

ISSN 1729 - 5920

Lex Russica

Коновалов А. В.

Действие принципов права и их роль
в формировании правопорядка

Синюков В. Н.

Законодательство в России: проблемы социальной интеграции

Лютов Н. Л.

Дистанционный труд: опыт Европейского Союза
и проблемы правового регулирования в России

Юрлов С. А.

Определенность нормативного регулирования спорта
как предпосылка установления четких пределов
автономии спортивных организаций
и эффективной защиты прав спортсменов

№ 10 (143) ОКТЯБРЬ 2018

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РОССИЙСКОГО ПРАВА



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

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

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

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

LEX RUSSICA (РУССКИЙ ЗАКОН)



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

Lex Russica («Русский закон») — научный юридический журнал, посвященный фундаментальным проблемам теории государства и права (в том числе этноправа), совершенствования законодательства и повышения эффективности правоприменения, правовой культуры, юридического образования и методики преподавания правовых дисциплин, международного права, сравнительного правоведения и др.

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

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

Председатель редакционного совета журнала

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

Заместитель председателя редакционного совета

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

Главный редактор журнала

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

Ответственный секретарь

САЛИЯ Марианна Романовна эксперт отдела научно-издательской политики Управления организации научной деятельности Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Редакционный совет журнала

БЕШЕ-ГОЛОВКО Карин доктор публичного права (Франция).

БОНДАРЬ Николай Семенович доктор юридических наук, профессор, судья Конституционного Суда РФ, заслуженный юрист РФ, заслуженный деятель науки РФ.

БРИНЧУК Михаил Михайлович доктор юридических наук, профессор, заведующий сектором эколого-правовых исследований Института государства и права Российской академии наук.

ВААС Берндт профессор кафедры трудового и гражданского права в рамках европейского и международного трудового права Института гражданского и коммерческого права факультета права Университета Гёте (Германия).

ГРАЧЕВА Елена Юрьевна доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой финансового права, первый проректор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ, почетный работник науки и техники РФ.

де ЗВААН Яап Виллем профессор кафедры Жанна Монне, почетный профессор кафедры права Европейского Союза Университета Эразмус в Роттердаме (Нидерланды).

ИСАЕВ Игорь Андреевич доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой истории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки РФ.

Журнал включен в крупнейшую международную базу данных периодических изданий Ulrich's Periodicals Directory.
Материалы журнала включены в систему Российского индекса научного цитирования.
Журнал рекомендован Высшей аттестационной комиссией Министерства науки и высшего образования РФ для публикации основных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук.

КОМОРИДА Акио	профессор Университета Канагава (Япония).
КОЛЮШИН Евгений Иванович	доктор юридических наук, профессор, член Центризбиркома России, заслуженный юрист РФ.
МАЛИНОВСКИЙ Владимир Владимирович	кандидат юридических наук, заместитель Генерального прокурора РФ, государственный советник юстиции 1 класса.
НОГО Срето	доктор юридических наук, профессор Университета Джона Нейсбитта (Белград, Сербия), президент Сербской королевской академии, генеральный секретарь Ассоциации международного уголовного права, вице-президент Всемирного форума по борьбе с организованной преступностью в эпоху глобализации (штаб-квартира в Пекине).
ОТМАР Зойль	доктор права, почетный доктор права, почетный профессор Университета Paris Ouest-Nanterre-La Defense (Франция).
ПАН Дунмэй	доктор юридических наук, профессор Хэнаньского университета, почетный ученый «Хуанхэ».
ПЕТРОВА Татьяна Владиславовна	доктор юридических наук, профессор кафедры экологического и земельного права юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова.
РАРОГ Алексей Иванович	доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки РФ, почетный юрист города Москвы.
РАССОЛОВ Илья Михайлович	доктор юридических наук, доцент, и. о. заведующего кафедрой информационного права и цифровых технологий Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), главный редактор журнала «Судебная и правоохранительная практика».
ТУМАНОВА Лидия Владимировна	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского процесса и правоохранительной деятельности, декан юридического факультета Тверского государственного университета, заслуженный юрист РФ.
ФЕДОРОВ Александр Вячеславович	кандидат юридических наук, профессор, заместитель председателя Следственного комитета Российской Федерации, генерал-полковник, главный редактор журнала «Наркоконтроль».
тер ХААР Берил	доцент Лейденского университета (Нидерланды).
ХЕЛЛЬМАНН Уве	Dr. iur. habil, профессор, заведующий кафедрой уголовного и экономического уголовного права юридического факультета Потсдамского университета (Германия).
ШЕВЕЛЕВА Наталья Александровна	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой государственного и административного права Санкт-Петербургского государственного университета.
ЯРКОВ Владимир Владимирович	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского процесса Уральского государственного юридического университета.

