изучены заключения экспертов на предмет выяснения специализации экспертов. Дело в том, что экспертные исследования были выполнены врачами, имеющими специальность «акушерство и гинекология», «неонатология» и «судебная медицина», а для разрешения поставленных перед экспертами вопросов требовались более узкие специалисты — врачи-рентгенологи. Без надлежащей оценки остались сформулированные в заключении выводы (по первичной экспертизе) о том, что причинно-следственная связь между дефектами оказания медицинской помощи и состоянием здоровья ребенка не установлена. Так, отвечая на вопрос: «Имеются ли дефекты оказания медицинской помощи ребенку и в чем они выражались?», эксперты пришли к выводу, что при извлечении плода произошло образование травмы шейного отдела позвоночника — компрессионный прелом 3-го, 4-го шейных позвонков, что является дефектом оказания медицинской помощи. Отвечая на вопрос относительно диагноза у ребенка во время пребывания в медицинских учреждениях и наличия причинно-следственной связи между дефектами оказания медицинской помощи и состоянием здоровья ребенка, эксперты указали на наличие, наряду с компрессионным переломом шейных позвонков, гипоксически-травматического поражения центральной нервной системы и постгипоксической нефропатии, развитие которых обусловили внутриутробная гипоксия плода, патология беременности. Таким образом, эксперты не смогли прийти к однозначному выводу, что нарушение дыхания, зафиксированное у ребенка, явилось следствием полученных компрес-

сионных переломов, полагая, что нарушение дыхания могло быть обусловлено и другими факторами.

Все указанные выше недостатки были выявлены в ходе судебного разбирательства, устранены путем допроса экспертов и проведения дополнительной комиссионной судебно-медицинской экспертизы, результаты которой, увы, не позволили государственному обвинителю поддерживать предъявленное А. обвинение.

Не менее показателен другой пример. Врач — акушер-гинеколог М. обвинялась в оказании услуг, не отвечающих требованиям безопасности здоровья, повлекших по неосторожности смерть потерпевшей Т. (п. «в» ч. 2 ст. 238 УК РФ). В основу предъявленного М. обвинения были положены выводы судебно-медицинских экспертов, которые государственный обвинитель поставил под сомнение, поскольку, во-первых, в заключении эксперта отсутствовали ссылки на порядки, стандарты и клинические рекомендации (протоколы лечения) оказания медицинской помощи, во-вторых, не были разграничены недостатки, допущенные на различных этапах оказания медицинской помощи Т. (догоспитальном и госпитальном), и их последствия, в-третьих, не выделены недостатки оказания медицинской помощи Т., допущенные именно подсудимой М., с установлением наличия (отсутствия) причинной связи каждого недостатка со смертью потерпевшей Т., в-четвертых, выводы судебно-медицинских экспертов противоречили имеющимся в уголовном деле заключениям специалистов и показаниям свидетелей.

Указанные обстоятельства послужили основанием для ходатайства государственного обвинителя о назначении повторной судебной экспертизы, в удовлетворении которого судом было отказано. В результате уголовное дело было возвращено прокурору для устранения нарушений, препятствующих его рассмотрению, по существу.

Аналогичная ситуация сложилась и по другому уголовному делу. Судом первой инстанции С. признан виновным в совершении преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 109 УК РФ. С., являясь врачом — анестезиологом-реаниматологом областной детской больницы, осуществляя лечение малолетней пациентки В., поступившей в экстренном порядке в отделение анестезиологии-реанимации с диагнозом «правосторонняя верхнедолевая сегментарная пневмония», не предвидя возможности наступ-

ления общественно опасных последствий в виде причинения пациентке смерти, хотя должен был и мог предвидеть наступление указанных последствий, ненадлежащим образом исполнил свои профессиональные обязанности, оказав В. медицинскую помощь несвоевременно и не в полном объеме. В результате состояние В. ухудшилось, в дальнейшем наступила ее смерть от двусторонней долевого пневмонии с поражением верхних и нижних долей, абсцедированием верхней доли справа, фибринозно-гнойного плеврита справа, гнойного бронхита.

Суд апелляционной инстанции обвинительный приговор отменил и вынес в отношении С. оправдательный приговор. При этом указал, что заключения комиссионной судебно-медицинской экспертизы и дополнительной комиссионной судебно-медицинской экспертизы выполнены с нарушением утвержденного директором ФГБУ «РЦСМЭ» Минздрава России 21.06.2017 Порядка проведения судебно-медицинской экспертизы и установления причинно-следственных связей по факту неоказания или ненадлежащего оказания медицинской помощи. Экспертами не проанализировано соблюдение при оказании медицинской помощи пациенту порядков оказания медицинской помощи, стандартов медицинской помощи и клинических рекомендаций (протоколов лечения) по вопросам оказания медицинской помощи, разработанных и утвержденных в соответствии с ч. 2 ст. 76 Федерального закона от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан Российской Федерации», не установлено наличие или отсутствие прямой причинной связи недостатка оказания медицинской помощи с наступившим неблагоприятным исходом по отношению к каждому выявленному недостатку. Вывод экспертов о благоприятном исходе при правильном оказании всего объема медицинских мероприятий носит лишь вероятный характер.

По ходатайству государственного обвинителя, судом апелляционной инстанции назначена и проведена повторная комплексная судебно-медицинская экспертиза. Согласно полученному заключению, в связи с отсутствием фактических данных, позволяющих достоверно определить танатогенез смерти (ввиду неполноты проведенного патологоанатомического исследования трупа В. и отсутствия данных патоморфологиче-

ского исследования структур полости черепа), комиссия экспертов исключает возможность установления прямой причинно-следственной связи между дефектами, допущенными на этапе стационарного лечения, и смертью В.

В итоге суд пришел к выводу, что совокупность исследованных по уголовному делу доказательств подтверждает допущенные врачом — анестезиологом-реаниматологом С. недостатки при оказании медицинской помощи В.: во-первых, нарушения при составлении медицинской документации (при ведении реанимационной карты, малоинформативные записи дежурного реаниматолога, отсутствие врачебной комиссии при использовании препаратов вне официальных инструкций, неполное формулирование сопутствующего диагноза, отсутствие времени записи ЭКГ и пленки ЭКГ в истории болезни); во-вторых, нарушения при проведении обследования (не проведен осмотр пульмонологом в соответствии с требованиями Стандарта специализированной медицинской помощи при пневмонии тяжелой степени тяжести с осложнениями, утвержденного приказом Министерства здравоохранения РФ от 09.11.2012 № 741н). Учитывая, что развитие благоприятного исхода при исключении данных недостатков не установлено, а также не установлена прямая причинно-следственная связь между допущенными недостатками и смертью В., суд пришел к выводу об отсутствии в действиях С. состава преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 109 УК РФ.

Не имея возможности рассмотреть в рамках одной публикации все ошибки, недочеты и нарушения, допускаемые как при осуществлении деятельности, предшествующей производству судебно-экспертизы, так и при ее производстве, завершим данную статью выводом, который, по мнению авторов, является безусловным: эффективность и результативность использования заключения эксперта в доказывании возможна только при условии безукоризненного соблюдения должностными лицами органов предварительного расследования, судебными экспертами и руководителями судебно-экспертных учреждений требований уголовно-процессуального закона, Федерального закона «О государственной судебно-экспертной деятельности», ведомственных нормативных актов и криминалистических рекомендаций.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Безуголова Н. В. Сущность финансово-аналитической экспертизы, ее цель и задачи // Экономика и предпринимательство: теория и практика : сборник статей Международной научно-практической конференции. — Пенза, 2020. — С. 122–125.
2. Власова Н. Ю. Понятие и виды судебно-экономической экспертизы // Современная юриспруденция: актуальные вопросы, достижения и инновации : сборник статей XVII Международной научно-практической конференции. — Пенза, 2019. — С. 62–64.
3. Кизилов А. Н., Овчаренко О. В. Особенности назначения и производства судебно-экономических экспертиз: судебная патентно-техническая и судебная финансово-аналитическая экспертизы // Теория и практика судебной экспертизы. — 2012. — № 3 (27). — С. 208–211.
4. Ромицын В. В. Некоторые особенности назначения и производства финансово-аналитических экспертиз // Вестник Академии Следственного комитета Российской Федерации. — 2017. — № 1 (11). — С. 84–86.
5. Сальников И. И., Фирсова А. А., Ганзиков С. А. Экономическое содержание предпринимательской деятельности // Вестник Белгородского университета кооперации, экономики и права. — 2021. — № 1 (86). — С. 256–264.

Материал поступил в редакцию 14 сентября 2021 г.

REFERENCES

1. Bezuglova NV. Sushchnost finansovo-analiticheskoy ekspertizy, ee tsel i zadachi [The essence of financial and analytical expertise, its purpose and objectives]. In: *Economics and entrepreneurship: theory and practice: collection of articles of the international scientific and practical conference*. Penza; 2020 (In Russ.).
2. Vlasova NYu. Ponyatie i vidy sudebno-ekonomicheskoy ekspertizy [The concept and types of forensic economic expertise]. In: *Modern jurisprudence: topical issues, achievements and innovations: a collection of articles of the 17th International Scientific and Practical Conference*. Penza; 2019 (In Russ.).
3. Kizilov AN, Ovcharenko OV. Osobennosti naznacheniya i proizvodstva sudebno-ekonomicheskikh ekspertiz: sudebnaya patentno-tehnicheskaya i sudebnaya finansovo-analiticheskaya ekspertizy [Features of the appointment and production of forensic economic examinations: forensic patent-technical and forensic financial-analytical expertise]. *Theory and Practice of Forensic Examination*. 2012;3(27):208-211 (In Russ.).
4. Romitsyn VV. Nekotorye osobennosti naznacheniya i proizvodstva finansovo-analiticheskikh ekspertiz [Some features of the appointment and production of financial and analytical expertise]. *Bulletin of the Academy of the Investigative Committee of the Russian Federation*. 2017;1(11):84-86 (In Russ.).
5. Salnikov II, Firsova AA, Ganzikov SA. Ekonomicheskoe sodержanie predprinimatelskoy deyatel'nosti [Economic content of entrepreneurial activity]. *Herald of the Belgorod University of Cooperation, Economics and Law*. 2021;1(86):256-264 (In Russ.).

DOI: 10.17803/1729-5920.2021.180.11.062-076

В. Д. Никишин*

Колумбайн (скулшутинг): сущность, правовая квалификация, криминалистическая диагностика¹

Аннотация. Статья отражает результаты комплексного юридико-лингвистического исследования субкультуры «колумбайн» («скулшутинг») с позиций криминологии, уголовного права, криминалистики и судебного речеведения. Несмотря на некоторую условность устоявшегося термина «скулшутинг», заимствованного из английского языка, автор исходит из того, что под скулшутингом следует понимать любую форму насильственных действий в образовательных учреждениях, совершаемых учащимся (группой учащихся) или посторонним лицом в отношении преподавателей и обучающихся с использованием оружия и подручных средств.

Эмпирическую базу исследования составили публикации российских и зарубежных ученых, результаты полуавтоматизированного мониторинга социальных сетей на предмет пропаганды скулшутинга, а также материалы уголовных дел, находящихся в архивах следственных управлений Следственного комитета Российской Федерации по Волгоградской, Московской, Саратовской, Тюменской, Челябинской области, Красноярскому краю и Республике Хакасия. Автор делает вывод об экстремистско-террористической сущности субкультуры колумбайнеров, обобщает наиболее характерные идейные установки данной субкультуры, признаки вовлеченности лица в сообщества скулшутинга, рассматривает проблемы правовой квалификации актов скулшутинга и предлагает криминалистические диагностические комплексы экстремистских речевых действий, направленных на пропаганду колумбайна. Указанные комплексы дают правоприменителю четкую критериологию для признания или непризнания информационных материалов экстремистскими, а также для привлечения или непривлечения лица к ответственности в соответствии со ст. 205.2, 280, 282 УК РФ при наличии или отсутствии направленности пропагандируемых массовых расстрелов на устрашение населения с целью оказания воздействия на органы власти или экстремистских мотивов.

Ключевые слова: колумбайн; скулшутинг; терроризм; экстремизм; деструктивная пропаганда; информационная безопасность; медиабезопасность; криминалистическая диагностика.

Для цитирования: Никишин В. Д. Колумбайн (скулшутинг): сущность, правовая квалификация, криминалистическая диагностика // Lex russica. — 2021. — Т. 74. — № 11. — С. 62–76. — DOI: 10.17803/1729-5920.2021.180.11.062-076.

The Columbine (School Shooting): Essence, Legal Qualifications, Forensic Diagnostics²

Vladimir D. Nikishin, Cand. Sci. (Law), Director of the Center for Academic Development and Educational Innovation, Senior Lecturer, Department of Forensic Expertise, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
vnikishin@msal.ru

Abstract. The paper is devoted to the results of a comprehensive legal and linguistic study of the “Columbine” (“school shooting”) subculture from the standpoint of criminology, criminal law, forensic science and forensic

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 20-011-00190.

² The reported study was funded by RFBR according to the research project № 20-011-00190.

© Никишин В. Д., 2021

* *Никишин Владимир Дмитриевич*, кандидат юридических наук, директор Центра академического развития и образовательных инноваций, старший преподаватель кафедры судебных экспертиз Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
vnikishin@msal.ru

speech studies. Despite some conventionality of the well-established term "school shooting" borrowed from the English language, the author proceeds from the fact that any form of violent actions in educational institutions committed by a student (group of students) or an outsider in relation to teachers and students using weapons and improvised means should be understood as school shooting.

Empirically, the study is based on the publications of Russian and foreign scientists, the results of semi-automated monitoring of social networks for the promotion of school shooting, as well as materials of criminal cases held in the archives of the investigative departments of the Investigative Committee of the Russian Federation for the Volgograd, Moscow, Saratov, Tyumen, Chelyabinsk regions, Krasnoyarsk Territory and Republic of Khakassia. The author concludes that the the Columbine subculture is extremist-terrorist in its essence. The paper summarizes the most characteristic ideological attitudes of this subculture, signs of a person's involvement in the targeted community, examines the problems of the legal characterisation of school shooting acts and proposes criminalistic diagnostic complexes to examine extremist speech actions aimed at promoting Columbine. These complexes give a law enforcement officer clear criteria for recognizing information materials as extremist, as well as for holding liable or discharging an individual under Art. 205.2, 280, 282 of the Criminal Code of the Russian Federation depending on the presence or absence of mass executions propaganda aimed to intimidate the population in order to influence the authorities or other extremist motives.

Keywords: Columbine; school shooting; terrorism; extremism; destructive propaganda; Information Security; media security; forensic diagnostics.

Cite as: Nikishin VD. Kolumbayn (skulshuting): sushchnost, pravovaya kvalifikatsiya, kriminalisticheskaya diagnostika [The Columbine (School Shooting): Essence, Legal Qualifications, Forensic Diagnostics]. *Lex russica*. 2021;74(11):62-76. DOI: 10.17803/1729-5920.2021.180.11.062-076 (In Russ., abstract in Eng.).

По мнению большинства современных ученых, скулшутинг (колумбайн) является радикальным субкультурным течением — одной из крайних форм проявления деструктивного поведения среди подростков из числа учащихся образовательных учреждений.

Мы полагаем, что скулшутинг следует трактовать как любую форму насильственных действий в образовательных учреждениях, совершаемых учащимся (группой учащихся) или посторонним лицом в отношении преподавателей и обучающихся с использованием оружия и подручных средств.

Следует отметить некоторую условность устоявшегося термина «скулшутинг», заимствованного из английского и в буквальном переводе означающего «школьная стрельба», т.к. в проанализированных нами актах колум-

байна вместо огнестрельного оружия нередко использовались взрывные устройства, зажигательные смеси, холодное оружие, топоры и т.п. Зародившееся в США движение «колумбайн» распространилось в западном мире³ и в последние годы активно развивается в России, при этом дислокация совершения актов скулшутинга охватывает уже не только школы, но и университетские корпуса⁴, а также другие места массового скопления людей⁵. Трагедия в школе «Колумбайн» (США) в 1999 г. была далеко не первой вспышкой насилия в образовательных организациях (например, еще в 1927 г. в США в результате массового расстрела в школе города Бат погибли 44 человека, 58 получили тяжелые травмы), но именно она стала поп-культурным феноменом, культом, символом для последователей скулшутинга (именно из числа подростко-

³ Lankford A. Are America's public mass shooters unique? A comparative analysis of offenders in the United States and other countries // *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*. 2016. Т. 40. № 2. P. 171–183 ; Malkki L. Political elements in post-Columbine school shootings in Europe and North America // *Terrorism and political violence*. 2014. Т. 26. № 1. P. 185–210.

⁴ Larkin R. W. The Columbine Legacy: Rampage Shootings as Political Acts // *American Behavioral Scientist*. 2009. Vol. 52. № 9. P. 1309.

В России: массовое убийство в Пермском государственном университете 20 сентября 2021 г., массовое убийство в Керченском политехническом колледже 17 октября 2018 г.

⁵ Например, в 2020 г. СМИ опубликовали статью «Дэнчик умный, образованный человек. Он вдохновился чуваками из "Колумбайна"» (URL: <https://dailystorm.ru/obschestvo/denchnik-umnyu-obrazovannyy-chelovek-on-vдохновilsya-chuvakami-iz-kolumbayna> (дата обращения: 21.08.2021)). «Герой» статьи (Дэнчик) — это Даниил Монахов (18 лет), который расстрелял свою бабушку и нескольких прохожих у автобусной остановки..

вой аудитории, а не взрослых людей, осуществляющих вооруженные нападения на школы). 20 апреля 1999 г. учащиеся старших классов Эрик Харрис и Дилан Клиболд совершили нападение на учеников и персонал школы с применением стрелкового оружия и самодельных взрывных устройств. В результате были убиты 13 человек (12 учеников и учитель) и ранены 23 человека. Оба преступника покончили жизнь самоубийством, застрелившись.

Как отмечает Дэвид МакВильям, наследие «Колумбайна» настолько велико, что само это слово стало именем нарицательным — обозначением стрельбы в школах⁶.

Нами избран подход, в соответствии с которым понятия «колумбайн» и «скулшутинг» («школьные расстрелы») используются в качестве синонимов.

Т. Киилокоски и А. Оксанен утверждают, что расстрел в школе «Колумбайн» породил «культурный скрипт» — сценарий для подражания приверженцами идей массовых школьных расстрелов⁷. Во многом это обусловлено активным освещением в медиа инцидента в школе «Колумбайн», созданием криминального мифа «малолетнего суперхищника»⁸.

Как отмечает Ш. МакМурдо, освещение в СМИ было сосредоточено на преступниках, а не на жертвах⁹, такая навязчивая фиксация внимания на Э. Харрисе и Д. Клиболде превратила отчужденную молодежь в «новый экзотический вид, за которым нужно наблюдать»¹⁰.

Р. В. Ларкин, раскрывая важность инцидента в школе «Колумбайн» как культурного феномена, называет его «культурным водоразделом», достигшим «мифического существования»¹¹. В медиасреде активно распространялись дневниковые записи Э. Харриса и Д. Клиболда, видеозапись самого расстрела,

тексты и видеозаписи с веб-сайта, который вел Э. Харрис (Trench Coat Mafia Web site — Сайт Мафии плащей), информация об увлечениях, любимых фильмах и музыкальных группах данных преступников и т.д., также вышел ряд кинокартин, повествующих о массовом расстреле в школе «Колумбайн» («Боулинг для Колумбины», «Слон», «Нулевой день», «Нулевой час», «Класс», «Школьный стрелок» и др.).

Распространение колумбайн-пропаганды достигло поистине пугающего размаха сейчас, в эпоху новых медиа. Понятие «новые медиа» стало использоваться, чтобы отличать традиционные СМИ (пресса, радио, ТВ) от блогов, интернет-СМИ, социальных сетей и иных цифровых медиаплощадок. Синонимами термина «новые медиа» часто выступают «интернет-медиа», «онлайн-медиа», «сетевые медиа», «мультимедийные СМИ», «конвергентные СМИ»¹².

Интернет на современном этапе развития общества и информационных технологий является не только основным средством распространения информации, но и своего рода «субъектом», определяющим новые направления и формы управления общественным сознанием. К сожалению, мониторинг социальных сетей и иных интернет-медиа, а также анализ правоприменительной практики демонстрирует наличие в киберпространстве разветвленной сети деструктивных сообществ аутодеструктивной и агрессивной направленности, в том числе сообществ колумбайнеров (скулшутеров).

Как правило, для сообществ подобного рода характерно наличие таких признаков, как «мода на оружие»; романтизация и оправдание действий «скулшутеров»; пропаганда насилия над преподавателями и учащимися с использованием дискредитирующих видео, де-

⁶ McWilliam D. Fear and loathing in suburbia: School shootings // Violence in American Popular Culture / D. Schmid (ed.). Santa Barbara : Praeger, 2015. P. 183.

⁷ Kiilakoski T., Oksanen A., Soundtrack of the school shootings: Cultural script, music and male rage // Young. 2011. Vol. 19. № 3. P. 247–269.

⁸ Muschert G. W. The Columbine victims and the myth of the juvenile superpredator // Youth, Violence and Juvenile Justice. 2007. Vol. 5. № 4. P. 351–366.

⁹ McMurdo S. 'It's a filthy goddamn helpless world': Reimagining Columbine, Tate Langdon and the spectre of school shooters // European Journal of American Culture. 2019. Vol. 38. № 1. P. 62.

¹⁰ Fryer B. The media spectacle of Columbine: Alienated youth as an object of fear // American Behavioural Scientist. 2009. Vol. 52. № 10. P. 1387–1404.

¹¹ Larkin R. W. The Columbine Legacy: Rampage Shootings as Political Acts // American Behavioral Scientist. 2009. Vol. 52. № 9. P. 1309–1326.

¹² Рогалева О. С., Шкайдерова Т. В. Новые медиа: эволюция понятия (аналитический обзор) // Вестник ОмГУ. 2015. № 1 (75). С. 222–225.

мотиваторов и челленджей; видеозаписи сцен насилия и убийств (в первую очередь массовых расстрелов).

Осенью 2020 г. журналисты констатировали, что «российские регионы захлестнуло движение «Колумбайн»¹³, причем задержанные накануне 1 сентября 13 подростков проживали в разных регионах РФ, но входили в одно закрытое интернет-сообщество. Центром «Безопасность 2.0» за август 2020 г. было выявлено несколько тысяч видео (в социальной сети TikTok), в которых в той или иной степени оправдывались теракты в школах. У видео, промаркированных хештегом #колумбайн, в TikTok более 3,5 млн просмотров¹⁴. В 2019–2021 г. лица, причисляющие себя к движению колумбайнеров, обнаружены правоохранительными органами в Адыгее, Татарстане, Хакасии, Крыму, на Сахалине, в Забайкальском, Красноярском и Хабаровском краях, в Ненецком автономном округе, в Кировской, Свердловской, Волгоградской, Тюменской, Саратовской, Челябинской, Московской, Смоленской областях и других регионах России.

По данным компании «Квибрум», по состоянию на 2019 г. на территории России в различных социальных сетях действовало более 300 аккаунтов (групп), в которых размещены публикации о намерении напасть на образовательную организацию или совершить иные поступки экстремистского характера¹⁵. По оценкам экспертов, общее число участников движения «колумбайн» в Рунете по состоянию на 2019 г. составляло 470 000, среди них подростков — 112 000; прирост только за год с марта 2018 г. по март 2019 г. составил, соответственно, 125 000 и 20 000 человек¹⁶.

По данным Центра анализа и профилактики информационных угроз в молодежной среде РТУ МИРЭА (далее — ЦАПИ), по состоянию на май 2021 г. распространение идеологии скулшутинга в социальных сетях «ВКонтакте» (агрессивная агитация) количественно явно выражено в следующих показателях: 662 сообщества,

430 166 подписанных аккаунтов; количество аккаунтов в социальной сети Instagram, в которых упоминается скулшутинг, — 4 140.

Мониторинг социальной сети «ВКонтакте» показал, что уже в первые часы после колумбайн-трагедии в гимназии № 175 г. Казани 11 мая 2021 г. (в результате взрыва и стрельбы погибли 9 человек, 32 пострадали) появилось не менее 20 аккаунтов под псевдонимом подозреваемого — Ильназа Галявиева, на аватарах данных аккаунтов — вариации фотографии И. Галявиева в маске с надписью «БОГ». 20 сентября 2021 г., в день трагедии в Пермском государственном университете (погибли не менее 6 человек и не менее 27 получили ранения), в социальной сети «ВКонтакте» при поисковых запросах появлялись лишь единичные фейковые страницы стрелка — Тимура Бекмансурова (что говорит об оперативной «отработке» администрацией соцсети данного инфоповода: личная страница подозреваемого с размещенным на ней манифестом также была оперативно заблокирована).

Контент онлайн-сообществ и аккаунтов колумбайновского дискурса посвящен прежде всего героизации скулшутеров (Э. Харриса, Д. Клиболда, В. Рослякова и т.д.): фотографии, арт, иные изображения, аудио- и видеозаписи (причем фото-, видеоизображения не только реальных колумбайнеров, но и актеров, сыгравших их в художественных и документальных фильмах), тексты (в том числе фанфики и крипипасты, цитаты из дневников / страниц в социальных сетях «состоявшихся» колумбайнеров).

В этой связи маркерами вовлеченности лица в движение колумбайн выступают в том числе: — наличие в никнеймах в социальных сетях (псевдонимах) заимствований имен и/или фамилий Харрис/Клиболд/Росляков (и вариации), а также Reb/Vodka (игровые прозвища американских колумбайнеров), или «Странный Тип» / «Анатолий Смирнов» (псевдонимы, использованные В. Росляковым в социальной сети «ВКонтакте»);

¹³ URL: <https://sevastopol.su/news/pacan-k-uspehu-shel-rossiyskie-regiony-zahlestnulo-dvizhenie-kolumbayn> (дата обращения: 25.06.2021).

¹⁴ URL: https://ren.tv/news/x/744296-za-avgust-v-tiktok-vyjavili-neskolko-tysiach-opravdyvaiushchikh-terakty-video?utm_source=twitter&utm_medium=social (дата обращения: 25.04.2020).

¹⁵ Методическое пособие по выявлению признаков риска поведения в социальных медиа. Цифровая гигиена. М. : Квибрум, 2019. С. 6.

¹⁶ Касперская Н. Проблема деструктивных движений в Рунете : [выступление на форуме «Цифровая гигиена. Молодежь в сети» (Москва, 28 марта 2019 г.)] // URL: <https://mediamera.ru/post/29103> (дата обращения: 07.05.2021).

- надписи на одежде, подписи к публикациям в социальных сетях и т.д., содержащие слова Wrath, «Ненависть», «Гнев» / Natural selection, «Естественный отбор», «Биомусор»;
- использование в постах словосочетаний, фраз и аббревиатур NBK¹⁷, «ПУ»¹⁸, «Мафия плащей»¹⁹, KMFDM²⁰, Kill mankind, «джоки»²¹, Humanity is overrated и т.д.;
- дата «20 апреля» (часто ставится в статусе или в графе «День рождения» персональных страниц в социальных сетях) — отсылка к 20 апреля 1999 г.;
- наличие большого количества аудиозаписей, характерных для «скулшутеров» (музыкальные группы: Foster The People — Pumped up Kicks, Rammstein, KMFDM).

Согласно замечанию Ф. Н. Гурова, «в информационную эру индивид становится объектом манипулирования с целью обеспечить “заказчику” необходимое поведение пользователей»²². Не являются исключением и скулшутинговые сетевые сообщества.

Пропаганда скулшутинга чревата совершением актов колумбайна не только лицами с психическими отклонениями, но и психически здоровыми людьми, на которых на систематической основе оказывается психологическое воздействие; в сознании которых формируют симулякры, целенаправленно замещающие реальность ложными установками и символами,

вводящие убийство и насилие в ранг нормы и средства разрешения проблем; психологическими (в том числе возрастными) проблемами которых «играют» кукловоды-идеологи колумбайн-движения (конфликты со сверстниками, родителями, учителями и т.д.); и которых в конечном итоге доводят до психических расстройств. Продвижение в новых медиа колумбайн-тематики не только оказывает пагубное воздействие на несформировавшуюся психику детей и молодежи и стимулирует их к совершению массовых убийств и самоубийств, но и ведет к росту социальной напряженности, формированию атмосферы страха в обществе, росту недоверия к органам государственной власти.

В Рекомендациях по установлению и соблюдению стандартов требований к программам в сфере первичной профилактики социально опасных явлений в молодежной среде Межпарламентской Ассамблеи государств — участников СНГ справедливо указывается:

«Особенно острой является задача профилактики социально опасных явлений среди подрастающего поколения и молодежи. Подростки и молодежь в наибольшей степени подвержены угрозам социально опасных явлений — им свойственны активность и рискованное поведение, требуется вполне закономерный выброс энергии, в возрасте от 14 до 25 лет они готовы воспринимать все новое и непознанное, не задумываясь о последствиях. Эти

¹⁷ Natural Born Killers — название картины Оливера Стоуна «Прирожденные убийцы»; данной аббревиатурой Э. Харрис и Д. Клиболд обозначили предстоящее массовое убийство (день нападения на школу).

¹⁸ ПУ — русскоязычная аббревиатура — отсылка к фильму «Прирожденные убийцы» («в естестве человека нет запретов, мы можем убивать, насиловать, поработать. Почему если один человек лучше другого он не может его убить? Мой выбор — убивать. Мы ждем дня ПУ» (орфография и пунктуация сохранены)).

¹⁹ Отсылка к сообществу, в которое входили Д. Клиболд и Э. Харрис; сообщество характеризовалось как объединение аутсайдеров («ты не в мафии плащей»). Trench Coat Mafia Web site — Сайт Мафии плащей (который вел Э. Харрис).

²⁰ Акроним названия немецкой музыкальной группы Kein Mehrheit Für Die Mitleid («Никакой жалости к большинству»); дата выпуска альбома группы совпала с днем нападения на школу «Колумбайн» в 1999 г., а тексты некоторых песен данной группы (Son of a Gun, Stray Bullet, Waste) были размещены на личной странице Э. Харриса. Примечательно, что 15-летний подросток, совершивший акт колумбайна в Бурятии 19 января 2018 г., был в футболке с надписью KMFDM.

²¹ Отсылка к сленговому обозначению спортсменов, которым пользовались Э. Харрис и Д. Клиболд.

²² Гуров Ф. Н. Информатизация общества и трансформация субъекта коммуникативных практик // Гуманитарный вестник. 2019. № 4 (78). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/informatizatsiya-obschestva-i-transformatsiya-subekta-kommunikativnyh-praktik>.

²³ Постановление Межпарламентской Ассамблеи государств — участников Содружества Независимых Государств от 20.05.2016 № 44-12 «О Рекомендациях по установлению и соблюдению стандартов требований к программам в сфере первичной профилактики социально опасных явлений в молодежной среде» // СПС «КонсультантПлюс».

факторы в сочетании с недостаточным уровнем знаний и жизненного опыта у подростков и молодежи определяют приоритет работы с этой социально-возрастной группой»²³.

В случае колумбайн-пропаганды фон (завлечение) новых адептов реализуется в основном через публикации околоколумбайновской тематики в онлайн-сообществах: 1) ТТС — трукрайм комьюнити, 2) суицидальной (или иной аутодеструктивной) тематики²⁴. Проявившее интерес к данной теме лицо начинает самостоятельно искать информацию о колумбайн-движении, и так формируется его «информационный пузырь», индивид начинает мыслить в парадигме колумбайновского сценария решения проблем, вступает в онлайн-сообщества колумбайновской тематики, вовлекается в чаты и группы более закрытого типа (в том числе в сегменте даркнета).

В ходе проведенного нами исследования было установлено, что группы с тематикой скулшутинга во многом построены на тех же принципах применения манипулятивных технологий, что и деструктивные психокульты и секты, по которым их можно выделить из остальных популярных интернет-сообществ, в большей степени нацеленных на укрупнение количества подписчиков, а не на совершение ими определенных действий.

Иерархическая структура в организованной деятельности по оказанию деструктивного влияния в социальных сетях может быть структурно разделена на следующие уровни:

- 1) базовый уровень («идеологи»),
- 2) средний уровень («кураторы»),
- 3) нижний уровень («начинающие»)²⁵.

«Идеологи», «прокачав» новых адептов движения на нижнем уровне, делают из них кураторов соответствующих онлайн-сообществ, передавая права администрирования медиаресурсами. Так фактические администраторы обеспечивают себе дополнительные меры конспирации, а также продолжают создавать новые страницы и чаты в Интернете.

Проведенный совместно с ЦАПИ статистический анализ показал, что в социальной сети «ВКонтакте» один аккаунт администрирует в среднем около 5 онлайн-сообществ колумбайновской тематики, что позволяет сделать вывод об организованной деятельности по оказанию манипулятивного психологического воздействия на аудиторию социальной сети с целью вовлечения в движение «колумбайн». Еще одним подтверждением данной гипотезы является факт использования всеми онлайн-сообществами колумбайновской тематики сходного и/или идентичного контента, направленного на пропаганду скулшутинга, а также репосты (в том числе перекрестные) материалов из одной группы в другую.

Одним из факторов, способствующих активному распространению деструктивной колумбайн-пропаганды в Интернете, является сетевой феномен эхокамер²⁶: интернет-пользователи, независимо от своей территориальной принадлежности, объединяются в виртуальные сообщества, общаются и еще больше укрепляются в своих мировоззренческих установках, а все, что не согласуется с ценностями данных сообществ, игнорируется без какой-либо критики, т.е. запускается механизм так называемой «групповой поляризации», о которой писал К. Санстейн²⁷.

Идеологию скулшутеров характеризует своеобразная дихотомия: типичный приверженец скулшутинга, с одной стороны, чувствует свою ущербность, причисляет себя к аутсайдерам, выражает обиду на сверстников и в целом на жизнь, чувствует себя покинутым и одиноким человеком, который влачит жалкое существование и которого невозможно спасти; с другой стороны, он постулирует свое превосходство над сверстниками и (или) над всем человечеством, презентует себя в качестве Бога (высказывания типа «я Бог», «я имею власть над всеми», «я предпишу вам смертный приговор», «они расходный материал, а я великий», «я не человек. Я выше»).

²⁴ Стимулом к поиску информации о колумбайн-движении может быть также информация из СМИ (освещение актов скулшутинга), из художественных фильмов, посвященных трагедии в школе «Колумбайн», и т.д.).

²⁵ Белоусов А. Д. Угрозы сети Интернет для несовершеннолетних пользователей: психологический анализ и профилактика : монография. М. : Проспект, 2021. С. 55–61.

²⁶ Sunstein C. R. Echo chambers. Princeton: Princeton University Press, 2001. 108 p. ; Поцелуев С. П., Подшибякина Т. А. О факторах политической радикализации в сетевой коммуникации посредством «эхокамер» // Научная мысль Кавказа. 2018. № 2 (94). С. 29–34.

²⁷ Sunstein C. R. Republic.com 2. Princeton — Oxford : Princeton University Press, 2007. P. 60.

Скулшутеры позиционируют себя как вершители судеб, осуществляющие «естественный отбор» и отправляющие «в космос» (уничтожающие) людей, кто, по их мнению, хуже них.

Право на такой отбор последователи колумбайна аргументируют тем, что убийство, насилие, порабощение — естество человека, в котором нет запретов.

Как показало наше исследование, колумбайнеры в социальных сетях нередко открыто (на личных страницах или в переписке) заявляют о своем желании убивать, убивать без повода и без разбора, при этом нередко сопровождая такие постулаты комментариями типа: «Да, я полный псих, и я этим горжусь».

Таким образом, идеология «скулшутинг», носящая в целом агрессивный характер, в то же время имеет депрессивно-аутодеструктивные черты: паблики колумбайновского дискурса содержат в том числе контент суицидальной направленности, а идея совершения массового школьного расстрела у большинства колумбайнеров включает в себя последующее самоубийство (в том числе по образцу, как это сделали Э. Харрис и Д. Клиболд).

Массовый расстрел в школе «Колумбайн» стал для скулшутеров сценарием для подражания, при этом последователи колумбайна практически во всех проанализированных случаях ставят своей целью превзойти количество жертв, убитых Э. Харрисом и Д. Клиболдом, и стать еще более знаменитыми, чем они.

Один из них — Владислав Росляков, совершивший акт скулшутинга в г. Керчи (Крым) 18 октября 2018 г. — превзошел своих «учителей» (21 погибший и 67 пострадавших), в связи с чем стал для российских последователей движения не менее важным «героем» для подражания, чем Э. Харрис и Д. Клиболд. Стоит отметить, что формально В. Росляков в сообществах скулшутинга не состоял, но сценарий совершенного им преступления практически полностью повторил американский сценарий.

Приверженцы идеологии скулшутинга позиционируют себя в качестве борцов за идею восстановления справедливости и мести обидчикам таких же изгоев, как они: сверстникам; преподавателям; девушкам (которые смотрят только на внешность, не обращают внимание на их внутренний мир, их уникальность и т.п.); обществу в целом, которое, по их мнению, потворствует травле и несправедливому отношению к ним; сотрудникам правоохранительных и иных органов исполнительной власти;

государству в целом, которое «выбрало такую политику», и т.д.

По публичным утверждениям самих колумбайнеров, общество и государство уродуют людей, делают их социопатами и убийцами, т.к. в совершении массового убийства они видят единственный путь выпустить свою ненависть и привлечь внимание к несправедливости общественного устройства.

Идеологию «колумбайн» характеризует антирежимная риторика, нередко сопровождающаяся призывами совершить революцию, уничтожить «это тупое государство» и т.д. В данном отношении прослеживаются явные сходства с терроризмом, преследующим цель не только склонить власти к принятию решений путем насилия, но и посеять в обществе атмосферу ужаса, уничтожить как можно больше людей.

Колумбайн-пропаганда «срачивается» с иными деструктивными идеологиями. В наибольшей степени это наблюдается в отношении национал-социализма: большинство колумбайнеров, как показало проведенное нами исследование, являются одновременно последователями идеологии нацизма. В определенной степени это связано с тем, что «икона» колумбайна — Э. Харрис — тоже был приверженцем нацизма и ярким фанатом А. Гитлера (к слову, в день трагедии в Пермском государственном университете один из праворадикальных телеграм-каналов с аудиторией свыше 2,5 тыс. человек заявил, что пермский колумбайнер (Тимур Бекмансуров) являлся админом данного канала).

Исследование также показало, что ряд скулшутеров придерживается и других видов экстремистской идеологии (радикального исламизма или, напротив, ненависти к мусульманам, этническим меньшинствам и т.д.). С другой стороны, ряд последователей скулшутинга, считающие себя несправедливо обделенными женским вниманием, придерживаются женоненавистнических взглядов (при этом некоторые из них идентифицируют себя в качестве лиц нетрадиционной сексуальной ориентации или состоят в сообществах инцелов²⁸). Последователи идеологии колумбайна нередко являются поклонниками шок- и треш-контента, кровавого аниме, феллцеста²⁹ и иных новых субкультурных течений (например (орфография и пунктуация сохранены): «люблю смотреть аниме, люблю феллцест и андертейл³⁰, а также я люблю Эрика и Дилана эти чуваки в 1999 г. устроили геноцид в школе колумбайн, штат

Колорадо, еще люблю яой и пить энергетики. Короче я феллцестер, колумбайнер и анархист, со мной скучно не будет»).

Кроме того, последователи колумбайна в социальных сетях нередко противопоставляют себя иным деструктивным субкультурам, выражая презрение к АУЕ (запрещенная на территории РФ экстремистская организация), призывая на войну с «быдло-либерастами», утверждая, что «теракты лучше убийств маньяками» и т.д.

С точки зрения анализа правоприменительной практики, нет единого подхода в квалификации преступлений, совершенных (планировавшихся) скулшутерами. Российская судебная практика правовой квалификации массовых школьных «расстрелов» неоднородна: в одних случаях осуществляется квалификация деяния в качестве террористического акта (ст. 205 УК РФ), в других — в качестве убийства двух и более лиц, совершенного общеопасным способом (пп. «а», «е» ч. 2 ст. 105 УК РФ), при этом по совокупности нередко вменяется незаконное приобретение, передача, сбыт, хранение, перевозка или ношение оружия, его основных частей, боеприпасов и (или) взрывчатых веществ или взрывных устройств и (или) незаконное изготовление взрывчатых веществ, незаконное изготовление, переделка или ремонт взрывных устройств (ст. 222, 222.1, 223.1 УК РФ).

Вместе с тем в пользу тезиса об отождествлении понятия акта скулшутинга с актом терроризма свидетельствуют выводы ряда отечественных и зарубежных исследователей.

Ставя знак равенства между понятиями «скулшутинг» и «школьный терроризм»,

Л. А. Гончаров отмечает, что этот вид терроризма является «политически немотивированным, держащим в страхе большие группы людей, фактически в заложники берется целая образовательная или воспитательная среда»³¹.

В целом мы согласны с данной позицией, однако представляется дискуссионным тезис о политической немотивированности колумбайна.

Р. Ларкин, рассматривая акты скулшутинга как политические акты, подчеркивает, что постколумбайновские «яростные расстрелы» отличаются от доколумбайновских следующими характеристиками: мотивация — реванш во имя коллектива, желание заявить о себе; использование медиа для привлечения внимания и т.д.³² Доколумбайновские массовые расстрелы были мотивированы мелкой ненавистью (в том числе за травлю и публичные унижения), женоненавистничеством (в том числе ввиду недостаточного внимания женского пола) и т.п.³³

Колумбайн, по мнению Р. Ларкина, стал «новой парадигмой»:

- 1) задавшей сценарий планирования и осуществления скулшутинга;
- 2) давшей вдохновение для новых яростных расстрелов как актов мести за прошлые ошибки, унижения и социальную изоляцию;
- 3) создавшей рекорд количества жертв массового школьного расстрела, который последователи колумбайна пытались превзойти;
- 4) даровавшей Э. Харрису и Д. Клиболду мифический статус в пантеоне отверженных ученических субкультур³⁴.

По словам самих колумбайнерских стрелков, они хотели запустить революцию среди уни-

²⁸ Инцелы (англ. incels, словослияние от англ. involuntary celibates — «невольно воздерживающиеся (от секса)») — члены субкультуры, идентифицирующие себя как неспособные найти сексуального партнера (несмотря на желание это сделать). Вину за невольное воздержание инцелы целиком возлагают на женщин, призывая к изнасилованиям, законодательному установлению дискриминации женщин и легализации секс-рабства, призывая к осуществлению насилия в отношении сексуально активных людей, распространяя расистские взгляды и т.д.

²⁹ Феллцест — жанр сетевой коммуникации, характеризующийся романтизацией и сексуализацией скелетов и атрибутов загробного мира.

³⁰ Undertale — компьютерная ролевая игра, героем которой выступает ребенок, попавший в загробный мир.

³¹ Гончаров Л. А. Колумбайн и скулшутинг в структуре молодежного экстремизма и терроризма // Вестник Воронежского института экономики и социального управления. 2019. № 2. С. 29.

³² Larkin R. W. The Columbine Legacy: Rampage Shootings as Political Acts // American Behavioral Scientist. 2009. Vol. 52. № 9. P. 1312.

³³ Moore M. H., Petrie C. V., Braga A. A., McLaughlin B. L. Deadly lessons: Understanding lethal school violence. Washington, DC: National Academies Press, 2003.

Muschert G. W. Research in school shootings // Sociology Compass. 2007. Vol. 1 (1). P. 60–80.

³⁴ Larkin R. W. The Columbine Legacy: Rampage Shootings as Political Acts // American Behavioral Scientist. 2009. Vol. 52. № 9. P. 1313–1314.

женных и презираемых учеников всего мира³⁵, т.е. были откровенно политичными в своих намерениях совершить массовый расстрел в школе³⁶.

Р. Ларкин приходит к выводу, что после случая в школе «Колумбайн» акты скулшутинга перестали быть просто актами мести психически неуравновешенных одиноких студентов, а переросли в общественном сознании в политические акты³⁷.

Как показало наше собственное исследование российской правоприменительной практики и мониторинг русскоязычного сегмента социальных сетей, политико-террористическая сущность актов скулшутинга проявляется в том, что колумбайнеры, помимо стремления совершить акт мести, руководствуются желанием увидеть чувство беспомощности власти, ее несостоятельность в осуществлении контроля над всем (власть виновата в негативном отношении сверстников, отсутствии финансовых возможностей у семьи, а также во всех проблемах граждан). Массовые расстрелы, по мнению колумбайнеров, помогут «изменить систему» и «смогут уменьшить количество людей, которые будут чувствовать себя жертвами». Ответственность за травлю со стороны сверстников, плохие внутрисемейные отношения, финансовые трудности «скулшутеры» возлагают на действующую в стране власть: «это наша власть выбрала такую политику». Осуществление террористического акта путем «школьного расстрела» расценивается колумбайнерами как способ оказания влияния на власть: 1) «Я хотел видеть, как власти будут винить себя. Я знал, что докажу власти что они не могут все контролировать», 2) «освободиться от оков системы мы можем только общими усилиями»; 3) я ненавижу мусульман, русских и политику России, хочу стереть это тупое государство с лица земли»; 4) «мы

хотели> Убить как больше нерусских в школе, и чтобы на нас обратили внимание, и чтобы в эту школу больше не принимали нерусских, или в основном в России. <...> хотели, чтобы на это посмотрело Правительство, ну, чтобы больше в <...> школы, в нашу особенно... не принимали туда нерусских, вот этих таджиков, армян, кавказцев» (орфография и пунктуация сохранены).

Таким образом, насильственные действия, которые пропагандирует субкультура «колумбайн», направлены на устрашение населения, дестабилизацию деятельности органов власти и/или воздействие на принятие ими решений. Как отмечает С. М. Кочои, «главное в террористическом акте — это характер совершаемых действий (взрыв, поджог и подобные действия), которые создают опасность гибели человека, наступления иных тяжких последствий, и намерение, с которым они совершаются, — *устрашение населения* и в конечном счете *воздействие на государство*»³⁸.

Направленность на устрашение населения, цели дестабилизации деятельности органов власти или международных организаций либо воздействия на принятие ими решений закреплены в законодательстве в качестве обязательных признаков такого преступления, как террористический акт (ст. 205 УК РФ, ст. 3 Федерального закона «О противодействии терроризму»), что позволяет квалифицировать речевые действия, направленные на пропаганду субкультуры «колумбайн», по ст. 205.2 УК РФ, которая запрещает публичные призывы к осуществлению террористической деятельности, публичное оправдание терроризма или пропаганду терроризма.