Редакционная коллегия журнала

ГРОМОШИНА Наталья Андреевна	доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского и административного судопроизводства Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
ЕРШОВА Ирина Владимировна	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой предпринимательского и корпоративного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
ЖАВОРОНКОВА Наталья Григорьевна	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой экологического и природоресурсного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
КАШКИН Сергей Юрьевич	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой интеграционного и европейского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
КОМАРОВА Валентина Викторовна	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой конституционного и муниципального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
КОРНЕВ Аркадий Владимирович	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
ЛЮТОВ Никита Леонидович	доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой трудового права и права социального обеспечения Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
МАЦКЕВИЧ Игорь Михайлович	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой криминологии и уголовно-исполнительного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Chairman of the Council of Editors

**BLAZHEEV
Victor
Vladimirovich** Rector of the Kutafin Moscow State Law University, PhD in Law, Professor, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation, Merited Specialist in Science and Technology of the Russian Federation.

Vice-Chairman of the Council of Editors

**SINYUKOV
Vladimir
Nikolaevich** Vice-Rector on Scientific Work of the Kutafin Moscow State Law University, Doctor of Law, Professor, Merited Scientist of the Russian Federation, Merited Officer of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation.

Editor-in-Chief of the Journal

**BOGDANOV
Dmitry
Evgenievich** Doctor of Law, Associate Professor, Professor of the Department of Civil Law of the Kutafin Moscow State Law University.

Executive Editor

**SALIYA
Marianna
Romanovna** Expert of the Division for the Scientific and Publishing Policy of the Department for the Organization of Scientific Work of the Kutafin Moscow State Law University.

Council of Editors

**BECHET-GOLOVKO
Karine** Doctor of Public Law (France).

**BONDAR
Nikolay
Semenovich** Doctor of Law, Professor, Judge of the Constitutional Courts of the Russian Federation, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Scientist of the Russian Federation.

**BRINCHUK
Mikhail
Mikhailovich** Doctor of Law, Professor, Head of the Sector for Environmental and Legal Studies of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences.

**WAAS
Berndt** Prof., Dr., Professor of the Department of Labor Law and Civil Law under consideration of European and International Labor Law of the Institute of Civil and Commercial Law of the Faculty of Law, Goethe University, Frankfurt (Germany).

**GRACHEVA
Elena
Yurievna** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Financial Law, First Vice-Rector of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation, Merited Specialist in Science and Technology of the Russian Federation.

**de ZWAAN
Jaap
Willem** Emeritus Professor of the Law of the European Union at Erasmus University Rotterdam (The Netherlands), also Jean Monnet Professor.

**ISAEV
Igor
Andreevich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of History of State and Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Scientist of the Russian Federation.