Экстремистские речевые действия³⁹ (речевые акты) колумбайновского дискурса⁴⁰, исходя из нормативного обеспечения противодействия терроризму, а также положений судебного ре-

³⁵ Gibbs N., Roche T. (1999, December 20). The Columbine tapes // Time Magazine. P. 4.

³⁶ Larkin R. W. Comprehending Columbine. Philadelphia : Temple University Press, 2007.

³⁷ Larkin R. W. The Columbine Legacy: Rampage Shootings as Political Acts // American Behavioral Scientist. 2009. Vol. 52. № 9. P. 1320–1323.

³⁸ Кочои С. М. Пробелы в законодательстве о терроризме и предложения по их устранению // Всероссийский криминологический журнал. 2016. № 4. С. 743.

³⁹ Вслед за рядом отечественных и зарубежных ученых мы рассматриваем терроризм как крайнюю форму экстремизма, поэтому понятия «экстремизм» и «терроризм» соотносятся как общее и частное.

⁴⁰ Дискурс (от франц. discours — речь) — связанный текст в совокупности с экстралингвистическими — прагматическими, социокультурными, психологическими [и др.] факторами; текст, взятый в событийном аспекте; речь, рассматриваемая как целенаправленное социальное действие, как компонент, участвующий во взаимодействии людей и механизмов их сознания (когнитивных процессах). Дискурс —

чеведения и теории речевых актов, можно подразделить на следующие виды:

- призывы (побуждение) к осуществлению колумбайна (скулшутинга);
- обоснование необходимости осуществления колумбайна» (скулшутинга);
- оправдание необходимости осуществления колумбайна (скулшутинга)⁴¹.

С криминалистической точки зрения структуру любого экстремистского речевого действия можно представить следующим образом:

- предмет речи (тематика);
- отношение автора;
- речевая цель⁴².

Пределно важным является анализ всех вышеупомянутых компонентов в совокупности, т.к. игнорирование хотя бы одного из них приводит к серьезным ошибкам: закон не запрещает говорить о чем-то, не устанавливает цензуру на какие-либо тематики выступлений (например, на обсуждения исторических фактов конфликтов, фактов преступлений и т.д.),

он запрещает такие речевые действия, в которых **тематика продукта речевой деятельности** (предмет речи) сопряжена с определенным **отношением автора** (положительным (*например, признание допустимым колумбайна*)) / отрицательным (*в этом случае признается необходимость изменения ситуации*)) и **речевой целью** (*например, побудить к определенным противоправным действиям*).

Упомянутая выше комбинация строго определенных компонентов: тематики (предмета речи), отношения автора к предмету речи и речевой цели — образует криминалистический диагностический комплекс (далее — КДК) речевого действия, имеющий свои собственные специальные (лингвистические) признаки и представляющий собой типовую модель криминогенного речевого действия — образец-эталон для криминалистического исследования с целью установления в речевом продукте специальных признаков объективной стороны преступления (табл. 1)⁴³.

Таблица 1

КДК «побуждение к скулшутингу»

Компонент ПРД	Криминалистические (лингвистические) признаки эталона
Предмет речи	1. Объект криминогенной речевой агрессии — одноклассники и/или иные обучающиеся школы и/или учителя. 2. Физические насильственные действия (массовое убийство), которые необходимо совершить реципиенту (адресату) в отношении п. 1
Отношение	Положительная оценка описанных/указанных насильственных действий, признание необходимым их совершения
Речевая цель	Побуждение реципиента к совершению описанных/указанных насильственных действий

Языковыми формами побуждения являются глаголы в повелительном наклонении, предикаты долженствования, инфинитивы, эллиптические предложения и т.д. Пример выражения побуждения через глаголы повелительного наклонения в стихотворении одного из колумбайнеров: «Бей их, что бы спасти себя», «Их

ты просто режь, режь», «От жизни отрекись, или их убей» (орфография и пунктуация сохранены).

Речевая цель в речевом акте «побуждение к скулшутингу» зачастую сопряжена с демонстрацией того, что только убийства (расстрел) колумбайновского сценария смогут изменить

это речь, «погруженная в жизнь» (см.: Лингвистический энциклопедический словарь // URL: <http://lingvisticheskiy-slovar.ru/description/diskurs/168> (дата обращения: 21.05.2021)).

⁴¹ «Пропаганда» выступает речевой стратегией, которая может сочетать любую комбинацию из перечисленных речевых актов.

⁴² За основу взят подход специалистов РФЦСЭ при Минюсте России о триединой структуре «экстремистского значения». См., например: Кукушкина О. В., Сафонова Ю. А., Секераж Т. Н. Методика проведения судебной психолого-лингвистической экспертизы материалов по делам, связанным с противодействием экстремизму и терроризму / ФБУ РФЦСЭ при Минюсте России. М., 2014. 98 с.

⁴³ Галяшина Е. И., Никишин В. Д., Богатырев К. М. Типовые криминалистические диагностические комплексы криминогенных речевых действий // Судебная экспертиза. 2021. № 1 (65). С. 16–31.

систему, созданную властью, которая стала причиной негативного отношения сверстников к автору речевого продукта. Побуждение к скулшутингу зачастую выражается в «манифестах» колумбайнеров, содержащих призывы осуществлять школьные расстрелы с целью изменить существующее положение дел.

Отрицательное отношение к существующему положению дел может быть выражено в том числе через указание на нецелесообразность бездействия («Зачем страдать? Зачем от них чего-то ждать? Зачем себя в моральную

тюрьму сажать?» (орфография и пунктуация сохранены)).

Насильственные действия (предмет речи) в тексте могут прямо не называться, но «выводиться» из контекста (в том числе содержащем отсылки к прецедентам колумбайна, именам колумбайнеров и т.д.): «До костей все мясо чтоб горело, Что бы плоть горела как шансы на жизнь», «И по классам всем пройтись, Сжигая всех живьем. Только лишь забыв про человечность. Можно сжечь друзей живьем» (орфография и пунктуация сохранены).

Таблица 2

КДК «обоснование необходимости скулшутинга»

Компонент ПРД	Криминалистические (лингвистические) признаки эталона
Предмет речи	1. Объект криминогенной речевой агрессии — одноклассники и/или иные обучающиеся школы и/или учителя. 2. Физические насильственные действия (массовое убийство), которые необходимо совершить реципиенту (адресату) в отношении п. 1
Отношение	Положительная оценка описанных/указанных насильственных действий, признание правильным и необходимым их совершения <i>или</i> обещание совершить описанные/указанные насильственные действия с призывом поддержать их «морально»
Речевая цель	Убеждение реципиента в правильности и целесообразности совершения указанных/описанных насильственных действий

Положительная оценка колумбайна может выражаться в том числе через сравнение с иными насильственными действиями, через признание колумбайна более «гуманным» способом расправы, например: «*вот и сравнить маньяков и тех кто например совершает массовые акты терроризма. По моему массовые убийства более гуманнее, ибо все закончится быстро*» (орфография и пунктуация сохранены).

Речевое действие «**оправдание необходимости скулшутинга**» предполагает прежде всего утверждение о том, что общепринятая оценка предмета речи неверна, что преследуемые по закону насильственные действия на самом деле являются допустимыми, и (или) правильными, и (или) желательными, и (или) необходимыми с точки зрения морали, восстановления справедливости и т. п.⁴⁴

Таблица 3

КДК «оправдание необходимости скулшутинга»

Компонент ПРД	Криминалистические (лингвистические) признаки эталона
Предмет речи	1. Объект криминогенной речевой агрессии — одноклассники и/или иные обучающиеся школы и/или учителя. 2. Физические насильственные действия (массовое убийство), которые необходимо совершить реципиенту (адресату) в отношении п. 1
Отношение	Положительная оценка указанных/описанных насильственных действий через их: — одобрение, — восхваление, — героизацию,

⁴⁴ Никишин В. Д. Словесный религиозный экстремизм. Правовая квалификация. Экспертиза. Судебная практика : монография / под ред. Е. И. Галяшиной. М. : Проспект, 2019. С. 78–79.

Компонент ПРД	Криминалистические (лингвистические) признаки эталона
	— романтизацию, — выражение чувств причастности/солидарности и т.п.
Речевая цель	Убеждение реципиента в допустимости (правильности, желательности, необходимости) совершения указанных/описанных насильственных действий

Положительная оценка в речевом акте «оправдание необходимости скулшутинга» может выражаться через указание на то, что акт колумбайна — «закономерное» следствие буллинга делинквента, «несправедливого» к нему отношения, «несправедливости» общества в целом и т.д., например (орфография и пунктуация сохранены): 1) «*террористы становятся даже не по своей воле бывает. Влад Росляков, всю жизнь лишь плевки и всякое говно доставалось, и вот просто ему нужно было просто смириться, к нему так относятся и жить с этим, терпел бы, зато бы никто не убил. Класс! Мир и любоф! Следствие обстоятельств»* (прием иронии); 2) «*то, что сделал Росляков, это он еще малое сделали что мог сделать. Это еще считай милосердие к учащимся этого колледжа. Если бы в этой истории была справедливость то ничего бы не было»; «я не нахожу другого способа куда деть свою ненависть, можно было относиться ко мне лучше, и этого бы не произошло, у меня практически нулевая самооценка когда речь идет о девушках, внешности и так далее, все надо мной смеются»; 3) «Что Клиболд, что Харрис — продукты типичных подростковых конфликтов, когда внезапно оказывается, что ты не самый красивый, не самый лучший, не самый умный, а твои интересы не самые популярные и многим кажутся странным. Мало было печали, так еще за твои «не такое» тебя будут усиленно чморить. Вот тебе и вырастает человек-жертва буллинга и унижения. Многие подростки испытывают на себе подобное и оттого многие тянутся к таким вот образам мести за унижения. Прибавить сюда еще и ненависть к школе и вообще будет опасно».*

Романтизация массовых расстрелов может достигаться через создание привлекательного образа осуществляемой деятельности: «*В твоих глазах блестит огонь, Он сверкает как упавшая звезда, Как жар птица, сверкающая огнем, Словно цветок огня»; «И пойди вершить добро...»* (орфография и пунктуация сохранены).

В речевых актах, направленных на пропаганду субкультуры «колумбайн», объект крими-

ногенной агрессии (аут-группа) зачастую имеет уничижительную оценку: постулируется, что все люди, придерживающиеся «стандартной жизни», заслуживают смерти («*заткнитесь и умрите!»*); аут-группа — «*быдло, заслуживающее смерти», «моральные уроды, недостойные жить», «ублюдки, уцербы, полоумные, паразиты, пожирающие страну»*; может выражаться готовность отомстить «всему поколению Z», которое «*интересуют только секс и наркотики*», которое «*не дает нормально жить, смеется надо мной»* (орфография и пунктуация сохранены).

Как показало исследование, в колумбайн-дискурсе ненависть к одноклассникам может экстраполироваться на ненависть к родителям, девушкам, представителям иных религий, на ненависть к обществу и государству в целом (мотив «чистой» ненависти), сочетаться с политическими тезисами о необходимости нового лидера страны и осуществления военного переворота / праворадикальной революции и т.п., подкрепляя их утверждениями типа (орфография и пунктуация сохранены): 1) «*демократия — худшая форма политического режима*», 2) «*диктатура — лучшая форма правления*», 3) «*необходимо создать партию национал-патриотизма*»; 4) «*В седьмом классе мое сознание начало меняться, я стал очень агрессивным ко всем, я перестал общаться с матерью, меня начали посещать мысли суицида»; причина проблемы: 5) «Так устроено в нашей стране. Где везде коррупция»; 6) «И вся эта коррупция идет с головы. Это наша власть выбрала такую политику. Это они наживаются на чужом горе»; 7) «Нет дела власти до обычных граждан, нет СПРАВЕДЛИВОСТИ»; 8) «власть может понять только силу», школьные расстрелы необходимы, «чтобы поменять политическую ситуацию в стране» и т.п.*

Стоит отметить, что, как показал анализ правоприменительной практики и мониторинг социальной сети «ВКонтакте», не во всех продуктах речевой деятельности, направленных на пропаганду субкультуры «колумбайн», эксплицитно выражены направленность пропаганди-

руемых насильственных действий (скулшутинга) на устрашение населения и воздействие на государство. В таких случаях возникает неопределенность в правовой квалификации криминальных речевых действий. С одной стороны, отсутствие в конкретном речевом продукте указанной направленности не позволяет квалифицировать действия лица как пропаганду терроризма (включая призывы, оправдание) по ст. 205.2 УК РФ. С другой стороны, в доктрине терроризм нередко рассматривается как «идеологически мотивированное насилие»⁴⁵ вне привязки к целям выдвижения конкретных требований государственным органам и т.п., а субкультура «колумбайн» в целом имеет направленность на устрашение населения, дестабилизацию органов власти и институтов гражданского общества и, безусловно, представляет собой деструктивную идеологию насилия.

Данная проблема требует, на наш взгляд, дальнейшего теоретического осмысления и внесения изменений в нормативные правовые акты, однако в рамках действующего законодательства речевые действия, охватываемые понятием пропаганды скулшутинга, но не содержащие прямо или косвенно выраженную направленность пропагандируемых насильственных действий (массовых расстрелов) на устрашение населения и воздействие на государство, при установлении мотивов ненависти или вражды, представляется целесообразным квалифицировать по ст. 280 УК РФ и (или) ст. 282 УК РФ.

В случае отсутствия в конкретном речевом продукте рассмотренной выше направленности, но наличия экстремистских мотивов, пропагандируемые массовые расстрелы рассматриваются не как террористические акты, а как убийства по мотивам ненависти или вражды (п. «л» ч. 2 ст. 105 УК) и охватываются, таким

образом, понятием экстремистской деятельности (экстремизма) в соответствии с п. 1 ст. 1 Федерального закона «О противодействии экстремистской деятельности».

Соответственно, в таких случаях побуждение к скулшутингу (таблица 1) может быть квалифицировано по ст. 280 УК РФ («Публичные призывы к осуществлению экстремистской деятельности»), а обоснование и оправдание скулшутинга (таблицы 2–3) — по ст. 282 УК РФ («Возбуждение ненависти либо вражды, а равно унижение человеческого достоинства»), т.к. концепт «возбуждение ненависти либо вражды», как было нами обосновано ранее⁴⁶, охватывает понятия обоснования и оправдания необходимости осуществления экстремистской деятельности, что также нашло отражение в п. 5 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28.06.2011 № 11 «О судебной практике по уголовным делам о преступлениях экстремистской направленности»: «Публичное распространение информации, в которой *обосновывается необходимость* совершения противоправных действий в отношении лиц по признаку расы, национальности, религиозной принадлежности и т. д., либо информации, *оправдывающей такую деятельность*, следует квалифицировать по статье 282 УК РФ при наличии иных признаков этого состава преступления»⁴⁷.

Рассмотренные криминалистические диагностические комплексы речевых действий колумбайновского дискурса позволяют осуществить в дальнейшем правовую квалификацию речевого действия как преступления, предусмотренного ст. 205.2 УК РФ или ст. 281 (282) УК РФ, при наличии/отсутствии направленности пропагандируемых массовых расстрелов на устрашение населения с целью оказания воздействия на органы власти или экстремистских мотивов.

⁴⁵ Investigating the Applicability of Macro-Level Criminology Theory to Terrorism: A County-Level Analysis / J. D. Freilich [et al.] // Journal of Quantitative Criminology. 2015. Vol. 31, iss. 3. P. 383–411.

⁴⁶ Никишин В. Д. Указ. соч. С. 57–86.

⁴⁷ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 28.06.2011 № 11 «О судебной практике по уголовным делам о преступлениях экстремистской направленности»: офиц. текст по состоянию на 20 апреля 2021 г. // Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Белоусов А. Д. Угрозы сети Интернет для несовершеннолетних пользователей: психологический анализ и профилактика : монография. — М. : Проспект, 2021. — 80 с.
2. Галяшина Е. И., Никишин В. Д., Богатырев К. М. Типовые криминалистические диагностические комплексы криминогенных речевых действий // Судебная экспертиза. — 2021. — № 1 (65). — С. 16–31.
3. Гончаров Л. А. Колумбайн и скулшутинг в структуре молодежного экстремизма и терроризма // Вестник Воронежского института экономики и социального управления. — 2019. — № 2. — С. 29–31.
4. Гуров Ф. Н. Информатизация общества и трансформация субъекта коммуникативных практик // Гуманитарный вестник. — 2019. — № 4 (78).
5. Кочои С. М. Пробелы в законодательстве о терроризме и предложения по их устранению // Всероссийский криминологический журнал. — 2016. — № 4. — С. 740–749.
6. Кукушкина О. В., Сафонова Ю. А., Секераж Т. Н. Методика проведения судебной психолого-лингвистической экспертизы материалов по делам, связанным с противодействием экстремизму и терроризму / ФБУ РФЦСЭ при Минюсте России. — М., 2014. — 98 с.
7. Методическое пособие по выявлению признаков риска поведения в социальных медиа. Цифровая гигиена / Н. Касперская, И. Ашманов. — М. : Крибрум, 2019. — 40 с.
8. Никишин В. Д. Словесный религиозный экстремизм. Правовая квалификация. Экспертиза. Судебная практика : монография / под ред. Е. И. Галяшиной. — М. : Проспект, 2019. — 240 с.
9. Поцелуев С. П., Подшибякина Т. А. О факторах политической радикализации в сетевой коммуникации посредством «эхокамер» // Научная мысль Кавказа. — 2018. — № 2 (94). — С. 29–34.
10. Роголева О. С., Шкайдерова Т. В. Новые медиа: эволюция понятия (аналитический обзор) // Вестник ОмГУ. — 2015. — № 1 (75). — С. 222–225.
11. Freilich J. D. [et al.]. Investigating the Applicability of Macro-Level Criminology Theory to Terrorism: A County-Level Analysis // Journal of Quantitative Criminology. — 2015. — Vol. 31. — Iss. 3. — P. 383–411.
12. Fryer B. The media spectacle of Columbine: Alienated youth as an object of fear // American Behavioural Scientist. — 2009. — Vol. 52. — № 10. — P. 1387–1404.
13. Kiilakoski T., Oksanen A. Soundtrack of the school shootings: Cultural script, music and male rage // Young. — 2011. — Vol. 19. — № 3. — P. 247–269.
14. Lankford A. Are America's public mass shooters unique? A comparative analysis of offenders in the United States and other countries // International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice. — 2016. — T. 40. — № 2. — P. 171–183.
15. Larkin R. W. Comprehending Columbine. — Philadelphia : Temple University Press, 2007. — 264 p.
16. Larkin R. W. The Columbine Legacy: Rampage Shootings as Political Acts // American Behavioral Scientist. — 2009. — Vol. 52. — № 9. — P. 1309–1326.
17. Malkki L. Political elements in post-Columbine school shootings in Europe and North America // Terrorism and political violence. — 2014. — T. 26. — № 1. — P. 185–210.
18. McMurdo S. 'It's a filthy goddamn helpless world': Reimagining Columbine, Tate Langdon and the spectre of school shooters // European Journal of American Culture. — 2019. — Vol. 38. — № 1. — P. 57–69.
19. McWilliam D. Fear and loathing in suburbia: School shootings // Violence in American Popular Culture / D. Schmid (ed.). — Santa Barbara : Praegar, 2015. — P. 183–202.
20. Moore M. H., Petrie C. V., Braga A. A., McLaughlin B. L. Deadly lessons: Understanding lethal school violence. — Washington, DC : National Academies Press, 2003. — 400 p.
21. Muschert G. W. Research in school shootings // Sociology Compass. — 2007. — Vol. 1 (1). — P. 60–80.
22. Muschert G. W. The Columbine victims and the myth of the juvenile superpredator // Youth, Violence and Juvenile Justice. — 2007. — Vol. 5. — № 4. — P. 351–366.
23. Sunstein C. R. Echo chambers. — Princeton : Princeton University Press, 2001. — 108 p.
24. Sunstein C. R. Republic.com 2. — Princeton — Oxford : Princeton University Press, 2007.

Материал поступил в редакцию 28 сентября 2021 г.

REFERENCES

1. Belousov AD. Ugrozy seti internet dlya nesovershennoletnikh polzovateley: psikhologicheskii analiz i profilaktika : monografiya [Threats of the Internet for minors: psychological analysis and prevention: Monograph]. Moscow: Prospect Publ.; 2021 (In Russ.).
2. Galyashina EI, Nikishin VD, Bogatyrev KM. Tipovye kriminalisticheskie diagnosticheskie komplekсы kriminogennykh rechevykh deystviy [Typical criminalistic diagnostic complexes of criminogenic speech actions]. *Forensic Examination*. 2021;1(65):16-31 (In Russ.).
3. Goncharov LA. Kolumbayn i skulshuting v strukture molodezhnogo ekstremizma i terrorizma [Columbine and school shooting in the structure of youth extremism and terrorism]. *Bulletin of the Voronezh Institute of Economics and Social Management*. 2019;2:29-31 (In Russ.).
4. Gurov FN. Informatizatsiya obshchestva i transformatsiya subekta kommunikativnykh praktik [Informatization of society and transformation of the subject of communicative practices]. *Humanitarian Bulletin*. 2019;4(78) (In Russ.).
5. Kochoi SM. Probely v zakonodatelstve o terrorizme i predlozheniya po ikh ustraneniyu [Gaps in Anti-Terrorism Legislation and Proposals for Bridging them]. *Russian Journal of Criminology*. 2016;4:740-749 (In Russ.).
6. Kukushkina OV, Safonova YuA., Sekerazh TN. Metodika provedeniya sudebnoy psikhologo-lingvisticheskoy ekspertizy materialov po delam, svyazannym s protivodeystviem ekstremizmu i terrorizmu [Methodology of forensic psychological and linguistic examination of materials concerning cases related to countering extremism and terrorism]. Moscow: RFCFS of the Russian Ministry of Justice; 2014 (In Russ.).
7. Metodicheskoe posobie po vyyavleniyu priznakov riska povedeniya v sotsialnykh media. Tsifrovaya gigiena [Methodological guide for identifying signs of risk behavior in social media]. Moscow: Kribrum Publ.; 2019 (In Russ.).
8. Nikishin VD. Slovesnyy religioznyy ekstremizm. Pravovaya kvalifikatsiya. Ekspertiza. Sudebnaya praktika : monografiya [Verbal religious extremism. Legal qualifications. Expertise. Judicial practice: monograph]. Moscow: Prospekt Publ.; 2019 (In Russ.).
9. Potseluev SP, Podshibyakina TA. O faktorakh politicheskoy radikalizatsii v setevoy kommunikatsii posredstvom «ekhhokamer» [On the Factors of Political Radicalization in Network Communication through "Echo Chambers"]. *Scientific Thought of Caucasus*. 2018;2(94):29-34 (In Russ.).
10. Rogaleva OS, Shkayderova TV. Novye media: evolyutsiya ponyatiya (analiticheskiy obzor) [New media: the evolution of the concept (analytical review)]. *Herald of Omsk University*. 2015;1(75):222-225 (In Russ.).
11. Freilich JD, et al. Investigating the Applicability of Macro-Level Criminology Theory to Terrorism: A County-Level Analysis. *Journal of Quantitative Criminology*. 2015;31(3): 383–411.
12. Fryer B. The media spectacle of Columbine: Alienated youth as an object of fear. *American Behavioural Scientist*. 2009;52(10):1387-1404.
13. Kiilakoski T., Oksanen A. Soundtrack of the school shootings: Cultural script, music and male rage. *Young*. 2011;19(3):247-269.
14. Lankford A. Are America's public mass shooters unique? A comparative analysis of offenders in the United States and other countries. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*. 2016;40(2):171-183.
15. Larkin RW. Comprehending Columbine. Philadelphia: Temple University Press; 2007.
16. Larkin RW. The Columbine Legacy: Rampage Shootings as Political Acts. *American Behavioral Scientist*. 2009;52(9):1309-1326.
17. Malkki L. Political elements in post-Columbine school shootings in Europe and North America. *Terrorism and political violence*. 2014;26(1):185-210.
18. McMurdo S. 'It's a filthy goddamn helpless world': Reimagining Columbine, Tate Langdon and the spectre of school shooters. *European Journal of American Culture*. 2019;38(1):57-69.
19. McWilliam D. Fear and loathing in suburbia: School shootings. Violence in American Popular Culture. Schmid D., editor. Santa Barbara: Praeger; 2015.
20. Moore MH, Petrie CV, Braga AA, McLaughlin BL. Deadly lessons: Understanding lethal school violence. Washington, DC: National Academies Press; 2003.
21. Muschert GW. Research in school shootings. *Sociology Compass*. 2007;1(1):60-80.
22. Muschert GW. The Columbine victims and the myth of the juvenile superpredator. *Youth, Violence and Juvenile Justice*. 2007;5(4):351-366.
23. Sunstein CR. Echo chambers. Princeton: Princeton University Press; 2001.
24. Sunstein CR. Republic.com 2. Princeton—Oxford: Princeton University Press; 2007.

DOI: 10.17803/1729-5920.2021.180.11.077-091

Т. Д. Устинова*,
А. С. Рубцова**

Развитие и состояние уголовного законодательства об ответственности за контрабанду стратегически важных товаров и ресурсов

Аннотация. В статье прослеживается развитие в российском уголовном законодательстве ответственности за незаконное перемещение стратегически важных товаров и ресурсов через таможенную границу Таможенного союза в рамках ЕврАзЭС либо Государственную границу РФ. При этом обосновывается правильность указания в диспозиции ст. 226.1 УК РФ Государственной границы как места совершения анализируемого преступления. Приводится подробный перечень стратегически важных товаров и ресурсов, поскольку установление предмета преступления позволяет правильно квалифицировать содеянное и отграничить уголовно наказуемую контрабанду от контрабанды, ответственность за совершение которой предусмотрена только в административном законодательстве. Обосновывается утверждение, согласно которому данный вид контрабанды посягает не на общественную безопасность, а на отношения в сфере экономической деятельности, поэтому вносится предложение о возвращении уголовно-правовой нормы в гл. 22 УК РФ. Одновременно с этим предлагается установить уголовную ответственность за контрабанду предметов флоры и фауны, отнесенных к стратегически важным товарам и ресурсам, в самостоятельной статье в главе «Экологические преступления» с учетом общественной опасности данного деяния, и ответственность при этом не должна быть связана со стоимостью перемещаемых товаров и ресурсов. Учет только стоимости биологических ресурсов при их уголовно-правовой охране не отражает реальной общественной опасности данных деяний. Потребность в охране биологических ресурсов уголовно-правовыми средствами обусловлена не только и не столько экономическими предпосылками, сколько необходимостью сохранения для будущих поколений редких и исчезающих представителей флоры и фауны — важнейших составляющих экосистемы всей планеты. Сформулированные автором выводы во многом направлены на соблюдение системности уголовного закона, обусловленной особенностями объекта посягательства.

Ключевые слова: Государственная граница; незаконное перемещение; контрабанда предметов флоры и фауны; экономическая деятельность; стратегически важные товары и ресурсы; таможенная граница Таможенного союза в рамках ЕврАзЭС.

Для цитирования: Устинова Т. Д., Рубцова А. С. Развитие и состояние уголовного законодательства об ответственности за контрабанду стратегически важных товаров и ресурсов // Lex russica. — 2021. — Т. 74. — № 11. — С. 77–91. — DOI: 10.17803/1729-5920.2021.180.11.077-091.

© Устинова Т. Д., Рубцова А. С., 2021

* Устинова Тамара Дмитриевна, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993 tdustinova@msal.ru

** Рубцова Александрина Сергеевна, кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993 denisova@asdenisova.ru

The Development and State of Criminal Legislation on Responsibility for Smuggling Strategically Important Goods and Resources

Tamara D. Ustinova, Dr. Sci. (Law), Professor, Professor of the Department of Criminal Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
tdustinova@msal.ru

Aleksandrina S. Rubtsova, Cand. Sci. (Law), Associate Professor of the Department of Criminal Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
denisova@asdenisova.ru

Abstract. The paper is devoted to monitoring the development in the Russian criminal legislation of responsibility for the illegal movement of strategically important goods and resources across the customs border of the Customs Union within the EurAsEC or the State border of the Russian Federation. At the same time, the author argues the correctness of the indication in the disposition of Art. 226.1 of the Criminal Code of the Russian Federation a State Border as a place of commission of the crime under consideration. The author provides a detailed list of strategically important goods and resources, since the establishment of the subject matter of a crime makes it possible to qualify the offense and differentiate criminal smuggling from smuggling the responsibility for which is envisaged only in administrative legislation. The author substantiates the statement according to which this type of smuggling infringes not on public safety, but on relations in the field of economic activity. Therefore, a proposal is made to return the criminal law rule to Ch. 22 of the Criminal Code of the Russian Federation. At the same time, it is proposed to establish criminal liability for smuggling flora and fauna items classified as strategically important goods and resources in a separate article in the Chapter entitled "Environmental Crimes" with due regard to the social danger of this act. The liability should not be related to the value of the goods and resources being moved. Taking into account only the cost of biological resources in their protection under criminal law does not reflect the real social danger of these acts. The need for the protection of biological resources using criminal law instruments is caused not only and not so much by economic preconditions but by the need to preserve rare and endangered representatives of flora and fauna for future generations—the most important components of the ecosystem of the entire planet. The author draws conclusions largely aimed at observing the systematic nature of the criminal law due to the peculiarities of the object of the offence.

Keywords: State border; illegal movement; smuggling of flora and fauna items; economic activity; strategically important goods and resources; customs border of the Customs Union within the EurAsEC.

Cite as: Ustinova TD, Rubtsova AS. S razvitie i sostoyanie ugolovnogo zakonodatelstva ob otvetstvennosti za kontrabandu strategicheskii vazhnykh tovarov i resursov [The Development and State of Criminal Legislation on Responsibility for Smuggling Strategically Important Goods and Resources]. *Lex russica*. 2021;74(11):77-91. DOI: 10.17803/1729-5920.2021.180.11.077-091 (In Russ., abstract in Eng.).

Уголовная ответственность за контрабанду как общественно опасное деяние, нарушающее установленный порядок ввоза или вывоза товаров или иных предметов, существовала как в российском дореволюционном уголовном законодательстве, так и в законодательстве советского и постсоветского периодов.

В Уголовных кодексах РСФСР 1922, 1926 и 1960 гг. контрабанда относилась к числу иных государственных преступлений, «которые посягают на основы общественной безопасности, обороноспособности и хозяйственной мощи Советского государства и совершаются без цели

подрыва или ослабления Советской власти и Советского государства»¹, в отличие от особо опасных государственных преступлений, преследующих указанные цели. Соответственно, в научной классификации она входила в группу преступлений, посягающих на хозяйственную мощь, а ее непосредственным объектом признавалась «монополия внешней торговли»², поскольку только государство через Министерство внешней торговли СССР производило все внешние торговые операции.

В УК РСФСР 1960 г., на смену которому пришел УК РФ 1996 г., ответственность за контра-

¹ Курс советского уголовного права. Т. 4. М. : Наука, 1970. С. 153.

² Курс советского уголовного права. Т. 4. С. 156, 263.

банду была установлена в ст. 78, а ее предметом являлись товары или иные ценности, наркотические, взрывчатые, сильнодействующие и ядовитые вещества, оружие, боеприпасы и воинское снаряжение. Приведенный перечень наглядно показывает, что стратегически важные товары и ресурсы специально не выделялись в качестве самостоятельного предмета контрабанды. Способы совершения контрабанды строго перечислялись в диспозиции уголовно-правовой нормы: сокрытие от таможенного контроля; перемещение товаров помимо таможенного контроля; обманное использование документов или средств таможенной идентификации; недостоверное декларирование или недекларирование перемещаемых предметов.

Советом Республик Верховного Совета СССР 26 декабря 1991 г. принята декларация, которая констатировала прекращение существования СССР как государства и субъекта международного права. Административно-территориальные границы РСФСР стали государственными границами Российской Федерации. Государство перестало быть монополистом в сфере международной торговли.

Естественно, что со временем отношение к контрабанде как к иному государственно-му преступлению изменилось. Законодатель посчитал, что в ст. 78 УК РСФСР должны быть конкретно перечислены предметы контрабанды как иного государственного преступления. Впервые Федеральным законом от 01.07.1994 в текст уголовного закона были включены имеющие значение для функционирования и развития экономики «стратегически важные сырьевые товары, в отношении которых установлены соответствующие правила вывоза из Российской Федерации». Их перечень был утвержден постановлением Правительства РФ от 26.07.1992 № 434 «Об утверждении перечня стратегически важных сырьевых товаров, экспорт которых осуществляется предприятиями и организациями, зарегистрированными Министерством внешних экономических связей Российской Федерации» и другими нормативными правовыми актами³. В перечне — дикие живот-

ные, пшеница, семена сои и подсолнечника, древесина, драгоценные металлы и изделия из них, сырая нефть и продукты ее переработки, прокат цветных металлов, рыба, ракообразные, и это — далеко не полный его объем.

Не относящиеся к стратегически важным, иные товары и предметы, ввоз и вывоз которых мог сопровождаться нарушением таможенных правил перемещения, были включены во вновь принятую ст. 169.1 УК РСФСР «Нарушение таможенного законодательства Российской Федерации» и признавались преступлениями при наличии крупного размера. Таким образом, в Уголовный кодекс 1960 г. вошли, по существу, два вида контрабанды, с одинаковыми способами их совершения, квалифицированными составами, но различающиеся по степени общественной опасности⁴. Впервые Федеральный закон от 01.07.1994 «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс РСФСР и Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР» местом преступления и в ст. 78, и в ст. 169.1 УК РСФСР указал таможенную границу вместо государственной, как это было ранее.

Можно сказать, что Федеральный закон от 01.07.1994 стал предвестником нового Уголовного кодекса РФ 1996 г. Именно он заложил основы формирования новых подходов к оценке общественно опасных деяний в качестве преступных, а также ввел в УК РСФСР 1960 г. новые составы преступлений, большая часть которых фактически без изменений (с небольшими уточнениями) была включена в УК РФ 1996 г. Сказанное в полной мере относится к контрабанде, которая была исключена из числа так называемых иных государственных преступлений (по новой терминологии — из преступлений против основ конституционного строя и безопасности государства).

Законодатель, принимая Уголовный кодекс 1996 г., исходил из того, что общественная опасность контрабанды заключается в том, что она посягает на экономические интересы государства в сфере таможенной политики, направленной на охрану внешнеэкономической деятельности по ввозу и вывозу товаров и иных

³ Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1993. № 12. Ст. 1004.

См. также: приложения № 2 и 3 к постановлению Правительства РФ от 01.07.1994 «О мерах по совершенствованию государственного регулирования экспорта товаров и услуг // СЗ РФ. 1994. № 11. Ст. 1295; постановление Правительства РФ от 03.11.1993 № 1120 // Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1993. № 45. Ст. 4341.

⁴ Санкция ст. 78 УК РСФСР предусматривала лишение свободы на срок от 5 до 12 лет с конфискацией имущества, а санкция ст. 169.1 УК РСФСР — от 3 до 10 лет с конфискацией имущества.

предметов, за которые необходимо уплачивать соответствующие платежи, пополняющие бюджет государства. Неисполнение требований таможенного законодательства в этой части подрывает финансовую систему государства; бесконтрольный ввоз некачественных товаров нарушает интересы потребителей и иных товаропроизводителей, влияет на конкурентоспособность отечественных товаров. Поэтому новая статья 188 «Контрабанда» была размещена в гл. 22 УК РФ «Преступления в сфере экономической деятельности» раздела VIII «Преступления в сфере экономики».

В Уголовном кодексе РФ 1996 г. редакция ст. 188 фактически соединила в себе тексты ст. 78 и 169.1 УК РСФСР. Часть 1 ст. 188 УК РФ повторяла редакцию ч. 1 ст. 169.1 УК РСФСР, а ч. 2 ст. 188 УК РФ — ч. 1 ст. 78 УК РСФСР. Казалось бы, по правилам законодательной техники перечисленные в ч. 2 ст. 188 УК РФ деяния, ответственность за которые наступала независимо от суммы перемещаемых предметов, представляли квалифицированные составы контрабанды исходя из их предмета, среди которых присутствовали и стратегически важные сырьевые товары. Однако, как справедливо отмечал Б. В. Волженкин, особенности перечисленных в ч. 2 ст. 188 УК РФ предметов «позволяют говорить и о другом (других) объекте посягательства, по сравнению с деянием, предусмотренном ч. 1 ст. 188 УК»⁵. Это действительно так, ибо трудно отнести к числу посягательств на экономические отношения контрабанду наркотиков, оружия, ядерных материалов, культурных ценностей. Не случайно в Модельном уголовном кодексе для государств — участников СНГ содержались положения, предусматривающие ответственность за контрабанду данных предметов в главе «Преступления против общественной безопасности», а за так называемую экономическую контрабанду — в главе «Преступления против порядка осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности» (в результате глава была названа

«Преступления в сфере экономической деятельности» — не очень удачная формулировка, критикуемая в научной литературе)⁶.

Фактически только лишь одно деяние из числа перечисленных в ч. 2 ст. 188 УК РФ имело право находиться в этой части, как наиболее опасное по сравнению с контрабандой «обычных» товаров и, бесспорно, посягающее на экономические интересы России. Это — контрабанда стратегически важных сырьевых товаров. Вместе с тем на момент введения в действие Уголовного кодекса РФ, существовала парадоксальная ситуация: на основании Указа Президента РФ от 06.03.1995 «Об основных принципах внешнеторговой деятельности в Российской Федерации» и постановления Правительства РФ от 05.11.1995 № 1110⁷ было отменено приведенное выше постановление от 26.07.1992 № 434, и, таким образом, не существовало нормативно закрепленного понятия «стратегически важные сырьевые товары». Такая ситуация исключала возможность применения ч. 2 ст. 188 УК РФ, поскольку бланкетный характер уголовно-правовой нормы требовал использование положений регулятивного законодательства. В этой связи Верховный Суд РФ в постановлении Пленума от 27.05.2008 № 6 «О судебной практике по делам о контрабанде» вынужден был дать следующую рекомендацию: «...в настоящее время специальные правила перемещения через таможенную границу Российской Федерации стратегически важных сырьевых товаров, равно как и их перечни, законодательством не предусмотрены. С учетом этого контрабанда любых товаров... должна квалифицироваться по ч. 1 ст. 188 УК РФ (п. 13).

Стоит отметить, что закрепление уголовной ответственности за контрабанду стратегически важных сырьевых товаров в УК РФ обладало исключительно декларативным характером вплоть до 2012 г., когда был составлен Перечень стратегически важных товаров и ресурсов, утвержденный постановлением Правительства РФ от 13.09.2012 № 923 «Об утверждении

⁵ Полный курс уголовного права. СПб. : Юридический центр-Пресс, 2008. Т. 3. С. 613.

⁶ Нельзя не отметить, что в проекте Особенной части Уголовного кодекса РФ, подготовленном в 1994 г. Минюстом РФ и Государственно-правовым управлением Президента РФ, предлагаемая статья 194 «Контрабанда» находилась в гл. 23 «Преступления в сфере хозяйственной деятельности» УК РФ и не предусматривала ответственность за контрабанду товаров и иных предметов, в том числе денежных средств, а только лишь за перемещение наиболее опасных предметов и в том числе «стратегически важных сырьевых товаров, в отношении которых установлены соответствующие правила вывоза». Уголовный кодекс Российской Федерации (Особенная часть). М., 1994. С. 54–55.

⁷ СЗ РФ. 1995. № 46.

перечня стратегически важных товаров и ресурсов для целей статьи 226.1 Уголовного кодекса Российской Федерации». Перечень этот уточняется. Так, например, в 2020 г. его дополнили шпалы деревянные для железнодорожных или трамвайных путей⁸.

Следует напомнить и тот факт, что не все предметы, перечисленные в ч. 2 ст. 188 УК РФ, вписывались в число преступлений, посягающих на экономические интересы государства. Об этом неоднократно писали ученые, занимавшиеся вопросами уголовной ответственности за экономические преступления. Поэтому Федеральным законом от 07.12.2011 № 150-ФЗ⁹ деяния, перечисленные в ч. 2 ст. 188 УК РФ, были перенесены в гл. 24 «Преступления против общественной безопасности и общественного порядка» (ст. 226.1), и гл. 25 «Преступления против здоровья населения и общественной нравственности» (ст. 229.1 УК РФ — в части контрабанды наркотических средств и прочих предметов). Одновременно с этим «обычная контрабанда» была декриминализована.

В результате всех новаций в ст. 226.1 УК РФ была предусмотрена ответственность за контрабанду не только стратегически важных сырьевых товаров, но и ресурсов, совершенную в крупном размере (в соответствии с примечанием 1 к ст. 226.1 УК РФ — свыше 1 млн руб., а для отдельных видов — свыше 100 тыс. руб.) через таможенную границу Таможенного союза

в рамках ЕврАзЭС либо Государственную границу РФ.

Термин «стратегически важные сырьевые товары» в ст. 226.1 УК РФ, в отличие от ч. 2 ст. 188 УК РФ, был заменен на термин «стратегически важные товары и ресурсы». Однако до сих пор в правовой литературе нет единообразного понимания термина «стратегически важные товары и ресурсы»¹⁰. На наш взгляд, включение в перечень именно этих предметов в качестве стратегически важных товаров и ресурсов обусловлено тем, что значительный объем российского экспорта составляют именно они, оборот данных товаров формирует немалую долю поступлений в федеральный бюджет.

На современном этапе Перечень — это единственный действующий нормативный правовой акт, устанавливающий правовой статус стратегически важных товаров и ресурсов. Вместе с тем проблемы вызывает то, что данный перечень существует только в Российской Федерации. Данные предметы как предметы посягательства (ст. 226.1 УК РФ) отсутствуют в уголовном законодательстве многих стран — членов Таможенного союза. Перечень содержит наименования стратегически важных товаров и ресурсов, а также соответствующие коды ТН ВЭД ЕАЭС¹¹ и состоит из трех разделов: стратегически важные товары, стратегически важные ресурсы, стратегически важные ресурсы флоры и фауны. Всего в Перечне 23 позиции.

⁸ Постановление Правительства РФ от 08.10.2020 № 1629.

⁹ Федеральный закон от 07.12.2011 № 420-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации».

¹⁰ Кузьменко В. К. Правовая характеристика контрабанды стратегически важных товаров и ресурсов // Вестник Московского городского педагогического университета. Серия «Юридические науки». 2013. № 2 (12). С. 112.

¹¹ Товарная номенклатура внешнеэкономической деятельности Евразийского экономического союза (ТН ВЭД ЕАЭС) — классификатор товаров, применяемый таможенными органами и участниками внешнеэкономической деятельности (ВЭД) в целях проведения таможенных операций. Любой код заключается из 10 цифр, размещенных в некоторой последовательности, отражающей присущность изделий к определенной группе. Данный ряд чисел официально записан в особом справочнике, которым руководствуются современные страны при проверке транзитного товара. В номенклатуре объектом классификации являются все товары, обращающиеся в международной торговле. Классификация товаров в соответствии с ТН ВЭД ЕАЭС важна: 1) от того, к какому классификационному коду ТН ВЭД ЕАЭС будет отнесен товар, зависит ставка ввозной/вывозной таможенной пошлины и размер уплачиваемых таможенных платежей, применение к товарам и транспортным средствам нетарифных мер, запретов и ограничений; 2) отнесение товара к тому или иному классификационному коду ТН ВЭД ЕАЭС требует наличия специальных технических знаний и проведения дополнительных экспертиз, связанных с определением технических характеристик товаров; 3) важный критерий объективности таможенной статистики внешней торговли, используемой при выработке таможенной политики государств — членов Евразийского экономического союза.

Первая группа (стратегически важные товары): спирт этиловый неденатурированный с концентрацией спирта 80 об.% или более; этиловый спирт и прочие спиртовые настойки, денатурированные; драгоценные металлы; изделия из драгоценных металлов; изделия из драгоценных камней и природного жемчуга; часы наручные, карманные и прочие, предназначенные для ношения на себе или с собой, включая секундомеры, с корпусом, изготовленным из драгоценного металла или металла, плакированного драгоценным металлом; корпуса для часов, предназначенных для ношения на себе или с собой, из драгоценного металла или металла, плакированного драгоценным металлом; ремешки, ленты и браслеты для часов, предназначенных для ношения на себе или с собой, и их части из драгоценного металла или металла, плакированного драгоценным металлом; черные и цветные металлы, а также отходы и лом черных и цветных металлов, металлокерамики, части железнодорожных локомотивов или моторных вагонов трамвая или подвижного состава; вещества, разрушающие озоновый слой, и продукция, их содержащая.

Вторая группа (стратегически важные ресурсы): мясо крупного рогатого скота, домашней птицы, свинина; рыба и ракообразные, моллюски и прочие водные беспозвоночные; артемии, яйца (цисты) артемий; готовые продукты из рыбы или ракообразных, моллюсков или прочих водных беспозвоночных; янтарь, янтарь агломерированный, гагат (черный янтарь); обработанные янтарь, янтарь агломерированный, гагат (черный янтарь); уголь каменный, включая антрацит, кокс и полукокс; нефть сырая и нефтепродукты, содержащие 70 мас.% или более нефти или нефтепродуктов, причем эти нефтепродукты являются основными составляющими продуктов; отработанные нефтепродукты; газ природный, газы нефтяные и углеводородные,

в сжиженном и газообразном состоянии; пушнина; лесоматериалы.

Третья группа содержит виды дикой флоры и фауны, подпадающие под действие Конвенции от 03.03.1973 о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения, или занесенными в Красную книгу Российской Федерации¹².

В 2019 г. таможенными органами было возбуждено 679 дел по ст. 226.1 УК РФ. Несмотря на ряд ограничений, связанных с пандемией коронавируса, число таможенных преступлений в 2020 г. существенно не изменилось. В минувшем году таможенными органами возбуждено 2 067 уголовных дел, из них 832 дела — по ст. 226.1 УК РФ. К сожалению, не представляется возможным выяснить, сколько из них связаны именно с незаконным перемещением стратегически важных товаров и ресурсов. Можно судить только по следующим данным таможенной службы: в 2019 г. выявлено незаконно перемещенных через таможенную границу ЕАЭС стратегически важных товаров и ресурсов на сумму около 9 млрд руб., в 2020 г. — около 8 млрд руб.

Уже по итогам работы за I квартал 2021 г. таможенными органами возбуждено 627 уголовных дел, из них 217 дел — по ст. 226.1 УК РФ¹³. Выявлено незаконно перемещенных через таможенную границу ЕАЭС стратегически важных товаров и ресурсов на сумму 3 млрд руб. Предполагаем, что и в этом году подобных деяний будет не меньше, чем в прошлом.