KOMORIDA Akio	Professor of the Kanagawa University (Japan).
KOLYUSHIN Evgeniy Ivanovich	Doctor of Law, Professor, Member of the Central Election Committee of the Russian Federation, Merited Lawyer of the Russian Federation.
MALINOVSKIY Vladimir Vladimirovich	PhD in Law, Vice Prosecutor-General of the Russian Federation, Class 1 State Councillor of Justice.
NOGO Sreto	Doctor of Law, Professor of John Naisbitt University (Belgrade, Serbia), 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 (headquarter in Beijing).
OTMAR Seul	Doctor of Law, Merited Doctor of Law, Emeritus Professor of the University Paris Ouest-Nanterre-La Defense (France).
PAN Dunmey	Doctor of Law, Professor of Henan Daxue, «Huang He» Merited Scholar.
PETROVA Tatiana Vladislavovna	Doctor of Law, Professor of the Department of Environmental and Land Law of the Law Faculty of the Lomonosov Moscow State University.
RAROG Aleksey Ivanovich	Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of Criminal Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Scientist of the Russian Federation, Merited Lawyer of the City of Moscow.
RASSOLOV Ilya Mikhailovich	Doctor of Law, Associate Professor, Acting Head of the Department of Information Law and Digital Technologies of the Kutafin Moscow State Law University, Editor-in-Chief of the Journal «Judicial and Law-Enforcement Practice».
TUMANOVA Lidia Vladimirovna	Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Civil Process and Law-Enforcement Activities, Dean of the Law Faculty of the Tver State University, Merited Lawyer of the Russian Federation.
FEDOROV Aleksandr Vyacheslavovich	PhD in Law, Professor, Vice-Chairman of the Investigation Committee of the Russian Federation, Colonel General, Editor-in-Chief of the Journal «Drug Enforcement» (Narcocontrol).
ter HAAR Beryl	Associate Professor of Leiden University (Netherlands).
HELLMANN Uwe	Dr. iur. habil, Professor, Head of the Department of the Criminal and Economic Criminal Law of the Law Faculty of the Potsdam University (Germany).
SHEVELEVA Natalia Aleksandrovna	Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Constitutional and Municipal Law of the St. Petersburg State University.
YARKOV Vladimir Vladimirovich	Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Civil Procedure of the Ural State Law University.

Editorial Board

- GROMOSHINA
Natalia
Andreevna** Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of Civil and Administrative Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- ERSHOVA
Inna
Vladimirovna** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Entrepreneurial and Company Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- ZHAVORONKOVA
Natalia
Grigorievna** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Environmental and Natural Resources Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- KASHKIN
Sergey
Yurievich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Integration and European Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- KOMAROVA
Valentina
Viktorovna** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Constitutional and Municipal Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- KORNEV
Arkadiy
Vladimirovich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Theory of State and Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- LYUTOV
Nikita
Leonidovich** Doctor of Law, Associate Professor, Head of the Department of Labour Law and Law of Social Security of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- MATSKEVICH
Igor
Mikhailovich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Forensic Studies and Criminal Executive Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

СОДЕРЖАНИЕ

ТЕОРИЯ ПРАВА

- Коновалов А. В.** *Действие принципов права и их роль в формировании правопорядка* 9
Синюков В. Н. *Законодательство в России: проблемы социальной интеграции* 18

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

- Лютов Н. Л.** *Дистанционный труд: опыт Европейского Союза и проблемы правового регулирования в России* 30
Нарутто С. В. *Определенность законодательства как гарантия прав и свобод человека и гражданина в конституционно-судебной доктрине* 40
Гринь Е. С. *Отдельные вопросы использования результатов творческого труда в составе сложных объектов интеллектуальных прав* 50

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА

- Мограбян А. С.** *Актуальные проблемы в сфере оказания косметологических услуг: частноправовой аспект* 58
Россинский С. Б. *Проблема использования в уголовном процессе результатов оперативно-розыскной деятельности требует окончательного разрешения* 70
Юрлов С. А. *Определенность нормативного регулирования спорта как предпосылка установления четких пределов автономии спортивных организаций и эффективной защиты прав спортсменов* 85

ВОПРОСЫ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

- Идрисов Х. В.** *Проблемные вопросы преддоговорной ответственности: доктринальные подходы и позиции судебной практики* 98

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

- Понкин И. В., Редькина А. И.** *Зарубежное законодательство об идентификации личности спортивных болельщиков* 106