Квалификация рассматриваемой контрабанды напрямую связана со спецификой предмета преступления, именно данному виду контрабанды сопутствует ряд сопряженных преступлений или иных правонарушений, ей нередко предшествует иная незаконная деятельность. Можно отметить закономерность, что от предмета контрабанды зависят и избранные винов-

¹² Дикие живые животные, отдельные дикорастущие растения и дикорастущее лекарственное сырье, ограниченные к перемещению через Таможенную границу Таможенного союза; виды дикой фауны и флоры, подпадающие под действие конвенции о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения, ограниченные к перемещению через Таможенную границу Таможенного союза; редкие и находящиеся под угрозой исчезновения виды диких животных и дикорастущих растений, их части и (или) дериваты, включенные в красные книги Республики Беларусь, Республики Казахстан и Российской Федерации, ограниченные к перемещению через Таможенную границу Таможенного союза при вывозе.

¹³ Показатели правоохранительной деятельности таможенных органов Российской Федерации // URL: <https://customs.gov.ru/activity/pravoohranitel-naya-deyatel-nost-/informacziya-upravleniya-tamozhennyx-rassledovaniy-i-doznaniya/document/224608> (дата обращения: 01.09.2021).

ным способы совершения этого вида преступления.

После введения санкций одной из криминальных схем стал ввоз на территорию РФ иностранных продовольственных товаров под видом продукции, произведенной в Республике Беларусь. Например, весьма распространенной схемой является поставка товаров под видом «замороженной, сырой, неразделанной рыбы», но после проведения экспертиз устанавливается, что данный товар вообще не был подвергнут обработке (варке, посолу, консервированию и т.п.)¹⁴. Ввоз таких товаров в Российскую Федерацию был запрещен согласно постановлению Правительства РФ от 13.09.2012 № 923 «Об утверждении перечня стратегически важных товаров и ресурсов для целей ст. 226.1 Уголовного кодекса Российской Федерации»: рыба мороженая, за исключением рыбного филе и прочего мяса рыбы, отнесена к числу стратегически важных товаров и ресурсов¹⁵. В настоящее время при выявлении крупных партий подобных товаров на складах возбуждаются дела по ст. 226.1 УК РФ; весьма распространенной схемой является ввоз мяса с территории Украины¹⁶.

Озоноразрушающие вещества (ОРВ) — это химические соединения, фтор-, хлор- или бромосодержащие производные насыщенных углеродов, способные разрушать озоновый слой; их оборот должен контролироваться согласно Монреальскому протоколу по веществам, разрушающим озоновый слой, от 16.09.1987 (например: фреоны (хладоны) — вещества, используемые как хладагенты в холодильных машинах; галоны — вещества, применяемые при газовом пожаротушении; четыреххлористый углерод, бромистый метил и пр.). Вещества, не содержащие атомов других галогенов, кроме фтора, не являются озоноразрушающими веществами, и в большинстве современных бытовых холодильников применяются именно подобные.

Законодательство Евразийского экономического союза (ЕАЭС) подразделяет ОРВ на полно-

стью запрещенные к ввозу на территорию ЕАЭС и вывозу с нее и разрешенные к ввозу (вывозу) при наличии разрешительного документа. Запрещенными являются вещества, включенные в раздел 1.1 приложения № 1 к решению Коллегии ЕЭК от 21.04.2015 № 30¹⁷ (например, запрещен ввоз и вывоз кондиционеров, осушителей воздуха холодильников, работающих на опасных для озонового слоя веществах, фреон R-11, фреон R-112 и др.). Ввоз (вывоз) на таможенную территорию Евразийского экономического союза ОРВ и продукции, содержащей ОРВ, включенные в Раздел 1.1, допускается только в исключительных случаях.

Разрешены к ввозу вещества, включенные в раздел 2.1 приложения № 2 к Решению Коллегии ЕЭК от 21.04.2015 № 30 (например: фреон R-21, фреон R-22 и др.). Следует отметить, что запрещен ввоз и вывоз таких веществ физическими лицами даже для личного пользования. Ввоз (вывоз) ОРВ и продукции, их содержащей, возможен только при предоставлении таможенному органу лицензии или заключения (разрешительного документа). Исключение составляют лишь случаи транзита этих веществ по территории ЕАЭС.

Случаи ввоза и вывоза ОРВ, когда юридическим и физическим лицам, зарегистрированным в качестве индивидуальных предпринимателей, не требуется представление таможенному органу лицензии или заключения, регулируются решением коллегии Евразийской экономической комиссии¹⁸.

Наиболее криминогенной сферой является экспорт леса и лесоматериалов, что можно заметить и по дополнениям, вносимым в Перечень. Законодатель пытается предусмотреть все возможные манипуляции в данной сфере. Постановлением Правительства РФ от 08.10.2020 № 1629 «О внесении изменения в перечень стратегически важных товаров и ресурсов для целей ст. 226.1 Уголовного кодекса Российской Федерации» в этот перечень дополнительно включена позиция 4406 единой товарной но-

¹⁴ Решение № 12-16/2018 12-268/2017 от 19.02.2018 по делу № 12-16/2018 // URL: sudact.ru/regular/doc/mTdu4XRASmIJ/?page (дата обращения: 01.09.2021).

¹⁵ Цибарт К. С. Борьба с контрабандой стратегических товаров и ресурсов. Образовательная система: новации в сфере современного научного знания : сборник научных трудов. Казань : ООО «СитИвент», 2019. С. 99–102.

¹⁶ Приговор № 1-123/2016 от 27.05.2016 по делу № 1-123/2016 ; Приговор № 1-339/2019 от 08.08.2019 по делу № 1-339/2019 // URL: <https://sudact.ru/regular/doc/dVbis4awA2NB/> (дата обращения: 01.09.2021).

¹⁷ Решение Коллегии Евразийской экономической комиссии от 21.04.2015 № 30 (ред. от 11.08.2020).

¹⁸ Решение Коллегии Евразийской экономической комиссии от 21.04.2015 № 30 (ред. от 11.08.2020).

менклатуры внешнеэкономической деятельности Евразийского экономического союза — «шпалы деревянные для железнодорожных или трамвайных путей».

С учетом данных изменений в перечень стратегически важных товаров и ресурсов для целей ст. 226.1 УК РФ входят следующие виды лесоматериалов, указанные в таможенной номенклатуре: 4401, 4403, 4404, 4406, 4407, 4408. Например, древесина бондарная; бревна расколотые; сваи, колья и столбы из дерева, щепы и аналогичная древесина; древесина топливная в виде бревен, поленьев, ветвей, вязанок хвороста; древесина в виде щепки или стружки; шпалы деревянные для железнодорожных или трамвайных путей; листы для облицовки и т. п.

Не исключено, что со временем с учетом выявленной тенденции данный перечень будет расширяться, включая в себя и другие деревянные изделия и продукты (например, бочки, поддоны и т. п.).

Данная детализация предметов контрабанды порождает определенные сложности для субъектов внешнеэкономической деятельности. Конечно, можно сказать, что это профессиональные участники рынка, и они должны знать все тонкости осуществления данного вида деятельности, но, фактически перемещением некоторых видов данных товаров занимаются «непрофессиональные участники». На наш взгляд, это подтверждается и множеством жалоб, направляемых в Конституционный Суд, касающихся именно положений ст. 226.1 УК РФ. Некоторые из них непосредственно затрагивают вопросы, связанные с контрабандой стратегически важных товаров и ресурсов¹⁹. Так, например, заявитель полагал, что в данной редакции ст. 226.1 УК РФ при наличии положений, приводящих к ее произвольному истолкованию и применению, неопределенность правового регулирования порядка и условий перемеще-

ния физическими лицами через Государственную границу РФ с государствами — членами Таможенного союза товаров и ресурсов, входящих в перечень стратегически важных, позволяет судам признавать незаконным и преступным любое такое трансграничное перемещение. Например, дизельного топлива экологического класса КЗ, не запрещенного согласно позиции заявителя законодательством Российской Федерации ни ко ввозу на ее территорию, ни к участию в гражданском обороте. Конституционный Суд не рассматривал заявление по существу, так как представлены были только решения судов первой и апелляционной инстанций, а заявитель не воспользовался всеми возможными внутригосударственными средствами судебной защиты. Однако, думается, к этому вопросу Конституционный Суд еще вернется, так как маловероятно, что заявитель получит интересующий его ответ в других инстанциях, хотя уже сейчас можно предположить, каким он будет. Принцип правовой определенности не исключает введение в уголовный закон юридических конструкций бланкетного характера. Конституционный Суд РФ неоднократно ссылался на то, что «бланкетный способ изложения статей уголовного закона применительно к установлению круга относимых к тому или иному составу преступления предметов, не сводится лишь к поименному перечислению каждого из них посредством полного их перечня, специально принятого для целей конкретной статьи. Достижение ясности в этом вопросе может обеспечиваться и за счет обращения к понятийному аппарату системно связанных с уголовным законом нормативных актов другой отраслевой принадлежности, ссылки на которые сделаны или подразумеваются в бланкетных диспозициях»²⁰.

Если обобщить все жалобы, касающиеся ст. 226.1 УК РФ, можно прийти к выводу, что в

¹⁹ Определение Конституционного Суда РФ от 28.01.2021 № 31-О «Об отказе в принятии жалобы гражданина Байнова Дмитрия Витальевича на нарушение его конституционных прав частью первой статьи 226.1 УК РФ»; постановление Конституционного Суда РФ от 16.07.2015 № 22-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 226.1 УК РФ в связи с жалобами граждан Республики Казахстан О. Е. Недашковского и С. П. Яковлева»; определение Конституционного Суда РФ от 10.10.2019 № 2647-О «Об отказе в принятии жалобы гражданина Баранова Сергея Николаевича на нарушение его конституционных прав частью 1 ст. 226.1 УК РФ»; определение Конституционного Суда РФ от 10.10.2019 № 2647-О; определение Конституционного Суда РФ от 26.03.2020 № 793-О; определение Конституционного Суда РФ от 29.09.2020 № 2030-О «Об отказе в принятии жалобы гражданина Жумабекова Азамата Ситбаталовича на нарушение его конституционных прав частью первой статьи 226.1 УК РФ».

²⁰ Определение Конституционного Суда РФ от 10.10.2019 № 2647-О «Об отказе в принятии жалобы гражданина Баранова Сергея Николаевича на нарушение его конституционных прав частью 1 ст. 226.1 УК РФ».

существующем виде норма допускает инкриминирование контрабанды вследствие неумышленного совершения действий, формально образующих предусмотренный ею состав преступления. Однако разрешение вопроса о выборе правовых норм, оценка фактических обстоятельств, проверка правильности уголовно-правовой квалификации деяния не входят в компетенцию Конституционного Суда РФ.

Думается, законодатель, выделяя первые две группы стратегически важных товаров (ресурсов), связывал это с необходимостью гарантий защиты именно экономической безопасности Российской Федерации. Стратегически важные товары и ресурсы относятся к особой категории товаров, это — национальное богатство страны, но они же образуют существенную часть экспорта и, как следствие, львиную долю поступающих таможенных платежей в бюджет. Подтверждает это и постепенное расширение списка стратегически важных товаров и ресурсов (с 15 до 23 позиций). Декриминализация товарной контрабанды, как мы считаем, была декларативной, можно увидеть тенденцию включения в данный перечень именно тех товаров, которые пытаются нелегально вывезти или ввезти на территорию Российской Федерации в данный момент в обход установленных запретов. Мы видим, что фактически под видом «стратегически важной» контрабанды возвращается экономическая контрабанда, законодатель просто пополняет данный перечень, не всегда связывая включение того или иного элемента с его потенциалом для стратегического развития государства.

В 1995 г. в Федеральном законе «О государственном регулировании внешнеэкономической деятельности» было выведено понятие экономической безопасности. В нем она определялась как состояние экономики, обеспечивающее достаточный уровень социального, политического и оборонного существования и прогрессивного развития Российской Федерации, неуязвимость и независимость ее экономических интересов по отношению к возможным внешним и внутренним угрозам и воздействиям. К сожалению, действующий Федеральный закон от 08.12.2003 № 164-ФЗ «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» не содержит определения «экономическая безопасность». Являясь частью национальной безопасности, экономическая безопасность, на наш взгляд, выступает в роли родового объекта уголовно-правовой охраны, для защиты которого спе-

циально выделена гл. 22 УК РФ. В связи с этим нахождение «стратегической контрабанды» (в качестве предмета в составе преступления, предусмотренного ст. 226.1 УК РФ, наряду с контрабандой ядовитых, радиоактивных веществ, оружия массового поражения и т.п.) в главе о преступлениях против общественной безопасности представляется нам ошибочным.

Контрабанду исследуемых предметов как общественно опасное деяние следует относить к числу преступлений в сфере экономической деятельности, т.к. все они играют важную роль в осуществлении хозяйственной деятельности, связанной с производством и последующим распределением полученных продуктов между различными потребителями, и, соответственно, перераспределением части полученных доходов в виде налогов в бюджеты различных уровней Российской Федерации. Поэтому родовым объектом контрабанды стратегически важных товаров и ресурсов являются общественные отношения в сфере экономики, а видовым — общественные отношения в сфере экономической деятельности в том их содержании, которое было представлено в предыдущих строках. В силу изложенного, общественная безопасность, понимаемая в том ее значении, которое законодатель имел в виду, конструируя гл. 24 УК РФ, полностью исключает возможность признания ее в качестве видового объекта контрабанды стратегических товаров и ресурсов. При этом нельзя не признать, что контрабанда оружия, боеприпасов и пр. предметов подобного назначения, безусловно, посягает на общественную безопасность и правомерно ответственность за нее предусмотрена в ст. 226.1 УК РФ.

Экономическая деятельность складывается из различных составляющих и не ограничивается лишь простым процессом воспроизводства материальных благ, а предполагает обмен ими как внутри страны, так и за ее пределами в рамках внешнеэкономической деятельности, в которой участвуют и стратегически важные товары и ресурсы посредством их перемещения через таможенную границу. Поэтому непосредственным объектом исследуемого преступления является установленный порядок перемещения соответствующих предметов, обусловленный таможенной политикой российского государства в сфере торгово-экономического обмена.

Ошибочным также является включение в круг предметов данной разновидности контрабанды особо ценных диких животных и водных биологических ресурсов. Следует согла-

ситься с мнением М. Н. Урды, что придание экологическим объектам экономической значимости нивелирует их экологическое и обще-социальное значение²¹. Ставится под угрозу именно экологическая безопасность государства. В настоящее время это проблема уже не только государственного, а мирового уровня. Международная контрабанда диких животных и их дериватов провоцирует варварское браконьерское уничтожение животных. Таможенные органы годами отмечают рост подобных явлений в приграничных районах со странами, где определенным животным или их частям придают ритуальное значение, используют в народной медицине. Бесконтрольное и безнаказанное перемещение их через государственную и таможенную границу провоцирует рост подобных посягательств. К сожалению, уголовно-правовая охрана в сфере экологической безопасности далека от совершенства. Законодатель пытался исправить это, введя ст. 258.1 УК РФ. В 2019–2020 гг. распространенными деяниями были попытки контрабанды птиц семейства «Соколиные» рода «Соколы» вида «Сапсан», которые относятся к особо ценным диким животным²². При этом уголовная ответственность наступает при наличии лишь одной особи данного вида и не зависит от стоимости. На наш взгляд, данное установление подтверждает, что верным является подход не связывать установление ответственности за контрабанду особо ценных диких животных и их дериватов с их стоимостью.

Изучая судебную практику контрабанды объектов флоры и фауны, можно заметить, что чаще всего ст. 226.1 УК РФ вменяется при попытке контрабанды именно особо ценных диких животных. В большинстве случаев правоприменитель совершенно правильно квалифицирует содеянное по совокупности ст. 258.1 и 226.1 УК РФ²³. При привлечении к ответствен-

ности за контрабанду стратегически важных ресурсов дикой флоры и фауны важным является установление стоимости данных предметов. Например, в 2019 г. при контрабанде 5 приматов (3 особи вида *Macaca fascicularis* (Яванский макак, или макака-крабоед) и 2 особи вида *Hylobates agilis* (чернорукий гиббон) виновный рассчитывал продать их за 500 тыс. руб. Однако же рыночная стоимость каждого примата вида *Macaca fascicularis* (Яванский макак, или макака-крабоед) составляла от 150 тыс. руб. и более за особь, рыночная стоимость каждого примата, вида *Hylobates agilis* (чернорукий гиббон) от 350 тыс. руб. за особь²⁴. Вместе с тем мы понимаем, что, если бы данное лицо перевозило меньшее количество особей, стоимость их была бы меньше установленной в законе, и возможно было привлечение только к административной ответственности.

В связи с этим ответственность за контрабанду видов дикой природы, биологических ресурсов должна быть перенесена в гл. 26 «Экологические преступления» УК РФ. Целесообразно было бы выделить ее в отдельную норму с учетом общественной опасности данного деяния, и ответственность при этом не должна быть связана со стоимостью перемещаемых товаров и ресурсов. Учет только стоимости биологических ресурсов при их уголовно-правовой охране не отражает реальной общественной опасности данных деяний. Потребность в охране биологических ресурсов уголовно-правовыми средствами обусловлена не только и не столько экономическими предпосылками, сколько необходимостью сохранения для будущих поколений редких исчезающих представителей флоры и фауны — важнейших составляющих экосистемы всей планеты.

В июле 2013 г. Уголовный кодекс РФ был дополнен статьей 258.1 «Незаконные добыча и оборот особо ценных диких животных и вод-

²¹ Урда М. Н. О проблемах дифференциации контрабанды // Известия Юго-Западного университета. 2018. № 3. С. 95.

²² Апелляционное определение Верховного суда Республики Дагестан от 07.08.2019 // URL: <http://www.consultant.ru/>; На Алтае вынесли приговор контрабандистам за попытку продать редких соколов // URL: <https://tass.ru/sibir-news/9826665> (дата обращения: 01.09.2021).

²³ Прокуратура Приморского края. URL: <http://prosecutor.ru/news/2020-07-15-v-arteme-za-nezakonnyy.htm> (дата обращения: 01.09.2021); приговор Кировского районного суда. Уголовное дело № 1-123/2016 // URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 01.09.2021); приговор Шебекинского районного суда Белгородской области, дело № 1-13/2019 // URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 01.09.2021).

²⁴ Приговор № 1-3-66/2019 от 09.09.2019 по делу № 1-3-66/2019 // URL: https://sudact.ru/regular/doc/7UHkpw3YrYob/?regular-txt1623617413626&snippet_pos=224#snippet (дата обращения: 01.09.2021).

ных биологических ресурсов, принадлежащих к видам, занесенным в Красную книгу Российской Федерации и (или) охраняемым международными договорами Российской Федерации». Предметом данного преступления являются особо ценные дикие животные и водные биологические ресурсы. Определяя, какие виды диких животных и водных биологических ресурсов, занесенных в Красную книгу РФ и (или) охраняемых международными договорами РФ, относятся к «особо ценным», необходимо руководствоваться перечнем указанных объектов животного мира, утвержденным постановлением Правительства РФ от 31.10.2013 № 978 «Об утверждении перечня особо ценных диких животных и водных биологических ресурсов, принадлежащих к видам, занесенным в Красную книгу Российской Федерации и (или) охраняемым международными договорами Российской Федерации, для целей статей 226.1 и 258.1 Уголовного кодекса Российской Федерации».

В настоящий момент перечень содержит указание на четыре вида птиц, семь видов млекопитающих, одиннадцать видов рыб. Как явствует из данного постановления, предметы преступлений, предусмотренные в ст. 226.1 и 258.1 УК РФ, полностью совпадают. Однако виден принципиально разный подход в части криминализации деяний, подпадающих под признаки контрабанды стратегически важных товаров и ресурсов. В постановлении Правительства РФ от 13.09.2012 № 923 указано, что стратегически важными товарами и ресурсами, для которых крупным размером признается стоимость, превышающая 100 тыс. руб., являются подпадающие под действие Конвенции о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения, от 03.03.1973, медведь бурый (*ursus arctos*), медведь гималайский, или белогрудый (*selenarctos thibetanus*), кабарга (*moschus spp.*), а также лесоматериалы.

Перечень ограничен только данными видами, хотя Красная книга Российской Федерации насчитывает более 65 видов животных и 123 видов птиц²⁵, в чем прослеживается явная непоследовательность законодателя в решении вопросов защиты редких видов флоры и фауны.

Во-первых, не указаны в качестве предмета контрабанды части таких животных и их дериваты (производные), а именно они чаще всего и перевозятся с нарушениями; изымаются таможенными органами, что подтверждается материалами уголовных дел о преступлениях, предусмотренных статьей 258.1 УК РФ. Во-вторых, криминализацию контрабанды стратегически важных ресурсов флоры и фауны законодатель связывает исключительно с их стоимостью (примечание 2 к ст. 226.1 УК), что, на наш взгляд, неверно. В то же время ответственность за оборот и добычу особо ценных пород животных (ст. 258.1 УК РФ) наступает независимо от их стоимости: нет никаких разрешенных квот, достаточно совершить противоправные действия с одним предметом. Такое решение — абсолютно верное, так как общественная опасность данного деяния в первую очередь связана со сложностями в воспроизводстве подобных ресурсов, невозможностью ущерб хрупким экосистемам.

Согласно отчету WWF²⁶ Россия — активный участник международного рынка диких животных, и это только анализ его легальной составляющей. Следует понимать, что она выступает не менее активным участником и в сфере нелегальной торговли, «черный рынок» насыщен российской продукцией. Основные рынки сбыта частей и дериватов российских диких животных находятся в Китае и странах Юго-Восточной Азии. Контрабанда животных в современном мире занимает лидирующие позиции, не уступая контрабанде культурных ценностей и оружия. Если государство не сможет взять под контроль не только браконьерство, но и контрабанду диких животных и частей их тел, в России могут исчезнуть многие виды животных. Установление ответственности за контрабанду редких животных, на наш взгляд, повысит и уровень сознательности граждан. Очень часто лица, покупающие или перемещающие такие предметы, не связывают себя с браконьерами, для них животное уже мертвое, значит, они не делают ничего плохого, а только потребляют ресурсы, которые все равно кому-то достанутся; или лицо покупает всего одно редкое дикое животное, полагая, что никакого вреда

²⁵ Кузнецова Н. И. Предмет преступления, предусмотренного ст. 258.1 УК РФ // Вестник Омской юридической академии. 2016. № 3 С. 55.

²⁶ Коммерческий оборот диких животных в Российской Федерации / сост.: В. Г. Кревер, Т. О. Иванникова. М. : Всемирный фонд дикой природы (WWF), 2020. 328 с.

не будет. Несмотря на ограничения, связанные с запретом содержать в неволе диких животных, спрос на них все еще есть. Несомненно, можно сказать, что за данные деяния установлена уголовная ответственность в главе «Экологические преступления», но, как мы уже отметили, отсутствует уголовная ответственность за их контрабанду. На наш взгляд, законодатель явно недооценивает общественную опасность оборота диких животных, включенных в перечень стратегически важных ресурсов флоры и фауны, устанавливая ответственность только с учетом их стоимости.

Убивают животных только ради ценных частей туш: с тигров снимают шкуру, отделяют мясо от костей, иногда забирают глаза; медведей часто отстреливают лишь ради лап. Это варварский способ убийства животных исключительно ради контрабанды данных товаров в страны, где они востребованы. Однако факт контрабанды через Государственную границу Российской Федерации не получает должной правовой оценки, если стоимость их менее установленной в ст. 226.1 УК РФ. В последние годы, по данным Дальневосточной оперативной таможни, регулярно выявляются попытки вывоза с территории Российской Федерации дериватов особо ценных ресурсов флоры и фауны²⁷.

Представляется логичным исключить из Перечня пункт 15 «Виды дикой флоры и фауны, подпадающие под действие Конвенции о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения, от 03.03.1973, или занесенные в Красную книгу Российской Федерации» и установить уголовную ответственность за контрабанду ресурсов флоры и фауны, их частей и дериватов в отдельной норме, независимо от стоимости перемещаемых товаров.

Вызывает недоумение позиция законодателя, не пытающегося привести положения уголовного закона об ответственности за различные виды контрабанды к единому пониманию места совершения общественно опасного деяния, как и то, что отсутствует единообразие в формулировках диспозиций статей Уголовного кодекса в связи с прекращением с 1 января

2015 г. деятельности Евразийского экономического сообщества. В ряде статей по-прежнему указывается граница ЕвразЭС (ст. 226.1, 229.1, 194, 200.1 УК РФ), в других — уже граница Таможенного Союза (ст. 200.2 УК РФ). Такой разницей в терминологии ставит в тупик правоприменителя. Эту непоследовательность попытался разрешить Пленум Верховного Суда РФ²⁸, разъяснив, что под термином «таможенная граница Таможенного союза в рамках ЕвразЭС» следует понимать «таможенная граница Евразийского экономического союза». Полагаем, это сомнительная мера. Законодатель должен унифицировать терминологию и исключить указание на несуществующий ныне союз. Приходится отметить, что весьма порочна практика, когда признаки состава преступления устанавливаются таким образом, ибо создается опасная тенденция, поскольку криминализация деяния осуществляется не на законодательной основе, а посредством судебного толкования.

В сложном и запутанном таможенном законодательстве ситуация, когда признаки преступления еще и не в полной мере коррелируются с основными его положениями, создает дополнительные трудности для правоохранительных органов в связи с неопределенностью и различием уголовно-правовых установлений. По результатам опроса студентов-юристов 65 % из них не сразу смогли дать ответ, что в данном случае следует считать таможенной территорией, если в УК РФ по-прежнему речь идет о ЕвразЭС, что же говорить об обычных гражданах, предпринимателях, которым необходимо будет понять, какие запреты и на какой территории им следует соблюдать.

Если правоприменитель не видит в этом проблемы, это не означает, что ее нет. Это подтверждает и наличие жалобы в Конституционный Суд РФ. По мнению заявителя, данная норма обладает нечеткостью по содержанию и по смыслу, что позволяет правоприменителю произвольно определять незаконность (порядок и условия) перемещения товаров и ресурсов через Государственную границу Российской Федерации. Учитывая, что деятельность Евразийского экономического сообщества (ЕвразЭС) прекращена в 2015 г., в то время как инкрими-

²⁷ Оторваны лапы, вырваны глаза // URL: <https://ria.ru/20181210/1547595194.html> ; Борьба с контрабандой дериватов // URL: <https://www.eastrussia.ru/material/kontrabanda-pod-yelochku/> (дата обращения: 01.09.2021).

²⁸ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27.04.2017 № 12 «О судебной практике по делам о контрабанде».

нированные деяния совершены в 2016 г., т.е. уже в период существования Евразийского экономического союза (ЕАЭС), — необоснованно приравнять отношения по перемещению товаров и ресурсов через Государственную границу Российской Федерации в рамках ЕвразЭС к отношениям по их перемещению через Государственную границу Российской Федерации в рамках ЕАЭС. Конституционный Суд, сославшись в очередной раз на бланкетный характер ст. 226.1 УК РФ и постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27.04.2017 № 12 «О судебной практике по делам о контрабанде», не стал вдаваться в суть жалобы, хотя логичнее было бы всё же призвать законодателя наконец-то привести положения УК РФ в соответствие с действующим законодательством.

Россельхознадзор с завидной регулярностью обвиняет Белоруссию в нарушении санкционного режима, когда под видом продуктов белорусского происхождения на территорию России ввозятся фрукты, овощи и деликатесы из стран ЕС, которые не относятся к стратегически важным ресурсам. В связи с этим уже неоднократно поднимался вопрос о необходимости криминализации контрабанды в отношении «санкционных продуктов», вплоть до включения в УК РФ отдельной нормы, предусматривающей ответственность за данные нарушения.

После введения в отношении России санкций со стороны ряда государств был принят Указ Президента РФ от 06.08.2014 № 560 «О применении отдельных специальных экономических мер в целях обеспечения безопасности России», в котором был закреплен запрет ввозить в Россию сельскохозяйственную продукцию, сырье и продовольствие государствами, которые ввели против Российской Федерации экономические санкции. В список запрещенных к ввозу товаров входят: свинина, говядина, мясо птицы и другие мясные продукты. Выделение данных категорий товаров было вполне обоснованно с учетом оценки уровня продовольственной безопасности.

Данные товары отнесены к категории стратегически важных ресурсов и закреплены в п. 5 постановления Правительства РФ от 13.09.2012 № 923. Можно увидеть, что законодатель с учетом сложившейся ситуации внес изменение в данное постановление: если ранее в п. 7 речь шла только о «мясе и продуктах осетровых рыб, икре осетровых рыб», то с 2018 г. данная позиция изменена на «готовые продукты из рыбы или ракообразных, моллюсков или прочих водных беспозвоночных». Несомненно, это реакция государства на санкционную политику других стран.

Соразмерные меры (эмбарго) были введены в отношении 31 страны, в частности: США, большинства стран ЕС, Канады, Австралии и т.д.²⁹ Думается, если бы законодатель посчитал необходимым установить уголовную ответственность за незаконный ввоз на территорию иных санкционных продуктов, то это было бы сделано именно путем включения в данный список новой продукции. Справедливости ради сто́ит отметить, что такое предложение поступало от ФТС еще в 2015 г., но не нашло поддержки³⁰. Необходимость введения уголовной ответственности обосновывалась тем, что административная ответственность (ст. 16.3 КоАП РФ) несущественна: для граждан — штраф от 1 000 до 2 500 руб., а для юридических лиц — штраф от 50 000 до 300 000 руб.

Полагаем, криминализация деяния все же должна быть в первую очередь обусловлена характером и степенью общественной опасности, а не проблемами правоприменения. В статье 3.5 КоАП РФ указываются различные способы исчисления штрафа, размеры штрафа: при совершении отдельных правонарушений размер штрафа устанавливается до 60 млн руб. Представляется, что решение проблемы наказуемости возможно с использованием ресурсов административного законодательства. Если же идти по пути включения в Перечень новых позиций, исходя не из соображений обеспечения продовольственной безопасности³¹ госу-

²⁹ Россия на мировом рынке мяса // URL: <http://мниап.рф/analytics/Rossia-na-mirovom-rynke-masa/> (дата обращения: 11.04.2020).

³⁰ Федеральный портал проектов нормативных правовых актов. URL: <https://regulation.gov.ru/projects/List/AdvancedSearch?type=Grid#> (дата обращения: 01.09.2021).

³¹ В 1996 г. в Римской декларации по Всемирной продовольственной безопасности она определена как состояние экономики, при котором населению страны в целом и каждому гражданину в отдельности гарантируется обеспечение доступа к продуктам питания, питьевой воде и другим пищевым продуктам в качестве, ассортименте и объемах, необходимых и достаточных для физического и социального развития личности, обеспечения здоровья и расширенного воспроизводства населения страны.

дарства, значимости данного ресурса для ее обеспечения, а только исключительно с учетом сиюминутных веяний рынка, то фактически мы возвращаемся к простой экономической контрабанде, от которой законодатель отказался, исключив из Уголовного кодекса статью 188.

Как уже отмечалось ранее, уголовная ответственность за перемещение предмета данного вида контрабанды наступает только при наличии крупного размера. Возникает вопрос, как квалифицировать незаконное перемещение названных предметов на меньшую сумму? Если обратиться к административному законодательству, то в нем в соответствующих статьях гл. 16 КоАП РФ (ст. 16:1–16:4, 16.7) предусмотрена ответственность за деяния, которые не подпадают под определение уголовно-наказуемой контрабанды товаров, т.е. не достигают того размера, который установлен в статьях УК РФ. Однако ни в одной из приведенных статей КоАП РФ конкретно не упоминаются стратегические товары и ресурсы. В них речь идет о «товарах». С одной стороны, можно сказать, что «товары» — это общее понятие, которое охватывает в том числе и стратегически важные товары и ресурсы, но, с другой стороны, неслучайно законодатель специально выделил их из всей массы разнообразных товаров и установил за них уголовную ответственность в самостоятельной статье, признав их особую значимость для экономики страны, и декриминализировал «обычную», товарную контрабанду. Уголовная ответственность введена только за контрабанду алкогольной продукции и табачных изделий. Полагаем, что в данном случае нарушена системность законодательства, а в административном законодательстве — пробел, который необходимо устранить, дополнив существующие нормы после слов «товаров» словами, «в том числе стратегических товаров и ресурсов». Однако более обоснованным решением, на наш взгляд, было бы введение новой статьи, в которой следовало бы установить ответственность за деяния, предусмотренные ст. 16:1–16:4, 16.7 КоАП РФ, совершенные в отношении стратегически важных товаров и ресурсов, и предусмотреть более строгие нака-

зания, чем те, которые содержатся в санкциях указанных статей. Степень общественной опасности контрабанды стратегически важных товаров и ресурсов (например, лесной продукции, полезных ископаемых, необходимых для развития и функционирования промышленности, создания высоких технологий и т.п.) гораздо выше, чем, контрабанда, положим, предметов домашнего обихода, поэтому и правонарушение, не подпадающее под признаки преступления (ст. 226.1 УК РФ), должно наказываться строже в рамках административно-правового воздействия.

Нахождение стратегически важных товаров и ресурсов в составе, предусмотренном статьей 226.1 гл. 24 УК РФ, противоречит сущности совершаемых деяний, общественная опасность которых определяется посягательством на отношения в сфере экономической деятельности, а не общественной безопасности. Логично было бы вернуть это преступление в гл. 22 УК РФ. В данном случае уместно упомянуть, что реформирование уголовного законодательства о контрабанде не закончилось в 2011 г. Федеральным законом от 28.06.2013 № 134-ФЗ была вновь введена уголовная ответственность за контрабанду наличных денежных средств и (или) денежных инструментов (ст. 200.1 УК РФ) в крупном размере, а Федеральным законом от 31.12.2014 № 530-ФЗ — за контрабанду алкогольной продукции и (или) табачных изделий в крупном размере (ст. 200.2 УК РФ). Таким образом, из всей массы предметов, перемещаемых через таможенную границу с нарушением установленных требований, были выбраны те неправомерные деяния, с которыми наносят, по мнению законодателя, наибольший ущерб экономическим интересам РФ. Но такое же заключение можно высказать и в отношении стратегически важных сырьевых товаров и ресурсов. Следовательно, незаконное их перемещение, как обладающее повышенной степенью общественной опасности, разумно и обоснованно указать в ч. 2 ст. 200.2 УК РФ. В результате будет соблюдена системность уголовного закона, обусловленная особенностями объекта посягательства.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Курс советского уголовного права. Т. 4. — М. : Наука, 1970.
2. Кузьменко В. К. Правовая характеристика контрабанды стратегически важных товаров и ресурсов // Вестник Московского городского педагогического университета. Серия «Юридические науки». — 2013. — № 2 (12). — С. 108–118.
3. Кузнецова Н. И. Предмет преступления, предусмотренного ст. 258.1 УК РФ // Вестник Омской юридической академии. — 2016. — № 3. — С. 54–57.
4. Полный курс уголовного права. Т. 3. — СПб. : Юридический центр-Пресс, 2008. — 784 с.
5. Урда М. Н. О проблемах дифференциации контрабанды // Известия Юго-Западного университета. — 2018. — № 3. — С. 91–99.
6. Цибарт К. С. Борьба с контрабандой стратегических товаров и ресурсов // Образовательная система: новации в сфере современного научного знания : сборник научных трудов. — Казань : ООО «Сити-вент», 2019. — С. 99–102.

Материал поступил в редакцию 14 сентября 2021 г.

REFERENCES

1. Kurs sovetskogo ugovalnogo prava [The Course of the Soviet Criminal Law]. Vol. 4. Moscow: Nauka Publ.; 1970 (In Russ.).
2. Kuzmenko VK. Pravovaya kharakteristika kontrabandy strategicheski vazhnykh tovarov i resursov [The Legal Characteristics of Smuggling of Strategically Important Goods and Resources]. *Vestnik of Moscow City Pedagogical University. Series "Legal Sciences"*. 2013;2(12):108-118 (In Russ.).
3. Kuznetsova NI. Predmet prestupleniya, predusmotrennogo st. 258.1 UK RF [The subject matter of the crime provided by Art. 258.1 of the Criminal Code of the Russian Federation]. *Vestnik of Omsk Academy of Law*. 2016;3:54-57 (In Russ.).
4. Polnyy kurs ugovalnogo prava [Comprehensive Course of Criminal Law]. Vol. 3. St. Petersburg: Yuridicheskiy tsentr-Press; 2008 (In Russ.).
5. Urda MN. O problemakh differentsiatsii kontrabandy [About Problems of Differentiation of Contraband]. *Proceedings of Southwest State University*. 2018;3:9-99 (In Russ.).
6. Tsibart KS. Borba s kontrabandoy strategicheskikh tovarov i resursov [Combating the smuggling of strategic goods and resources]. In: *Educational System: Innovations in the Field of Modern Scientific Knowledge: Collection of Research Papers*. Kazan: OOO CityIvent Publ.; 2019 (In Russ.).

Институт правового обеспечения оборота генетической информации: парадигма будущего информационного права¹

Аннотация. Актуальность правового регулирования отношений по обороту генетической информации определяется выросшим масштабом генетических исследований в мире. Целью настоящего исследования служит определение нового правового института оборота генетической информации и основных направлений развития будущего законодательства. Методологическую основу исследования составили эмпирические методы сравнения, описания, интерпретации; теоретические методы формальной и диалектической логики; частнонаучные методы: метод сравнительного правоведения и метод толкования правовых норм. В качестве результата научного исследования авторы констатируют, что наблюдается процесс обособления пока еще немногочисленных норм права по обороту генетической информации в отдельный институт в системе отрасли информационного права.

Развивающийся институт должен включать нормы-принципы оборота и обработки генетической информации; нормы, закрепляющие права и обязанности субъектов информационных правоотношений, связанные с оборотом генетической информации; нормы, устанавливающие правовой режим биологических банков и Национальной базы генетической информации; охранительные нормы по государственному надзору за деятельностью субъектов в сфере оборота генетической информации; специальные нормы об ответственности за нарушения требований закона.

Наиболее эффективным решением проблемы правового регулирования отношений по обороту генетической информации в Российской Федерации является принятие специального закона.

Информационная деятельность различных субъектов в данной сфере зачастую носит международный характер и осуществляется на базе норм международных договоров и национального законодательства. В этой связи представляется правильным запустить широкое обсуждение следующих проблем оборота генетической информации на уровне международного научного сообщества: определение угроз; установление возможных рисков применения информационных технологий в медицине; унификация меха-

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-14033.

© Рассолов И. М., Чубукова С. Г., 2021

* *Рассолов Илья Михайлович*, доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры информационного права и цифровых технологий Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
imrasolov@msal.ru

** *Чубукова Светлана Георгиевна*, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры информационного права и цифровых технологий Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
sgchubukova@msal.ru

низмов цифровой идентификации; разработка этических кодексов поведения для научного сообщества; использование методологии форсайта в целях выработки общих позиций.

Ключевые слова: правовой институт; институт права; информационное право; генетические технологии; генетическое тестирование; генетическая информация; дискриминация; персональные данные; защита генетической информации; банки генетических данных; Национальная база генетической информации.

Для цитирования: Рассолов И. М., Чубукова С. Г. Институт правового обеспечения оборота генетической информации: парадигма будущего информационного права // *Lex russica*. — 2021. — Т. 74. — № 11. — С. 92–101. — DOI: 10.17803/1729-5920.2021.180.11.092-101.

Institution of Legal Support for the Turnover of Genetic Information: Paradigm of the Future of Information Law²

Ilya M. Rassolov, Dr. Sci. (Law), Professor, Department of Information Law and Digital Technologies, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
imrasolov@msal.ru

Svetlana G. Chubukova, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Department of Information Law and Digital Technologies, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
sgchubukova@msal.ru

Abstract. The increased scale of genetic research in the world determines the relevance of legal regulation of relations on the turnover of genetic information. The purpose of this study is to define a new legal institution for the circulation of genetic information and the main directions of development of future legislation. The methodological basis of the study comprises empirical methods of comparison, description, interpretation; theoretical methods of formal and dialectical logic; private scientific methods: the method of comparative jurisprudence and the method of interpretation of legal norms. The results of the study allow the authors to state that there is a process of separation of the still few legal norms on the turnover of genetic information into a separate institution in the system of the information law branch.

The developing institute should include norms (principles) of turnover and processing of genetic information. These are norms that consolidate the rights and obligations of subjects of information legal relations regarding the turnover of genetic information; norms that establish the legal regime of biological banks and national databases of genetic information; protective norms for state supervision of the activities of subjects in the field of turnover of genetic information; special norms on liability for violations of the requirements of the law.

The most effective solution to the problem of legal regulation of relations on the turnover of genetic information in the Russian Federation is the adoption of a special law.

The information activities of various entities in this area are often international in nature and are based on the norms established in treaties and national legislation. In this regard, it seems appropriate to launch a broad discussion of the problems of genetic information turnover at the level of the international scientific community. These should include identification of threats; identification of possible risks of using information technologies in medicine; unification of digital identification mechanisms; development of ethical codes of conduct for the scientific community; use of foresight methodology in order to develop common positions.

Keywords: legal doctrine; institution of law; information law; genetic technologies; genetic testing; genetic information; discrimination; personal data; protection of genetic information; genetic data banks; national database of genetic information.

Cite as: Rassolov IM, Chubukova SG. Institut pravovogo obespecheniya oborota geneticheskoy informatsii: paradigma budushchego informatsionnogo prava [Institution of Legal Support for the Turnover of Genetic Information: Paradigm of the Future of Information Law]. *Lex russica*. 2021;74(11):92-101. DOI: 10.17803/1729-5920.2021.180.11.092-101. (In Russ., abstract in Eng.).

² The reported study was funded by RFBR according to the research project № 18-29-14033.

Деятельность в сфере исследования генома создает огромные объемы генетических данных, которые широко используются в различных исследовательских проектах³.

Так, 14 мая 2020 г. Президент РФ Владимир Путин на совещании по вопросам развития генетических технологий заявил о необходимости создания национальной базы генетической информации, поручив Правительству РФ организовать работу в данном направлении. Одна из ключевых задач данного проекта состоит в том, чтобы «на основе единых стандартов обеспечить защиту данных, их хранение, передачу, разработку программных средств поиска, анализа и моделирования генетической информации»⁴.

Контроль использования генетических данных в настоящее время является актуальной проблемой, которая напрямую связана с защитой основных прав и свобод человека, с правом индивида на конфиденциальность личной информации.

8 июня 2020 г. был принят Федеральный закон № 168-ФЗ «О едином федеральном информационном регистре, содержащем сведения о населении Российской Федерации»⁵, который регламентирует отношения по сбору, обработке, хранению, получению, использованию персональной информации, а также обеспечение актуальности и достоверности иных сведений о населении страны. Создаваемая информационная система позволит связать между собой различные сведения о гражданах, которые уже используют различные государственные органы. В регистре будет храниться по принципу распределенной базы данных основная информация о человеке, а также различные дополнительные идентификаторы. В конечном итоге речь идет об сопряжении баз данных разной правовой природы, в том числе и генетических. Как представляется, впоследствии будет создана закрытая экосистема в целях развертывания и функцио-

нирования системы искусственного интеллекта, работающей с новыми ансамблями данных.

Все это предопределяет важность дальнейшего теоретического исследования института правового обеспечения оборота генетической информации, так как именно с базовыми ценностями и установками, лежащими в основе нормативных актов, связана выработка новых юридических правил. Само право выступает одновременно как концепт и конструкт, социальное явление и социальный продукт, феномен регулярных практик и политического проектирования⁶.

Сегодня возникли все предпосылки для выделения нового института правового обеспечения оборота генетической информации с позиции отрасли информационного права. В данном случае речь идет о юридическом институте в структуре определенной отрасли как ансамбле взаимосвязанных норм права. В этом контексте следует согласиться с позицией О. С. Иоффе, который в свое время писал о том, что если мы имеем в виду обычное словоупотребление, то никаких ошибок быть не может, так как категория «институт» означает «установление», и тогда все в области права можно называть институтом, начиная от самого права и заканчивая любыми объединениями его норм. Однако, когда идет разговор о юридическом институте как строго научном понятии, он, безусловно, должен обладать необходимой определенностью⁷. Поэтому считаем необходимым выделить уже наметившиеся характерные черты, доктринальные подходы, правила интерпретационной техники, критерии обособления нового института права в системе права, а также в системе инновационных научных знаний. Для этого оттолкнемся от базовых постулатов, выработанных ведущими теоретиками современного российского права, заложивших основы для построения парадигмы будущего права на многие десятилетия вперед⁸.

³ Rassolov I. M., Chubukova S. G., Mokhov A. A., Shagieva R. V. Genetic information and personal data under conditions of digital transformation // International Journal of Psychosocial Rehabilitation, 2020. Vol. 24, Iss. 07. P. 284–292. ISSN: 1475-7192. URL: <https://doi.org/10.37200/IJPR/V24I7/PR2700028>.

⁴ Совещание о развитии генетических технологий в России // Официальный сайт Президента России. URL: <http://kremlin.ru/events/president/news/63350> (дата обращения: 24.06.2021).

⁵ СЗ РФ. 2020. № 24. Ст. 3742.

⁶ Веденеев Ю. А. Смена гештальта: юриспруденция в эпоху перемен // Государство и право. 2020. № 1. С. 8–9.

⁷ Иоффе О. С. Структурные подразделения системы права (на материалах гражданского права) // Ученые записки ВНИИСЗ. М., 1968. Вып. 14. С. 51.

⁸ См., например: Рассолов М. М. Элементы правовой кибернетики. М.: Академия МВД СССР, 1976. 96 с.; Рассолов М. М. Управление, информация и право. М.: Мысль, 1983. 157 с.; Керимов Д. А. Кибернетика

Как полагают И. Ф. Казьмин и В. М. Сырых, правовой институт представляет собой систему «взаимосвязанных норм, регулирующих относительно самостоятельную совокупность общественных отношений или какие-то их компоненты, свойства»⁹. В этой связи юридическим критерием обособления определенной совокупности норм в конкретный институт права, по мнению ученых, служат три признака: юридическое единство правовых норм; полнота регулирования определенной совокупности общественных отношений; обособление норм, образующих правовой институт, в главах, разделах, частях нормативных правовых актов.

На признак «обособления» соответствующих ансамблей норм права неоднократно указывал в своих работах С. С. Алексеев. Он считал, что любому правовому институту необходимо формальное обособление либо в самом нормативном правовом акте, либо в соответствующей главе или разделе¹⁰.

Е. А. Джалилова наиболее полно выделила признаки правового института, в числе которых: комплексность; наличие собственной сферы воздействия соответствующих норм права; наличие очевидной систематизации группы норм права по предмету регулирования данного института; структурность норм, образующих институт права; единство и законодательный замысел; существование определенного круга объектов и субъектов, на которых осуществляется регулирующее воздействие данных норм¹¹.

Е. А. Киримова под правовым институтом понимает «объективно складывающееся правовое образование, которое адекватно отражает всю палитру общественных процессов»¹². В ее работе отмечаются такие важные признаки правового института, как его относительная самостоятельность в регламентации обособившихся видовых общественных отношений

внутри конкретной отрасли; устойчивость и специфичность метода правового регулирования; непосредственная связь норм права с особенностями регулируемых ими общественных отношений; возможность формирования общих понятий в рамках видовых явлений.

Эти новые генетические информационные отношения, очевидно, нуждаются в правовом регулировании. Данная социальная сфера не может существовать без воздействия на нее позитивного права. В работе С. С. Алексеева «Теория права» дается весьма удачный, на наш взгляд, термин «неразвитое право», который указывает на то поле, где право «не раскрылось, не развернуло свои свойства как самостоятельного и “сильного” нормативного социального феномена, играющего свою особую роль»¹³. Такую характеристику можно дать сегодня и праву, формирующемуся в сфере оборота генетической информации (от формирующегося института к отрасли генетического права и нового права гуманитарных технологий).

На сегодняшний день можно отметить сосуществование норм о генетической информации в системе информационного, гражданского и административного права, а также процесс обособления этих норм в российском и международном законодательстве.

Институт правового обеспечения оборота генетической информации, на наш взгляд, может выступать комплексным (или смешанным) институтом, поскольку здесь в определенных случаях «одни и те же общественные отношения регулируются нормами различных отраслей права»¹⁴. И в этом смысле указанные нормы могут в будущем сформировать так называемый комплексный межотраслевой институт права.

Так, *нормами информационного права и гражданского права регулируются отношения,*

и право // Советское государство и право. 1962. № 11. С. 98–104 ; Протасов В. Н. Что и как регулирует право : учеб. пособие. М. : Юристъ, 1995. 95 с. ; Протасов В. Н. Актуальные проблемы теории права: что и как регулирует право. М. : Юрайт, 2020. 137 с.

⁹ Казьмин И. Ф., Сырых В. М. Понятие системы права. Правовой институт, отрасль права. Общая теория права / под ред. проф. А. С. Пиголкина. М. : Изд-во МГТУ имени Н. Э. Баумана, 1996. С. 180.

¹⁰ Алексеев С. С. Структура советского права. М. : Юрид. лит., 1975. С. 128.

¹¹ Джалилова Е. А. Проблемы определения понятия и сущности института права // Вестник Волжского университета имени В. Н. Татищева. 2018. № 2. Т. 1. С. 22–24.

¹² Киримова Е. А. Правовой институт : теоретико-правовое исследование : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1998. С. 14.

¹³ Алексеев С. С. Теория права. М. : Бек, 1995. С. 71.

¹⁴ Экимов А. И. Система права и система законодательства. Теория государства и права. М. : Юнити-Дана, 2000. С. 257.

связанные с генетической информацией как особым видом персональных данных¹⁵.

Нормы информационного права и административного права регулируют отношения в области генно-инженерной деятельности обязательной геномной регистрации.

Статьи 7, 12 Федерального закона от 05.07.1996 № 86-ФЗ «О государственном регулировании в области генно-инженерной деятельности»¹⁶ регламентируют процессы обеспечения системы безопасности в области генно-инженерной деятельности, механизмы юридической ответственности в данной сфере.

Статьи 3, 11, 12, 16 Федерального закона от 03.12.2008 № 242-ФЗ «О государственной геномной регистрации в Российской Федерации»¹⁷ касаются установления принципов государственной геномной регистрации; учета геномной информации; сроков хранения и уничтожения геномной информации.

В то же время отношения в исследуемой области регулируются и *нормами международного права*. К числу таковых могут быть отнесены нормы-принципы, установленные Международной декларацией о генетических данных человека¹⁸, Общий регламент по защите данных (General Data Protection Regulation, GDPR)¹⁹, Конвенция о защите прав человека и человеческого достоинства в связи с применением биологии и медицины от 19.09.1996 (Конвенция о правах человека и биомедицине ETS № 164)²⁰ и др.

Институт правового обеспечения оборота генетической информации хотя и включает нормы различных отраслей права, тем не менее характеризуется единым предметом регулирования. Это связано с самим предметом регулирования, так как генетическая информация является особым видом персональных данных. Данный тип сведений личного характера может характеризовать особенности (наличие

или предрасположенность к определенным заболеваниям) не только человека, из биологического материала которого она получена, но и его родственников. Ввиду особенностей генетических данных возникает необходимость введения особых механизмов правовой защиты этой социальной информации. Например, необходимо решить вопрос получения согласия лица на использование генетической информации, которая может касаться жизни и здоровья его родственников.

В связи с этим *институт правового обеспечения оборота генетической информации можно определить как объективно обособившуюся внутри различных отраслей права, и прежде всего информационного права, гражданского права и международного публичного права, совокупность взаимосвязанных правовых норм, объединенных общностью регулирования отношений, связанных с оборотом генетической информации и использованием генетических технологий*.

Среди действующих в этой сфере источников права можно особо выделить Федеральный закон от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»²¹, Федеральный закон от 05.07.1996 № 86-ФЗ «О государственном регулировании в области генно-инженерной деятельности», Федеральный закон от 03.12.2008 № 242-ФЗ «О государственной геномной регистрации в Российской Федерации», Федеральную научно-техническую программу развития генетических технологий на 2019–2027 годы²² и др.

Отдельные рассматриваемые нормы представлены в виде норм морали и этических стандартов саморегулирования. Так, например, в марте 1989 г. Европейский парламент принял отдельную резолюцию по этическим и правовым проблемам генетических исследований, в которой указывалось на недопустимость отбора

¹⁵ СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. I). Ст. 3451.

¹⁶ СЗ РФ. 1996. № 28. Ст. 3348.

¹⁷ СПС «КонсультантПлюс».

¹⁸ Международная декларация о генетических данных человека (принята резолюцией Генеральной конференции ЮНЕСКО по докладу Комиссии III на 20-м пленарном заседании 16 октября 2003 г.) // URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/genome_dec.shtml (дата обращения: 15.05.2021).

¹⁹ URL: <https://gdpr.eu/tag/gdpr/> (дата обращения: 15.05.2021).

²⁰ URL: <http://docs.cntd.ru/document/901808464> (дата обращения: 15.05.2021).

²¹ СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6724.

²² Постановление Правительства РФ от 22.04.2019 № 479 «Об утверждении Федеральной научно-технической программы развития генетических технологий на 2019–2027 годы» // СЗ РФ. 2019. № 17. Ст. 2108.

работников на генетической основе: кандидаты должны иметь право отказаться от этих тестов без негативных последствий такого отказа. Как нам представляется, в ближайшее время стоит вернуться к вопросу о разработке специального Модельного кодекса профессиональной этики в сфере генетических исследований, который объединит основные нормы-принципы, а также запреты и рекомендации для ученых-исследователей, врачей и генетиков. Здесь идет речь о более гибком и широком регулировании «по горизонтали», которое оказало воздействие на негосударственные корпорации, а также на частный сектор. Такая работа активно ведется в Израиле, Китае, Нидерландах. Подобную исследовательскую деятельность следует осуществлять и в России.

Изложенные выше обстоятельства свидетельствуют, что наблюдается процесс обособления пока еще немногочисленных норм права по обороту генетической информации в отдельный институт в системе отрасли информационного права. Исследуемый институт тесно взаимодействует с другими институтами информационного права, прежде всего с институтом защиты персональных данных; институтом информационной безопасности; интернет-правом; институтом правового обеспечения информационной безопасности; институтом правового режима информации ограниченного доступа и др. Однако институт защиты генетической информации не совпадает с указанными институтами. Отличие можно провести по предметной области регулирования, а также по субъектному составу возникающих правоотношений.

В качестве перспектив дальнейшего развития отдельных норм, составляющих институт правового обеспечения оборота генетической информации, предлагается выделить следующие блоки:

- нормы-принципы, которые будут выступать своеобразным «камертоном» для формирования будущего массива информационного законодательства. В качестве отправной точки в формировании данных норм предлагается использование внутриотраслевых принципов, сформулированных в предыдущих наших работах²³;
- дефинитивные нормы, которые определяют ряд категорий и понятий, в частности уточ-

ненные понятия генетической информации, генетических данных, генетических баз и банков данных, национальной базы генетической информации, национальных биоресурсных центров и др.;

- нормы информационного права, затрагивающие правовое положение и деятельность биологических банков;
- нормы права, устанавливающие права лиц, предоставляющих свой биоматериал, а также обязанности лиц, обрабатывающих подобную структурную информацию;
- нормы, закрепляющие пределы использования биоматериалов и генетической информации;
- нормы, устанавливающие регламент обмена генетическими данными с другими национальными и международными биобанками;
- нормы, обеспечивающие информационную безопасность оборота генетической информации;
- нормы права, устанавливающие правовые механизмы генетического тестирования, связанные определенными целями (в частности, установление медицинского диагноза, выявление риска развития заболевания, идентификация носителя болезни, установление родства, установление этнического происхождения, определение генеалогического происхождения и др.);
- нормы, устанавливающие гарантии граждан при обнаружении ими своей генетической информации в целях участия в генетических исследованиях (например, Personal Genome Project, Helix, Genomera, Snpedia, Promethease), а также нормы, определяющие порядок создания специализированных сайтов «генетической социальной сети», создаваемых в целях содействия поиску родственников, лиц, пропавших без вести, и др.;
- нормы, закрепляющие конфиденциальность генетических данных граждан;
- нормы, способствующие гармонизации патентного законодательства с целью поощрения исследований в области биотехнологий;
- нормы о лицензировании деятельности, связанной с ведением баз генетической информации; обязанность организаций-биобанков вести соответствующую отчетность;
- нормы-требования о согласии субъекта на использование его генетических данных.

²³ См. подробнее: Рассолов И. М., Чубукова С. Г. Внутриотраслевые принципы обработки генетической информации // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 5 (102). С. 98–110.

Наиболее эффективным представляется установить обязательную письменную форму такого согласия, надлежащее и достоверное уведомление субъекта о цели использования данной структурной информации, при этом признать за субъектом возможность отъёма такого согласия;

— запретительные нормы об ограничении оборота генетической информации в ряде случаев, например особый порядок передачи генетических данных третьим лицам, в другие страны с учетом сложившегося опыта других стран;

— охранительные нормы об ответственности за нарушения порядка оборота генетической информации (за незаконное проведение генетических исследований, секвенирование генома без согласия соответствующего лица, несоблюдение цели обработки генетической информации, неправомерный доступ к генетическим данным третьих лиц, незаконный перехват генетических данных). В этой связи следует ввести необходимые санкции и дополнить Уголовный кодекс Российской Федерации и Кодекс об административных правонарушениях Российской Федерации, чтобы предупредить прогнозируемые отклонения в области оборота данной информации.

Все эти блоки норм должны найти свое закрепление в национальном законодательстве. На сегодняшний день специального законодательства, регулирующего научную и иную деятельность в области биоэкономики и геномной информации, явно недостаточно.

Сегодня в мировой практике существует два основных подхода в сфере правового регулирования отношений по использованию генетических данных. Первый подход связан с ограничением свободы договора в сфере занятости или страхования, введением в законодательство о правах человека общих запретов на дискриминацию по признаку генетических характеристик или созданием специальных правовых норм для страховых компаний и работодателей. Второй подход заключается в принятии более комплексного законодательства о конфиденциальности для защиты генетических данных от сбора, использования и разглашения без согласия сторон²⁴.

С точки зрения формальной определенности правовых норм данного института ряд авторов небезосновательно выделяют существование двух моделей. Первая модель предполагает принятие специального закона (Израиль, Бельгия, Саудовская Аравия), другая — наличие целого массива законодательных актов, касающихся разных сфер жизнедеятельности (в частности, законодательство о здравоохранении, о защите персональных данных, охране жизни и здоровья человека, отдельные положения гражданского, уголовного законодательства)²⁵.

Представляется, что в Российской Федерации принятие специального закона выглядит более эффективным решением.

Концепция предлагаемого нами закона представляется следующей.

В первой главе должны быть закреплены общие положения (включая сферу действия закона; понятийный аппарат, в частности определения генетической информации, генетических данных и других терминов; цели использования, обработки и передачи генетической информации).

Во второй главе предлагаемого закона должны быть закреплены правовые принципы оборота и обработки генетической информации (среди которых следует выделить принцип свободы научных исследований в сфере оборота генетической информации; принцип ответственности перед будущими поколениями; принцип защиты человеческого достоинства в процессе оборота генетической информации; принцип неприкосновенности частной жизни носителя генетической информации; принцип обеспечения приоритетности интересов общества и государства в определении государственной политики в сфере оборота генетической информации). Кроме того, данная глава должна содержать условия обработки генетической информации и особые нормы-требования о согласии субъекта, чьи генетические данные используются (обязательную письменную форму такого согласия, надлежащее и достоверное его уведомление о цели сбора генетических данных, а также признание за индивидом права отъёма такого согласия).

Третья глава проекта закона должна содержать права и обязанности субъектов информа-

²⁴ См. подробнее: Чубукова С. Г. Подходы к правовому регулированию генетического тестирования в правовом государстве // Правовое государство. 2020. № 2 (60). С. 145–156.

²⁵ Крысенкова Н. Б., Чурсина Т. И. Правовое регулирование геномных исследований в зарубежных странах // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2019. № 5. С. 152.

ционных правоотношений, возникающие в связи с оборотом генетической информации. В этой главе должен найти закрепление правовой режим биологических банков (закрепление обязанности организаций-биобанков вести соответствующую отчетность и получать специальные разрешения на осуществление их деятельности, связанной с аккумулярованием генетической информации различных субъектов).

Четвертая глава закона должна быть посвящена организационным и техническим аспектам формирования национальной базы генетической информации. Здесь определяется порядок функционирования информационно-аналитической системы хранения и обработки генетических данных; устанавливаются процедуры взаимодействия национальных биоресурсных центров; определяются форматы, программные средства, а также носители для хранения и передачи генетической информации; сопутствующие поисковые программы; процедурные нормы защиты частной информации.

Пятая глава должна включать охранительные нормы по государственному надзору за деятельностью субъектов, касающиеся оборота генетической информации, а также специальные нормы об ответственности за нарушения требований закона (за проведение генетических исследований и секвенирование генома без согласия соответствующего субъекта или в нарушение ранее оговоренной цели исследования, за неправомерное получение доступа к генетическим данным или передачу их третьим лицам и т.д.).

Предпринятый выше анализ позволяет нам выделить следующие особенности регулирования отношений по обороту генетической информации.

Во-первых, социальное регулирование этой среды является не чисто правовым, нормативным (использует нормы морали, этики и др.). В этой связи следует говорить о новом правопонимании и обосновании новой глобальной «концепции прав человека и всего живого»²⁶.

Во-вторых, оно базируется на новом, требующем уточнения понятийном аппарате: «ге-

ном», «биоэтика», «гуманитарные технологии», «антропоцен», «биологический банк данных», «секвенирование генома», «биобезопасность», «медицинское право»²⁷, «генетическое тестирование», «национальная база генетической информации», «экзобиология» и др.;

В-третьих, информационная деятельность различных субъектов в данной сфере зачастую носит международный характер и осуществляется на базе норм международных договоров и национального законодательства. В этой связи представляется правильным запустить широкое обсуждение проблем оборота генетической информации на уровне международного научного сообщества (определение угроз, установление возможных рисков применения информационных технологий в медицине, унификация механизмов цифровой идентификации, разработка этических кодексов поведения для научного сообщества, использование методологии форсайта в целях выработки общих позиций).

В-четвертых, в обозримом будущем будет наблюдаться процесс выделения исследуемых норм в обособленный правовой институт обеспечения оборота генетической информации. Основой такого объединения, по нашему мнению, выступают следующие признаки: предметный признак (наличие собственной предметной области регулирования); функциональный признак (наличие у данного института собственных функций); обособляемость анализируемых норм права в различных нормативных актах о геноме; целесообразность подобного выделения прежде всего для решения важнейших задач: защиты приватности, обеспечения информационной безопасности субъектов права, повышения надежности хранения данных²⁸.

В-пятых, оценка эффективности правового регулирования исследуемых информационных отношений будет осуществляться субъектами разных стран; можно прогнозировать, что в скором времени станет возможным выведение единых показателей эффективности регулирования в области оборота генетической информации.

²⁶ Рассолов И. М. Право и Интернет. Теория кибернетического права : монография. 3-е изд., доп. М. : Норма : Инфра-М, 2021. 304 с.

²⁷ Мохов А. А. Правовые основы медицинской и фармацевтической деятельности в Российской Федерации (Основы медицинского права Российской Федерации) : учебное пособие. М. : Норма, 2012. С. 6–21.

²⁸ Рассолов И. М., Платёнкин А. В., Чернышов В. Н. Способ совместного сжатия и шифрования данных при геномном выравнивании. Патент на изобретение. Рег. № 2747625 С1 от 11.05.2021. Заявка № 2020115012 от 28.04.2020. М. : Роспатент, 2021.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Алексеев С. С. Структура советского права. — М. : Юрид. лит., 1975. — 263 с.
2. Алексеев С. С. Теория права. — М. : Бек, 1995. — 320 с.
3. Веденеев Ю. А. Смена гештальта: юриспруденция в эпоху перемен // Государство и право. — 2020. — № 1. — С. 7–24.
4. Джалилова Е. А. Проблемы определения понятия и сущности института права // Вестник Волжского университета имени В. Н. Татищева. — 2018. — № 2. — Т. 1. — С. 22–31.
5. Иоффе О. С. Структурные подразделения системы права (на материалах гражданского права) // Ученые записки ВНИИСЗ. — 1968. — Вып. 14. — С. 45–60.
6. Казьмин И. Ф., Сырых В. М. Понятие системы права. Правовой институт, отрасль права. Общая теория права / под ред. проф. А. С. Пиголкина. — М. : Изд-во МГТУ имени Н. Э. Баумана, 1996. — 383 с.
7. Керимов Д. А. Кибернетика и право // Советское государство и право. — 1962. — № 11. — С. 98–104.
8. Киримова Е. А. Правовой институт : теоретико-правовое исследование : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Саратов, 1998.
9. Крысенкова Н. Б., Чурсина Т. И. Правовое регулирование геномных исследований в зарубежных странах // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. — 2019. — № 5. — С. 140–153.
10. Мохов А. А. Правовые основы медицинской и фармацевтической деятельности в Российской Федерации (Основы медицинского права Российской Федерации) : учебное пособие. — М. : Норма, 2012. — 367 с.
11. Протасов В. Н. Что и как регулирует право : учеб. пособие. — М. : Юристъ, 1995. — 95 с.
12. Протасов В. Н. Актуальные проблемы теории права: что и как регулирует право. — М. : Юрайт, 2020. — 137 с.
13. Рассолов М. М. Элементы правовой кибернетики. — М. : Академия МВД СССР, 1976. — 96 с.
14. Рассолов М. М. Управление, информация и право. — М. : Мысль, 1983. — 157 с.
15. Рассолов И. М. Право и Интернет. Теория кибернетического права : монография. — 3-е изд., доп. — М. : Норма : Инфра-М, 2021. — 304 с.
16. Рассолов И. М., Платёнкин А. В., Чернышов В. Н. Способ совместного сжатия и шифрования данных при геномном выравнивании. Патент на изобретение. Рег. № 2747625 С1 от 11.05.2021. Заявка № 2020115012 от 28.04.2020. — М. : Роспатент, 2021.
17. Рассолов И. М., Чубукова С. Г. Внутриотраслевые принципы защиты генетической информации // Актуальные проблемы российского права. — 2019. — № 5 (102). — С. 98–110.
18. Теория государства и права. — М. : Юнити-Дана, 2000. — 640 с.
19. Чубукова С. Г. Подходы к правовому регулированию генетического тестирования в правовом государстве // Правовое государство. — 2020. — № 2 (60). — С. 145–156.
20. Rassolov I. M., Chubukova S. G., Mokhov A. A., Shagieva R. V. Genetic information and personal data under conditions of digital transformation // International Journal of Psychosocial Rehabilitation. — 2020. — Vol. 24. — Iss. 7. — P. 284–292. — ISSN: 1475-7192. — URL: <https://doi.org/10.37200/IJPR/V24I7/PR2700028>.

Материал поступил в редакцию 11 августа 2021 г.

REFERENCES

1. Alekseev SS. Struktura sovetского prava [The structure of Soviet law]. Moscow: Yuridicheskaya literatura; 1975. (In Russ.)
2. Alekseev SS. Teoriya prava [Theory of law]. Moscow: Bek; 1995. (In Russ.)
3. Vedeneev YuA. Smena geshtalta: yurisprudentsiya v epokhu peremen [Changing Gestalt: Jurisprudence in an Era of Change]. *Gosudarstvo i Pravo [State and Law]*. 2020;1:7-24. (In Russ.)
4. Dzhaliilova EA. Problemy opredeleniya ponyatiya i sushchnosti instituta prava [Problems of definition of the concept and essence of the institute of law]. *Vestnik Volzhskogo universiteta imeni V. N. Tatishcheva*. 2018;2(1):22-31. (In Russ.)

5. Ioffe OS. Strukturnye podrazdeleniya sistemy prava (na materialakh grazhdanskogo prava) [Structural divisions of the system of law (based on the materials of civil law)]. *Uchenye zapiski VNIISZ*. 1968;14:45-60. (In Russ.)
6. Kazmin IF, Syrykh VM. Ponyatie sistemy prava. Pravovoy institut, otrasl prava. Obshchaya teoriya prava [The concept of the legal system. Legal institute, branch of law. General Theory of Law]. Moscow: Bauman Moscow State Technical University Publishing House; 1996. (In Russ.)
7. Kerimov DA. Kibernetika i pravo [Cybernetics and Law]. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo [The Soviet state and law]*. 1962;11:98-104. (In Russ.)
8. Kirimova EA. Pravovoy institut: teoretiko-pravovoe issledovanie: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk [Legal Institute: theoretical and legal research. Author's abstract of the Cand.Sci. (Law) Thesis]. Saratov; 1998. (In Russ.)
9. Krysenkova NB, Chursina TI. Pravovoe regulirovanie genomnykh issledovaniy v zarubezhnykh stranakh [Legal regulation of genomic research in foreign countries]. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatelstva i sravnitel'nogo pravovedeniya [Journal of Foreign Legislation and Comparative Law]*. 2019;5:140-153. (In Russ.)
10. Mokhov A. A. Pravovye osnovy meditsinskoy i farmatsevticheskoy deyatel'nosti v Rossiyskoy Federatsii (Osnovy meditsinskogo prava Rossiyskoy Federatsii): uchebnoe posobie [Legal bases of medical and pharmaceutical activity in the Russian Federation (Fundamentals of Medical Law of the Russian Federation): A study guide]. Moscow: Norma; 2012. (In Russ.)
11. Rassolov MM. Elementy pravovoy kibernetiki [Elements of legal cybernetics]. Moscow: Akademiya MVD SSSR; 1976. (In Russ.)
12. Rassolov MM. Upravlenie, informatsiya i pravo [Management, information and law]. Moscow: Mysl; 1983. (In Russ.)
13. Rassolov IM. Pravo i Internet. Teoriya kiberneticheskogo prava: monografiya [Law and the Internet. The theory of cybernetic law: A monograph]. 3rd ed., suppl. Moscow: Norma: Infra-M; 2021. (In Russ.)
14. Rassolov IM, Platenkin AV, Chernyshov VN. Sposob sovmestnogo szhatiya i shifrovaniya dannykh pri genomnom vyravnivanii. Patent na izobretenie [A method of joint compression and encryption of data during genomic alignment. A patent for an invention]. Reg. No. 2747625 C1 dated 05/11/2021. Application No. 2020115012 dated 04/28/2020. Moscow: Rospatent; 2021. (In Russ.)
15. Rassolov IM, Chubukova SG. Vnutriotraslevye printsipy zashchity geneticheskoy informatsii [Intra-industry principles for protecting genetic information]. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*. 2019;5(102):98-110. (In Russ.)
16. Protasov VN. Chto i kak reguliruet pravo: ucheb. posobie [What and how the law regulates: A study guide]. Moscow; Yurist; 1995. (In Russ.)
17. Protasov VN. Aktualnye problemy teorii prava: chto i kak reguliruet pravo [Current issues of the theory of law: What and how the law regulates]. Moscow: Yurayt; 2020. (In Russ.)
18. Teoriya gosudarstva i prava [Theory of state and law]. Moscow: Yunity-Dana; 2000. (In Russ.)
19. Chubukova SG. Podkhody k pravovomu regulirovaniyu geneticheskogo testirovaniya v pravovom gosudarstve [Approaches to the legal regulation of genetic testing in a state governed by the rule of law]. *Pravovoe gosudarstvo [The rule of law]*. 2020;2(60):145-156. (In Russ.)
20. Rassolov IM, Chubukova SG, Mokhov AA, Shagiya RV. Genetic information and personal data under conditions of digital transformation. *International Journal of Psychosocial Rehabilitation*. 2020;24(7):284-292. ISSN: 1475-7192. DOI: <https://doi.org/10.37200/IJPR/V24I7/PR2700028>.

Постмодерн в российском частном праве: взаимодействие правовой и судебной доктрины¹

Аннотация. Представленная статья направлена на раскрытие сущности правовой и судебной доктрины в российском частном праве. В статье критикуется позиция, согласно которой правовая доктрина представляет собой авторитетное мнение ученых, выраженное в форме принципов, теорий, концепций. Такой подход к правовой доктрине является аморфным. Правовая доктрина — это единая концепция, опирающаяся на конкретные методологические основания и вырабатывающая находящиеся в системном единстве выводы. Инструментарий правовой доктрины является альфой и омегой права. Междисциплинарный подход в изучении правовых феноменов должен быть основан на категориальном аппарате правовой доктрины, на общем учении о сущности и назначении права. Результатом междисциплинарного исследования должно быть переосмысление и наполнение новым содержанием инструментария, уже выработанного правовой доктриной. В работе подробно исследованы функции правовой доктрины: описание существующего права (*de lege lata*); выработка предложений по его совершенствованию (*de lege ferenda*); обоснование и легитимизация новелл. В статье сделан вывод, что современная цивилистическая доктрина может быть раскрыта через постмодернистский концепт ризомы, поскольку доктрина становится всё более интернациональной, междисциплинарной и креативной. Исследована триада функций судебной доктрины: интерпретация, дополнение и исправление права. Обосновано, что социальные и технологические вызовы предопределяют возникновение судебных доктрин, направленных на переосмысление и интерпретацию позитивного права, его дополнение и корректировку. В заключение сделан вывод, что эволюция частного права основана на диалектическом единстве правовой и судебной доктрины, каждая из которых реализует свою функциональную триаду.

Ключевые слова: частное право; правовая доктрина; судебная доктрина; преторское право; ризома; толкование; судебная практика; прецедент; гражданское право.

Для цитирования: Богданов Д. Е. Постмодерн в российском частном праве: взаимодействие правовой и судебной доктрины // *Lex russica*. — 2021. — Т. 74. — № 11. — С. 102–123. — DOI: 10.17803/1729-5920.2021.180.11.102-123.

¹ Научное исследование выполнено в рамках государственного задания № 075-00998-21-00 от 22.12.2020 на тему «Трансформация российского права в условиях больших вызовов: теоретико-прикладные основы» (FSMW-2020-0030).

© Богданов Д. Е., 2021

* Богданов Дмитрий Евгеньевич, доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры гражданского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993 bogdanov.de@yandex.ru

Postmodernity in Russian Private Law: Interaction of Legal and Judicial Doctrine²

Dmitriy E. Bogdanov, Dr. Sci. (Law), Docent, Professor, Department of Civil Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
bogdanov.de@yandex.ru

Abstract. The presented paper aims at revealing the essence of legal and judicial doctrine in Russian private law. The paper criticizes the position that the legal doctrine is an authoritative opinion of scientists expressed in the form of principles, theories, and concepts. This approach to legal doctrine is amorphous. Legal doctrine is a unified concept based on specific methodological foundations and developing conclusions that are in systemic unity. The legal doctrine toolkit is the alpha and omega of law. An interdisciplinary approach to the study of legal phenomena should be based on the categorical apparatus of legal doctrine, on the general doctrine of the essence and purpose of law. The result of an interdisciplinary study should be a rethinking and filling with new content of the tools already developed by the legal doctrine. The work scrutinizes the functions of legal doctrine: description of existing law (*de lege lata*); development of proposals for its improvement (*de lege ferenda*); justification and legitimization of novels. The paper concludes that the modern civil doctrine can be revealed through the postmodern concept of the rhizome, since the doctrine is becoming more international, interdisciplinary and creative. The author investigates the triad of functions of judicial doctrine, namely interpretation, addition and correction of law. It is proved that social and technological challenges predetermine the emergence of judicial doctrines aimed at rethinking and interpreting positive law, its addition and correction. The author concludes that the evolution of private law is based on the dialectical unity of legal and judicial doctrine, each of which implements its functional triad.

Keywords: private law; legal doctrine; judicial doctrine; praetorian law; rhizome; interpretation; judicial practice; precedent; civil law.

Cite as: Bogdanov DE. Postmodern v rossiyskom chastnom prave: vzaimodeystvie pravovoy i sudebnoy doktriny [Postmodernity in Russian Private Law: Interaction of Legal and Judicial Doctrine]. *Lex russica*. 2021;74(11):102-123. DOI: 10.17803/1729-5920.2021.180.11.102-123. (In Russ., abstract in Eng.).

Вопросам правовой доктрины уделено значительное внимание как в общетеоретической, так и в отраслевых юридических науках, однако в литературе отсутствует единство в понимании сущности данного правового феномена.

Как отмечает Х. И. Гаджиев, в научной литературе правовую доктрину обычно рассматривают в качестве обобщенного научного отношения к общетеоретическим вопросам права. Однако, по мнению автора, предпочтительной является широкая трактовка данной научной категории, способная раскрыть ее суть³. Поэтому Х. И. Гаджиев присоединяется к позиции Т. Я. Хабриевой, полагающей, что «в самом общем виде доктрину характеризуют как авторитетное мнение ученых, выраженное в форме принципов, теорий, концепций»⁴.

Данное определение действительно раскрывает суть доктрины лишь «в самом общем виде». При таком подходе правовая доктрина предстает в качестве аморфного образования, поскольку авторитетное мнение отдельного ученого или даже группы ученых может остаться только авторитетным мнением, не относящимся к правовой доктрине, даже если такое авторитетное мнение будет объективировано в качестве научной теории или концепции.

Например, «экономический анализ права» (Law and Economics)⁵ остается маргинальным в

экономический анализ права» (Law and Economics)⁵ остается маргинальным в

² The research was carried out within the framework of the state task No. 075-00998-21-00 of 22 December 2020 on the topic "Transformation of Russian law in the face of big challenges: Theoretical and applied foundations" (FSMW-2020-0030).

³ См.: Гаджиев Х. И. Судебные доктрины и эффективность правоприменения // Журнал российского права. 2019. № 6. С. 14–27.

⁴ Хабриева Т. Я. Доктринальное значение российской Конституции // Журнал российского права. 2009. № 2. С. 23.

⁵ См., например: Posner R. A. Utilitarianism, Economics and Legal Theory // Journal of Legal Studies. 1979. Vol. 8. P. 103; Calabresi G. The New Economics Analysis of Law: Scholarship, Sophistry, or Self-indulgence? // Proceedings of the British Academy. 1982. Vol. 68. P. 85, 89.

цивилистической доктрине⁶, поскольку основан на спорных философских установках утилитаризма. Поэтому междисциплинарное научное учение об экономическом анализе права сложно отнести к сфере правовой доктрины.

Ряд российских авторов указывают, что доктрину следует рассматривать в качестве систематизированного учения, целостной концепции, научной теории, выступающей основой программного действия⁷, поскольку доктрина — это не совокупность различных взглядов и идей, а именно единая концепция, опирающаяся на определенные методологические основания и вырабатывающая четкие, логически выверенные, находящиеся в системном единстве выводы⁸.

Выводы российских ученых в отношении правовой доктрины звучат в унисон с взглядами многих иностранных авторов. Так, доктринальный подход образно характеризуется в качестве «материнского молока» для ученых-юристов⁹, а правовая доктрина рассматривается как альфа и омега права¹⁰.

Развернутый анализ правовой доктрины содержится в работах Яна Смитса¹¹. Как отмечает автор, суть доктринального подхода заключается, во-первых, в том, что он основан на рассмотрении правовых вопросов с позиции внутренней перспективы (*internal perspective*). При доктринальном подходе исследователь позиционирует себя как находящегося внутри правовой системы¹². Для ее постижения не тре-

буются внешние данные¹³. Правовая система не только выступает в качестве предмета исследования, но и предоставляет инструментарий для ее постижения. Сущность права раскрывается через использование собственно правового категориального аппарата. Если право начинают рассматривать с позиций внешней перспективы (например, социологический или экономический подходы), то происходит отход от методологии правовой доктрины¹⁴.

Аналогичная позиция была высказана В. С. Нерсисянцем в отношении инструментария постижения правовой системы: он указывал, что мыслимая модель позитивного права формулируется с помощью специфического доктринально-юридического словаря, определенной системы логически взаимосвязанных специальных понятий, категорий, терминов, словесных конструкций, дефиниций и т.д.¹⁵

Представляется, что если тезис Яна Смитса о «внутренней перспективе» будет доведен до абсолюта, то право можно будет ассоциировать со своеобразной «вещью самой в себе» в духе кантовского трансцендентализма¹⁶. Это служит причиной критики, высказываемой в отношении доктринального подхода, поскольку право является социальным феноменом, его развитие обусловлено эволюцией социально-экономических отношений, следовательно, право невозможно поместить в прокрустово ложе исключительно внутренней перспективы. Однако инструментарий правовой доктрины остается

⁶ См.: *Gordley J. Foundation of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment. Oxford University Press, 2006. P. 20*; *Grechenig K., Gelter M. The transatlantic divergence in legal thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism // Hastings International & Comparative Law Review. 2008. Vol. 31. № 1. P. 295–360.*

⁷ *Прахина Т. М. Конституционная доктрина современной России : дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 2004. С. 5.*

⁸ См.: *Зайцев О. В. Проблемные вопросы доктрины гражданского права // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2014. № 1. С. 111–117.*

⁹ *McCrudden Ch., Legal Research and the Social Sciences : Law Quarterly Review. 2006. 122. P. 632–634.*

¹⁰ *Smits J. M. Law and Interdisciplinarity: on the Inevitable Normativity of Legal Studies : Critical Analysis of Law 1:1 (2014), 75.*

¹¹ См.: *Smits J. M. What is Legal Doctrine? On the Aims and Methods of Legal-Dogmatic Research (September 1, 2015) // Rethinking Legal Scholarship: A Transatlantic Dialogue / eds. R. van Gestel, H.-W. Micklitz, E. L. Rubin. New York : Cambridge University Press, 2017. P. 207–228.*

¹² *Westerman P. C. Open or Autonomous? // Which Kind of Method for What Kind of Discipline? / ed. Mark Van Hoecke. Oxford : Hart, 2011, 87.*

¹³ *Smits J. M. What is Legal Doctrine?*

¹⁴ См.: *Weinrib E. J. The Idea of Private Law. Cambridge Mass : Harvard University Press, 1995.*

¹⁵ См.: *Нерсисянц В. С. Общая теория права и государства. М. : Инфра-М, 1999. С. 382–383.*

¹⁶ См.: *Бурханов Р. А. Вещь в себе и явление, ноумен и феномен, трансцендентальное, имманентное и трансцендентное в теоретической философии Иммануила Канта // Манускрипт. 2016. № 3-2. С. 34–36.*

альфой и омегой права. Поэтому любой, даже междисциплинарный подход в изучении правовых феноменов должен быть основан на категориальном аппарате правовой доктрины, на общем учении о сущности и назначении права. Результатом междисциплинарного исследования должно быть переосмысление и наполнение новым содержанием инструментария, уже выработанного правовой доктриной. Таким образом, любое правовое исследование, в том числе междисциплинарное, начинается с правовой доктрины (альфа), ею и завершается (омега).

Во-вторых, Ян Смитс указывает на системность доктринального подхода к праву, поскольку правовая доктрина — это не простое описание действующего законодательства и правоприменительной практики¹⁷, доктрина — это целостный системный концепт, представляющий собой совокупность взаимосвязанных принципов, концепций и правил¹⁸.

В-третьих, Ян Смитс делает акцент на том, что признаком правовой доктрины является ее направленность на систематизацию именно существующего права (present law). Важным для легально-догматического подхода является то, что он способен учитывать последние тенденции в законодательстве и судебной практике на фоне изменений в социальной среде. Возможность взаимодействия с юридической практикой превращает правовую доктрину в живую систему, которая стремится как к постоянству, так и к развитию права. По мнению автора, это соответствует оригинальному значению латинского термина *doctrina* — учение, передающееся от поколения к поколению¹⁹.

Таким образом, автор трактует правовую доктрину с позиций диалектики как эволюционирующую живую систему, которая постоянна в своем развитии. На динамичный характер

правовой доктрины указывал и В. С. Нерсесянц, поскольку доктрина не только отражает позитивное право, но и определяет его, активно соучаствует в процессе его создания и осуществления²⁰. Вопрос о влиянии доктрины на правовую действительность, в том числе посредством доктринального толкования, рассматривается в работах и других российских авторов²¹.

В этой связи в научной литературе выделяются цели (функции) правовой доктрины, к которым Ян Смитс относит описание, предписание и обоснование (description, prescription and justification). По мнению автора, указанные цели взаимосвязаны и взаимообусловлены²².

Первая функция (description) связана с описанием существующего права, поскольку право рассматривается с позиций *de lege lata*²³. Доктрина осуществляет нейтральное описание действующего законодательства и практику его применения в целях систематизации источников права, выстраивания стройной, понятной и удобной для восприятия системы правовых знаний. Иеремия Бентам определял такое систематическое описание существующего права как «пояснительную юриспруденцию» (expository jurisprudence)²⁴. Именно доктрина формирует систему правовых категорий и концепций, а также определяет их границы и содержание, тем самым создавая терминологический аппарат для юридической дискуссии²⁵.

Как указывает Ян Смитс, именно доктрина создает правовую реальность. Если физические знания передаются посредством математических формул, то правовые знания транслируются через доктрину. Благодаря доктрине право становится определенным и предсказуемым, поскольку именно доктрина создает условия, чтобы аналогичные споры разрешались аналогичным образом²⁶.

¹⁷ См.: *Lamond Cf. G. Analogical Reasoning in the Common Law // Oxford Journal of Legal Studies. 2014. № 34. 567–581.*

¹⁸ См.: *Weinrib E. J. Legal formalism // A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory / ed. D. Patterson. 2nd ed., Oxford : Wiley-Blackwell, 2010. 327–335 ; Smits J. M. What is Legal Doctrine?*

¹⁹ *Smits J. M. What is Legal Doctrine?*

²⁰ *Нерсесянц В. С. Указ. соч. С. 382–383.*

²¹ *Зайцев О. В. Указ. соч. С. 111–117 ; Пряхина Т. М. Указ. соч.*

²² *Smits J. M. What is Legal Doctrine?*

²³ *Tiller E. H., Cross F. B. What is legal doctrine? // Northwestern University Law Review. 2006. № 100. P. 517.*

²⁴ *Bentham J. An Introduction to the Principles of Morals and Legislation / ed. J. H. Burns, H. L. A. Hart). Oxford : Clarendon Press, 1970. Ch. XVII, 21.*

²⁵ *Goldberg J. C. P. Introduction: Pragmatism and Private Law // Harvard Law Review. 2012. № 125. P. 1640–1650.*

²⁶ *Smits J. M. What is Legal Doctrine?*

Предписание (prescription) выступает в качестве второй функции правовой доктрины. Роль доктрины не ограничивается лишь описанием существующего права, поскольку она направлена на выработку предложений по совершенствованию действующего законодательства и практики его применения (*de lege ferenda*). Однако любая новелла должна быть в гармонии с устоявшейся законодательной реальностью и сложившейся правоприменительной практикой.

Наконец, третьей функцией правовой доктрины является обоснование и даже оправдание (*justification*) действующего права. Как отмечает Ян Смитс, в данном аспекте право рассматривается с позиций внутренней перспективы, как самодостаточная система. Право обосновано уже в силу своего системного и последовательного характера²⁷. Законодательная или правоприменительная новелла получает свое обоснование в силу того, что гармонично связана с системой правовых принципов, понятий и концепций, выработанных доктриной. Таким образом, правовая доктрина легитимизирует новеллу, если она вписывается в систему, принятую и используемую юридическим сообществом²⁸.

В литературе отмечается, что «классический» доктринальный подход к праву активно критикуется в современной науке. Он обозначается в качестве «провинциального» с позиций транснациональной перспективы, «узкого» с позиций междисциплинарной перспективы и старомодного с позиций творческой, креативной перспективы. Однако, как справедливо утверждает Ян Смитс, подобная критика может быть легко опровергнута, если приложить достаточные методологические усилия, поскольку любой альтернативный взгляд на право (экономический, социологический, бихевиористский подходы и др.) невозможен без «классического» доктринального понимания существующего права и использования доктринальной аргументации для обоснования предложенных новелл²⁹.

В этой связи заслуживает внимания позиция О. В. Зайцева, указывающего на необходимость

унификации смыслового значения понятия «правовая доктрина» по причине сближения правовых инструментов романо-германской правовой семьи и правовой системы стран общего права. По мнению автора, при модернизации доктрины гражданского права необходимо учитывать, что в настоящее время юристы утрачивают исключительную связь с той или иной конкретной правовой системой³⁰. На то, что правовая доктрина децентрализована и не ограничивается национальными границами, указывает и А. Н. Чашин³¹.

Современная цивилистическая доктрина становится все более «транснациональной», учитывающей глобальные тенденции по гармонизации и унификации в сфере частного права. В ней все более изживается отмеченный Яном Смитсом «провинциализм», что было, в частности, продемонстрировано в ходе реформы российского гражданского законодательства.

Указание О. В. Зайцевым на утрату юристами исключительной связи с конкретной правовой системой может быть образно охарактеризовано как «утрата родовых корней», что свидетельствует о влиянии постмодерна на цивилистику. Для модерна характерно то, что реальность стабильна, целостна и неизменна. Истина универсальна и объективна. В мире постмодерна реальность становится изменчивой и случайной, а истина плюралистична и вырабатывается в ходе дискурсивной практики³².

Метафоры «утраты корней», «потери стержня» связаны с постмодернистским философским концептом «ризомы» (фр. *rhizome* — «корневище»). Данный философский концепт был предложен Жилем Делезом и Пьером-Феликсом Гваттари, образно раскрыт авторами через его связь с ботаникой: «Ризома как подземный отросток абсолютно отлична от корней и корешков. Луковицы, клубни — это ризомы. Во всех других отношениях растения с корнем или корешками могут быть ризоморфны»³³. Таким образом, древовидной корневой структуре противопоставляется «сеть без ствола», как, например, корневище имбиря или грибница.

²⁷ Smits J. M. What is Legal Doctrine? P. 212.

²⁸ Smits J. M. What is Legal Doctrine? P. 215.

²⁹ Smits J. M. What is Legal Doctrine? P. 217.

³⁰ Зайцев О. В. Указ. соч. С. 111–117.

³¹ Чашин А. Н. Правовая доктрина: ипостаси и ризомность // Евразийская адвокатура. 2019. № 2 (39). С. 92–96.

³² См.: Волков В. Н. Постмодерн и его основные характеристики // Культурное наследие России. 2014. № 2. С. 3–8.

³³ Делёз Ж., Гваттари Ф. Капитализм и шизофрения. Тысяча плато. Екатеринбург, 2010. С. 11.

Как указывает А. С. Плахов, метафоре корня как единого стержня противопоставлена метафора ризомы, задающая ее ацентричность и противоположность статичным и замкнутым линейным структурам с жесткой центрально-осевой ориентацией (древовидная структура). Ризоматическая трансструктура живет в своих отростках, сочленениях, порах. Она принципиально нелинейна и изменчива, она дышит и разветвляется. Несмотря на противопоставление «древовидным» структурам, ризома способна их включать в себя, поскольку они не изменяют ее природы. Ризома как бы надстраивается над ними. По мнению автора, ризома является методологическим концептом, который направлен не на описание объекта, а на его структуризацию, определение способа его организации. Поэтому концепт ризомы может быть использован как для гибкой организации междисциплинарных исследований, так и для закрепления их результатов³⁴.

Рассмотренный постмодернистский философский концепт имеет непосредственное отношение к осмыслению эволюционного развития цивилистической доктрины, поскольку современная цивилистическая доктрина действительно может быть раскрыта через постмодернистский концепт ризомы.

В ризоме любая точка может быть присоединена к любой другой, что отличается от порядка дерева, у нее отсутствует стержень, ее корешки могут прорасти, ветвясь в любом направлении, и неожиданно исчезать. Быть ризоморфным — значит порождать стебли и волокна, которые кажутся корнями или соединяются с ними, проникая в ствол с риском быть задействованными в новых странных формах³⁵.

Современная цивилистическая доктрина ризоморфна, ее корешки прорастают и сплетаются с другими ризомами, черпая материал для своего развития из правоприменительной практики, иностранного опыта и междисциплинарных исследований. В результате российская

цивилистическая доктрина становится все более интернациональной, междисциплинарной и креативной. Так, применительно к креативности и междисциплинарности современной цивилистической доктрины можно указать на то, что она успешно отвечает на те вызовы, которые были порождены новой технологической революцией, что позволяет говорить о наличии феномена технодетерминизма в цивилистике³⁶.

Вызывает интерес то, что в российской юридической литературе уже набирает обороты постмодернистский дискурс. Так, по мнению Е. Н. Ярковой, в постмодернизме рождается новое понимание истины как социально и контекстуально сконструированного рассуждения, а также новое понятие правосудия как творческого правосудия активного общества, которое основывается на переформулировке формальных категорий, их превращении в функциональные категории. Наконец, появляется новое понятие права — «живое право». В его рамках складывается новое видение юридической теории: как дискурса, описывающего, интерпретирующего и одновременно реконструирующего мир³⁷.

Как указывает В. В. Лазарев, постмодернизация правового мышления связывается с преодолением формально-догматического метода мышления, поскольку право объявляется открытой, динамичной, постоянно обновляемой системой, а ее понятия — постоянно трансформирующимися, наполняемыми новым содержанием. По мнению автора, необходимо обеспечить проведение в жизнь идеи децентрализованного (ризомного) права взамен иерархического, что даст в итоге разветвленную, многомерную сеть — ризому, состоящую из множества случайно и локально развивающихся элементов. Это приведет к децентрации сознания законодателей и правоприменителей, освободив их от установок, заданных интересами господствующих социальных слоев и групп³⁸.

³⁴ Плахов А. С. Границы дисциплинарного описания науки: ризоматический подход // *Epistemology & Philosophy of Science*. 2014. № 4 (42). С. 143–154.

³⁵ Синельникова Л. Н. Ризома и дискурс интермедиальности // *Вестник РУДН. Серия «Лингвистика»*. 2017. № 4. С. 805–821.

³⁶ Богданов Д. Е. Технодетерминизм в частном праве: влияние биопринтинга на развитие концепции защиты права на цифровой образ // *Вестник Пермского университета. Юридические науки*. 2020. № 50. С. 678–704.

³⁷ Яркова Е. Н. История и методология юридической науки : учеб. пособие. Тюмень, 2012. С. 254, 256.

³⁸ Лазарев В. В. Толкование права: классика, модерн и постмодерн // *Журнал российского права*. 2016. № 8. С. 15–28.

В результате такого постмодернистского дискурса меняется конфигурация самого частного права. Оно уже предстает не в качестве *Corpus Juris Civilis* или выбитых на камне скрижалей строгих позитивистских установок, но в качестве гибкого и постоянно эволюционирующего феномена. Как отмечает А. Н. Чашин, в отличие от древовидной системы, модель ризомы не имеет единого корня, стержня, она пронизывает бытие во многих местах³⁹. Автор приводит позиции иностранных ученых, указывающих на то, что объяснительной метафорой для права становится не пирамида или система, а сеть⁴⁰. Ризомное право проявляется в таких «непреднамеренных источниках»⁴¹, как правовая доктрина, обычай и прецедент⁴².

Следует в этой связи отметить, что ризоморфность современного цивилистического дискурса обусловлена тем, что правовая доктрина и правоприменительная практика оказывают друг на друга все более значительное взаимное влияние. Правовая доктрина выступает в качестве идейной, теоретической основы эволюции правоприменительной практики, одновременно правовые позиции судов могут стать триггером для развития доктрины и законодательства.

В результате симбиоз правовой доктрины и правовых позиций судов порождает феномен судебной доктрины в сфере российского частного права. В российском праве отсутствует легальное определение судебной доктрины, однако данная категория используется в актах высших судов. Так, в одном из постановлений Конституционного Суда РФ указывается на

то, что только законодательными средствами решить правовую проблему не всегда возможно, что обуславливает особую роль судебных доктрин. Поэтому в России толкование закона высшими судебными органами призвано оказывать существенное воздействие на формирование судебной практики⁴³.

В современной литературе вопрос о сущности судебной доктрины является предметом оживленной научной дискуссии. Так, Е. В. Тарибо рассматривает судебную доктрину как генеральную линию, универсальный принцип или подход, которым суд неуклонно следует, рассматривая дела определенной категории. Автор отмечает, что судебная доктрина в странах прецедентного права формируется на основе множества судебных решений универсальных прецедентов (правовых позиций), которые выходят за рамки какого-то одного или нескольких судебных дел, вырастая в концептуальные подходы к разрешению дел определенной категории⁴⁴.

Судебная доктрина в англосаксонской научной литературе действительно рассматривается в качестве правила, выработанного на основе рассмотренных дел, обретшего самостоятельное от них бытие и применяемого для разрешения последующих споров без учета фактических обстоятельств, при которых оно первоначально возникло⁴⁵. Таким образом, доктрина устанавливает правила для разрешения дел в будущем⁴⁶. Некоторые авторы определяют судебные доктрины как правила принятия решений (Decision rules), сформулированные судами в целях реализации конституционных принципов⁴⁷.

³⁹ См.: Чашин А. Н. Указ. соч. С. 92–96.

⁴⁰ См. Garcia J. I. M. Del sistema a la red: la perspectiva del juez // Anuario de filosofia del derecho. 2016. XXXII. P. 431–450; De Sanctis F. M. La voce antica del diritto oltre-moderno // Rivista di filosofia del diritto. 2015. № 1. P. 75–88.

⁴¹ Barberis M. Da che parte sta il formalismo? Fra ermeneutica e realismo giuridico // Rivista di filosofia del diritto. 2015. № 2. P. 107–118.

⁴² См.: Чашин А. Н. Указ. соч. С. 94.

⁴³ Постановление Конституционного Суда РФ от 19.01.2017 № 1-П «По делу о разрешении вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией Российской Федерации постановления Европейского Суда по правам человека от 31.07.2014 по делу “ОАО ‘Нефтяная компания ‘ЮКОС’ против России” в связи с запросом Министерства юстиции Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

⁴⁴ Тарибо Е. В. Судебно-конституционная доктрина «факультативности налоговых льгот»: пределы применения // Журнал конституционного правосудия. 2013. № 2. С. 10–17.

⁴⁵ Lackland H., Bloom Jr. Methods of Interpretation: How the Supreme Court Reads the Constitution. Oxford University Press, 2009. P. 205, 257, 350.

⁴⁶ Tiller E. H., Cross F. B. What is Legal Doctrine? (May 16, 2005) // URL: <https://ssrn.com/abstract=730284>; URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.730284>.

⁴⁷ Denning B. P., Kent M. B. Judicial Doctrine as Risk Regulation // Tennessee Law Review. 2015. Vol. 82. № 2. URL: <https://ssrn.com/abstract=2401704>.

По мнению Ю. Э. Ибрагимовой, судебная доктрина — это основанная на правовой доктрине, развиваемая судом, существующая независимо от законодательного закрепления, но не противоречащая действующему законодательству совокупность идей, нашедших отражение в судебных решениях, предоставляющая суду ориентиры при разрешении дел, предполагающих судебное усмотрение и восполнение пробелов в законодательстве, обогащающая правовую доктрину⁴⁸.

Позиция автора о взаимосвязи правовой и судебной доктрины логически вытекает из тезисов Х. И. Гаджиева, считающего, что правовая доктрина в судебной практике приобретает новый смысл, поскольку в процессе правоприменительной деятельности она преобразуется в инструмент правового метода решения задач судебной практики. Стабильность судебной доктрины зависит как от стабильности законодательства и теоретических разработок, влияющих на образование общих доктрин права, так и от следования предыдущим решениям при аналогичных фактах дела. В этой связи автор положительно высказывается об англосаксонской доктрине *Stare Decisis*, связанной с обязательностью следования ранее вынесенным прецедентным решениям⁴⁹.

В отношении указанной судебной доктрины Верховный суд США неоднократно давал положительную оценку, отмечая, что она обладает «фундаментальным значением для верховенства права»⁵⁰ и способствует «беспристрастному, предсказуемому и последовательному развитию правовых принципов»⁵¹.

В научной литературе имеются многочисленные комплиментарные высказывания в

отношении доктрины *Stare Decisis*. По мнению Дэниела Фарбера, только следуя аргументации прежних решений, суды смогут обеспечить себе руководство на будущее. Альтернативой этому будет серия несвязанных решений по конкретным делам⁵². Рассматриваемая доктрина направлена на поддержание оправданного общественного доверия к сложившемуся правовому регулированию отношений⁵³.

Одновременно доктрина *Stare Decisis* воспринимается с изрядной долей скепсиса. Например, Рэнди Козел указывает, что есть ирония в том, что символом стабильности судебной системы является доктрина, основанная на выборе суда придерживаться прецедента, несмотря на подозрения в его ошибочности⁵⁴.

Многие авторы рассматривают доктрину *Stare Decisis* как своеобразную «серую зону», сферу неопределенности при вынесении судебных решения. В литературе отмечается, что *Stare Decisis* не вполне корректно рассматривать в качестве правовой доктрины обязательности прецедента, поскольку зачастую она служит средством манипуляции и прикрытия политических аргументов⁵⁵.

Так, Верховный суд США в одном из своих решений указал, что его предшествующие прецеденты не священны, поэтому они могут быть отвергнуты, когда это будет необходимо и уместно⁵⁶. В другом решении указывалось, что данная доктрина является гибким инструментом⁵⁷.

«Классический» доктринальный подход в США был атакован в первой половине XX в. представителями так называемого «реализма» и «критических юридических исследований». Реалисты указывали, что традиционный док-

⁴⁸ Ибрагимова Ю. Э. Роль судебных доктрин в практике арбитражных судов // Журнал российского права. 2020. № 4. С. 172–185.

⁴⁹ Гаджиев Х. И. Указ. соч. С. 14–27.

⁵⁰ *Welch v. Tex. Dep't of Highways & Pub. Transp.*, 483 U.S. 468, 491 (1987).

⁵¹ *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 821 (1991).

⁵² *Farber D. A. The Rule of Law and the Law of Precedents* // 90 *Minn. L. Rev.* 1173, 1171 (2006).

⁵³ См.: *Toward Neutral Principles of Stare Decisis in Tort Law* / V. E. Schwartz [et al.] // 58 *S. C. L. Rev.* 317, 321 (2006); *Stephens P. J. The New Retroactivity Doctrine: Equality, Reliance and Stare Decisis* // 48 *Syracuse L. Rev.* 1515, 1561 (1998).

⁵⁴ *Kozel R. J. Stare Decisis as Judicial Doctrine* // 67 *Wash. & Lee L. Rev.* 411 (2010). URL: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/374.

⁵⁵ См.: *Fisch J. E. The Implications of Transition Theory for Stare Decisis* // 13 *J. Contemp. Legal issues* 93, 91 (2003); *Kozel R. J. Op. cit.*

⁵⁶ *Helving v. Hallock*, 309 U.S. 106, 111 (1940). См. также: *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 U.S. 164, 171 (1989).

⁵⁷ *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 851 (1992).

тринальный подход пробует замаскировать истинные побудительные причины вынесения судебного решения.

Традиционная легальная модель вынесения судебных решений основана на схеме «мотивированных ответов на обоснованные доводы и аргументы». Вынесенное решение должно основываться на «нейтральных» правовых принципах и не зависеть от личных, политических или идеологических пристрастий судей⁵⁸.

Именно данный тезис и был подвержен критике со стороны представителей реалистического подхода к праву, утверждающих, что традиционные источники права, например доктрина, не определяют содержание судебного решения. Реалисты указывают на неопределенность правовой терминологии, что создает условия для манипуляций при постановке решения. Таким образом, реалистический подход к праву во многом основан на тезисе, что судья сначала определяет желаемое для себя решение спора, а потом манипулирует легальным инструментарием в целях обоснования и подтверждения своей позиции. В результате содержание вынесенного решения полностью зависит от политических или идеологических предпочтений судьи. Правовая или судебная доктрина становится простой ширмой для прикрытия указанных предпочтений⁵⁹.

Поэтому предпринимаются попытки адаптировать доктринальный подход к тезисам, выдвинутым «реалистами». Так, Рэнди Козел указывает на необходимость переосмысления доктрины *Stare Decisis* в целях ее преобразования в теоретически последовательную и обоснованную судебную доктрину, основывающуюся на учете интересов доверия и защиты легальных ожиданий⁶⁰. По сути, подразумевается, что ценность последовательности и предсказуемости судебной практики должна перевешивать политические и идеологические аргументы.

Отмеченный кризис, который переживает судебная доктрина и академическая наука в США, обусловлен спецификой их правовой системы, в которой суды являются творцами

права. Для научной школы «реализма» в США были созданы тепличные условия, которые позволили им потеснить классическую правовую доктрину и создать вакуум в юридической науке, который был заполнен рассмотрением правовых вопросов с позиций исключительно внешней перспективы, правовой политики и поведенческих моделей.

В литературе указывается, что континентальная правовая доктрина пока избежала такой печальной судьбы. Например, в Германии классическая «юриспруденция понятий» эволюционировала в «юриспруденцию интересов», после чего продолжила свое развитие, став «юриспруденцией ценностей». Правовая доктрина стала менее дескриптивной и позитивистской, однако осталась автономной сферой знания со своими собственными ценностями, методами и целями. Это означает, что право в континентальной доктрине рассматривается с позиций внутренней перспективы⁶¹.

Можно утверждать, что идейное ядро континентальной правовой доктрины осталось неприкосновенным. Ризоморфный характер современной правовой доктрины не означает, что она должна быть рыхлым образованием, некритично вмещающим в себя новые смыслы. В этой связи представляет интерес подход Имре Лакатоса к решению проблем методологии научного знания. В соответствии с его концепцией предметом оценки должна быть не изолированная теория или совокупность теорий, а исследовательская программа. Исследовательская программа включает в себя конвенционально принятое, неопровержимое «твердое ядро» и позитивную эвристику, которая определяет проблемы для исследования и формирует защитный пояс вспомогательных гипотез⁶². Таким образом, защитный пояс принимает на себя удар от опровергающих фактов и противоположных теорий. Под их воздействием может меняться защитный пояс, твердое ядро остается неизменным, за исключением ситуаций коренного преобразования или возникновения новой исследовательской программы⁶³.

⁵⁸ *Shapiro D. L.* In Defense of Judicial Candor // 100 Harvard Law Review, 731, 731 (1987) ; *Johnson P.* Do You Sincerely Want To Be Radical? // 36 Stanford Law Review, 247, 251 (1984).

⁵⁹ См.: *Tiller E. H., Cross F. B.* Op. cit.

⁶⁰ *Kozel R. J.* Op. cit.

⁶¹ См.: *Grechenig K., Gelter M.* Op. cit. P. 295–360.

⁶² *Лакатос И.* Избранные произведения по философии и методологии науки / пер. с англ. И. Н. Веселовского, А. Л. Никифорова, В. Н. Поруса. М. : Академический проект ; Трикта, 2008. 475 с.

⁶³ *Плахов А. С.* Указ. соч. С. 143–154.

Опыт ушедшего XX в. показал, что «твердое ядро» российской цивилистической доктрины было затронуто в силу корректировки ее исследовательской программы, но она все равно смогла преодолеть фундаментальные вызовы, обусловленные сменой общественно-экономических формаций в 1917 и 1991 гг. Основной удар был принят защитным поясом вспомогательных гипотез.

В этой связи необходимо вновь вернуться к вопросу о взаимосвязи судебной и правовой доктрины. Как полагает Ю. Э. Ибрагимова, судебные доктрины являются связующим функциональным звеном между общими правовыми доктринами (как результатами мышления *in abstracto*) и правоприменительной практикой (складывающейся *in concreto*), выполняющими функции концептуализации эмпирического опыта в праве⁶⁴.

Следует согласиться с данной позицией, поскольку она отражает диалектическое единство правовой и судебной доктрины, которое выражается в практической отработке выработанной правовой доктриной вспомогательной гипотезы. Правовая доктрина формулирует теоретический базис для формирования судебной доктрины, которая, в свою очередь, может стать основой для возникновения новой вспомогательной гипотезы в правовой доктрине. Как отмечает Х. И. Гаджиев, достоинства, совершенство доктрины проверяются на практике, которая при необходимости изменяет ее, отказывается от нее либо создает новую⁶⁵. Однако коррекции со стороны судебной доктрины может быть подвергнута только вспомогательная гипотеза, но не идейное «твердое» ядро цивилистической доктрины. Даже законодатель обладает ограниченной возможностью по изменению исследовательской программы и коррекции «твердого ядра» цивилистической доктрины.

Строение частного права объективно, его схема задана «твердым ядром» исследовательской программы цивилистической доктрины.

Цивилистическая доктрина одновременно выступает как самодостаточная система, обоснованная в силу своего последовательного характера, и как ризоморфный феномен, открытый для получения новых данных из внешних источников. Доктрина не только описывает существующее право, в своей исследовательской программе она формирует совокупность вспомогательных гипотез, определяющих векторы в развитии частного права. Источником для таких вспомогательных гипотез может быть судебная доктрина, поскольку правовая доктрина способна легитимизировать, обосновать и оправдать выработанную судебной практикой новеллу, включив ее в свою сферу.

Вопрос о формировании судебных доктрин неразрывно связан с проблемой так называемого «судейского активизма»⁶⁶ и судебного правотворчества. Считается, что «судейский активизм» является прерогативой англосаксонской прецедентной правовой традиции (*common law*), в которой суд выступает в качестве «творца» права. Однако и в странах, относящихся к сфере *common law*, продолжается дискуссия в отношении установления пределов реализации судом своей правотворческой функции⁶⁷.

В континентальной правовой системе традиционно «судейский активизм» воспринимается негативно, поскольку он противоречит основополагающим юридическим установкам эпохи Просвещения (модерн), что источником права должна быть законодательная, а не судебная власть. Например, можно указать на знаменитый тезис Монтескье, что судья должен быть простым глашатаем закона⁶⁸.

Однако на смену эпохе модерна уже давно пришел постмодерн, прецедент становится источником права и для континентальной правовой системы. Наиболее рельефно этот тезис можно проиллюстрировать на примере практики европейских «наднациональных» судов, основанной на «неписаном» праве, обозначенном в качестве «общей конституционной традиции»,

⁶⁴ Ибрагимова Ю. Э. Указ. соч. С. 172–185.

⁶⁵ Гаджиев Х. И. Указ. соч. С. 14–27.

⁶⁶ См.: *Kmiec K.* The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism” // *California Law Review*. 2004. № 92. P. 1441, 1451.

⁶⁷ См.: *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts* / ed. Brice Dickson. OUP, 2007.

⁶⁸ *Arnulf A. M.* Judicial Activism and the Court of Justice: How Should Academics Respond? : Maastricht Faculty of Law Working Paper (January 17, 2012). № 2012-3 // URL: <https://ssrn.com/abstract=1986817> ; URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1986817>.

которое стало источником для формирования обязательных правовых позиций суда ЕС⁶⁹.

Представляет интерес практика Европейского Суда Справедливости (Court of Justice of the European Union), основанная на «неписаном» праве, обозначенном как общие принципы гражданского права (the general principles of civil law), которые стали рассматриваться в качестве источника европейского гражданского права⁷⁰. В литературе отмечается, что данные основополагающие принципы уже существовали, прежде чем Суд к ним обратился⁷¹. Основополагающие принципы в данных ситуациях реализовывали три классические функции «неписаного» преторского или судейского (judge-made) права: толкования (интерпретация — interpretation) — *secundum legem*; заполнения пробелов (gap-filling) — *praeter legem*, а также корректировки — *contra legem*⁷².

Ральф Пошер в этой связи отмечает, что уже древнеримские юристы выделяли судебные решения *secundum legem* (в соответствии с законом), *praeter legem* (за пределами закона) и *contra legem* (вопреки закону)⁷³. Так, древнеримский юрист Эмилий Папиниан утверждал, что преторское право было введено для толкования, дополнения или исправления гражданского права в целях общественной пользы (D. 1.1.7), поскольку оно «является **живым** голосом гражданского права» (D. 1.1.8)⁷⁴.

М. Хесселинк в своей работе указывает на позицию немецкого цивилиста Ф. Виакера, сформулировавшего функции добросовестности (ст. 242 ГГУ) по аналогии с указанными

Папинианом функциями преторского права. Подобная классификация функций добросовестности (интерпретация, дополнение и исправление) известна в Италии, Нидерландах и Бельгии, прослеживается в доктринах Греции и Португалии. М. Хесселинк отмечает, что рассмотренная триада функций добросовестности может быть отнесена к правовому «общеевропейскому ядру» (European common core)⁷⁵. В литературе также была высказана позиция, что трихотомия функций добросовестности Ф. Виакера может быть использована для применения Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА и Конвенции ООН о международной купле-продаже товаров⁷⁶.

По мнению М. Хесселинка, добросовестность не является основной нормой как договорного права, так и частного права в целом, поскольку вообще не является нормой — это глашатай, через которого говорят новые правила, или колыбель, в которой они рождаются. Применяя добросовестность, судьи создают новые правила поведения, уточняющие, дополняющие или исправляющие нормы писаного права. Эмансипация судей произошла под покровом добросовестности и справедливости. Судья как творец новых правил, дополняющих или исправляющих закон, вышел на сцену под маской добросовестности. Вместо традиционного «бегства в общие оговорки» (Die Flucht in die Generalklauseln) в наступившую эпоху постмодерна пришло время признать, что в деятельности судьи нет ничего постыдного и он может сорвать с себя маску. В результате автор

⁶⁹ *Исполинов А. С.* Эволюция практики Суда Европейского Союза в сфере прав человека (1952–2009) // Вестник Московского университета. Серия 11, Право. 2013. № 4. С. 80–91.

⁷⁰ Например, к общим принципам гражданского права относятся: добросовестность, недопустимость несправедливого обогащения, удовлетворительный баланс интересов, справедливое распределение рисков. См.: *Hesselink M. W.* The General Principles of Civil Law: their Nature, Roles and Legitimacy // Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series № 2011-14. URL: <http://ssrn.com/abstract=1932146>; *Hartkamp A. S.* The effect of the EC Treaty in Private law: on direct and indirect horizontal effect of Primary Community Law // *European Review of Private Law*. 2010. Vol. 18. P. 527–548.

⁷¹ См.: *Hesselink M. W.* The General Principles of Civil Law: their Nature, Roles and Legitimacy.

⁷² См.: *Tridimas T.* The General Principles of EU Law. Second ed. Oxford, 2006. P. 19.

⁷³ *Poscher R.* The Hermeneutical Character of Legal Construction // *Law's Hermeneutics: Other Investigations* / eds. S. Glanert, F. Girard. London: Routledge, 2017. P. 207–228. URL: <https://ssrn.com/abstract=2696486>.

⁷⁴ *Салтыков К. Г.* Интерпретационная вариативность терминологии римского права // *Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России*. 2016. № 2 (34). С. 49–54.

⁷⁵ *Hesselink M. W.* The Concept of Good Faith // *Towards a European civil code* / eds. A. S. Hartkamp, M. W. Hesselink [et al.]. 4th rev. and exp. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010. P. 619–649. URL: <https://ssrn.com/abstract=1762630>.

⁷⁶ См.: *Schlechtriem P.* Good Faith in German Law and in International Uniform Law // *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero / Dir. da M. J. Bonell. Saggi, conferenze e seminari*. 24. Roma, 1997. P. 8.

формулирует альтернативный взгляд в отношении добросовестности, рассматривая ее как пустой концепт, указывающий лишь на предполагаемые слабые места в правовой системе, которые должны быть устранены судами путем формулирования соответствующих дополнений и исправлений. При этом такие слабые места могут быть устранены и без ссылки на добросовестность. По своему содержанию добросовестность аналогична римскому преторскому праву (*ius honorarium*)⁷⁷.

Таким образом, М. Хесселинк попал в своеобразный порочный круг. С одной стороны, он отрицает самостоятельное значение добросовестности, рассматривая ее в качестве простой ширмы для «судейского активизма», новой, постмодернистской ипостаси преторского права (*ius honorarium*). С другой стороны, во многих своих работах он признает основополагающее значение добросовестности в эволюции цивилистической доктрины.

Например, в более поздней работе, посвященной «пост-приватному» праву, М. Хесселинк указывает на «устоявшийся миф», согласно которому сущность частного права сводится к формальному пониманию автономии, свободы договора и корректирующей справедливости. Однако этот миф даже отдаленно не соответствует современному состоянию гражданского права на континенте, поскольку оно социализировалось на протяжении всего двадцатого столетия. Указанная социализация частного права была основана на концепции добросовестности (*Treu und Glauben*) путем применения правила § 242 ГГУ⁷⁸.

На тенденцию по социализации гражданского права указывал еще в начале XX столетия Леон Дюги⁷⁹. В российской науке данная тенденция подробно проанализирована в работах Е. В. Богданова⁸⁰.

Так, именно на основе добросовестности были разработаны судебные доктрины конвалидации сделки, запрета на противоречивое поведение (доктрина *venire contra factum proprium*), преддоговорной ответственности (*culpa in contrahendo*), обязанности по сотрудничеству и т.д., которые впоследствии были имплементированы в кодексы европейских стран⁸¹. Получается, добросовестность стала той дверью, через которую в право проникла этика⁸².

В этой связи Р. Циммерман указывает на ре-материализацию (*re-materialization*) и этический ренессанс в гражданском праве⁸³. Этический ренессанс основывается на «соединительном тезисе», согласно которому «понятию права должно быть дано определение, включающее в себя моральные элементы»⁸⁴. В своей философско-правовой концепции Г. Радбрух поднял проблему «несправедливого права» и сформулировал тезис, согласно которому очевидно противоречащий естественному праву (*lex naturalis*) закон не является справедливым и обязательным к исполнению (*Radbruchsche Formel*)⁸⁵.

По мнению В. Д. Зорькина, «с аксиологической и онтологической точек зрения право, как норма свободы, выраженная в равенстве или справедливости, не тождественно закону. Право, как норма свободы, как масштаб равенства

⁷⁷ Hesselink M. W. The Concept of Good Faith.

⁷⁸ Hesselink M. W. Post-Private Law? // Varieties of European Economic Law and Regulation, Liber Amicorum for H. Micklitz, K. P. Purnhagen, P. Rott (eds.) (September 4, 2014). P. 31–43 ; Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series № 2014-09, Amsterdam Law School Research Paper № 2014-48. URL: <https://ssrn.com/abstract=2491525>.

⁷⁹ Дюги Л. Общие преобразования гражданского права со времени Кодекса Наполеона / под ред. и с предисл. А. Г. Гойхбарга : пер. М. М. Сиверс. М. : Гос. изд-во, 1919. 110 с.

⁸⁰ См., например: Богданов Е. В. Влияние научных взглядов Леона Дюги на развитие гражданского права // Журнал российского права. 2008. № 6. С. 32–38.

⁸¹ Hesselink M. W. Post-Private Law?

⁸² Terre F., Simler P., Lequette Y. Droit civil // Les obligations. 6th ed. Paris, 1996. № 414.

⁸³ Zimmerman R. Roman Law, Contemporary Law, European Law // The Civilian Tradition Today. Oxford University Press, 2011. P. 174.

⁸⁴ Алекси П. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). М., 2011. С. 3–4.

⁸⁵ Radbruch G. Gesetzliches Unrecht und uebergesetzliches Recht // Sueddeutsche Juristen-Zeitung. 1946. См. также: Серебренникова А. В. К 70-летию Нюрнбергского процесса: «формула Радбруха» (*radbruchsche Formel*) и опыт ее применения на практике после объединения Германии // Пробелы в российском законодательстве. 2016. № 7. С. 112–117.

и справедливости в политическом обществе, является сущностным содержанием закона. Закон есть наиболее цивилизованная форма права. Право возводится в форму закона. Поэтому верховенство права и верховенство закона также не тождественные, хотя и взаимосвязанные понятия»⁸⁶.

Такой подход к правопониманию позволяет обосновать феномен бытия основополагающих принципов права, выделяемых как европейскими судами, так и Конституционным Судом РФ⁸⁷. Однако если право имеет вне-законотворческий и до-законотворческий характер, то что тогда является его источником, метаюридическим основанием?

Н. С. Бондарь считает, что «справедливость, равенство и свобода являются в этом смысле некой правовой (метаюридической) квинт-эссенцией судебного конституционализма, так как именно эти категории воплощают в себе основополагающие начала доктринально-нормативных решений Конституционного Суда РФ»⁸⁸.

Указанная позиция заслуживает поддержки. Однако концепция справедливости в ее аристотелианской трактовке изначально основана на идее равенства, как арифметического (формального), так и геометрического (в пропорциях, право на справедливую долю)⁸⁹. Поэтому, с учетом феномена этического ренессанса, в качестве метаюридических оснований (онтологических начал) гражданского права следует указать на справедливость, свободу и добросовестность. Представляя собой ценностное онтологическое ядро гражданского права, они одновременно выступают его конечными целями (альфа и омега гражданского права).

Данное правопонимание позволяет разрубить гордиев узел и выйти за пределы порочного круга, в который попал М. Хесселинк, поскольку добросовестность — это не «ширма для

судейского активизма» или постмодернистская ипостась преторского права (*ius honorarium*), добросовестность выступает одним из онтологических начал гражданского права и одновременно его конечной целью. Данный тезис свидетельствует о наличии права и за пределами текста закона. Добросовестность выступает в качестве портала для транслирования в цивилистическую доктрину этических стандартов, что и обуславливает ее эволюцию. Этика — это не ширма, а сфера социального бытия. Задача судебной системы — транслировать социальные этические стандарты в правоприменительной практике.

Одновременно этический ренессанс способствует выработке новых судебных доктрин, что является проявлением преторского права (*ius honorarium*) в современных реалиях. Добросовестность выступает как начало и цель формирования такого постмодернистского преторского права.

Сомнения М. Хесселинка могут быть разрешены на диалектической основе применением закона отрицания отрицания и «снятием по Гегелю». Это позволяет объяснить качественное изменение системы («снятие») с одновременным сохранением прежнего ее состава и (или) формы. Диалектический закон отрицания отрицания выражается в развитии по спирали⁹⁰. Как отмечал В. И. Свидерский, «суть же диалектического отрицания состоит в том, что новое состояние включает в себя в снятом, преобразованном виде положительное содержание предшествующего состояния»⁹¹. Таким образом, постмодернистская ризоморфная судебная доктрина, развиваясь по спирали, сохраняет в себе положительное содержание преторского права.

В современной российской юридической науке все большую поддержку начинает получать

⁸⁶ Зорькин В. Д. Ценностный подход в конституционном регулировании прав и свобод // Журнал российского права. 2008. № 12. С. 3–14.

⁸⁷ См., например: Зорькин В. Д. Конституционный суд и развитие гражданского права // Российский судья. 2012. № 3. С. 5–13 ; Гаджиев Г. А. Конституционные основы юридической ответственности и конституционно-правовая ответственность // Журнал российского права. 2014. № 1. С. 7–15.

⁸⁸ Бондарь Н. С. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М. : Норма : Инфра-М, 2011. С. 233.

⁸⁹ *Englard I. Corrective and Distributive Justice: From Aristotle to Modern Times. Oxford University Press, 2009. 256 p.*

⁹⁰ Жилин В. И. Диалектический закон отрицания отрицания: «снятие» по Гегелю // Гуманитарный вектор. 2017. № 1. С. 100–105.

⁹¹ Свидерский В. И. О современном понимании закона отрицания отрицания // Диалектика отрицания отрицания. М. : Политиздат, 1983. С. 59–71.

«судейский активизм», связанный с судебным правотворчеством и формированием новых судебных доктрин. Конечно, высказывается и позиция *contra*, однако аргументы, как правило, ограничиваются традиционными формальными тезисами о том, что Россия относится к континентальной правовой семье, в которой источником права является принятый в установленном порядке нормативный правовой акт, а не судебный прецедент⁹².

Заслуживает внимания позиция В. В. Момотова, отстаивающего социологический подход в понимании права (учение о «живом праве»)⁹³, основывающийся на тезисе, что составными элементами права являются не только правовые нормы, но и правоотношения, в которых эти нормы «живут». Как отмечает указанный автор, именно в судебных постановлениях наиболее полно проявляется то, как та или иная норма права «живет» в обществе⁹⁴. Таким образом, отстаивается тезис О. Эрлиха о необходимости изучения права в его динамике, противопоставляемого статичному изучению права в традиционной юридической догматике⁹⁵.

Другие российские авторы прямо признают нормативную природу актов высших судов. Так, М. Н. Марченко указывает на нормативный и общий прецедентный характер постановлений Конституционного Суда РФ и Пленумов Верховного Суда РФ. Акты по конкретным делам автор квалифицирует в качестве индивидуальных актов⁹⁶.

Следует отметить, что судебный прецедент представляет собой решение, принятое по конкретному делу и содержащее абстрактное пра-

вило (*ratio decidendi*), которое становится обязательным для других судов при рассмотрении аналогичных дел⁹⁷. Поэтому не вполне корректным представляется тезис М. Н. Марченко об «общем прецедентном характере» постановлений пленумов Верховного Суда РФ, поскольку они представляют собой свод абстрактных положений, непосредственно не связанных с рассмотрением конкретных споров⁹⁸. Спорным является и вывод относительно квалификации решений Верховного Суда РФ лишь в качестве индивидуальных актов, поскольку судебная доктрина может быть сформулирована и на основе одного или нескольких решений (определений) Верховного Суда РФ.

В этой связи заслуживает внимания позиция советского ученого С. И. Вильнянского, считающего, что судебная практика — это «сложившиеся при разрешении судами однородных конкретных дел правовые положения, которые возникают в результате единообразного и многократного применения норм к отношениям, не урегулированным с исчерпывающей ясностью или неполно урегулированным соответствующим законом»⁹⁹.

Тезис С. И. Вильнянского раскрывает сущность судебной доктрины и соответствует ее трактовке в англосаксонской научной литературе, рассматривающей судебную доктрину в качестве правила, выработанного на основе уже рассмотренных дел, обретающего самостоятельное от них бытие и применяемого для разрешения последующих споров без учета фактических обстоятельств, при которых оно первоначально возникло¹⁰⁰. Таким образом,

⁹² См.: *Василенко А. А.* К вопросу о роли практики Высших судебных инстанций в системе источников современного отечественного гражданского права // *Вопросы российской юстиции.* 2019. № 1. С. 154–163.

⁹³ См.: *Ehrlich E.* *Fundamental Principles of the Sociology of Law.* 2002. P. 340; *Ehrlich E.* *The Sociology of Law* // 36 *Harvard Law Review.* 1922–1923. P. 141.

⁹⁴ *Момотов В. В.* Роль судебной практики в правовой системе: российский опыт в мировом контексте // *Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения.* 2017. № 5 (66). С. 40–49.

⁹⁵ См.: *Антонов М. В.* Путь и перспективы правового учения Ойгена Эрлиха // *Право. Журнал Высшей школы экономики.* 2012. № 4. С. 39–50.

⁹⁶ *Марченко М. Н.* *Судебное правотворчество и судебское право.* М.: Проспект, 2011. 512 с.

⁹⁷ *Загайнова С. К.* *Судебный прецедент: проблемы правоприменения.* М.: Норма, 2002. 176 с.; *Кросс Р.* *Прецедент в английском праве / под общ. ред. д-ра юрид. наук, проф. Ф. М. Решетникова.* М.: Юрид. лит-ра, 1985. 238 с.

⁹⁸ См.: *Момотов В. В.* Указ. соч. С. 40–49.

⁹⁹ *Вильнянский С. И.* *Значение судебной практики в гражданском праве* // *Ученые труды ВЮИОН.* Вып. 9. М., 1947. С. 240.

¹⁰⁰ *Lackland H., Bloom Jr.* *Op. cit.* P. 205, 257, 350.

судебная доктрина устанавливает правила для разрешения споров в будущем¹⁰¹, формулирует правила принятия судебных решений¹⁰².

Можно утверждать, что судебная доктрина может быть сформирована на основе одного или нескольких определений Верховного Суда РФ и транслироваться в качестве абстрактного правила при рассмотрении новых споров. Судебная доктрина будет присутствовать там, где жизнь бьет ключом, где судебная практика (по сути преторское право), отражая эволюцию социальных отношений, выполняет сформулированную Э. Папинианом, Ф. Виакером и М. Хесселинком триаду функций по интерпретации, дополнению и исправлению права.

Например, Ю. Э. Ибрагимова отмечает, что в национальной судебной практике необходимость предотвращения злоупотреблений и следование принципу добросовестности привели к появлению судебной доктрины эстоппеля¹⁰³.

Действительно, указанная судебная доктрина первоначально формировалась на основе отдельных актов высших судов, которые руководствовались абстрактным правилом о недопустимости непоследовательного и противоречивого поведения¹⁰⁴. Впоследствии судебная доктрина была имплементирована в ГК РФ в ходе законодательной реформы, что выразилось в поправках в ст. 166, 431.1, 432, 450.1 ГК РФ.

Помимо указанной, в российской правоприменительной практике было сформулировано множество судебных доктрин, направленных на реализацию функций преторского права по толкованию, дополнению и исправлению закона. Такой судейский активизм, в частности, обусловлен наличием в тексте закона множества норм, содержащих оценочные понятия.

В качестве примера формирования судебной доктрины *secundum legem*, направленной на толкование закона и смысловое наполнение оценочного понятия, представляет интерес толкование понятия «эквивалентный признак» (п. 3 ст. 1358 ГК РФ). В российской судебной практике была сформулирована правовая позиция¹⁰⁵, аналогичная так называемому троичному тесту эквивалентности, активно используемому судами в США. По данному троичному тесту эквивалентности (Function/Way/Result) необходимо установить, что техническое решение нарушителя реализует тождественную функцию аналогичным путем в целях получения того же результата¹⁰⁶.

Имеется множество примеров реализации российскими судами функции *praeter legem*, направленной на дополнение действующего законодательства. Как отмечается в литературе, принимая решения *praeter legem*, суды последовательно придерживаются линии, выходящей за рамки закона (за пределы закона)¹⁰⁷. Однако, в отличие от решений *contra legem*, судебные решения *praeter legem* не противоречат закону, напротив, они делают только то, что «закон желал бы, но сам не может исполнить»¹⁰⁸.

Действующее гражданское законодательство предусматривает легальные инструменты для дополнения закона и восполнения в нем пробелов, к которым относятся аналогия закона и аналогия права (ст. 6 ГК РФ). Так, при аналогии закона пробел в правовом регулировании общественных отношений восполняется посредством применения нормы, регулирующей сходные отношения.

Как отмечается в научной литературе, пробелы содержатся не в праве как таковом, а в

¹⁰¹ Tiller E. H., Cross F. B. Op. cit.

¹⁰² Denning B. P., Kent M. B. Op. cit.

¹⁰³ Ибрагимова Ю. Э. Указ. соч. С. 172–185.

¹⁰⁴ См., например: п. 7 информационного письма Президиума ВАС РФ от 25.02.2014 № 165 «Обзор судебной практики по спорам, связанным с признанием договоров незаключенными»; постановление Президиума ВАС РФ от 13.12.2011 № 10473/11 по делу № А07-16356/2009 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁰⁵ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 01.02.2017 № С01-984/2016 по делу № А41-70419/2014; определение Верховного Суда РФ от 29.05.2017 № 305-ЭС17-5360 по делу № А41-70419/2014.

¹⁰⁶ Graver Tank & Manufacturing Co v. Linde Air Products Co (1950).

¹⁰⁷ Zeno-Zencovich V. Comparative Legal Systems: A Short and Illustrated Introduction (April 3, 2019) // Vol. 5 of "L'Unità del diritto" series — Roma Tre Law Department — Roma TrE-Press, 2019. ISBN: 978-88-32136-20-3. URL: <https://ssrn.com/abstract=3367335>.

¹⁰⁸ Chambers R. A Course of Lectures on the English Law, 1767–1773, at 228–63 / ed. M. Th. Curley. Univ. of Wis. Press, 1986.

нормативном акте. Суд может преодолевать пробелы в конкретных спорах (*ad hoc*) посредством применения аналогии закона, поэтому пробела в праве нет, пробел в праве является мнимым. При аналогии закона применяется не закон, а принципы и (или) нормы права, содержащиеся в законе¹⁰⁹.

Данный инструмент дополнения закона активно используется в современной правоприменительной практике, что также является проявлением «живого» преторского права. Примером аналогии закона является применение к спорным отношениям, связанным с принудительной лицензией (ст. 1239 ГК РФ), правила п. 1 ст. 445 ГК РФ, регулирующего порядок заключения договора в обязательном порядке¹¹⁰.

Аналогия права связана с невозможностью аналогии закона, поэтому права и обязанности участников правоотношений определяются судом исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства и требований добросовестности, разумности и справедливости. Как отмечает в этой связи Мартин Хесселинк, при регулировании отношений, входящих в предмет гражданского права, целесообразнее переходить от регулирования с помощью норм к регулированию с помощью принципов¹¹¹.

Одним из примеров названного регулирования с помощью принципов является разработанная в российской правоприменительной практике судебная доктрина, связанная с дифференциацией конкурсных кредиторов в зависимости от их участия в образовании конкурсной массы¹¹².

Вызывает интерес вопрос о допустимости в России судебной доктрины *contra legem*, преторского «живого» права, направленного на исправление закона. Следует отметить, что в

отечественной литературе многими авторами высказываются позиции *contra* в отношении самой возможности применения судебной доктрины *contra legem*¹¹³.

Следует отметить, что необходимо дифференцировать судебское усмотрение *contra legem* в части его противоречия с отдельной нормой закона или правовым принципом. Действительно, недопустима правоприменительная практика, вступающая в конфликт с основополагающими принципами и началами гражданского права. С другой стороны, возможно формирование судебной доктрины, направленной на регулирование с помощью принципов, при котором сверхимперативное применение справедливости или добросовестности как начал гражданского права будет направлено на исправление отдельной нормы позитивного закона. Так, Генри Смит квалифицирует справедливость в качестве «мета-права», обеспечивающего компромисс между формализмом и контекстуализмом, обеспечивающим верховенство права¹¹⁴.

В качестве примера формирования судебной доктрины *contra legem*, основанной на сверхимперативном применении справедливости, можно указать на практику, нивелирующую «некомпенсационную» модель возмещения потерь по правилам ст. 406.1 ГК РФ. Некомпенсационность соглашения о возмещении потерь обусловлена тем, что разработчики данной спорной новеллы сформулировали правило, что суд не может уменьшить размер возмещения потерь, за исключением случаев, когда доказано, что сторона умышленно содействовала увеличению размера таких потерь (п. 2 ст. 406.1 ГК РФ).

Российский институт возмещения потерь в некоторой степени связан с англосаксонскими

¹⁰⁹ См.: Ершов В. В. Пробелы в праве: правовая природа и способы преодоления // Российское правосудие. 2016. № 4 (120). С. 5–12; Николукин С. В. К вопросу о применении судами аналогии закона при рассмотрении жилищных споров // Семейное и жилищное право. 2018. № 6. С. 45–48.

¹¹⁰ См.: п. 43 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

¹¹¹ См.: Hesselink M. W. The Principles of European Contract Law: Some Choices Made by the Lando Commission // Global Jurist Frontiers. 2001. Vol. 1. Is. 1. P. 11.

¹¹² См.: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 1 (2019) (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 24.04.2019) // СПС «КонсультантПлюс».

¹¹³ Курбатов А. Я. Защита прав и законных интересов в условиях «модернизации» правовой системы России. М.: Юстицинформ, 2013. 172 с.

¹¹⁴ Smith H. E. Equity as Meta-Law // Yale Law Journal, Forthcoming, Harvard Public Law Working Paper (October 15, 2020). № 20-33. URL: <https://ssrn.com/abstract=3734662>; URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3734662>.

индемнити (imdemnity), являющимися компенсационными по своей природе¹¹⁵. В этой связи Верховный Суд РФ откорректировал *contra legem* неудачное правило ст. 406.1 ГК РФ, указав на компенсационный характер возмещения потерь¹¹⁶.

Усиление начал справедливости и добросовестности в современных гражданских кодификациях является свидетельством рождения новой парадигмы гражданского права, гражданского права постмодерна. Как отмечается в иностранной литературе, теоретические модели, разработанные в период модерна и индустриальной эры, в настоящее время переживают свой кризис, поскольку они уже не могут охватить современные реалии, которые отмечены плюрализмом, культурной и экономической глобализацией, а также усложнением социальной структуры¹¹⁷. Указанные социальные вызовы и порождают в том числе необходимость судебных доктрин, направленных на переосмысление и интерпретацию позитивного права, его дополнения и корректировки.

Все большее использование в современных кодификациях абстрактных (оценочных) понятий делает правовую систему более открытой и гибкой по отношению к социальным реалиям и

требованиям постмодерна¹¹⁸, поскольку позволяет транслировать социальные ценности, цели и императивы в сферу регулирования гражданских правоотношений. Значение и пределы оценочного понятия не высечены на камне, поэтому они могут меняться при их толковании, поскольку право всегда было комбинированием закона и юриспруденции¹¹⁹.

Живое бытие гражданскому праву обеспечивает диалектическое единство правовой и судебной доктрины, каждая из которых реализует свою функциональную триаду. Правовая доктрина не только описывает существующее право, но и предписывает необходимость его совершенствования, в том числе посредством формирования соответствующей судебной доктрины. Таким образом, судебная доктрина получает соответствующий научный субстрат (обоснование *ex-ante*) для последующей новеллизации правового регулирования общественных отношений путем интерпретации, дополнения и исправления позитивного права. Сформулированные судебной доктриной новеллы должны быть оправданны (обоснование *ex-post*), что служит толчком для дальнейшего развития правовой доктрины и ведет к новому витку эволюции «живого» права.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Алекси Р.* Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). — М. : Инфотропик Медиа, 2011. — 192 с.
2. *Антонов М. В.* Путь и перспективы правового учения Ойгена Эрлиха // *Право. Журнал Высшей школы экономики.* — 2012. — № 4. — С. 39–50.
3. *Богданов Е. В.* Влияние научных взглядов Леона Дюги на развитие гражданского права // *Журнал российского права.* — 2008. — № 6. — С. 32–38.
4. *Бондарь Н. С.* Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. — М. : Норма : Инфра-М, 2011. — 543 с.
5. *Бурханов Р. А.* Вещь в себе и явление, ноумен и феномен, трансцендентальное, имманентное и трансцендентное в теоретической философии Иммануила Канта // *Манускрипт.* — 2016. — № 3-2. — С. 34–36.
6. *Волков В. Н.* Постмодерн и его основные характеристики // *Культурное наследие России.* — 2014. — № 2. — С. 3–8.

¹¹⁵ *Courtney W. B.* The Nature of Contractual Indemnities // *Journal of Contract Law.* 2011. Vol. 27. № 1. P. 1–17.

¹¹⁶ См.: п. 15 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 (ред. от 22.06.2021) «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» // СПС «КонсультантПлюс».

¹¹⁷ *Barroso L. A., Sthel L. P.* The role of objective good faith in current contract law: For a general duty of inter parties cooperation and solidarity // *Journal of Civil Law Studies.* 2015. Vol. 8. № 1. P. 187–207.

¹¹⁸ *Barroso L. A., Sthel L. P.* Op. cit. P. 187–207.

¹¹⁹ *Mekki M.* The General Principles of Contract Law in the “Ordonance” on the Reform of Contract Law // *Louisiana Law Review.* 2016. Vol. 76. № 4. P. 1211.

7. Гаджиев Х. И. Судебные доктрины и эффективность правоприменения // Журнал российского права. — 2019. — № 6. — С. 14–27.
8. Делёз Ж., Гваттари Ф. Капитализм и шизофрения. Тысяча плато. — Екатеринбург, 2010.
9. Жилин В. И. Диалектический закон отрицания отрицания: «снятие» по Гегелю // Гуманитарный вектор. — 2017. — № 1. — С. 100–105.
10. Зайцев О. В. Проблемные вопросы доктрины гражданского права // Вестник Пермского университета. Юридические науки. — 2014. — № 1. — С. 111–117.
11. Зорькин В. Д. Ценностный подход в конституционном регулировании прав и свобод // Журнал российского права. — 2008. — № 12. — С. 3–14.
12. Ибрагимова Ю. Э. Роль судебных доктрин в практике арбитражных судов // Журнал российского права. — 2020. — № 4. — С. 172–185.
13. Исполинов А. С. Эволюция практики Суда Европейского Союза в сфере прав человека (1952–2009) // Вестник Московского университета. Серия 11 : Право. — 2013. — № 4. — С. 80–91.
14. Момотов В. В. Роль судебной практики в правовой системе: российский опыт в мировом контексте // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. — 2017. — № 5 (66). — С. 40–49.
15. Лазарев В. В. Толкование права: классика, модерн и постмодерн // Журнал российского права. — 2016. — № 8. — С. 15–28.
16. Лакатос И. Избранные произведения по философии и методологии науки / пер. с англ. И. Н. Веселовского, А. Л. Никифорова, В. Н. Поруса. — М. : Академический проект ; Трикста, 2008. — 475 с.
17. Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства. — М. : Инфра-М, 1999.
18. Николюкин С. В. К вопросу о применении судами аналогии закона при рассмотрении жилищных споров // Семейное и жилищное право. — 2018. — № 6. — С. 45–48.
19. Плахов А. С. Границы дисциплинарного описания науки: ризоматический подход // Epistemology & Philosophy of Science. — 2014. — № 4 (42). — С. 143–154.
20. Пряхина Т. М. Конституционная доктрина современной России : дис. ... д-ра юрид. наук. — Саратов, 2004.
21. Салтыков К. Г. Интерпретационная вариативность терминологии римского права // Юридическая наука и практика : Вестник Нижегородской академии МВД России. — 2016. — № 2 (34). — С. 49–54.
22. Синельникова Л. Н. Ризома и дискурс интермедиальности // Вестник РУДН. Серия «Лингвистика». — 2017. — № 4. — С. 805–821.
23. Тарибо Е. В. Судебно-конституционная доктрина «факультативности налоговых льгот»: пределы применения // Журнал конституционного правосудия. — 2013. — № 2. — С. 10–17.
24. Хабриева Т. Я. Доктринальное значение российской Конституции // Журнал российского права. — 2009. — № 2.
25. Чашин А. Н. Правовая доктрина: ипостаси и ризомность // Евразийская адвокатура. — 2019. — № 2 (39). — С. 92–96.
26. Яркова Е. Н. История и методология юридической науки : учеб. пособие. — Тюмень, 2012.
27. Arnull A. M. Judicial Activism and the Court of Justice: How Should Academics Respond? — Maastricht Faculty of Law Working Paper (January 17, 2012). — № 2012-3. — URL: <https://ssrn.com/abstract=1986817>.
28. Bloom L. H. Methods of Interpretation: How the Supreme Court Reads the Constitution. — Oxford University Press, 2009. — 350 p.
29. Calabresi G. The New Economics Analysis of Law: Scholarship, Sophistry, or Self-indulgence? // Proceedings of the British Academy. — 1982. — Vol. 68. — P. 85–89.
30. Denning B. P., Kent M. B. Judicial Doctrine as Risk Regulation // Tennessee Law Abstract. — 2015. — Vol. 8. — № 2. — URL: <https://ssrn.com/abstract=2401704>.
31. Ehrlich E. Fundamental Principles of the Sociology of Law. — Routledge, 2002. — 608 p.
32. Englard I. Corrective and Distributive Justice: From Aristotle to Modern Times. — Oxford University Press, 2009. — 256 p.
33. Goldberg J. C. P. Introduction: Pragmatism and Private Law // Harvard Law Abstract. — 2012. — Vol. 125. — P. 1640–1650.
34. Gordley J. Foundation of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment. — Oxford University Press, 2006.

35. *Grechenig K., Gelter M.* The transatlantic divergence in legal thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism // *Hastings International & Comparative Law Abstract.* — 2008. — Vol. 31. — № 1. — P. 295–360.
36. *Hartkamp A. S.* The effect of the EC Treaty in Private law: on direct and indirect horizontal effect of Primary Community Law // *European Review of Private Law.* — 2010. — Vol. 18. — P. 527–548.
37. *Hesselink M. W.* The General Principles of Civil Law: Their Nature, Roles and Legitimacy. Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series № 2011-14. — URL: <http://ssrn.com/abstract=1932146>.
38. *Hesselink M. W.* The Concept of Good Faith // *Towards a European civil code* / eds. A. S. Hartkamp, M. W. Hesselink [et al.]. — 4th rev. and exp. — Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2010. — P. 619–649. — URL: <https://ssrn.com/abstract=1762630>.
39. *Hesselink M. W.* Post-Private Law? // *Varieties of European Economic Law and Regulation. Liber Amicorum for Hans Micklitz (September 4, 2014)* / eds. K. P. Purnhagen, P. Rott. — 2014. — P. 31–43. — DOI 10.1007/978-3-319-04903-8_2 ; Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series № 2014-09, Amsterdam Law School Research Paper № 2014-48. — URL: <https://ssrn.com/abstract=2491525>.
40. *Farber D. A.* The Rule of Law and the Law of Precedents // *Minnesota Law Abstract.* — 2006. — Vol. 90. — P. 1173–1179.
41. *Fisch J. E.* The Implications of Transition Theory for Stare Decisis // *Journal of Contemporary Legal Issues.* — 2003. — Vol. 13. — P. 93–122.
42. *Kmiec K.* The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism” // *California Law Abstract.* — 2004. — Vol. 92. — P. 1441–1451.
43. *Kozel R. J.* Stare Decisis as Judicial Doctrine // *Washington & Lee Law Abstract.* — 2010. — Vol. 67. — P. 411. — URL: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/374.
44. *Lamond Cf. G.* Analogical Reasoning in the Common Law // *Oxford Journal of Legal Studies.* — 2014. — Vol. 34. — P. 567–581.
45. *McCrudden Ch.* Legal Research and the Social Sciences // *Law Quarterly Abstract.* — 122 (2006).
46. *Posner R. A.* Utilitarianism, Economics and Legal Theory // *Journal of Legal Studies.* — 1979. — Vol. 8.
47. *Poscher R.* The Hermeneutical Character of Legal Construction // *Law’s Hermeneutics: Other Investigations* / eds. S. Glanert and F. Girard. — London : Routledge, 2017. — URL: <https://ssrn.com/abstract=2696486>.
48. *Smits J. M.* What is Legal Doctrine? On the Aims and Methods of Legal-Dogmatic Research // *Rethinking Legal Scholarship: A Transatlantic Dialogue* / eds. R. van Gestel, H.-W. Micklitz, E. L. Rubin. — Cambridge University Press, 2017. — P. 207–228.
49. *Schwartz E., Silverman C., Goldberg P.* Toward Neutral Principles of Stare Decisions in Tort Law // *South Carolina Law Abstract.* — 2006. — Vol. 58. — Iss. 2. — URL: <https://scholarcommons.sc.edu/sclr/vol58/iss2/4>.
50. *Smith H. E.* Equity as Meta-Law // *Yale Law Journal, Forthcoming, Harvard Public Law Working Paper (October 15, 2020).* — № 20-33. — URL: <https://ssrn.com/abstract=3734662>.
51. *Stephens P. J.* The New Retroactivity Doctrine: Equality, Reliance and Stare Decisis // *Syracuse Law Abstract.* — 1998. — Vol. 48. — URL: <https://ssrn.com/abstract=1349982>.
52. *Tiller E. H., Cross F. B.* What is legal doctrine? // *Northwestern University Law Abstract.* — 2006. — Vol. 100. — P. 517–533.
53. *Weinrib E. J.* The Idea of Private Law, Cambridge Mass. — Harvard University Press, 1995.
54. *Weinrib E. J.* Legal formalism // *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* / ed. D. Patterson. — 2nd ed. — Oxford, 2010. — P. 327–335.
55. *Westerman P. C.* Open or Autonomous? // *Which Kind of Method for What Kind of Discipline?* / ed. M. Van Hoecke. — Oxford : Hart, 2011.
56. *Zimmerman R.* Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today. — Oxford University Press, 2011. — 224 p.

Материал поступил в редакцию 10 сентября 2021 г.

REFERENCES

1. Aleksii R. Ponyatie i deystvitel'nost' prava (otvet yuridicheskomu pozitivizmu) [The concept and validity of law (response to legal positivism)]. Moscow: Infotropik Media; 2011. (In Russ.)
2. Antonov MV. Put i perspektivy pravovogo ucheniya Oygena Erlikha [The path and prospects of Eugen Ehrlich's legal teaching]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki [Law. Journal of the Higher School of Economics]*. 2012;4:39-50. (In Russ.)
3. Bogdanov EV. Vliyanie nauchnykh vzglyadov Leona Dyugi na razvitie grazhdanskogo prava [The influence of Leon Dugi's scientific views on the development of civil law]. *Zhurnal Rossiyskogo Prava [Journal of Russian Law]*. 2008;6:32-38. (In Russ.)
4. Bondar NS. Sudebnyy konstitutsionalizm v Rossii v svete konstitutsionnogo pravosudiya [Judicial constitutionalism in Russia in the light of constitutional justice]. Moscow: Norma: Infra-M; 2011. (In Russ.)
5. Burkhanov RA. Veshch v sebe i yavlenie, noumen i fenomen, transtsendentalnoe, immanentnoe i transtsendentnoe v teoreticheskoy filosofii Immanuila Kanta. [Thing-in-itself and event, noumenon and phenomenon, transcendental, immanent and transcendent in the theoretical philosophy of Immanuel Kant]. *Manuscript [The manuscript]*. 2016;3-2:34-36. (In Russ.)
6. Volkov VN. Postmodern i ego osnovnyye kharakteristiki [Postmodern and its main characteristics]. *Kulturnoe nasledie Rossii [Cultural heritage of Russia]*. 2014;2:3-8. (In Russ.)
7. Gadzhiev HI. Sudebnye doktriny i effektivnost' pravoprimeneniya [Judicial doctrines and the effectiveness of law enforcement]. *Zhurnal Rossiyskogo Prava [Journal of Russian Law]*. 2019;6:14-27. (In Russ.)
8. Deleuze G, Guattari F. Kapitalizm i shizofreniya. Tysyacha plato [Capitalism and schizophrenia. A thousand plateaus]. Ekaterinburg; 2010. (In Russ.)
9. Zhilin VI. Dialekticheskiy zakon otritsaniya otritsaniya: «snyatie» po Gegelyu [Dialectical law of negation of negation: "Withdrawal" according to Hegel]. *Gumanitarniy vektor [Humanitarian Vector]*. 2017;1:100-105. (In Russ.)
10. Zaytcev OV. Problemnye voprosy doktriny grazhdanskogo prava [Problematic issues of the doctrine of civil law]. *Vestnik Permskogo universiteta. Yuridicheskie nauki [Perm University Herald. Juridical Sciences]*. 2014;1:111-117. (In Russ.)
11. Zorkin VD. Tsennostnyy podkhod v konstitutsionnom regulirovanii prav i svobod [The value approach in the constitutional regulation of rights and freedoms]. *Zhurnal Rossiyskogo Prava [Journal of Russian Law]*. 2008;12:3-14. (In Russ.)
12. Ibragimova YuE. Rol sudebnykh doktrin v praktike arbitrazhnykh sudov [The role of judicial doctrines in the practice of arbitration courts]. *Zhurnal Rossiyskogo Prava [Journal of Russian Law]*. 2020;4:172-185. (In Russ.)
13. Ispolinov AS. Evolyutsiya praktiki Suda Evropeyskogo Soyuz v sfere prav cheloveka (1952–2009) [Evolution of the practice of the Court of Justice of the European Union in the field of human rights (1952–2009)]. *Vestnik Moskovskogo universiteta. Seriya 11. Pravo*. 2013;4:80-91. (In Russ.)
14. Momotov VV. Rol sudebnoy praktiki v pravovoy sisteme: rossiyskiy opyt v mirovom kontekste [The role of judicial practice in the legal system: Russian experience in the global context]. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatelstva i sravnitel'nogo pravovedeniya [Journal of Foreign Legislation and Comparative Law]*. 2017;5(66):40-49. (In Russ.)
15. Lazarev VV. Tolkovanie prava: klassika, modern i postmodern [Interpretation of law: classics, modern and postmodern]. *Zhurnal Rossiyskogo Prava [Journal of Russian Law]*. 2016;8:15-28. (In Russ.)
16. Lakatos I. Izbrannyye proizvedeniya po filosofii i metodologii nauki [Selected works on philosophy and methodology of science]. Translated from English by Veselovskiy IN, Nikiforov AL, Porusa VN. Moscow: Akademicheskii proekt: Triksta; 2008. (In Russ.)
17. Nersesyants VS. Obshchaya teoriya prava i gosudarstva [General theory of law and the state]. Moscow: Infra-M; 1999. (In Russ.)
18. Nikolyukin SV. K voprosu o primenenii sudami analogii zakona pri rassmotrenii zhilishchnykh sporov [On the issue of the courts' application of the analogy of the law in the consideration of housing disputes]. *Semeynoe i zhilishchnoe pravo [Family and housing law]*. 2018;6:45-48. (In Russ.)
19. Plakhov AS. Granitsy distsiplinarnogo opisaniya nauki: rizomaticheskiy podkhod [The Boundaries of the Disciplinary Description of Science: A Rhizomatic Approach]. *Epistemology & Philosophy of Science*. 2014;4(42):143-154. (In Russ.)

20. Pryakhina TM. Konstitutsionnaya doktrina sovremennoy Rossii: dis. ... d-ra yurid. nauk [Constitutional doctrine of modern Russia. Dr. Sci. (Law) Dissertation]. Saratov, 2004. (In Russ.)
21. Saltykov KG. Interpretatsionnaya variativnost terminologii rimskogo prava [Interpretative variability of Roman law terminology]. *Yuridicheskaya nauka i praktika: Vestnik Nizhegorodskoy akademii MVD Rossii [Legal Science and practice: Bulletin of the Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia]*. 2016;2(34):49-54. (In Russ.)
22. Sinelnikova LN. Rizoma i diskurs intermedialnosti [Rhizome and discourse of intermediality]. *Vestnik RUDN. Seriya "Lingvustika" [RUDN Journal. Series "Linguistics"]*. 2017;4:805-821. (In Russ.)
23. Taribo EV. Sudebno-konstitutsionnaya doktrina «fakultativnosti nalogovykh lgot»: predely primeneniya [Judicial-constitutional doctrine of «optional tax benefits»: Limits of application]. *Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya [Journal of Constitutional Justice]*. 2013;2:10-17. (In Russ.)
24. Khabrieva TYa. Doktrinalnoe znachenie rossiyskoy Konstitutsii [The doctrinal significance of the Russian Constitution]. *Zhurnal rossiyskogo prava [Journal of Russian Law]*. 2009;2. (In Russ.)
25. Chashin AN. Pravovaya doktrina: ipostasi i rizomnost [Legal doctrine: Hypostases and rhizomacy]. *Evraziyskaya advokatura [Eurasian Advocacy]*. 2019;2(39):92-96. (In Russ.)
26. Yarkova EN. Istoriya i metodologiya yuridicheskoy nauki: ucheb. posobie [History and methodology of legal science: A Study Guide]. Tyumen; 2012. (In Russ.)
27. Arnall AM. Judicial Activism and the Court of Justice: How Should Academics Respond? (January 17, 2012). Maastricht Faculty of Law Working Paper No 2012-3. Available from: <https://ssrn.com/abstract=1986817>.
28. Bloom LH. *Methods of Interpretation: How the Supreme Court Reads the Constitution*. Oxford University Press; 2009.
29. Calabresi G. The New Economics Analysis of Law: Scholarship, Sophistry, or Self-indulgence? *Proceedings of the British Academy*. 1982;68:85-89.
30. Denning BP, Kent MB. Judicial Doctrine as Risk Regulation. *Tennessee Law Abstract*. 2015;8:2. Available from: <https://ssrn.com/abstract=2401704>.
31. Ehrlich E. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. Routledge; 2002.
32. Englard I. *Corrective and Distributive Justice: From Aristotle to Modern Times*. Oxford University Press; 2009.
33. Goldberg JCP. Introduction: Pragmatism and Private Law. *Harvard Law Abstract*. 2012;125:1640-1650.
34. Gordley J. *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*. Oxford University Press; 2006.
35. Grechenig K, Gelter M. The transatlantic divergence in legal thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism. *Hastings International & Comparative Law Abstract*. 2008;31(1):295-360.
36. Hartkamp AS. The effect of the EC Treaty in Private law: On direct and indirect horizontal effect of Primary Community Law. *European Review of Private Law*. 2010;18:527-548.
37. Hesselink MW. The General Principles of Civil Law: Their Nature, Roles and Legitimacy. Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series № 2011-14. Available from: <http://ssrn.com/abstract=1932146>.
38. Hesselink MW. The Concept of Good Faith (December 10, 2010). Towards a European civil code. 4th rev. and exp. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International; 2011.
39. Hesselink MW. Post-Private Law? In: Purnhagen KP, Rott P (eds.). *Varieties of European Economic Law and Regulation, Liber Amicorum for Hans Micklitz*. Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No 2014-09, Amsterdam Law School Research Paper No 2014-48. P. 31-43. Available from: <https://ssrn.com/abstract=2491525>. DOI 10.1007/978-3-319-04903-8_2.
40. Farber DA. The Rule of Law and the Law of Precedents. *Minnesota Law Abstract*. 2006;90:1173-1179.
41. Fisch JE. The Implications of Transition Theory for Stare Decisis. *Journal of Contemporary Legal Issues*. 2003;13:93-122.
42. Kmiec K. The Origin and Current Meanings of «Judicial Activism». *California Law Abstract*. 2004;92:1441-1451.
43. Kozel RJ. Stare Decisis as Judicial Doctrine. *Washington & Lee Law Abstract*. 2010;67:411. Available from: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/374.
44. Lamond G. Analogical Reasoning in the Common Law. *Oxford Journal of Legal Studies*. 2014;4:567-581.
45. McCrudden Ch. Legal Research and the Social Sciences. *Law Quarterly Abstract*. 2006;122.
46. Posner RA. Utilitarianism, Economics and Legal Theory. *Journal of Legal Studies*. 1979;8.
47. Poscher R. The Hermeneutical Character of Legal Construction. In: Glanert S, Girard F (eds.). *Law's Hermeneutics: Other Investigations*. London: Routledge; 2017. Available from: <https://ssrn.com/abstract=2696486/>.

48. Smits JM. What is Legal Doctrine? On the Aims and Methods of Legal-Dogmatic Research. In: Gestel R van, Micklitz H-W, Rubin EL (eds.). *Rethinking Legal Scholarship: A Transatlantic Dialogue*. Cambridge University Press; 2017. P. 207–228.
49. Schwartz E, Silverman C, Goldberg P. Toward Neutral Principles of Stare Decisions in Tort Law. *South Carolina Law Abstract*. 2006;58(2). Available from: <https://scholarcommons.sc.edu/sclr/vol58/iss2/4>.
50. Smith HE. Equity as Meta-Law. *Yale Law Journal*, Forthcoming, Harvard Public Law Working Paper No 20-33. (October 15, 2020). Available from: <https://ssrn.com/abstract=3734662>.
51. Stephens PJ. The New Retroactivity Doctrine: Equality, Reliance and Stare Decisis. *Syracuse Law Abstract*. 1998;48. Available from: <https://ssrn.com/abstract=1349982>.
52. Tiller EH, Cross FB. What is legal doctrine? *Northwestern University Law Abstract*. 2006;100:517-533.
53. Weinrib EJ. *The Idea of Private Law*, Cambridge Mass. Harvard University Press; 1995.
54. Weinrib EJ. Legal formalism. In: Patterson D. (ed.). *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. 2nd ed. Oxford; 2010. P. 327–335.
55. Westerman PC. Open or Autonomous? In: Van Hoecke M (ed.). *Which Kind of Method for What Kind of Discipline?* Oxford: Hart; 2011.
56. Zimmerman R. *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*. Oxford University Press; 2011.

Семейное право в условиях формирования новой социальной реальности: доктринальные начала правоприменения¹

Аннотация. Совершенствование правового регулирования семейных отношений сопряжено с поиском и реализацией новых социальных, организационных, юридических и иных мер поддержки функционирования традиционного института семьи. Вместе с тем семейное законодательство не всегда учитывает современные тенденции жизнедеятельности общества, что в определенной степени препятствует осуществлению и защите семейных прав, а также обеспечению справедливого баланса интересов участников семейных и иных отношений. В этом смысле в ряде случаев наиболее эффективно реагируют вышестоящие суды, своевременно принимающие во внимание даже незначительные изменения социальной реальности.

Трансформация семейного права в условиях изменения социальной реальности зиждется на двух концептуальных началах: во-первых, сохранение традиционных семейных ценностей российского общества и, как следствие, отражение таковых на законодательном уровне и в судебной практике, а во-вторых, законодательное и правоприменительное реагирование на новейшие социальные практики. Названные начала трансформации семейного права дополняют друг друга, позволяя учесть общественные запросы различных социальных групп.

К основным направлениям современной трансформации семейного права, нашедшим отражение в судебной практике, отнесены: во-первых, расширение сферы семейно-правового регулирования общественных отношений вследствие усложнения системы социальных связей; во-вторых, расширение системы межотраслевых связей семейного права, вызванное усложнением правового регулирования общественных отношений в целом, следствием которого является смещение акцентов при обеспечении справедливого баланса интересов участников семейных и иных правоотношений, усиление гражданско-правовых начал в регулировании семейных отношений, придание традиционным семейно-правовым институтам новых факультативных свойств и целевого назначения, в том числе проникновение публично-правовых целей в частноправовое поле семейной жизни; в-третьих, обеспечение гендерного баланса в семейных отношениях на правоприменительном уровне.

Ключевые слова: алиментные обязательства; баланс интересов; брачные правоотношения; гендерный баланс; гражданско-правовое регулирование; межотраслевые связи семейного права; правоотношения родителей и детей; семейное право; семейные правоотношения; судебная практика.

Для цитирования: Ксенофонтова Д. С. Семейное право в условиях формирования новой социальной реальности: доктринальные начала правоприменения // Lex russica. — 2021. — Т. 74. — № 11. — С. 124–133. — DOI: 10.17803/1729-5920.2021.180.11.124-133.

¹ Научное исследование выполнено в рамках государственного задания № 075-00998-21-00 от 22.12.2020 на тему «Трансформация российского права в условиях больших вызовов: теоретико-прикладные основы» (FSMW-2020-0030).

© Ксенофонтова Д. С., 2021

* Ксенофонтова Дарья Сергеевна, кандидат юридических наук, доцент кафедры семейного и жилищного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
dsksenofontova@msal.ru

Family Law in the Context of a New Social Reality Formation: Doctrinal Principles of Law Enforcement²

Daria S. Ksenofontova, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Department of Family and Housing Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
dsksenofontova@msal.ru

Abstract. Improving the legal regulation of family relations involves the search and implementation of new social, organizational, legal and other measures to support the functioning of the traditional institution of the family. At the same time, family legislation does not always take into account modern trends in the life of society, which to a certain extent hinders the exercise and protection of family rights, as well as ensuring a fair balance of interests of participants in family and other relationships. In this sense, in some cases, higher courts react most effectively, taking into account even minor changes in social reality in a timely manner.

The transformation of the family law in the context of changing social reality is based on two conceptual principles: firstly, the preservation of traditional family values of Russian society and, as a consequence, the reflection of such at the legislative level and in judicial practice, and secondly, legislative and law enforcement response to the latest social practices. These principles of transformation of family law complement each other, allowing us to take into account the public demands of various social groups.

The main directions of the modern transformation of family law, reflected in judicial practice, include the following. First, the expansion of the sphere of family law regulation of public relations is due to the complexity of the system of social relations. Second, it is the expansion of the system of intersectoral relations of family law, caused by the complexity of the legal regulation of public relations in general. Its consequences are a shift in emphasis in ensuring a fair balance of interests of participants in family and other legal relations, the strengthening of civil law principles in the regulation of family relations, giving traditional family law institutions new optional properties and purpose, including the penetration of public legal goals in the private legal field of family life. Third, it is to ensure gender balance in family relations at the law enforcement level.

Keywords: alimony obligations; balance of interests; marital legal relations; gender balance; civil law regulation; intersectoral relations of family law; legal relations of parents and children; family law; family legal relations; judicial practice.

Cite as: Ksenofontova DS. Semeynoe pravo v usloviyakh formirovaniya novoy sotsialnoy realnosti: doktrinalnye nachala pravoprimeneniya [Family Law in the Context of a New Social Reality Formation: Doctrinal Principles of Law Enforcement]. *Lex russica*. 2021;74(11):124-133. DOI: 10.17803/1729-5920.2021.180.11.124-133. (In Russ., abstract in Eng.).

Введение

Изменяющаяся социальная реальность в значительной мере влияет на развитие внутрисемейных связей, в том числе вследствие выполнения семьей ряда общественно значимых функций, прежде всего связанных с физическим и нравственно-духовным воспроизводством населения. Трансформация правового регулирования семейных отношений во многом сопряжена с пристальным вниманием государства к качественным условиям жизнедеятельности со-

временного общества. Поиск и эффективная реализация отличающегося новизной и отвечающего потребностям современного общества комплекса мер социального, экономического, политического, организационного и юридического характера в целях поддержки функционирования традиционного института семьи становится одним из ключевых направлений государственной социальной политики Российской Федерации.

Поправки, внесенные в Конституцию Российской Федерации³, в очередной раз подчерки-

² The research was carried out within the framework of the state task No. 075-00998-21-00 of 22 December 2020 on the topic "Transformation of Russian law in the face of big challenges: Theoretical and applied foundations" (FSMW-2020-0030).

³ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г., с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования) // URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 04.07.2020)

вают значимость государственной защиты семьи, материнства, отцовства и детства, а также иллюстрируют значительное проникновение публичного интереса в сферу частной семейной жизни⁴. По справедливому мнению И. А. Покровского, «строение семьи и семейственных отношений затрагивает самые разнообразные интересы — интересы самих членов семьи, интересы различных общественных групп, интересы государства, наконец, интересы религии, церкви», и «все эти интересы перекрещиваются самым различным образом, создавая возможность разнообразных и зачастую очень острых конфликтов»⁵. Обеспечение справедливого баланса названных интересов есть главный вектор современной семейной политики, направленной прежде всего на гарантирование социального благополучия семьи.

Например, столкновение частных и публичных интересов находит новые проявления в детско-родительских отношениях. Субъекты семейных правоотношений уже сегодня сталкиваются с некоторыми последствиями генетической (биотехнологической) революции, которые выражаются не только в практике применения вспомогательных репродуктивных технологий, но и в значительной опасности открывшейся возможности редактирования генома человеческого эмбриона, способной сделать общество будущего продуктом генетического программирования, поставив под угрозу существование семьи как автономной малой социальной группы. Традиционные нравственные проблемы переходят в иную плоскость: при сохранении актуальности вопроса о законодательном разрешении или запрете абортов и недопустимости государственного вмешательства в частную сферу материнства все большую значимость приобретает вопрос об определении судьбы эмбрионов, полученных в рамках процедуры экстракорпорального оплодотворения.

Некоторым изменениям подвержены общественные представления о брачных отношениях. Однако правовая оценка значительного количества случаев расторжения браков и распространения фактических брачных отношений (сожителства) не является новой задачей для

юридической науки. Поддерживая целесообразность законодательного установления свободы разводов, еще А. И. Покровский обращал внимание на то, что соответствующие статистические данные «только раскрывают перед нами подлинные размеры уже существующей семейной расшатанности», и призывал: «сочтите все брачные союзы, фактически расторгнутые, сочтите все незаконные сожителства — и только тогда вы получите подлинную картину семейной жизни в каждом данном обществе», а «юридическая квалификация этих сожителств ни на йоту не может изменить реального положения дел»⁶.

Всё большую актуальность приобретает проблема обеспечения гендерного баланса в сфере семейных отношений, при этом недопустимо игнорирование постепенного развития общества в сторону более равномерного распределения обязанностей мужчин и женщин в семье. Анализ законодательства и правоприменительной практики позволяет констатировать, что гендерные паттерны встречаются при рассмотрении споров об определении места жительства ребенка при раздельном проживании родителей, определении лиц, уполномоченных на взыскание алиментов или участие в применении вспомогательных репродуктивных технологий, и др.

Таким образом, российское законодательство исходит из необходимости укрепления социального института семьи, однако не всегда учитывает современные тенденции жизнедеятельности общества, что в определенной мере препятствует гарантированным осуществлению и защите семейных прав. В этом отношении наиболее эффективно реагируют вышестоящие суды, своевременно учитывающие общественные потребности и даже незначительные изменения социальной реальности.

Основные направления современной трансформации семейного права в контексте правоприменительной практики

1. *Расширение сферы семейно-правового регулирования общественных отношений вслед-*

⁴ В доктрине обосновывается, что частно-публичная пронцаемость является новым ценностным свойством права XXI века (см.: Синюков В. Н. Право XX и XXI веков: преемственность и новизна // Lex russica. 2021. Т. 74. № 2. С. 19).

⁵ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 2013. С. 163.

⁶ Покровский И. А. Указ. соч. С. 175–176.

ствие усложнения системы социальных связей. В доктрине подчеркивается, что современная трансформация общества характеризуется важной особенностью, выражающейся в том, что действие различных детерминирующих ее факторов, как то: новая социальная структура общества, меняющиеся экономические реалии, новые интеграционные связи, права человека, прогресс юридической формы — осуществляется сквозь призму ведущего интегрирующего начала технологического прогресса, вследствие чего возможно резюмировать, что динамику права определяют вопросы науки, техники и технологий⁷. Расширению сферы семейно-правового регулирования общественных отношений в определенной мере способствует стремительное развитие новых медицинских технологий, прежде всего сопряженных с преодолением проблемы деторождения, однако порождающих необходимость решения биоэтических проблем, связанных с обеспечением уважения человеческого достоинства.

Так, применение вспомогательных репродуктивных технологий позволяет гражданам, для которых биологическое материнство или отцовство затруднены по медицинским показаниям, реализовать естественную потребность в осуществлении родительской заботы. Ввиду этого, на первый взгляд непоследовательным может показаться законодательный подход, в соответствии с которым лица, состоящие в браке между собой и давшие свое согласие в письменной форме на имплантацию эмбриона другой женщине в целях его вынашивания, могут быть записаны родителями ребенка только с согласия женщины, родившей ребенка (суррогатной матери) (п. 4 ст. 51 Семейного кодекса РФ⁸). Между тем таковой подход объясним действием принципа *mater est quam gestation demonstrate* (п. 1 ст. 48 СК РФ), что, однако, не решает проблемы возникающей конкуренции интересов потенциальных родителей, суррогатной матери и членов ее семьи, а также ребенка, рожденного при применении суррогатного материнства.

В связи с этим «прорывным» видится закрепленное в п. 31 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 16.05.2017 № 16 «О при-

менении судами законодательства при рассмотрении дел, связанных с установлением происхождения детей»⁹ (далее — ПП ВС РФ № 16) правовое положение, согласно которому отказ суррогатной матери дать согласие на запись родителями ребенка потенциальных родителей не может служить безусловным основанием для отказа в удовлетворении иска данных лиц о признании их родителями ребенка и передачи им ребенка на воспитание, ибо такие споры суды должны разрешать в интересах ребенка с учетом ряда обстоятельств. Таким образом, представленные разъяснения направлены на позитивное нивелирование закрепленного в законодательстве принципа «мать определяется беременностью» в интересах рожденного ребенка.

Такое толкование носит крайне расширительный характер: норма п. 4 ст. 51 СК РФ все же является императивной и не допускает судьейского усмотрения ни в порядке особого исключения, ни в целях обеспечения интересов ребенка, тогда как с учетом специфики семейных отношений более уместной была бы именно правовая норма ситуационного типа, однако Верховный Суд РФ, обнаружив неэффективность и несправедливость правового регулирования, традиционно предпочитает воспользоваться «технологией судебного правотворчества», нежели правом законодательной инициативы¹⁰.

Особого внимания заслуживает вопрос об использовании донорского генетического материала при применении вспомогательных репродуктивных технологий. Так, в пункте 32 ПП ВС РФ № 16 разъясняется, что рождение ребенка с использованием супругами (одинокой женщиной) донорского генетического материала не влечет установления родительских прав и обязанностей между донором и ребенком независимо от того, было данное лицо известно родителям ребенка или нет (анонимный донор). Как следствие, во-первых, лицо, являвшееся донором генетического материала, не вправе при разрешении требований об оспаривании и (или) установлении отцовства (материнства) ссылаться на то обстоятельство, что оно является фактическим родителем ребенка, а во-вто-

⁷ См.: Синюков В. Н. Указ. соч. С. 11.

⁸ Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16.

⁹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2017. № 7.

¹⁰ Тарусина Н. Н. Доказывание по гражданским делам из личных семейных правоотношений: трудности жанра // Вестник гражданского процесса. 2019. № 1. С. 264–266.

рых, не может быть удовлетворено требование лиц, записанных в качестве родителей (единственного родителя) ребенка, об установлении отцовства в отношении лица, являвшегося донором генетического материала, с использованием которого был рожден ребенок.

При этом в судебной практике подчеркивается, что при рассмотрении требования об установлении отцовства лица, предоставившего половые клетки для проведения лечения бесплодия методом экстракорпорального оплодотворения или искусственной инсеминации, правовое значение для последствия проведения процедуры экстракорпорального оплодотворения имеет нахождение участников данной процедуры в браке, тогда как некое «партнерство» женщины и донора спермы не может служить достаточным основанием для установления отцовства в судебном порядке¹¹.

Семейно-правовое сопровождение внедрения новых медицинских технологий, сопряженных с решением проблем деторождения, характеризуется сложившейся концепцией отставания права, когда задача государства заключается в реагировании на технологические изменения и корректировании действующего законодательства, однако таковая, безусловно, должна уступить получающему распространение доктринальному подходу к поиску путей объединения технологий и этических ценностей и норм в области защиты семейных прав человека¹².

Конституционный Суд РФ подчеркивает, что особая роль семьи в развитии личности, удовлетворении ее духовных потребностей и обусловленная этим конституционная ценность института семьи определяют необходимость уважения и защиты со стороны государства семейных отношений, одним из принципов регулирования которых является приоритет семейного воспитания детей и реализация которых, соответственно, предполагает не только

заключение брака, но и закрепление правовой связи между родителем (лицом, его заменяющим) и ребенком¹³.

В связи с этим в ст. 55 СК РФ устанавливается право ребенка на общение с родителями и другими родственниками. Вместе с тем возможна ситуация, когда родитель ребенка утрачивает свои родительские права вследствие оспаривания отцовства в отношении ребенка, которого он воспитывал как своего собственного в течение продолжительного времени, ввиду чего между такими родителем и ребенком были установлены тесные межличностные отношения, сохраняющие значимость для каждого из них, а также потребность во взаимном общении, которое на законодательном уровне не обеспечивается. Вследствие этого лицо, которое не приходится ребенку родственником, но заботилось о нем в течение продолжительного периода и установило с ним тесную личную связь, полностью исключается из жизни ребенка и не имеет права на общение с ребенком. Европейский Суд по правам человека выразил обеспокоенность по поводу негибкости положений российского законодательства, устанавливающего исчерпывающий перечень лиц, имеющих право на общение с ребенком, без учета разнообразия семейных ситуаций и наилучших интересов ребенка¹⁴.

Следует признать, что в некоторой мере негибкость российского законодательства обусловлена отсутствием конструкции фактического воспитания, направленной на позитивное регулирование отношений между воспитателем и воспитанником. Е. Г. Комиссарова справедливо полагает, что семейные ценности могут быть реализованы посредством названного социально-правового явления, обеспечивающего сохранение семейного статуса ребенка, а потому в целях недопущения разрыва семейной общности можно и должно предоставить свободу выбора родителям ребенка в том, быть или не

¹¹ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 02.07.2019 по делу № 64-КГ19-6. Документ опубликован не был // СПС «КонсультантПлюс».

¹² См.: *О'Салливан С.* В поисках баланса между техническим прогрессом и уважением человеческого достоинства // Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Права человека и биомедицина. Специальный выпуск. 2018. № 7. С. 10.

¹³ Пункт 2 постановления Конституционного Суда РФ от 31.01.2014 № 1-П «По делу о проверке конституционности абзаца десятого пункта 1 статьи 127 Семейного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина С. А. Аникиева» // СЗ РФ. 2014. № 7. Ст. 735.

¹⁴ Пункт 128 постановления Европейского Суда по правам человека от 16.07.2015 «Дело "Назаренко (Nazarenko) против Российской Федерации"» (жалоба № 39438/13) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. Российское издание. 2016. № 2.

быть отношениям фактического воспитания в параллели с родительским воспитанием, а фактическому воспитателю — свободу принятия на себя соответствующих забот о ребенке¹⁵. Представляется, что отношения между ребенком и родителем, утратившим соответствующий правовой статус, могут быть квалифицированы в качестве отношений фактического воспитания, если сохранение таковых отвечает интересам несовершеннолетнего члена семьи.

В свою очередь, необходимо отметить, что в п. 29 ПП ВС РФ № 16 предложен иной, хотя и частный вариант разрешения рассматриваемой проблемы посредством сохранения семейно-правовой связи между родителем и ребенком: в исключительных случаях, в целях наилучшего обеспечения интересов ребенка, исходя из приоритетной защиты его прав и интересов, а также с учетом конкретных обстоятельств дела суд может отказать в удовлетворении иска об оспаривании отцовства, если одновременно с таким иском матерью либо опекуном (попечителем) ребенка не заявлено требование об установлении отцовства в отношении биологического отца ребенка либо такое требование не предъявлено биологическим отцом ребенка, а лицо, записанное в качестве отца ребенка, возражает против удовлетворения иска. При этом к конкретным обстоятельствам дела, имеющим юридическое значение для разрешения дела, Верховный Суд РФ относит длительные семейные отношения, сложившиеся между ребенком и лицом, записанным в качестве его отца, устойчивую эмоциональную привязанность ребенка к этому лицу, намерение данного лица продолжать воспитывать этого ребенка и заботиться о нем как о своем собственном. Таким образом, констатируемая Европейским Судом по правам человека негибкость российского законодательства в данном вопросе в определенной степени нивелируется правоприме-

нительным подходом Верховного Суда РФ к социальному родительству.

2. *Расширение системы межотраслевых связей семейного права, вызванное усложнением правового регулирования общественных отношений в целом.* М. Ю. Чельшев справедливо отмечал, что межотраслевое взаимное влияние представляет собой процесс воздействия друг на друга различных, в некоторой степени взаимопересекающихся в предметном и содержательном отношениях правовых образований, в результате чего на уровнях правовых норм и правореализации может происходить их известная трансформация¹⁶.

Названное направление трансформации правового регулирования семейных отношений влечет различные социально-экономические, организационные, юридические и иные последствия. Прежде всего следует сказать о *смещении акцентов при обеспечении справедливого баланса интересов участников семейных и иных правоотношений*, которое наиболее очевидно прослеживается в правоприменительных подходах, выработанных, например, в части взаимодействия правовых норм об имущественных отношениях членов семьи и банкротстве граждан¹⁷.

Усложнение межотраслевых связей семейного права в значительной мере предопределяет необходимость обеспечения баланса семейно-правового и иного отраслевого регулирования в различных областях общественных отношений¹⁸. Ввиду этого следует обратить внимание на *тенденцию усиления гражданско-правовых начал в регулировании семейных отношений*. Так, в судебной практике обоснованно резюмируется, что в действующем семейном законодательстве не закреплена презумпция общности долгов супругов, что в значительной мере направлено на обеспечение правовой защиты членов семьи должника,

¹⁵ Комиссарова Е. Г. Проблема фактического воспитания ребенка: методологический взгляд // Lex russica. 2020. Т. 53. № 6. С. 24–25.

¹⁶ См.: Чельшев М. Ю. Система межотраслевых связей гражданского права: цивилистическое исследование : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Казань, 2008. С. 9.

¹⁷ Пункт 12 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 № 48 «О некоторых вопросах, связанных с особенностями формирования и распределения конкурсной массы в делах о банкротстве граждан» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2019. № 2 ; определение судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 27.10.2017 № 310-ЭС17-9405(1,2) по делу № А09-2730/2016 // Документ опубликован не был. СПС «КонсультантПлюс» ; определение судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 02.08.2018 № 305-ЭС18-1570 по делу № А40-184304/2015 // Документ опубликован не был. СПС «КонсультантПлюс».

¹⁸ См.: Чельшев М. Ю. Указ. соч. С. 3.

но не его кредиторов. В Обзоре судебной практики № 1 (2016)¹⁹ разъясняется: в случае заключения одним из супругов договора займа или совершения иной сделки, связанной с возникновением долга, такой долг может быть признан общим лишь при наличии обстоятельств, вытекающих из п. 2 ст. 45 СК РФ (возникновение обязательства по инициативе обоих супругов или использование на нужды семьи всего полученного по обязательствам одним из супругов), бремя доказывания которых лежит на стороне, претендующей на распределение долга.

В свою очередь, активно обсуждаемая реформа правового регулирования имущественных отношений супругов предполагает трансформацию сложившегося правоприменительного подхода, ибо проектом федерального закона № 835938-7 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации (в части имущественных отношений супругов)»²⁰ предлагается на законодательном уровне закрепить презумпцию общности супружеских долгов, что в п. 9 пояснительной записки к законопроекту объясняется презумпцией испрошенного согласия второго супруга, которая влечет возникновение в подавляющем большинстве случаев общих обязательств по сделкам, заключенным одним из супругов, а также поступлением любого дохода одного из супругов, в том числе дохода в виде полученных от третьего лица в собственность заемных средств, в общую совместную собственность супругов. Однако следует согласиться с мнением Е. А. Чефрановой, согласно которому весьма краткое обоснование столь революционного нововведения не убеждает, тогда как предлагаемая новелла способна породить сложные проблемы не только в части правоприменения²¹.

По справедливому мнению О. Н. Низамиевой, асимметрия, «вызванная неравными возможностями супруга — титульного должника и другого супруга по доказыванию того, на какие цели были израсходованы заемные (кредитные) средства», может привести к различным злоупотреблениям со стороны супруга-должника и нарушению прав и интересов другого супруга²². Сложно опровергнуть и позицию С. Ю. Чашковой, согласно которой предлагаемая новелла «свидетельствует о наличии устойчивого желания законодателя сохранить “прокредиторскую” направленность в регулировании данных отношений в противоречии с интересами субъектов семейных отношений»²³.

Представленные примеры позволяют резюмировать, что при конкуренции интересов членов семьи и участников гражданского оборота в ряде случаев приходится констатировать перевешивание чаши весов в сторону последних, тогда как подобного рода практика в значительной мере препятствует достижению цели семейно-правового регулирования, которая, очевидно, не связана с обеспечением стабильности, устойчивости и предсказуемости гражданского оборота, но непременно служит укреплению институтов семьи и брака.

В качестве последствия укрепления межотраслевого взаимодействия семейного права с иными отраслями права можно обозначить *придание традиционным семейно-правовым институтам новых факультативных свойств и целевого назначения*. Например, на появление факультативных целей семейно-правового института алиментирования повлияло расширение системы мер, направленных на обеспечение реализации конституционного права граждан на жилище. Так, в соответствии с п. 40 постановления Пленума Верховного

¹⁹ Обзор судебной практики 2016 (№ 1), утв. Президиумом Верховного Суда РФ 13 апреля 2016 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 11–12.

²⁰ Проект федерального закона № 835938-7 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (в части имущественных отношений супругов) // URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/835938-7> (дата обращения: 10.09.2021).

²¹ См. подробнее: *Чефранова Е. А.* К вопросу об ответственности супругов по обязательствам // Семейное и жилищное право. 2021. № 2. С. 30–33.

²² *Низамиева О. Н.* Законный режим имущества супругов: к вопросу о перспективах развития правового института // Социально-правовые аспекты трансформации института современной семьи в контексте реализации государственной семейной политики : сборник статей по материалам Международной научно-практической конференции, посвященной 25-летию принятия Семейного кодекса Российской Федерации / под общ. ред. О. Ю. Ильиной. Тверь, 2020. С. 180.

²³ *Чашкова С. Ю.* О тенденциях развития договорного регулирования семейных имущественных отношений супругов с учетом развития законодательства и судебной практики // Lex russica. 2021. Т. 74. № 5. С. 71.

Суда РФ от 26.12.2017 № 56 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел, связанных со взысканием алиментов»²⁴ (далее — ПП ВС РФ № 56) к исключительным обстоятельствам, порождающим алиментную обязанность родителей участвовать в несении дополнительных расходов на несовершеннолетних или нетрудоспособных совершеннолетних нуждающихся детей, отнесены тяжелая болезнь, увечье детей, требующие, в частности, оплаты постороннего ухода за детьми, иных расходов, необходимых для излечения или поддержания здоровья детей, а также для их социальной адаптации и интеграции в общество (расходы на протезирование, приобретение лекарств, специальных средств для ухода, передвижения или обучения и т.п.) и др. В целях преодоления изложенного ограничительного толкования перечень рассматриваемых исключительных обстоятельств был расширен на законодательном уровне посредством указания на отсутствие пригодного для постоянного проживания жилого помещения у алиментуправомоченного ребенка (ст. 86 СК РФ)²⁵. Тем самым алиментные обязательства стали одним из средств удовлетворения жилищной потребности соответствующих граждан.

3. Обеспечение гендерного баланса в семейных отношениях на правоприменительном уровне. Согласно п. 4 ст. 1 СК РФ запрещаются любые формы ограничения прав граждан при вступлении в брак и в семейных отношениях по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности. Вместе с тем права граждан в семье могут быть ограничены, однако только на основании федерального закона и лишь в той мере, в какой это служит достижению конституционно значимых целей.

Семейному законодательству известны случаи ограничения семейных прав по гендерному признаку, которые не выбиваются из обозначенного правила-исключения. В частности, речь идет о ст. 17 СК РФ, закрепляющей ограничение права на предъявление мужем требования о расторжении брака в целях защиты здоровья женщины, а потому данное ограничение действует также в случаях, когда ребенок родился мертвым или умер до достижения им возраста

одного года (п. 1 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 05.11.1998 № 15 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел о расторжении брака»²⁶).

Напротив, в отношении ограничений алиментных прав мужа (бывшего мужа), установленных ст. 89 и 90 СК РФ, подобного рода обоснование не обнаруживается. Ввиду несправедливого правового регулирования алиментных отношений в п. 44 ПП ВС РФ № 56 разъясняется: если уход за общим ребенком супругов (бывших супругов) осуществляется отцом ребенка, а мать ребенка устранилась от его воспитания и содержания, муж (бывший муж) вправе требовать предоставления содержания до достижения ребенком возраста трех лет. К такому правоприменительному подходу Верховный Суд РФ пришел, применив аналогию закона. Вместе с тем аналогия закона возможна лишь при пробеле в правовом регулировании, который применительно к рассматриваемым отношениям отсутствует. Кроме того, сформулированное правоположение ставит возникновение права на алименты мужа (бывшего мужа) в зависимость от устранения матерью от воспитания и содержания ребенка, тогда как такие условия применительно к алиментуправомоченной жене (бывшей жене) также не предусмотрены. Однако следует бесспорно признать, что сам потенциал такого разъяснения заслуживает самой полной поддержки.

Выводы

Трансформация семейного права в условиях изменения социальной реальности зиждется на двух концептуальных началах: во-первых, сохранение традиционных семейных ценностей российского общества и, как следствие, отражение таковых как на законодательном уровне, так и в судебной практике, а во-вторых, законодательное и правоприменительное реагирование на новейшие социальные практики. Названные начала трансформации семейного права дополняют друг друга, позволяя учесть общественные запросы различных социальных групп.

Значительная роль в модернизации правового регулирования семейных отношений

²⁴ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2018. № 4.

²⁵ Федеральный закон от 06.02.2020 № 10-ФЗ «О внесении изменения в статью 86 Семейного кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2020. № 6. Ст. 589.

²⁶ Бюллетень Верховного Суда РФ. 1999. № 1.

отводится суду, ведь «закон, как бы совершен он ни был в момент своего издания, с течением времени, при изменившихся обстоятельствах может даже вообще превратиться в сплошную несправедливость»²⁷, не дожидаясь законодательного решения, суд выполняет функцию примирителя социальных конфликтов, выясняя и оценивая сталкивающиеся интересы, отдавая предпочтение более достойному²⁸.

К основным направлениям современной трансформации семейного права, нашедшим отражение в судебной практике, следует отнести: во-первых, расширение сферы семейно-правового регулирования общественных отношений вследствие усложнения системы

социальных связей; во-вторых, расширение системы межотраслевых связей семейного права, вызванное усложнением правового регулирования общественных отношений в целом, следствием которого является смещение акцентов при обеспечении справедливого баланса интересов участников семейных и иных правоотношений, усиление гражданско-правовых начал в регулировании семейных отношений, придание традиционным семейно-правовым институтам новых факультативных свойств и целевого назначения, в том числе проникновение публично-правовых целей в частноправовое поле семейной жизни; в-третьих, обеспечение гендерного баланса в семейных отношениях на правоприменительном уровне.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Комиссарова Е. Г. Проблема фактического воспитания ребенка: методологический взгляд // *Lex russica*. — 2020. — Т. 53. — № 6. — С. 18–32.
2. Низамиева О. Н. Законный режим имущества супругов: к вопросу о перспективах развития правового института // Социально-правовые аспекты трансформации института современной семьи в контексте реализации государственной семейной политики : сборник статей по материалам Международной научно-практической конференции, посвященной 25-летию принятия Семейного кодекса Российской Федерации / под общ. ред. О. Ю. Ильиной. — Тверь, 2020. — С. 177–182.
3. О'Салливан С. В поисках баланса между техническим прогрессом и уважением человеческого достоинства // Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Специальный выпуск «Права человека и биомедицина». — 2018. — № 7. — С. 5–10.
4. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — М. : Статут, 2013. — 351 с.
5. Синюков В. Н. Право XX и XXI веков: преемственность и новизна // *Lex russica*. — 2021. — Т. 74. — № 2. — С. 9–20.
6. Тарусина Н. Н. Доказывание по гражданским делам из личных семейных правоотношений: трудности жанра // Вестник гражданского процесса. — 2019. — № 1. — С. 254–273.
7. Чашкова С. Ю. О тенденциях развития договорного регулирования семейных имущественных отношений супругов с учетом развития законодательства и судебной практики // *Lex russica*. — 2021. — Т. 74. — № 5. — С. 63–73.
8. Чельшев М. Ю. Система межотраслевых связей гражданского права: цивилистическое исследование : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — Казань, 2008. — 42 с.
9. Чефранова Е. А. К вопросу об ответственности супругов по обязательствам // Семейное и жилищное право. — 2021. — № 2. — С. 30–33.

Материал поступил в редакцию 10 сентября 2021 г.

²⁷ Покровский И. А. Указ. соч. С. 92.

²⁸ Покровский И. А. Указ. соч. С. 101.

REFERENCES

1. Komissarova EG. Problema fakticheskogo vospitaniya rebenka: metodologicheskiy vzglyad [The Problem of Actual Parenting: A Methodological View]. *Lex russica*. 2020;53(6):18-32. (In Russ.)
2. Nizamieva ON. Zakonnyy rezhim imushchestva suprugov: k voprosu o perspektivakh razvitiya pravovogo instituta [The legal regime of the property of spouses: To the question of the prospects for the development of the legal institution]. In: Ilyina OYu, (ed.). *Sotsialno-pravovye aspekty transformatsii instituta sovremennoy semi v kontekste realizatsii gosudarstvennoy semeynoy politiki: sbornik statey po materialam mezhdunarodnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii, posvyashchennoy 25-letiyu prinyatiya Semeynogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii* [Socio-legal aspects of the transformation of the institute of modern family in the context of the implementation of state family policy. A collection of articles based on the materials of the international scientific and practical conference dedicated to the 25th anniversary of the adoption of the Family Code of the Russian Federation]. Tver; 2020. P. 177-182. (In Russ.)
3. O'Sullivan S. V poiskakh balansa mezhdu tekhnicheskim progressom i uvazheniem chelovecheskogo dostoinstva [In search of a balance between technological progress and respect for human dignity]. *Pretsedenty evropeyskogo suda po pravam cheloveka. Prava cheloveka i biomeditsina. Spetsialnyy vypusk «Prava cheloveka i biomeditsina»* [Precedents of the European Court of human rights. Special issue "Human rights and Biomedicine"]. 2018;7:5-10. (In Russ.)
4. Pokrovskiy IA. Osnovnye problemy grazhdanskogo prava [The main problems of civil law]. Moscow: Statut; 2013. (In Russ.)
5. Sinyukov VN. Pravo XX i XXI vekov: preemstvennost i novizna [Law of the 20th and 21st Centuries: Continuity and Novelty]. *Lex russica*. 2021;74(2):9-20. (In Russ.)
6. Tarusina NN. Dokazyvanie po grazhdanskim delam iz lichnykh semeynykh pravootnosheniy: trudnosti zhanra [Proving in civil cases from personal family relationships: difficulties of the genre]. *Vestnik grazhdanskogo protsessa* [Herald of Civil Procedure]. 2019;1:254-273. (In Russ.)
7. Chashkova SYu. O tendentsiyakh razvitiya dogovornogo regulirovaniya semeynykh imushchestvennykh otnosheniy suprugov s uchetom razvitiya zakonodatelstva i sudebnoy praktiki [Tendencies of the Contractual Regulation of Family Property Relations between Spouses with due regard to the Development of Legislation and Judicial Practice]. *Lex russica*. 2021;(5):63-73. (In Russ.)
8. Chelyshev MYu. Sistema mezhotraslevykh svyazey grazhdanskogo prava: tsivilisticheskoe issledovanie : avtoref. dis. ... d-ra jurid. nauk. [The system of intersectoral relations of civil law: A civilistic study. Author's abstract of the Dr. Sci. (Law) Dissertation]. Kazan; 2008. (In Russ.)
9. Chefranova EA. K voprosu ob otvetstvennosti suprugov po obyazatelstvam [On the issue of the responsibility of spouses for obligations]. *Semeynoe i zhilishchnoe pravo* [Family and housing law]. 2021;2:30-33. (In Russ.)

Доверительное управление чужим имуществом: реформа на тропе войны¹

Аннотация. В статье описываются возможные пути реформирования норм о договоре доверительного управления в связи с предстоящей реформой ч. II Гражданского кодекса РФ. В настоящее время реформа данной части Гражданского кодекса РФ была проведена в отношении финансовых сделок, но нормы о посреднических сделках не были изменены, при этом ситуация осложняется тем, что реформа вещного права так и не состоялась. Модернизация положений гл. 53 ГК РФ о договоре доверительного управления обусловлена развитием экономических отношений по управлению корпоративными правами, ценными бумагами, инвестициями, пенсионными взносами, возникновением ряда новых форм осуществления инвестиционной деятельности, а также значительной разницей отношений «потребительского управления» имуществом в семейном и наследственном праве (управление в силу указания закона), «профессионального управления» имуществом в инвестиционных и иных предпринимательских сферах (добровольная передача имущества в управление).

Англо-американский опыт траста, а также иные модели «доверительной собственности» российским правом заимствованы быть не могут ни в какой форме. Право собственности должно остаться унитарным и не может иметь какие-либо формы. Ввиду этого в статье предлагается вместо англо-американского траста использовать европейские альтернативные модели управления чужим имуществом в виде обязательно-правовых институтов ведения чужого дела с использованием различных форм представительства (прямого и косвенного). Автор рассматривает возможность дифференциации профессионального и непрофессионального режима управления чужим имуществом, природы бенефициарного интереса, правил сегрегации объекта управления и природы ответственности доверительного управляющего.

Ключевые слова: договор доверительного управления; траст; доверительная собственность; фидуциарные сделки; бенефициарный интерес; гражданское законодательство; реформирование; фидуциарная ответственность; зарубежный опыт.

Для цитирования: Зикун И. И. Доверительное управление чужим имуществом: реформа на тропе войны // Lex russica. — 2021. — Т. 74. — № 11. — С. 134–143. — DOI: 10.17803/1729-5920.2021.180.11.134-143.

¹ Исследование подготовлено в рамках выполнения государственного задания, утвержденного Исследовательскому центру частного права имени С. С. Алексеева при Президенте Российской Федерации (номер научно-исследовательской работы в ЕГИСУ НИОКТР: АААА-А21-121012090141-8).

© Зикун И. И., 2021

* Зикун Илья Игоревич, кандидат юридических наук, консультант Исследовательского центра частного права имени С. С. Алексеева при Президенте Российской Федерации, старший эксперт фонда «Центр стратегических разработок», ассистент Высшей школы государственного аудита Московского государственного университета имени М. В. Ломоносова
ул. Ильинка, д. 8, к. 2, г. Москва, Россия, 109012
i.zikun@yandex.ru

Trust Management of Other People's Property: Reform on the Warpath²

Ilya I. Zikun, Cand. Sci. (Law), Consultant, Private Law Research Centre for under the President of the Russian Federation named after S. S. Alexeev; Senior Expert, Center for Strategic Research Foundation; Assistant, Higher School of Public Audit, Lomonosov Moscow State University
ul. Ilinka, d. 8, str. 2, Moscow, Russia, 103132
i.zikun@yandex.ru

Abstract. The paper describes possible ways to reform the rules on trust management agreements in connection with the upcoming reform of Part II of the Civil Code of the Russian Federation. Currently, the reform of this part of the Civil Code of the Russian Federation is being carried out in relation to financial transactions, but the rules on intermediary transactions have not been changed, while the situation is complicated by the fact that the reform of property law has not taken place. The improvement of the provisions of Chapter 53 of the Civil Code of the Russian Federation on trust management agreements is due to the development of economic relations for the management of corporate rights, securities, investments, pension contributions, the emergence of a number of new forms of investment activity, as well as a significant difference in the relationship of "consumer management" of property in family and inheritance law (management by virtue of the law), as well as "professional management" of property in investment and other business areas (voluntary transfer of property to management).

The Anglo-American experience of the trust, as well as other models of "trust property" cannot be borrowed by Russian law in any form. The ownership right must remain unitary and cannot take any form. In view of this, the paper suggests using European alternative models of managing someone else's property in the form of mandatory legal institutions for conducting someone else's business using various forms of representation (direct and indirect) instead of the Anglo-American trust. The author considers the possibility of differentiating the professional and non-professional regime of managing someone else's property, the nature of the beneficial interest, the rules of segregation of the management object and the nature of the trustee's responsibility.

Keywords: trust management agreement; trust; trust property; fiduciary transactions; beneficial interest; civil legislation; reform; fiduciary responsibility; foreign experience.

Cite as: Zikun II. *Doveritelnoe upravlenie chuzhim imushchestvom: reforma na trope voyny* [Trust Management of Other People's Property: Reform on the Warpath]. *Lex russica*. 2021;74(11):134-143. DOI: 10.17803/1729-5920.2021.180.11.134-143. (In Russ., abstract in Eng.).

Введение

Российское гражданское право уже больше десяти лет находится в процессе затяжного реформирования. Реформа второй части ГК РФ была проведена в отношении финансовых сделок, но нормы о посреднических сделках так и не были изменены. Дело осложняется тем, что реформа вещного права так и не состоялась, а в 2020 г. был представлен для обсуждения уже второй проект федерального закона о внесении изме-

нений в ГК РФ в части реформирования институтов вещного права, разработанный рабочей группой под руководством В. В. Витрянского. В данной статье предлагаются варианты реформирования гл. 53 ГК РФ о договоре доверительного управления³.

С момента принятия второй части Гражданского кодекса Российской Федерации прошло более 25 лет. За это время экономические отношения в области управления чужим имуществом существенно осложнились. Сравни-

² The study was prepared as part of the state assignment approved by the S. S. Alekseev Research Center for Private Law under the President of the Russian Federation (number of research work in the USISU R&D: ААААА21-121012090141-8).

³ См.: Зикун И. И. Гражданско-правовой титул инвесторов на имущество инвестиционных фондов SICAV и SICAF // Вестник гражданского права. 2020. № 6. С. 255–301 ; *Он же*. Генезис категории «фидуциарная собственность» в европейском гражданском праве // Вестник гражданского права. 2018. № 6. С. 192–219 ; *Он же*. Конструкция доверительного управления в гражданском праве: нефидуциарная фидуциарность // Вестник гражданского права. 2017. № 3. С. 52–102 ; *Он же*. Экстернальный эффект договора управления имуществом // Вестник гражданского права. 2017. № 6. С. 34–73 ; *Он же*. Кон-

вая состояние экономики в 1996 г. (на момент принятия второй части ГК РФ) и в настоящий момент, можно сказать, что существенно увеличился как объем иностранных инвестиций, так и объем экспорта и импорта. В сфере инвестиционной деятельности в зарубежных правовых порядках появилось множество институтов и механизмов для ее осуществления, которые в настоящий момент не могут быть использованы в России ввиду наличия регуляторных барьеров (например, инвестиционные общества с постоянным или переменным капиталом).

В настоящее время как минимум три организации уже приступили к разработке проекта федерального закона о трастах (доверительной собственности). Разработка данных проектов ведется в строжайшей секретности. Текст известен только малому кругу людей. Основной идеей, закладываемой разработчиками, является идея рецепции траста (доверительной собственности), от которой при разработке норм гл. 53 ГК РФ разработчики ГК РФ принципиально отказались. Скорее всего, в течение нескольких лет в России появится кулуарно разработанный федеральный закон о доверительной собственности, в основе которого будет лежать идея траста и трастовых фондов. Такой подход является заведомо неприемлемым для российского права. Поскольку натиск сторонников траста уже не сдержать, в настоящей статье предпринимается попытка предложить альтернативные варианты заимствования моделей управления чужим имуществом, функционально аналогичных трасту, но не вводящих в российское гражданское право системно чужеродные конструкции, разрушающие систему гражданского права изнутри.

Трасты привлекают представителей бизнеса по нескольким причинам: 1) стремление избежать многократного налогообложения при передаче имущества, в том числе в результате наследования; 2) конфиденциальность принадлежности имущества и создание полноценной ширмы для оборота в виде управляющего; 3) ограничение будущих обладателей имущества (бенефициаров) в способах распоряжения имуществом, а также сохранение контроля над имуществом даже после своей смерти; 4) профессиональное управление иму-

ществом долгий период времени, в том числе с диверсификацией рисков его утраты в связи с нестабильностью рынка. При написании норм гл. 53 ГК РФ была учтена цель назначить профессионального управляющего имуществом, но остальные три цели достигнуты не были.

Страны Европы за последние 20 лет существенно модернизировали свое законодательство в части регулирования отношений по управлению чужим имуществом (например, вступление в силу в 2014 г. Гражданского кодекса Чешской Республики⁴, принятие Директивы 2009/65/ЕС от 13.07.2009, Директивы 2011/61/EU от 08.06.2011, Директивы 2014/91/EU от 23.07.2014, разработка в 2009 г. титула 10 Принципов и модельных правил современного частного права (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) и многое другое). Поводом к разработке новых правил об управлении чужим имуществом послужили экономические кризисы 2008 и 2012 гг.

В настоящий момент в России отношения по управлению чужим имуществом единообразно регулируются при управлении имуществом подопечного в институте опеки и попечительства (ст. 38 ГК РФ), при управлении инвестиционными резервами (ст. 1, 3, 10, 11 Федерального закона «Об инвестиционных фондах» от 29.11.2001 № 156-ФЗ), при управлении имуществом негосударственного пенсионного фонда (ч. 1 ст. 25 Федерального закона от 07.05.1998 № 75-ФЗ «О негосударственных пенсионных фондах»), при передаче в доверительное управление имущества предпринимателем в общем порядке ст. 1012 ГК РФ и т.д. Единообразно регулируются и отношения с участием предпринимателей, и отношения с участием физических лиц. Вместе с тем необходимо учитывать, что сфера управления имуществом (институт опеки и попечительства или инвестиционная деятельность) оказывает существенное влияние на обязанности управляющего, на его ответственность, на стандарт его разумности и добросовестности. В связи с этим нецелесообразно регулировать разнородные отношения с разным субъектным составом одними и теми же нормами закона.

Таким образом, необходимо предусмотреть разные правила регулирования отношений

струкция титульного обеспечения в гражданском праве: основные проблемы // Вестник гражданского права. 2016. № 2. С. 37–78.

⁴ Текст ГК Чехии на английском языке доступен по ссылке: URL: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Civil-Code.pdf> (дата обращения: 01.09.2021).

по управлению чужим имуществом, которые складываются в сфере управления имуществом физических лиц без цели извлечения прибыли (семейное право, наследственное право и т.д.) и в сфере предпринимательской деятельности, управления инвестиционными резервами, корпоративными правами, объектами недвижимости при помощи инвестиционного фонда недвижимости (Real Estate Investment Trust (REIT))⁵. Необходимо учесть, что физические лица по факту лишены возможности давать поручения и полностью зависят от решения управляющего. Напротив, в предпринимательской деятельности предприниматель как профессиональный участник оборота может давать поручения, а соответственно, и обязан нести негативные последствия от своего выбора.

Природа траста

Высказывалось множество предложений о допустимости рецепции российским правом англо-американского траста. Однако данный вариант невозможно осуществить по многим обстоятельствам, включая фундаментальные различия в российских и зарубежных вещных правах. Целесообразно воспользоваться опытом стран Европы (Чехии, Франции, Лихтенштейна, Ирландии), а также некоторых других стран (Сингапура, Канады, штата Иллинойс), в которых были приняты нормативные правовые акты, регулирующие отношения по управлению чужим имуществом на основе траста без восприятия идеи расщепления права собственности⁶. Целесообразно учитывать опыт таких стран, как Гер-

мания, Австрия и Швейцария, однако с учетом того, что в данных странах отсутствует регулирование трастов на законодательном уровне.

Институт управления чужим имуществом, закрепленный в названных странах, по смыслу англо-американского права трастом не является. Трастом можно называть только такую конструкцию, где управляющий становится собственником по закону, а учредитель управления становится собственником по праву справедливости. Однако в России могут быть заимствованы аналоги траста, которые были выработаны в зарубежных странах, не относящихся к семье общего права⁷.

Аналог траста в России может быть построен по следующей модели. Учредитель управления и управляющий заключают договор о ведении чужого дела. Заключение данного договора влечет два эффекта. Во-первых, возникает внутреннее правоотношение (обязательство) между сторонами договора. Во-вторых, учредитель управления наделяет управляющего полномочием на совершение сделок с третьими лицами от имени управляющего, но в интересах, за счет и на риск учредителя управления. Данная конструкция аналогична конструкции договора комиссии, построенной по модели косвенного представительства.

Так как косвенное представительство в силу п. 2 ст. 182 ГК РФ представительством не является, то нормы гл. 10 ГК РФ не могут быть субсидиарно применены. Однако принципы института представительства, в частности запрет конфликта интересов, к договору о ведении чужого дела могут быть применены. При законодательном регулировании договора о ведении

⁵ Подробнее об управлении инвестиционными резервами, а также о системе сдержек и противовесов см.: *Kronke H. Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung. Tübingen : Mohr Siebeck, 1988. S. 122 ; Schumacher Ch. Die konzernverbundene Stiftung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des niederländischen und deutschen Rechts. Waxmann ; Münster ; New York ; München ; Berlin, 1999. S. 46–48 ; Paccos A. M. Rethinking Corporate Governance. The law and economics of control powers. London ; New York : Routledge, 2012. S. 198 ; Ronovská K., Lavický P. Foundations and trust funds in the Czech Republic after the recodification of Civil Law: a step forward? // Trusts & Trustees. 2015. Vol. 21. P. 639–644 ; Ronovská K. Foundations in the Czech Republic: Yesterday, Today and Tomorrow // Developments in Foundation Law in Europe / ed. C. H. Prele. The Netherlands : Springer, 2014. P. 37.*

⁶ Подробнее см.: *Гражданское и торговое право зарубежных государств : учебник : в 2 т. / отв. ред. проф. А. С. Комаров, проф. А. А. Костин, проф. О. Н. Зименкова, доц. Е. В. Вершинина. М. : Статут, 2019. Т. 1 : Общая часть. С. 419 (автор главы — Е. А. Суханов).*

⁷ Подробнее см.: *Henssler M. Treuhandgeschäft — Dogmatik und Wirklichkeit // Archiv die civilistische Praxis. 1996. Bd. 196. S. 37–87 ; Ebbecke J. Verwaltungsrecht mit dinglicher Wirkung // Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Jahrgang, 1917. S. 215 ; Klett J.-M. Die Trust-Struktur im Vertragsmodell des Investmentrechts. Berlin : Duncker & Humblot, 2015. S. 132–216 ; Asmus W. Dogmengeschichtliche Grundlagen der Treuhand. Eine Untersuchung zur romanistischen und germanistischen Treuhandlehre. Peter Lang, 1977. S. 122–151.*

чужого дела может быть учтено содержание абз. 2 п. 1 ст. 182, п. 3 и 4 ст. 182, ст. 184 ГК РФ, которые без специального указания в законе применяться не будут.

В связи с тем что в России уже более двадцати лет действуют положения ГК РФ о доверительном управлении, целесообразно предусмотреть норму о субсидиарном применении норм гл. 53 ГК РФ к договору о ведении чужого дела. Учитывая сходство договора о ведении чужого дела и договора комиссии, целесообразно при регулировании отношений из договора о ведении чужого дела учесть положения ст. 992–996, 999 ГК РФ. Применение абз. 2 ст. 992, ст. 997 ГК РФ к отношениям из договора о ведении чужого дела является крайне спорным.

Внутренние и внешние отношения управляющего

Управляющий не приобретает на объект управления какое-либо вещное право. Он находится в обязательственном правоотношении и имеет полномочие на заключение договоров с третьими лицами. Управляющий действует аналогично комиссионеру, поэтому третье лицо не может оспорить договор, заключенный с управляющим, на основании пп. 4 п. 2 ст. 178 ГК РФ (заблуждение в лице). Целесообразно воспроизвести содержание абз. 2 п. 1 ст. 990 ГК РФ. Кроме того, аналогично п. 2 ст. 993 ГК РФ в случае неисполнения третьим лицом обязательства управляющий обязан передать учредителю права по договору, но в договоре может быть предусмотрена обязанность управляющего, связанная с сопровождением процедуры по истребованию исполнения по неисполненному обязательству третьего лица (инкассо-цессия).

Целесообразно предусмотреть в главе о договоре о ведении чужого дела аналогичное п. 2 ст. 174 ГК РФ основание для оспаривания сделки по нецелевому распоряжению объектом управления (например, инвестиционными резервами) ввиду превышения управляющим полномочий из договора, если третье лицо

знало или должно было знать о превышении полномочий (имели место сговор или совместные действия управляющего и третьего лица по договору), а также о причинении явного ущерба интересам учредителя управления. Для случаев, когда третье лицо является добросовестным, целесообразно указать, что сделка является действительной.

Принципиальным является исключение для договора о ведении чужого дела действия нормы п. 3 ст. 1012 ГК РФ, в соответствии с которой управляющий обязан предупредить третье лицо при заключении с ним договора о своем статусе доверительного управляющего (указание «Д. У.»). Аналогично регулированию договора комиссии возможность интервенции учредителя управления в правоотношение управляющего и третьего лица (контрагента по договору с управляющим) не зависит от воли третьего лица, а находится в сфере внутренних отношений учредителя управления и управляющего. Для целей полноценного участия управляющего в обороте необходимо минимизировать вероятность раскрытия условий договора о ведении чужого дела, что неизбежно произойдет в случае распространения на управляющего по договору о ведении чужого дела действия п. 3 ст. 1012 ГК РФ.

Учитывая, что договор о ведении чужого дела чаще всего будет применяться в сфере инвестиционной деятельности, раскрытие своего статуса управляющего перед третьими лицами неизбежно, так как статус управляющей компании инвестиционными резервами должен найти отражение в названии юридического лица. Это правило является общераспространенным и используется во многих странах (например, Kapitalverwaltungsgesellschaft в Германии и management company в Директиве 2009/65/ЕС от 13.07.2009)⁸. Соответственно, права инвесторов будут защищены действием ст. 173 ГК РФ, при которой любое третье лицо будет знать о целевом ограничении деятельности управляющей компании инвестиционными резервами.

В случае наступления несостоятельности (банкротства) управляющей компании целесо-

⁸ Heberlein A. Die Investmentgesellschaft mit variablem Kapital (SICAV) und die Investmentgesellschaft mit festem Kapital (SICAF) im Vergleich. Dissertation. Schulhess Juristische Medien AG. Zürich, 2008. S. 81–146. См. также: Den Otter M. Investmentfonds, Grundlagen, Risiken und Chancen. 2. Auflage. Zürich, 2003. S. 10–94; Spinnler P. Die neue Rechtsform der SICAV im KAG und die Interessenwahrung der Anleger als Aktionäre // Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht. 2007. S. 79–86; Jutzi Th., Feuz Ch., MiFID II, AIFMD und UCITS: Auswirkungen des EU-Vermögensverwaltungsrechts auf das grenzüberschreitende Geschäft Schweizer Finanzintermediäre // Jusletter Next. 25 April 2016. S. 1–86.

образно предусмотреть аналогичные ст. 1018 ГК РФ положения о юридической и фактической сегрегации объекта управления от имущества управляющего. На объект управления может быть обращено взыскание по долгам учредителя управления только в случае наступления его несостоятельности (банкротства). Целесообразно также предусмотреть регулирование вопроса включения требований учредителя управления в реестр требований кредиторов управляющего. В случае заключения обычного договора о ведении чужого дела, не связанного с осуществлением инвестиционной деятельности, требования учредителя управления целесообразно включать в третью очередь реестра требований кредиторов управляющего, как и всех остальных непривилегированных кредиторов.

Многие зарубежные страны предоставляют приоритет в очередности инвесторам (учредителям управления). Это связано прежде всего с тем, что инвесторы рассматриваются не как обычные кредиторы, а как вкладчики, чьи инвестиционные вклады (инвестиционные резервы) в силу указания закона были фактически и юридически сегрегированы от остального имущества управляющей компании⁹. Учитывая сегрегацию вкладов, право США, Англии, Германии и Франции предоставляет приоритет в очередности инвесторам (учредителям управления). В российском праве вкладчикам тоже предоставляется приоритет в очередности, но только в случае банкротства кредитных финансовых организаций, к которым управляющие инвестиционными фондами компании не относятся (пп. 2 п. 3 ст. 189.92 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»).

Отчуждение или посредничество?

В настоящий момент ст. 1012 ГК РФ допускает передачу имущества в управление в интересах учредителя управления. Вместе с тем траст является сделкой по отчуждению имущества, при котором учредитель управления больше не может считать имущество своим, но и бене-

фициар также не может претендовать на это имущество. В этом и заключается фактическая и юридическая сегрегация объекта управления, которые в российском праве выразились в ст. 1018 ГК РФ.

Невозможно объяснить предоставление каких-либо налоговых льгот, а тем более защиту имущества от обращения взыскания по долгам учредителя управления без возбуждения процедуры несостоятельности (банкротства) в отношении учредителя управления. Защита объекта траста от обращения взыскания объясняется именно тем, что это имущество уже не является имуществом учредителя управления. В российском же праве идея защиты объекта управления воспринята, а идея отчуждения объекта управления не воспринята, в связи с чем договор доверительного управления из сделки по отчуждению имущества приобрел признаки посреднической сделки.

Вопрос о том, почему лицо может в своем интересе для получения прибыли передать имущество третьему лицу и защитить его тем самым от обращения взыскания, в российском праве так и остается без ответа. Если лицо действует в своем имущественном интересе, то оно не должно претендовать на защиту от обращения взыскания на объект управления. Структура договорных правоотношений в договоре доверительного управления не имеет ничего общего со структурой отношений в трасте.

Трасты по общему правилу могут быть установлены только в интересах бенефициара (третьего лица)¹⁰. В английском праве часто возникают случаи злоупотребления со стороны учредителя траста, которые выражаются в передаче имущества в траст в пользу своих родственников или аффилированных лиц без лишения учредителя траста контроля над имуществом посредством назначения его протектором траста. Данная схема направлена на защиту имущества от обращения взыскания по требованиям кредиторов без фактического лишения учредителя траста имущества. Учитывая то, что договор о ведении чужого дела изначально, в отличие от договора доверительного управления, рассчитан на передачу в управление имущества предпринимателя,

⁹ Подробнее см.: Чичакян Р. А., Зикун И. И. Защита прав инвесторов в рамках процедуры несостоятельности (банкротства) некредитных финансовых организаций: сравнительно-правовой очерк // Вестник гражданского права. 2018. № 6. С. 239–274.

¹⁰ См.: Waters D. W. M. The Nature of the Trust Beneficiary's Interest // Canadian Bar Review. 1967. Vol. 45. P. 217.

целесообразно предусмотреть в законе возможность признания недействительным договора о ведении чужого дела, при котором учредитель управления сохраняет за собой контроль над имуществом, над условиями договора о ведении чужого дела, над управляющим. Целесообразно учесть опыт английских судов по мнимым трастам (*sham trust*).

Учитывая все привилегии, которые предоставляются трастам (защита от обращения взыскания, налоговые льготы и др.), необходимо воспринять также и все ограничения, которые императивно налагаются на трасты. В частности, необходимо учесть, что ни учредитель управления, ни бенефициар не могут произвольно прекратить траст. Режим траста после его учреждения перестает зависеть от сторон договора.

Бенефициарный интерес

Статус выгодоприобретателя в гл. 53 ГК РФ не очерчен. Применение к договору доверительного управления положений ст. 430 ГК РФ порождает ряд вопросов: может ли выгодоприобретатель заявить о расторжении договора, участвовать в заключении дополнительных соглашений к нему, новировать обязательство, прощать долг, принимать суррогаты исполнения. Может возникнуть ощущение, что выгодоприобретатель становится стороной в договоре доверительного управления. Но это не так¹¹.

«Бенефициарный интерес» — особая категория англо-американского права, не имеющая аналога в странах континентального права¹². Выгодоприобретатель при передаче имущества в траст не может считать это имущество своим. Он может довольствоваться только тем, что отведено ему учредителем траста. Объект траста не входит в конкурсную массу бенефициара. Он не может влиять на условия управления, отстранять управляющего, прекращать договор,

распоряжаться объектом управления и каким-либо иным образом влиять на существование траста. В исключительных случаях его мнение может быть учтено судом, но не более того. В этом и выражается правило «мертвой руки», когда учредитель траста даже после своей смерти сохраняет свою власть над имуществом и определяет его судьбу¹³.

Договоры в пользу третьего лица эту особенность статуса бенефициара не учитывают¹⁴. Но договорные возможности бенефициара всегда ограничены волей учредителя траста. В положениях же ст. 430 ГК РФ и гл. 53 ГК РФ не говорится, что выгодоприобретатель связан волей учредителя управления. Такое положение дел противоречит смыслу передачи имущества в управление в интересах выгодоприобретателя. С таким же успехом можно было просто подарить или завещать имущество выгодоприобретателю.

Положения гл. 53 ГК РФ ничего не говорят об усеченном статусе выгодоприобретателя, чем нивелируют саму идею передачи имущества в управление. Есть и множество других способов обеспечения профессионального управления имуществом. Отдельный договорный тип для этого не нужен. Учреждение юридического лица и внесение в его уставный капитал имущества могло бы эффективно выполнять ту же функцию, что договор доверительного управления, закрепленный в гл. 53 ГК РФ.

Таким образом, при реформировании норм о договоре доверительного управления целесообразно более подробно описать статус выгодоприобретателя, его права, возможность вмешаться в порядок управления имуществом только в исключительных случаях и т.д. Учитывая, что европейские правовые порядки все равно не пошли дальше ст. 430 ГК РФ, рецепции чужеродной российской праву категории «бенефициарный интерес» можно избежать путем конкретизации статуса выгодоприобретателя, конкретизируя действие ст. 430 ГК РФ в ряде вопросов.

¹¹ Как обоснованно указывает Е. А. Суханов, «он [выгодоприобретатель] не становится стороной договора доверительного управления, представляющего собой договор в пользу третьего лица (п. 1 ст. 430 ГК РФ)» (см.: Гражданское право : учебник : в 4 т. / отв. ред. Е. А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Статут, 2020. Т. 4. С. 231 (автор главы — Е. А. Суханов)).

¹² См.: *Bogert G. G., Bogert G. T. The Law of Trusts and Trustees*. West Publishing Company, 1964. P. 490–538.

¹³ См.: *Katz S. N., Sullivan B., Beach P. C. Legal Change and Legal Autonomy: Charitable Trusts in New York // Law & History Review*. 1985. Vol. 51. P. 1777–1893.

¹⁴ Подробнее о природе прав третьего лица см.: *Unger J. Die Verträge zu Gunsten Dritter // Jahrbuch für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. 1871. Bd. 10. S. 1–109.

Фидуциарная ответственность

Передача права на объект управления в целях профессионального управления имуществом сопровождается повышенной уязвимостью учредителя управления и бенефициара¹⁵. Легко представить, сколько злоупотреблений возможно со стороны управляющего (сокрытие дохода от управления, использование имущества в собственных целях, отчуждение имущества по заниженной цене, нецелевое использование или распоряжение имуществом и многое другое). Российское право не реагирует на повышенную уязвимость учредителя и бенефициара, привлекая к ответственности доверительного управляющего по общим правилам п. 1 ст. 393 и ст. 15 ГК РФ.

Право стран common law уже давно вырабатало особый вид ответственности для правоотношения, в котором один из участников лишен какой-либо формы контроля за другим участником¹⁶. Особая реакция правопорядка выразилась в фидуциарной ответственности. Ответственность за нарушение фидуциарной обязанности является штрафной и возникает за сам факт нарушения, что обуславливает отказ от установления причинно-следственной связи. Фидуциар присуждается к выплате денежных средств в справедливом размере (equitable compensation), что, во-первых, облегчает доказывание размера убытков, а во-вторых, превентивно влияет на управляющего, который возместит учредителю явно больше, чем получит от своего неправомерного поведения. Фидуциар презюмируется виновным в нарушении фидуциарной обязанности, что влечет возложение на него бремени доказывания своей невиновности или отсутствия нарушения условий договора. Устанавливается презумпция недействительности сделки, совершенной управляющим, а также предъявляются повышенные требования к стандарту доказывания (управляющий обязан привести очевидные доказательства правомерности своего поведения). Ответственность управляющего является строгой (strict liability).

При выделении в России режима профессионального управления зарубежный опыт предъ-

явления повышенных требований к поведению доверительного управляющего, стандарту доказывания и к его ответственности может быть учтен при выделении договора ведения чужого дела при профессиональном управлении. Повышенная уязвимость учредителя управления может стать причиной отхода от классических правил гражданско-правовой ответственности в разумных пределах.

Выводы

Очевидно, что реформа положений гл. 53 ГК РФ о договоре доверительного управления нужна и обусловлена развитием экономических отношений по управлению корпоративными правами, ценными бумагами, инвестициями, пенсионными взносами, возникновением ряда новых форм осуществления инвестиционной деятельности, а также существенной разницей отношений «потребительского управления» имуществом в семейном и наследственном праве (управление в силу указания закона), «профессионального управления» имуществом в инвестиционных и иных предпринимательских сферах (добровольная передача имущества в управление).

Англо-американский опыт траста, а также иные модели «доверительной собственности» российским правом заимствованы быть не могут ни в какой форме. Право собственности должно остаться унитарным и не может иметь какие-либо формы. Однако европейские функциональные аналоги в виде обязательственно-правовых институтов ведения чужого дела с использованием различных форм представительства (прямого и косвенного) могут быть использованы российским правом.

При этом может быть также учтен опыт европейских стран по особому усеченному статусу бенефициара, признанию недействительной сделки по нецелевому распоряжению объектом управления при недобросовестности третьего лица, особому виду гражданско-правовой ответственности управляющего, перераспределению материального бремени доказывания и др.

¹⁵ См.: *Duggan A. Contracts, Fiduciaries, and the Primacy of the Deal // Exploring Private Law / ed. by E. Bant, M. Harding. Cambridge University Press, 2010. P. 275–279.*

¹⁶ См.: *Webb C., Akkouch T. Trusts Law. 3rd ed. Palgrave Macmillan, 2013. P. 200–245.*

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Учебник : в 2 т. / отв. ред. проф. А. С. Комаров, проф. А. А. Костин, проф. О. Н. Зименкова, доц. Е. В. Вершинина. — Т. 1 : Общая часть. — М. : Статут, 2019.
2. Чичакян Р. А., Зикун И. И. Защита прав инвесторов в рамках процедуры несостоятельности (банкротства) некредитных финансовых организаций: сравнительно-правовой очерк // Вестник гражданского права. — 2018. — № 6. — С. 239–274.
3. Asmus W. Dogmengeschichtliche Grundlagen der Treuhand. Eine Untersuchung zur romanistischen und germanistischen Treuhandlehre. — Peter Lang, 1977.
4. Bogert G. G., Bogert G. T. The Law of Trusts and Trustees. — West Publishing Company, 1964.
5. Duggan A. Contracts, Fiduciaries, and the Primacy of the Deal // Exploring Private Law / ed. by E. Bant, M. Harding. — Cambridge University Press, 2010. — P. 275–279.
6. Ebbecke J. Verwaltungsrecht mit dinglicher Wirkung // Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. — 1917.
7. Heberlein A. Die Investmentgesellschaft mit variablem Kapital (SICAV) und die Investmentgesellschaft mit festem Kapital (SICAF) im Vergleich : Dissertation. — Zürich, 2008.
8. Henssler M. Treuhandgeschäft — Dogmatik und Wirklichkeit // Archiv die civilistische Praxis. — 1996. — Bd. 196. — S. 37–87.
9. Katz S. N., Sullivan B., Beach P. C. Legal Change and Legal Autonomy: Charitable Trusts in New York // Law & History Abstract. — 1985. — Vol. 51. — P. 1777–1893.
10. Klett J.-M. Die Trust-Struktur im Vertragsmodell des Investmentrechts. — Berlin : Duncker & Humblot, 2015. — S. 132–216.
11. Kronke H. Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung. — Tübingen : Mohr Siebeck, 1988.
12. Den Otter M. Investmentfonds, Grundlagen, Risiken und Chancen. — 2. Auflage. — Zürich, 2003. — S. 10–94.
13. Paces A. M. Rethinking Corporate Governance. The law and economics of control powers. — London ; New York : Routledge, 2012.
14. Ronovská K. Foundations in the Czech Republic: Yesterday, Today and Tomorrow // Developments in Foundation Law in Europe / ed. C. H. Prele. — The Netherlands : Springer, 2014.
15. Ronovská K., Lavický P. Foundations and trust funds in the Czech Republic after the recodification of Civil Law: a step forward? // Trusts & Trustees. — 2015. — Vol. 21. — P. 639–644.
16. Schumacher Ch. Die konzernverbundene Stiftung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des niederländischen und deutschen Rechts. — Waxmann ; Münster ; New York ; München ; Berlin, 1999.
17. Spinnler P. Die neue Rechtsform der SICAV im KAG und die Interessenwahrung der Anleger als Aktionäre // Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht. — 2007. — S. 79–86.
18. Jutzi T., Feuz Ch. MiFID II, AIFMD und UCITS: Auswirkungen des EU-Vermögensverwaltungsrechts auf das grenzüberschreitende Geschäft Schweizer Finanzintermediäre // Jusletter Next. — 25. April 2016. — S. 1–86.
19. Unger J. Die Verträge zu Gunsten Dritter // Jahrbuch für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. — 1871. — Bd. 10. — S. 1–109.
20. Waters D. W. M. The Nature of the Trust Beneficiary's Interest // Canadian Bar Abstract. — 1967. — Vol. 45.
21. Webb C., Akkouch T. Trusts Law. — 3rd ed. — Palgrave Macmillan, 2013.

Материал поступил в редакцию 14 сентября 2021 г.

REFERENCES

1. Komarov AS, Kostin AA, Zimenkova ON, Vershinina EV (eds.). Uchebnyk. T1. Obshchaya chast [A Textbook. Vol. 1: General part]. In 2 vols. Moscow: Statut; 2019. (In Russ.)
2. Chichakyan RA, Zikun II. Zashchita prav investorov v ramkakh protsedury nesostoyatel'nosti (bankrotstva) nekreditnykh finansovykh organizatsiy: sravnitel'no-pravovoy ocherk [Protection of investors' rights in the framework of the insolvency (bankruptcy) procedure of non-credit financial organizations: A comparative legal essay]. *Vestnik grazhdanskogo prava [Civil Law Review]*. 2018;6:239-274. (In Russ.)
3. Asmus W. Dogmengeschichtliche Grundlagen der Treuhand. Eine Untersuchung zur romanistischen und germanistischen Treuhandlehre. Peter Lang; 1977.
4. Bogert GG, Bogert GT. The Law of Trusts and Trustees. West Publishing Company; 1964.

5. Duggan A. Contracts, Fiduciaries, and the Primacy of the Deal. In: Bant E, Harding M (eds.). *Exploring Private Law*. Cambridge University Press; 2010. Pp. 275–279.
6. Ebbecke J. Verwaltungsrecht mit dinglicher Wirkung. Beitrage zur Erlauterung des deutschen Rechts; 1917.
7. Heberlein A. Die Investmentgesellschaft mit variablem Kapital (SICAV) und die Investmentgesellschaft mit festem Kapital (SICAF) im Vergleich: Dissertation. Zürich; 2008.
8. Henssler M. Treuhandgeschäft. Dogmatik und Wirklichkeit. *Archiv die civilistische Praxis*. 1996;196:37-87.
9. Katz SN, Sullivan B, Beach PC. Legal Change and Legal Autonomy: Charitable Trusts in New York. *Law & History Abstract*. 1985;51:1777-1893.
10. Harribey JM. Die Trust-Struktur im Vertragsmodell des Investmentrechts. Berlin: Duncker & Humblot; 2015.
11. Kronke H. Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung. Mohr Siebeck. Tübingen; 1988.
12. Matthäus DO. Investmentfonds, Grundlagen, Risiken und Chancen. 2. Auflage. Zürich; 2003. P. 10–94.
13. Paccès AM. Rethinking Corporate Governance. The law and economics of control powers. Routledge: London. New York; 2012.
14. Ronovská K. Foundations in the Czech Republic: Yesterday, Today and Tomorrow. In: Prele CH (ed.). *Developments in Foundation Law in Europe*. Springer. The Netherlands; 2014. P. 37.
15. Ronovská K, Lavický P. Foundations and trust funds in the Czech Republic after the recodification of Civil Law: A step forward? *Trusts & Trustees*. 2015;21:639-644.
16. Schumacher Ch. Die konzernverbundene Stiftung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des niederländischen und deutschen Rechts. Waxmann. Münster. New York: München. Berlin; 1999. P. 46–48.
17. Spinnler P. Die neue Rechtsform der SICAV im KAG und die Interessenwahrung der Anleger als Aktionäre. *Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*. 2007:79-86.
18. Jutzi T, Feuz Ch. MiFID II, AIFMD und UCITS: Auswirkungen des EU-Vermögensverwaltungsrechts auf das grenzüberschreitende Geschäft Schweizer Finanzintermediäre. *Jusletter Next* (25 April 2016). P. 1–86.
19. Unger J. Die Verträge zu Gunsten Dritter. *Jahrbucher fur die Dogmatikdes heutigen romischen und deutschen Privatrechts*. 1871;10:1-109.
20. Waters DWM. The Nature of the Trust Beneficiary's Interest. *Canadian Bar Abstract*.1967;45.
21. Webb C, Akkouch T. *Trusts Law*. 3rd ed. Palgrave Macmillan; 2013. P. 200–245.

DOI: 10.17803/1729-5920.2021.180.11.144-155

О. В. Колесниченко*

Возмещение вреда, причинного здоровью потребителя, по нормам о product liability: принципиальные направления совершенствования российского законодательства по результатам исследования зарубежного опыта

Аннотация. Несмотря на то что случаи причинения вреда в результате недостатков товаров, работ и услуг представляют собой третий по распространенности специальный вид деликта в России, с которым связываются требования о возмещении вреда здоровью, законодательство не предусматривает дополнительных страховых средств защиты для потребителя, а в судебной практике сохраняют свою актуальность проблемы определения основания деликтной ответственности за такой вред, его характера и размера согласно ст. 1086 ГК РФ. Зарубежный опыт свидетельствует, что многие из этих проблем могут быть разрешены посредством внедрения специальных доказательственных тестов и развития норм о product liability, применения институтов страхования риска причинения вреда и ответственности. В статье произведено сравнительно-правовое исследование порядка и условий возмещения вреда здоровью потребителя в России и зарубежных странах, при этом особое внимание уделено принципиальным различиям американской и европейской моделей правового регулирования данных отношений, рассмотрены наиболее показательные подходы к определению причинной связи между дефектом товара и причиненным ущербом, расчету суммы компенсации, пониманию дефекта товара и его правовых последствий. Цели и задачи исследования состоят в выявлении и анализе проблем правового регулирования возмещения вреда, причиненного здоровью потребителя в России, изучении зарубежного опыта и определении принципиально значимых направлений совершенствования российского законодательства в данной сфере. Обосновывается целесообразность установления в отечественном законодательстве специальных презумпций наличия дефекта товара, происхождения вреда от действия такого дефекта для случаев повреждения здоровья в процессе эксплуатации отдельных категорий товаров, приводится комплекс условий, при соблюдении которых такой шаг может стать возможным. Определены перспективы разработки и внедрения страховых способов компенсации вреда в данной сфере, включая обязательное страхование типа no-fault.

Ключевые слова: вред здоровью; возмещение вреда; дефект; недостаток товара; потребитель; деликтная ответственность; product liability; презумпция; причинная связь; страхование; способ компенсации.

Для цитирования: Колесниченко О. В. Возмещение вреда, причиненного здоровью потребителя, по нормам о product liability: принципиальные направления совершенствования российского законодательства по результатам исследования зарубежного опыта // Lex russica. — 2021. — Т. 74. — № 11. — С. 144–155. — DOI: 10.17803/1729-5920.2021.180.11.144-155.

© Колесниченко О. В., 2021

* Колесниченко Ольга Викторовна, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры государственных и гражданско-правовых дисциплин Рязанского филиала Московского университета МВД России имени В. Я. Кикотя

1-я Красная ул., д. 18, каб. 508, г. Рязань, Россия, 390043

olja_korn@mail.ru

Compensation for Harm Caused to the Consumer's Health according to the Norms on Product Liability: Principal Directions for Improving Russian Legislation based on the Results of a Study of Foreign Experience

Olga V. Kolesnichenko, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Associate Professor, Department of State and Civil Law Disciplines, Ryazan Branch of the V. Ya. Kikot Moscow University of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation
1-ya Krasnaya ul., d. 18, Ryazan, Russia, 390043
olja_korn@mail.ru

Abstract. Despite the fact that cases of harm caused as a result of defects in goods, works and services represent the third most common special type of tort in Russia, with which claims for compensation for health damage are associated, the legislation does not provide additional insurance means of protection for the consumer. In judicial practice, the problems of determining the basis of tort liability for such harm, its nature and size according to Article 1086 of the Civil Code of the Russian Federation remain relevant. Foreign experience shows that many of these problems can be solved through the introduction of special evidentiary tests and the development of norms on product liability, the use of institutes of insurance of the risk of harm and liability. The paper presents a comparative legal study of the procedure and conditions for compensation for the harm caused to consumer health in Russia and foreign countries. Special attention is given to the fundamental differences between the American and European models of legal regulation of these relations. The author studied the most indicative approaches to determining the causal relationship between the defect of the goods and the damage caused, calculating the amount of compensation, understanding the defect of the goods and its legal consequences. The goals and objectives of the study are to identify and analyze the problems of legal regulation of compensation for harm caused to consumer health in Russia, study foreign experience and identify fundamentally significant areas of improvement of Russian legislation in this area. The expediency of establishing in the domestic legislation special presumptions of the presence of a defect in the goods, the origin of harm from such a defect for cases of causing damage to health during the operation of certain categories of goods is justified, a set of conditions is given, under which such a step may become possible. The prospects for the development and implementation of insurance methods of compensation for harm in this area, including mandatory no-fault insurance, are determined.

Keywords: harm to health; compensation for harm; defect; lack of goods; consumer; tort liability; product liability; presumption; causal relationship; insurance; method of compensation.

Cite as: Kolesnichenko OV. *Vozmeshchenie vreda, prichinnogo zdorovyu potrebitelya, po normam o product liability: printsipialnye napravleniya sovershenstvovaniya rossiyskogo zakonodatelstva po rezul'tatam issledovaniya zarubezhnogo opyta* [Compensation for Harm Caused to the Consumer's Health according to the Norms on Product Liability: Principal Directions for Improving Russian Legislation based on the Results of a Study of Foreign Experience]. *Lex russica*. 2021;74(11):144-155. DOI: 10.17803/1729-5920.2021.180.11.144-155. (In Russ., abstract in Eng.).

В настоящее время случаи причинения вреда в результате недостатков товаров, работ и услуг представляют собой третий по распространенности специальный вид деликта в России, с которым связываются требования о возмещении вреда здоровью (после ДТП и несчастных случаев на производстве¹), однако добровольное или обязательное страхование ответственности производителя (продавца), страхование риска причинения вреда от использования отдельных категорий товаров не разработаны и не имеют

под собой необходимых правовых оснований. Единственным правовым институтом, обеспечивающим возмещение вреда, здесь остается институт гражданской ответственности, при этом, несмотря на наличие в доктрине некоторых разночтений при определении правовой природы обязательств, возникающих с участием продавцов (изготовителей) товаров, а также лиц, выполняющих работы или оказывающих услуги (исполнителей), большинство авторов все же сходятся во мнении об их внедоговор-

¹ По результатам изучения актов судов общей юрисдикции первой инстанции, вынесенных в 83 субъектах Российской Федерации за период 2010–2020 гг., размещенных в открытом доступе в справочных правовых системах «КонсультантПлюс», «Гарант».

ном характере. Аргументируется это тем, что требование по ст. 1095 ГК РФ может быть заявлено не только покупателем товара или получателем услуги (потребителем), но и любым иным лицом, пострадавшим вследствие указанных обстоятельств, направленностью вредоносного результата (на причинение вреда не самой вещи, недостатки которой стали следствием причинения вреда, а имуществу или личности потребителя), наконец, приоритетом реализации деликтных обязательств, предполагающим «связанность» потерпевшего, даже и при наличии договорных отношений с причинителем вреда, тем основанием, на котором строятся предъявляемые им требования².

В связи с отсутствием специального нормативного правового регулирования порядка определения объема и характера вреда, причиненного здоровью потребителя вследствие недостатков товаров, работ или услуг, говорить о существовании полноценной, комплексной специальной системы компенсации для таких случаев, в сравнении, к примеру, с производственными травмами или травмами, полученными в результате ДТП, вряд ли представляется возможным. Вместе с тем отдельные правила, упрощающие возмещение вреда, причиненного здоровью потребителя, все же предусмотрены и включают в себя: 1) правило о строгой ответственности³, согласно которому при наличии конструктивных, рецептурных или иных недостатков товара, работы или услуги, при предоставлении недостоверной или недостаточной информации о таковых обязанность возместить причиненный вред налагается независимо от вины (ст. 1095 ГК РФ), и существует только два основания освобождения от нее — обстоятельства непреодолимой силы и нарушение потребителем установленных правил поль-

зования товаром, результатами работы, услуги или их хранения (ст. 1098 ГК РФ). Оговорка о невозможности выявить потенциально вредоносные свойства материалов, оборудования, инструментов и иных средств, необходимых для производства товаров или оказания услуг, с учетом современного уровня научных и технических знаний, для освобождения от ответственности не применяется (ст. 14 Закона РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей»⁴, далее — Закон о ЗПП); 2) правило о выборе ответственного лица по желанию пострадавшего (продавца или изготовителя товара согласно ст. 1096 ГК РФ), которое служит гарантией возмещения причиненного вреда и способом перераспределения риска, альтернативным институту страхования. Данное правило распространяется только на случаи причинения вреда вследствие обозначенных недостатков товаров, т.е. не применяется для сферы услуг и случаев предоставления о товаре или услуге неполной или недостоверной информации.

Неудовлетворение в добровольном порядке требований потребителя о возмещении причиненного вреда будет означать возможность дополнительного взыскания с ответственного лица штрафа в размере пятидесяти процентов от суммы, определенной судом (ст. 13 Закона о ЗПП), в случае предъявления требования о возмещении вреда такой штраф рассчитывается от размера вреда соответственно, что фактически влечет за собой сверхкомпенсацию. Заметим, что по своей правовой природе рассматриваемый штраф является законной неустойкой, призванной обеспечить исполнение обязательства по возмещению вреда⁵, и его взыскание никак не связано с видом нарушения и особенностями поведения сторон в момент его совершения. В отечественной теории деликтной

² Мамин А. С., Халин Р. В. Сравнительно-правовой анализ разграничения договорной и деликтной ответственности за вред, причиненный вследствие недостатков товаров, работ и услуг по действующему законодательству РФ // Бизнес в законе. 2013. № 6. С. 45 ; Кузнецова Н. В. К вопросу о страховании ответственности за качество как эффективном инструменте защиты интересов изготовителей и потребителей // Известия Байкальского государственного университета. 2017. Т. 27. № 2. С. 178.

³ Термин «строгая ответственность» (англ. strict liability), принятый в зарубежных правовых системах, используется при анализе отечественного законодательства в целях обеспечения терминологической определенности настоящего сравнительно-правового исследования.

⁴ Закон РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей» (в ред. от 08.12.2020) // СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 140.

⁵ Определение Верховного Суда РФ от 29.10.2013 № 8-КГ 13-12 // URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&ts=18117631903535028211454454&cacheid=8DFED00733A670E4DA24098D76422FDE&mode=splus&base=ARB&n=364172&rnd=0.4355655900035007#6cw0fjakrlk> (дата обращения: 01.03.2021).

ответственности приоритет отдается ее компенсационной функции⁶, несмотря на то что в отдельных, несомненно, заслуживающих внимания исследованиях обращается внимание на то, что глобальные тенденции по гармонизации и социализации права предопределяют полифункциональный характер гражданско-правовой ответственности, а ее санкции все чаще рассматриваются как способ обеспечить справедливое воздаяние за совершенные деяния и сдерживание будущего противоправного поведения⁷. Даже в случае причинения вреда жизни и здоровью в результате умышленных преступлений размер возмещения определяется строго исходя из объема и характера возмещения такого вреда согласно гл. 59 ГК РФ. В данном ключе, несмотря на возможную привязку рассматриваемого штрафа к размеру причиненного вреда, он не может быть определен в качестве принятых в странах общего права карательных (штрафных) убытков (англ. punitive damages), хотя рассматриваемый институт в целом, с позиции соотношения процессуальной и материальной составляющих, и может быть подвергнут дальнейшему доктринальному осмыслению в контексте опыта зарубежных стран. Помимо названных особенностей, условия возмещения вреда, причиненного здоровью вследствие недостатков товаров, работ и услуг, не будут отличаться от общих условий возмещения вреда здоровью, устанавливаемых гражданским законодательством.

Согласно существующей судебной практике основные проблемы возмещения вреда, причиненного здоровью потребителя (далее также — потребительский вред), по-прежнему

составляет определение основания деликтной ответственности за такой вред, его характера и размера согласно ст. 1086 ГК РФ. В частности, большинство отказов в удовлетворении исков потребителей о возмещении вреда, причиненного недостатками товаров, работ и услуг, связаны с недоказанностью дефекта товара и/или причинной связи между таким дефектом и наступившим вредом. В отсутствие специальных правил определения данных условий, а также при необходимости разрешения для этой цели вопросов, требующих специальных познаний, сосредоточении основной информации о характеристиках товара и особенностях его конструкции у производителя (продавца) решение этой задачи для потребителя представляется затруднительным. Прослеживается тенденция применения строгих стандартов доказывания для дел соответствующей категории. Так, при доказывании причинной связи требуется обосновать, что именно искомый дефект (а не какие-либо сопутствующие обстоятельства) являлся единственной, а не определяющей причиной вреда⁸. Доказывание наличия самого дефекта, согласно п. 6 ст. 18 Закона о ЗПП, предполагает подтверждение того, что таковой возник до передачи товара потребителю и именно в силу обстоятельств, лежащих в сфере подконтрольной производителю (продавцу)⁹.

Не менее актуальной является проблема эффективности и скорости выплат в счет возмещения потребительского вреда, что, как уже отмечалось, во многом обусловлено отсутствием доступных страховых способов компенсации даже для случаев причинения вреда жизни и здоровью. В равной мере не разработаны аль-

⁶ Бочаров А. Н. Ущерб и вред: от истоков правопонимания к законодательной реальности // Российская юстиция. 2019. № 5. С. 8 ; Краснова С. А. Сверхкомпенсационная защита в российском гражданском праве: формы и пределы // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 1. С. 110.

⁷ Богданов Д. Е., Богданова С. Г. Проблема полифункциональности гражданско-правовой ответственности: сравнительно-правовой аспект // Гражданское право. 2018. № 6. С. 35.

⁸ Апелляционное определение Московского городского суда от 26.04.2017 по делу № 33-16205 // URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&ts=2021232759012090061017150333&cacheid=F3B4193EA18EAF64DBC7BFD262FC0FB2&mode=splus&base=SOCN&n=846228&rnd=EEF6F931E27A5A7FD7966256E6A9A16D#8aoljwq0m9> (дата обращения: 01.03.2021) ; апелляционное определение Воронежского областного суда от 02.07.2019 по делу № 33-4042 // URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&ts=2021232759012090061017150333&cacheid=3091219536CC5D020887F324CE486242&mode=splus&base=SOKI&n=348587&rnd=EEF6F931E27A5A7FD7966256E6A9A16D#2j072ku3pgo> (дата обращения: 01.03.2021).

⁹ Апелляционное определение Санкт-Петербургского городского суда от 22.01.2018 по делу № 33-716/2018 // URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&ts=2021232759012090061017150333&cacheid=2E53FB66BD7096E134C0C6D371154391&mode=splus&base=SOSZ&n=215016&rnd=EEF6F931E27A5A7FD7966256E6A9A16D#1gw8ju1zx22> (дата обращения: 01.03.2021).

тернативные подходы к определению размера возмещения вреда здоровью в целом или для его отдельных составляющих, поскольку их применение связывается как раз с действием страховых способов компенсации. Вкупе со всем сказанным нельзя не обратить внимание на то, что научные исследования в данной сфере в основном носят практико-ориентированный характер, однако сконцентрированы на определении правовой природы пассивной множественности лиц в возникающих обязательствах¹⁰ и поиске критериев разграничения деликтной и договорной ответственности¹¹, т.е. не имеют своим предметом развитие и совершенствование эффективных специальных систем компенсации потребительского вреда.

В мировой практике правовое регулирование отношений, в рамках которых производится возмещение вреда, причиненного личности потребителя в результате недостатков товаров, работ или услуг, сконцентрировано в нормах о product liability¹². Здесь условия возмещения вреда здоровью напрямую зависят от того, какая из двух исторически сложившихся моделей — американская или европейская — используется национальным законодателем для определения отправных принципов и общего подхода к обязательствам производителя (продавца) товара, возникающих в связи с обнаружением дефекта товара.

В американской модели product liability правила о деликтной ответственности производителя и продавца различаются в зависимости от типа недостатка (дефекта), к которым относятся производственные дефекты, дефекты конструкции и информации (англ. manufacturing defects, design defects и marketing defects соответственно). Строгая ответственность наступает только для производственных дефектов, так как

в данном случае не имеет правового значения, были ли предприняты в процессе производства или реализации товара все возможные меры предосторожности для их недопущения. В двух остальных случаях потребителю требуется определить вину производителя (продавца, дистрибьютора, любого участника цепочки перепродаж).

Судебной практикой разработаны критерии признания продукта дефектным в отношении дефектов конструкции. С их помощью общие положения деликтного права в части, касающейся обязательства по установлению законной обязанности проявлять должную степень заботливости и осмотрительности применительно к третьим лицам, факта небрежного нарушения данной обязанности и причинной связи между нарушением и наступившим вредом, могут быть истолкованы для использования в потребительской сфере¹³. Так, тест потребительских ожиданий (англ. consumer expectation test) в общем виде гласит, что производитель (продавец) обязан возместить причиненный вред всякий раз, когда товар считается опасным в той степени, которая не могла бы быть предусмотрена обычным потребителем, с обычными познаниями относительно характеристик товара данного рода. Критерий соотношения полезности и риска (англ. risk-utility test) используется в двух вариантах: в первом оцениваются совокупные издержки и выгоды от производства и реализации товара, предлагаемого в данный момент на рынке, исходя из чего формулируется вывод о том, мог ли производитель без необоснованных издержек повысить уровень его безопасности, во втором — аналогичный вывод делается применительно к возможности выпустить на рынок более безопасный товар с альтернативными характеристиками¹⁴. Определе-

¹⁰ Коренева В. Г. Ответственность за недостатки товаров, работ и услуг как особый вид деликтной ответственности в гражданском праве Российской Федерации // Бизнес в законе. 2011. № 2. С. 94 ; Давтян-Давыдова Д. Н. Субъекты обязательства по возмещению вреда, причиненного вследствие недостатков товаров, работ и услуг // Правовая парадигма. 2018. № 1. С. 48 ; Летута Т. В. Возмещение вреда, причиненного вследствие недостатков товаров, в договорных формах гражданского оборота // Законы России: опыт, анализ, практика. 2019. № 7. С. 39.

¹¹ Чугункин Е. В., Панкин Р. Д. Возмещение вреда, причиненного вследствие недостатков товара, работы или услуги, как специальный деликт в российском гражданском праве // Социально-экономические исследования, гуманитарные науки и юриспруденция: теория и практика. 2016. № 5. С. 139.

¹² Буквально «ответственность за продукцию», или ответственность за дефектный продукт (англ).

¹³ Castellano A., Tohmé F., Chisari O. O. Product liability under ambiguity // European Journal of Law and Economics. 2020. Vol. 49. P. 482.

¹⁴ Baumann F., Friehe T. Products liability, consumer misperceptions, and the allocation of consumers to firms // Economics Letters. 2020. Vol. 185. P. 65.

ние причинной связи между дефектом товара и наступившим вредом требует подтверждения того, что в отсутствие данного дефекта потребитель не пострадал бы. В особых случаях, когда установить фактическую причину с помощью этого строгого критерия не представляется возможным (например, при воздействии опасных веществ и их смесей), потребителю достаточно подтвердить факт контакта с товаром, тот факт, что товар может причинить вред соответствующего вида, а также тот факт, что товар «более чем вероятно» причинил конкретный вред пострадавшему.

Производителю доступен широкий спектр средств правовой защиты, которые по своему существу предполагают определение обстоятельств, свидетельствующих о проявлении им достаточной степени разумности, заботливости и осмотрительности либо о не проявлении таковых потребителем. К числу первых относятся существенная модификация товара после продажи, очевидность рисков, связанных с его использованием, производство и реализация неизбежно небезопасных продуктов, продажа товара «ученому посреднику» и др., к числу вторых — добровольное принятие потребителем рисков причинения вреда, неправильное использование товара, отказ от приобретения средств защиты, обязательных при его использовании.

Американская модель не предполагает установления пределов возмещения отдельных составляющих вреда здоровью, причиненного дефектным товаром, а равно и общих пределов возмещений. Исходя из общих положений деликтного права, компенсации подлежат: 1) экономический вред (потеря дохода, утрата трудоспособности, медицинские расходы); 2) неэкономический вред (боль и страдания, ухудшение качества жизни и др.); 3) штрафной (карательный) вред, представляющий собой дополнительно назначаемую судом сумму, кратную размеру компенсационного вреда, и присуждаемый по основаниям, предусмотренным законами штатов: в случае существенного вреда здоровью, при совершении производи-

телем умышленных действий, направленных на выпуск в обращение дефектного товара с целью увеличения прибыли, и др.

Правовую основу *европейской модели* ответственности за дефектный товар составляет Директива Совета ЕС об ответственности за некачественную продукцию 1985 г.¹⁵ Различия между типами дефектов здесь не проводятся, при этом в режиме строгой ответственности действуют производители товара, первый импортер товара в ЕС и все последующие участники цепочки перепродаж (поставщики и продавцы), если таковые не раскрывают личность производителя или первого импортера при обращении к ним потребителя в течение разумного периода времени. В национальных законах строгая ответственность за дефектный товар нередко не исключает действия норм об общей деликтной и договорной ответственности, а, напротив, применяется в комплексе с ними. Вследствие этого в доктрине распространена точка зрения, обосновывающая product liability как особый, «третий вид» имущественной ответственности¹⁶.

Согласно ст. 4 Директивы потерпевшему для получения компенсации требуется доказать лишь причиненный ущерб, дефект продукта и причинно-следственную связь между дефектом и ущербом. Наряду с этим, определение товара как дефектного в значительной степени созвучно тесту потребительских ожиданий и предполагает, что данный товар не является безопасным в той мере, в какой потребитель вправе был предполагать, принимая во внимание его представление, предполагаемое использование и время, когда данный товар был выпущен в обращение. В судебной практике Европейского Союза выработано расширительное толкование ст. 6 (1) Директивы о дефектности товара, в соответствии с которым для товаров, относящихся к одной партии или серии изделий, имеющих определенный, неприемлемо часто выявляемый недостаток, потребитель может быть освобожден от необходимости подтверждения того, что данный конкретный товар является дефектным¹⁷. В случаях, связанных с разрешением

¹⁵ Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31985L0374> (дата обращения: 01.03.2021).

¹⁶ Cabral T. Liability and artificial intelligence in the EU: Assessing the adequacy of the current Product Liability Directive // Maastricht Journal of European and Comparative Law. 2020. Vol. 27. P. 619.

¹⁷ Judgment in Case C-503/13 and C-504/13 «Boston Scientific Medizintechnik GmbH v AOK Sachsen-Anhalt — Die Gesundheitskasse and Others» // URL: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-03/cp150031en.pdf> (дата обращения: 01.03.2021).

технически сложных вопросов, а также защитой основополагающих ценностей, включая право на здоровье, суд признает данное обстоятельство доказанным, если рассматриваемый товар является «потенциально дефектным»¹⁸.

При общей ориентации на защиту интересов потребителя в европейском варианте product liability присутствует ряд элементов, свидетельствующих о том, что проявление должной степени разумности, заботливости и осмотрительности производителем все же учитывается для целей компенсации. Так, производитель не несет ответственности за дефектный товар, если соответствующий дефект был вызван необходимостью обеспечить соответствие товара обязательным нормам, а равно если таковой был неизбежен с учетом технических или научных знаний на момент выпуска товара в обращение (ст. 7 Директивы). Государства — члены ЕС обладают правом отказаться от применения «защиты рисков развития» и повысить тем самым степень защиты потребителей, однако сам по себе акцент на субъективных знаниях производителя контрастирует с объективным характером режима ответственности за качество продукции, провозглашаемым в ст. 1 Директивы¹⁹. Подобное регулирование служит поводом рассматривать европейский режим product liability как видоизмененный режим строгой ответственности, содержащий в себе элементы традиционной конструкции ответственности за вину.

Действия пострадавшего, способствовавшие причинению вреда, также имеют правовое значение как обстоятельства, прерывающие причинную связь между дефектом и ущербом либо исключают признание товара дефектным. Полное освобождение производителя от ответственности наступает, если ущерб вызван неправильным использованием товара, включая неправильное обращение с товаром, которое влечет за собой очевидные и неизбежные риски (товар не является дефектным), частичное — при наличии вины потребителя или иного лица, за действия которого он ответственен, в причинении ущерба (полностью или частично прерванная причинная связь).

Объем вреда здоровью, возмещаемого в рамках режима строгой ответственности производителя, не нормирован в европейской модели. Практика свидетельствует, что в категорию дополнительных расходов на лечение могут включаться затраты на реконструктивную (пластическую) хирургию, в отдельных странах — конкретные составляющие нематериального вреда в соответствии с общим деликтным правом. В то же время в европейской модели не предусмотрено взыскание штрафных (карательных) убытков, т.е. все виды выплат пострадавшему носят сугубо компенсационный характер.

Ввиду отсутствия специально установленных правил определения объема и характера потребительского вреда показательными для исследования проблем возмещения вреда здоровью являются лишь некоторые отступления от базовых принципов европейской и американской моделей, связанные с особенностями определения причинной связи между дефектом и причиненным ущербом, расчетом суммы компенсации, пониманием дефекта товара и его правовых последствий. Так, к примеру, в Швейцарии действует смешанный режим ответственности за ущерб, причиненный дефектным товаром, основанный на нормах закона Швейцарии об ответственности за продукцию²⁰, общем деликтном праве и стандартах, применимых в отдельных отраслях. Строгая ответственность в духе Директивы 85/374/ЕЕС предусмотрена за материальный вред здоровью, причиненный товаром, не обеспечивающим безопасность, на которую можно было бы разумно полагаться (ст. 4 упомянутого закона). Наряду с этим, существенной спецификой обладает определение причинной связи между дефектом и вредом, которое в общем виде предполагает, что убыток не возник бы, если бы продукт не был дефектным (естественная причинная связь), и что в свете обывательского опыта рассматриваемая неисправность/дефект обычно влечет за собой причинение вреда (адекватная причинная связь). Федеральный суд Швейцарии постановил, что участие дефектного товара в причинении вреда уже является важным показателем наличия причинно-следственной связи,

¹⁸ Judgment in Case C-621/15 «W and Others v Sanofi Pasteur» // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62015CJ0621> (дата обращения: 01.03.2021).

¹⁹ *Risso G.* Product liability and protection of EU consumers: is it time for a serious reassessment? // *Journal of Private International Law.* 2019. № 15 (1). P. 229.

²⁰ *Produkthaftpflichtgesetz (PrHG) vom 18. Juni 1993 (stand am 1. Juli 2010)* // URL: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19930205/index.html/> (дата обращения: 01.03.2021).

более того, если таковая может быть установлена только с помощью косвенных доказательств, допустима замена теста «полной убежденности» более низким стандартом «преобладающей вероятности»²¹.

Факторная оценка обстоятельств, свидетельствующих о наличии причинной связи, практикуется также в Малайзии, с единственным отличием в виде отсутствия конкретного перечня принимаемых во внимание факторов. Для оценки причинной связи в рамках такого подхода учитывается, действительно ли какое-либо из событий или факторов (не менее двух) внесло существенный вклад в наступившие неблагоприятные последствия²². Советом адвокатов Малайзии разработан и регулярно обновляется Сборник выплат за травмы²³, содержащий в себе пороговые значения по видам телесных повреждений в качестве ориентира для судов при назначении компенсаций. В данном сборнике представлены основные виды травм (травмы конечностей, внутренние травмы, косметические дефекты) и по каждому из видов — факторы, способные увеличить размер компенсации от минимального до максимального значения. Например, при травмах позвоночника такими факторами служат возраст и пол пострадавшего, состояние в браке и влияние травмы на перспективы его заключения/продолжения, влияние травмы на общую симметрию тела, способность травмы повлиять на характер работы или занятости пострадавшего. Следует учитывать, что требования о возмещении утраченного заработка не охватываются приведенными суммами компенсаций и рассчитываются по нормам закона о гражданском праве 1956 г.²⁴, что предполагает учет прогнозируемой потери дохода, понесенного истцом в результате травмы, причиненной дефектным товаром. Помимо приведенных общих правил, в порядке исключения допускается краткое увеличение присуждаемых сумм (штрафные

убытки) для случаев, когда поведение ответчика было связано с умышленным причинением вреда, уклонением от выплаты компенсации либо было рассчитано таким образом, чтобы получить прибыль, превышающую компенсацию, потенциально присуждаемую пострадавшему.

В Китае законом о качестве продукции²⁵ введена строгая ответственность производителя за вред, причиненный дефектным товаром, и установлено понятие дефектного товара, которое в целом следует американской модели. Так, о наличии дефекта свидетельствует необоснованная опасность, существующая в продукте, которая угрожает безопасности человеческой жизни и собственности. Вместе с тем закон содержит важное уточнение о том, что при наличии национальных или торговых стандартов, установленных с целью защиты здоровья людей и безопасности человеческой жизни и имущества, дефект означает любое несоответствие таким стандартам. Данная конкретизация, с одной стороны, упрощает определение дефекта товара и причинной связи между ним и причиненным вредом, делая эту процедуру во многом формальной (причинная связь по сути не устанавливается, определяется лишь противоправное поведение производителя в виде любого нарушения стандарта). С другой стороны, создается дополнительный уровень правовой защиты производителя, который не отвечает за ущерб или травмы, если стандарты соблюдены, несмотря на то, что товар оказался неисправным, а равно если необходимые стандарты не были приняты на момент выпуска товара в обращение. Относительно размера возмещаемого вреда здоровью китайский закон формулирует общую норму о том, что пострадавшей стороне должны быть возмещены медицинские расходы, утраченный заработок (доход), утрата трудоспособности (при отсутствии возможности вернуться к трудовой дея-

²¹ Extrait de l'arrêt de la Ire Cour civile dans la cause X. contre Y. AG (recours en réforme) 4C.298/2006 du 19 décembre 2006 (BGE 133 III 81) // URL: http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F133-III-81%3Ade&lang=de&type=show_document (дата обращения: 01.03.2021).

²² Nurul Atikah binti Mustafa Kamal v Nurazlina Suriani binti Zulkifly & Ors [2019] MLJU 178 // URL: <https://www.elaw.my/archive/MLRH20192378.html> (дата обращения: 01.03.2021).

²³ Revised Compendium of Personal Injury Awards (circular № 255/2018) // URL: https://www.malaysianbar.org.my/document/com_docman/gid/itemid&rid=27104 (дата обращения: 01.03.2021).

²⁴ Civil Law Act 1956 // URL: <http://www.agc.gov.my/agcportal/uploads/files/Publications/LOM/EN/Act%2067.pdf> (дата обращения: 01.03.2021).

²⁵ Product Quality Law of the People's Republic of China // URL: <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/Businessregulations/201303/20130300046024.shtml> (дата обращения: 01.03.2021).

тельности) и иные «крупные убытки/потери» (ст. 32 упомянутого закона).

Для понимания того, что является дефектом товара и дифференциации условий возмещения вреда, следует привести пример Бразилии, где, согласно Кодексу защиты потребителей²⁶, наступление строгой ответственности производителя связывается с несчастным случаем при использовании или потреблении товара, под которым понимается «внезапное, неожиданное вредоносное воздействие товара», не предвидимое в обычных условиях эксплуатации. Устанавливается презумпция причинной связи между дефектом и ущербом при соблюдении двух условий: 1) если происхождение вреда от установленного дефекта представляется наиболее вероятным; 2) если установлено, что только производитель (поставщик) товара располагает сведениями о фактах, которые могут подтвердить или опровергнуть искомую причинную связь²⁷.

Разработка специальных презумпций причинной связи между дефектом и вредом в редких случаях, но все же может сопровождаться внедрением страховых способов возмещения вреда для отдельных категорий товаров. Так, во Франции выработаны облегченные тесты определения причинной связи для случаев причинения вреда здоровью в результате вакцинации и действия лекарственных препаратов. Суды обладают правом устанавливать такую связь, полагаясь на комплекс значимых факторов, включая период от появления первых симптомов заболевания до приема препарата (вакцинации) и отсутствие других причин, которые

могли бы повлечь за собой вред здоровью²⁸. В рамках государственных схем компенсаций no-fault²⁹ право на получение страховых выплат предоставлено в том числе пострадавшим, заразившимся ВИЧ, гепатитом В и С, Т-клеточной лимфомой после переливания продуктов крови, пострадавшим от побочного действия лекарств, указанного в инструкции³⁰. Возмещению подлежат все виды потерь, входящих в объем вреда здоровью, при условии, если они являются непосредственным результатом воздействия дефектного товара (вакцины, лекарственного препарата).

В Японии практика применения специальных систем возмещения вреда является наиболее развитой и подвержена самостоятельному нормативному правовому регулированию за пределами сферы действия Закона об ответственности за продукцию 1994 г.³¹ В основе таких схем всегда лежит государственное страхование жизни и здоровья потребителя. К примеру, в соответствии с Законом о профилактических прививках 1948 г.³² предусмотрена выплата страхового возмещения в счет возмещения расходов на лечение при наступлении инвалидности или временной болезни, вызванной побочным действием вакцины. Аналогичная схема, согласно Закону о фармацевтических препаратах и медицинских изделиях 2002 г.³³, устанавливает такие же компенсации для случаев побочного действия лекарственных препаратов. Наконец, для особой категории товаров, которые могут вызывать травмы или смерть, предусмотрена система возмещения вреда согласно Закону о безопасности потре-

²⁶ Código de Defesa do Consumidor // URL: <https://procon.to.gov.br/codigo-de-defesa-do-consumidor/> (дата обращения: 01.03.2021).

²⁷ Dyer K. Concentrate Questions and Answers Tort Law: Law Q&A Revision and Study Guide. Oxford : Oxford University Press, 2019. P. 178.

²⁸ Hoffman W., Hill-Arning S. Guide to product liability in Europe: The New Strict Product Liability Laws, Pre-existing Remedies, Procedure and Costs in the European Union and the European Free Trade Association. Dordrecht : Springer, 2020. P. 67.

²⁹ Буквально — «возмещение без вины» (англ.), схемы такого рода предполагают полный или частичный отказ от применения традиционной конструкции деликтной ответственности в пользу обязательного страхования риска причинения вреда.

³⁰ Code de la santé publique // URL: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006072665/ (дата обращения: 01.03.2021).

³¹ Product liability act № 85 (1994) // URL: <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?vm=04&id=86&re=02> (дата обращения: 01.03.2021).

³² Immunization Act № 68 (1948). URL: <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?vm=04&re=02&id=2964&lvm=02> (дата обращения: 01.03.2021).

³³ Pharmaceuticals and Medical Devices Act № 192 (2002) // URL: <https://elaws.e-gov.go.jp/> (дата обращения: 01.03.2021).

бительских товаров 1973 г.³⁴ Ассоциация по безопасности потребительских товаров осуществляет обязательную маркировку выделенного диапазона таких товаров знаком SG-Mark, при этом в случае причинения вреда товарами с такой маркировкой страховая выплата назначается в бесспорном режиме и рассчитывается в зависимости от вида травмы и причины повреждения здоровья. Для сравнения, компенсация, выплачиваемая производителем согласно закону 1994 г., определяется в соответствии с нормами гражданского законодательства и включает в себя стандартную сумму компенсации за физические травмы, медицинские расходы, утраченный заработок и компенсацию боли и страданий.

В целом зарубежный опыт свидетельствует о том, что для случаев повреждения здоровья критерии определения причинной связи между дефектом товара и наступившим вредом могут быть смягчены целым рядом способов. Во-первых, строгий тест неизбежности причинения вреда может заменяться учетом комплекса факторов, включая: высокую вероятность причинения вреда в заданных условиях, приближенность неблагоприятных последствий по времени к приобретению и использованию дефектного товара и т.п. Во-вторых, установление наличия вреда и дефекта товара может считаться косвенным подтверждением причинной связи, достаточным для удовлетворения иска, согласно позициям высших судебных инстанций. В-третьих, закон и судебная практика могут исходить из презумпции наличия причинной связи между дефектом товара, опирающейся на идею происхождения дефекта из зоны исключительного контроля производителя. Сам дефект товара, независимо от разновидностей, может быть определен как необеспечение необходимого уровня безопасности с опорой на его восприятие «обычным» потребителем, презюмироваться по факту неожиданного вредоносного воздействия товара либо признаваться формально, на основании нарушения национальных стандартов.

При предоставлении производителю (продавцу) широкого спектра средств правовой защиты, позволяющих снижать размер компенсации или исключать ее полностью исходя из субъективных факторов, закон и практика редко устанавливают пределы компенсаций и

даже допускают карательные убытки. Напротив, последовательное внедрение концепции строгой ответственности предполагает исключительно компенсационный характер выплат, а также разделение видов потерь, возмещаемых по нормам о строгой ответственности, и потерь, которые дополнительно могут быть компенсированы пострадавшему исключительно при применении конструкции ответственности «за вину».

Возвращаясь к российской действительности, можно заключить, что перспективы развития законодательства о возмещении вреда, причиненного недостатками товаров, работ и услуг, предпочтительно связывать не с попытками внедрения чужеродного института штрафных убытков, а с разработкой специальных правил определения дефекта товара и причинной связи между дефектом и наступившим вредом, что составляет более значимую дополнительную гарантию в случае повреждения здоровья. Принимая во внимание невозможность решения этой задачи исключительно средствами судебного толкования, представляется целесообразным установление в гражданском законодательстве специальных презумпций наличия дефекта товара, происхождения вреда от действия такого дефекта для случаев причинения вреда жизни и здоровью в процессе эксплуатации отдельных категорий товаров, при условии, что: 1) обычное потребление таких товаров связано с повышенными рисками для указанных благ (лекарства, медицинские изделия, сложные механизмы, подпадающие под понятие источника повышенной опасности, и пр.); 2) предвидение и предупреждение таких рисков затруднительно с учетом современного состояния науки и техники; 3) определение дефекта и причинной связи требует специальных познаний. Дополнительным обоснованием такого подхода сегодня является сложившаяся ситуация, связанная с распространением новых вакцин, разработкой лекарственных препаратов и изделий, предназначенных для терапии ранее неизвестных и малоизученных заболеваний (таких как COVID-19).

При невозможности внедрения универсальных страховых способов компенсации ввиду разнообразия реализуемых товаров и оказываемых услуг определение размера компенсации целесообразно осуществлять согласно

³⁴ Consumer Product Safety Act № 31 (1973) // URL: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/jap158112.pdf> (дата обращения: 01.03.2021).

гл. 59 ГК РФ. Наряду с этим, установление обремененных специальных презумпций может служить отправной точкой для разработки частных схем страхования по-fault, а в их отсутствие — для разделения видов потерь, возмещаемых по общим и специальным правилам. Первоначальные затраты на лечение, утраченный заработок (доход) за период лечения и иные минимальные потери могут возмещаться

в упрощенном порядке, в свою очередь, при назначении периодических выплат за утрату трудоспособности, расходов на долгосрочную медицинско-социальную реабилитацию и иных подобных объемных составляющих вреда здоровью будут подлежать применению общие положения о деликтных обязательствах, что позволит обеспечить реализацию принципа полного возмещения вреда.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Богданов Д. Е., Богданова С. Г.* Проблема полифункциональности гражданско-правовой ответственности: сравнительно-правовой аспект // *Гражданское право*. — 2018. — № 6. — С. 32–35.
2. *Бочаров А. Н.* Ущерб и вред: от истоков правопонимания к законодательной реальности // *Российская юстиция*. — 2019. — № 5. — С. 6–9.
3. *Давтян-Давыдова Д. Н.* Субъекты обязательства по возмещению вреда, причиненного вследствие недостатков товаров, работ и услуг // *Правовая парадигма*. — 2018. — № 1. — С. 46–50.
4. *Коренева В. Г.* Ответственность за недостатки товаров, работ и услуг как особый вид деликтной ответственности в гражданском праве Российской Федерации // *Бизнес в законе*. — 2011. — № 2. — С. 92–94.
5. *Краснова С. А.* Сверхкомпенсационная защита в российском гражданском праве: формы и пределы // *Вестник экономического правосудия Российской Федерации*. — 2020. — № 1. — С. 68–110.
6. *Кузнецова Н. В.* К вопросу о страховании ответственности за качество как эффективном инструменте защиты интересов изготовителей и потребителей // *Известия Байкальского государственного университета*. — 2017. — Т. 27. — № 2. — С. 178–185.
7. *Летуна Т. В.* Возмещение вреда, причиненного вследствие недостатков товаров, в договорных формах гражданского оборота // *Законы России: опыт, анализ, практика*. — 2019. — № 7. — С. 39–45.
8. *Мамин А. С., Халин Р. В.* Сравнительно-правовой анализ разграничения договорной и деликтной ответственности за вред, причиненный вследствие недостатков товаров, работ и услуг по действующему законодательству РФ // *Бизнес в законе*. — 2013. — № 6. — С. 45–49.
9. *Чугункин Е. В., Панкин Р. Д.* Возмещение вреда, причиненного вследствие недостатков товара, работы или услуги, как специальный деликт в российском гражданском праве // *Социально-экономические исследования, гуманитарные науки и юриспруденция: теория и практика*. — 2016. — № 5. — С. 136–141.
10. *Baumann F., Friehe T.* Products liability, consumer misperceptions, and the allocation of consumers to firms // *Economics Letters*. — 2020. — № 185. — P. 65–75.
11. *Cabral T.* Liability and artificial intelligence in the EU: Assessing the adequacy of the current Product Liability Directive // *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. — 2020. — Vol. 27. — P. 615–635.
12. *Castellano A., Tohmé F., Chisari O. O.* Product liability under ambiguity // *European Journal of Law and Economics*. — 2020. — № 49. — P. 473–487.
13. *Dyer K.* Concentrate Questions and Answers Tort Law: Law Q&A Revision and Study Guide. — Oxford : Oxford University Press, 2019. — 240 p.
14. *Hoffman W., Hill-Arning S.* Guide to product liability in Europe: The New Strict Product Liability Laws, Pre-existing Remedies, Procedure and Costs in the European Union and the European Free Trade Association. — Dordrecht : Springer, 2020. — 272 p.
15. *Risso G.* Product liability and protection of EU consumers: is it time for a serious reassessment? // *Journal of Private International Law*. — 2019. — № 15 (1). — P. 210–233.

Материал поступил в редакцию 14 сентября 2021 г.

REFERENCES

1. Bogdanov DE, Bogdanova SG. Problema polifunktionalnosti grazhdansko-pravovoy otvetstvennosti: sravnitelno-pravovoy aspekt [The problem of polyfunctionality of civil liability: comparative legal aspect]. *Grazhdanskoe pravo [Civil Law]*. 2018;6:32-35. (In Russ.)
2. Bocharov AN. Ushcherb i vred: ot istokov pravoponimaniya k zakonodatelnoy realnosti [Damage and harm: From the origins of legal understanding to legislative reality]. *Rossiyskaya yustitsiya [Russian Justitia]*. 2019;5:6-9. (In Russ.)
3. Davtyan-Davydova DN. Subekty obyazatelstva po vozmeshcheniyu vreda, prichinennogo vsledstvie nedostatkov tovarov, rabot i uslug [Subjects of the obligation to compensate for damage caused as a result of defects in goods, works and services]. *Pravovaya paradigma [Legal Concept]*. 2018;1:46-50. (In Russ.)
4. Korneva VG. Otvetstvennost za nedostatki tovarov, rabot i uslug kak osoby vid deliktnoy otvetstvennosti v grazhdanskom prave Rossiyskoy Federatsii [Liability for Defects in Goods, Works and Services as a Special Type of Tort Liability in the Civil Law of the Russian Federation]. *Biznes v zakone [Business in Law]*. 2011;2:92-94. (In Russ.)
5. Krasnova SA. Sverkhkompensatsionnaya zashchita v rossiyskom grazhdanskom prave: formy i predely [Overcompensation protection in Russian Civil Law: Forms and limits]. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiyskoy Federatsii [Bulletin of Economic Justice of the Russian Federation]*. 2020;1:68-110. (In Russ.)
6. Kuznetsova NV. K voprosu o strakhovanii otvetstvennosti za kachestvo kak effektivnom instrumente zashchity interesov izgotoviteley i potrebiteley [On the issue of quality liability insurance as an effective tool for protecting the interests of manufacturers and consumers]. *Izvestiya Baykalskogo gosudarstvennogo universiteta [Proceedings of the Baikal State University]*. 2017;27(2):178-185. (In Russ.)
7. Letuta TV. Vozmeshchenie vreda, prichinennogo vsledstvie nedostatkov tovarov, v dogovornykh formakh grazhdanskogo oborota [Compensation for damage caused as a result of defects in goods in contractual forms of civil turnover]. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika. [Laws of Russia: Experience, analysis, practice]*. 2019;7:39-45. (In Russ.)
8. Mamin AS, Khalin RV. Sravnitelno-pravovoy analiz razgranicheniya dogovornoj i deliktnoy otvetstvennosti za vred, prichinenny vsledstvie nedostatkov tovarov, rabot i uslug po deystvuyushchemu zakonodatelstvu RF [Comparative legal analysis of the differentiation of contractual and tort liability for damage caused as a result of deficiencies in goods, works and services under the current legislation of the Russian Federation]. *Biznes v zakone [Business in Law]*. 2013;6:45-49. (In Russ.)
9. Chugunkin EV, Pankin RD. Vozmeshchenie vreda, prichinennogo vsledstvie nedostatkov tovara, raboty ili uslugi, kak spetsialnyy delikt v rossiyskom grazhdanskom prave [Compensation for damage caused as a result of defects in goods, work or services, as a special tort in Russian civil law]. *Sotsialno-ekonomicheskie issledovaniya, gumanitarnye nauki i yurisprudentsiya: teoriya i praktika Socio-economic research, humanities and jurisprudence: Theory and practice*. 2016;5:136-141. (In Russ.)
10. Baumann F, Friehe T. Products liability, consumer misperceptions, and the allocation of consumers to firms. *Economics Letters*. 2020;185:65-75.
11. Cabral T. Liability and artificial intelligence in the EU: Assessing the adequacy of the current Product Liability Directive. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 2020;27:615-635.
12. Castellano A, Tohmé F, Chisari OO. Product liability under ambiguity. *European Journal of Law and Economics*. 2020;49:473-487.
13. Dyer K. Concentrate Questions and Answers Tort Law: Law Q&A Revision and Study Guide. Oxford: Oxford University Press; 2019.
14. Hoffman W, Hill-Arning S. Guide to product liability in Europe: The New Strict Product Liability Laws, Pre-existing Remedies, Procedure and Costs in the European Union and the European Free Trade Association. Dordrecht: Springer; 2020.
15. Risso G. Product liability and protection of EU consumers: is it time for a serious reassessment? *Journal of Private International Law*. 2019;15(1):210-233.

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

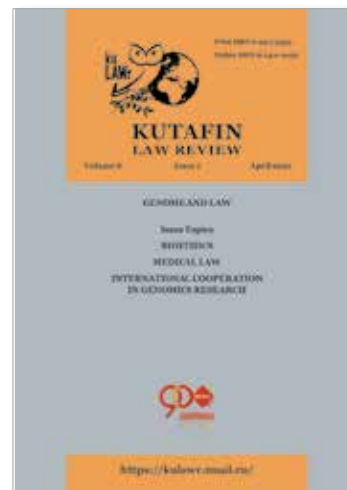
Мультиотраслевой научный юридический журнал, который издается на английском языке с сентября 2014 г. и выходит два раза в год. Журнал нацелен на интеграцию российской правовой науки в мировое юридическое сообщество, организацию диалога правоведов по актуальным проблемам теоретической и практической юриспруденции, 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