ЗАРУБЕЖНОЕ ПРАВО

- Долгиева М. М.** *Зарубежный опыт правового регулирования отношений в сфере оборота криптовалюты* 116
Князев Д. В. *Действия сторон гражданского спора в случае обязательности медиации: анализ опыта США* 130

ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ ПРЕСТУПНОСТИ

- Коломытцев Н. А., Одинцова Л. Н.** *Этика права и проблемы женской преступности в России* 146

ИЗ ИСТОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

- Авдеев В. А., Авдеева Е. В.** *Механизм уголовно-правового регулирования преступлений против жизни и здоровья в истории российского права* 157
Скоробогатов А. В., Рыбушкин Н. Н. *Становление системы уголовно-правовых запретов в советском юридическом дискурсе* 166

ДИСКУССИОННАЯ ТРИБУНА

- Антипов А. Н.** *Проблемы оценки деятельности сложноорганизованных систем* 173

КНИЖНАЯ ПОЛКА

- Старостин С. А.** *Рецензия на монографию П. П. Серкова «Правоотношение (Теория и практика современного правового регулирования)» (в 3 ч. М. : Норма, 2018)* 182

Журнал включен в крупнейшую международную базу данных периодических изданий Ulrich's Periodicals Directory.
Материалы журнала включены в систему Российского индекса научного цитирования.
Журнал рекомендован Высшей аттестационной комиссией Министерства науки и высшего образования РФ для публикации основных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук.

CONTENTS

THEORY OF LAW

- Kononov A. V.** *Principles of Law and Their Role in the Rule of Law Formation* 9
Sinyukov V. N. *Legislation in Russia: Challenges of Social Integration* 18

IMPROVEMENT OF LEGISLATION

- Lyutov N. L.** *Remote Work: The European Union Experience and Problems of Legal Regulation in Russia* 30
Narutto S. V. *Certainty of Legislation as a Guarantee of the Rights and Freedoms of Man and Citizen in a Constitutional and Judicial Doctrine* 40
Grin E. S. *Selected Issues of Using the Results of Creative Activity as Part of Complex Objects of Intellectual Rights* 50

THEORETICAL PROBLEMS OF BRANCHES OF LAW

- Mograbyan A. S.** *Topical Issues of Providing Cosmetology Services: A Private Law Aspect* 58
Rossinsky S. B. *The Problem of Using the Results of Criminal Intelligence and Surveillance Operations Should be Finally Resolved* 70
Yurlov S. A. *Certainty of Regulatory Activities as a Prerequisite to Establishment of Clear Limits of the Autonomy of Sports Organizations and the Effective Protection of the Rights of Athletes* 85

ENFORCEMENT MATTER

- Idrisov Hk. V.** *Problematic Issues in Pre-Contractual Liability: Doctrinal Approaches and Court Practice* 98

COMPARATIVE LEGAL STUDIES

- Ponkin I. V., Redkina A. I.** *Foreign Legislation on the Identification of Sports Fans* 106

FOREIGN LAW

- Dolgieva M. M.** *Foreign Experience in Legal Regulation of Relations in the Sphere of Cryptocurrency Turnover* 116
Knyazev D. V. *Actions of the Parties to a Civil Dispute in Case of Mandatory Mediation: Analysis of the U. S. Experience* 130

COMBATING CRIME

- Kolomytsev N. A., Odintsova L. N.** *Ethics of Law and Problems of Female Crime in Russia* 146

HISTORY OF STATE AND LAW

- Avdeev V. A., Avdeeva E. V.** *Mechanism of Criminal Legal Regulation of Crimes against Life and Health in the History of Russian Law* 157
Skorobogatov A. V., Rybushkin N. N. *Formation of the System of Criminal Legal Prohibitions in the Soviet Legal Discourse* 166

DISCUSSION FORUM

- Antipov A. N.** *Problems in Evaluating Activities of Complex Systems* 173

BOOKSHELF

- Starostin S. A.** *Review of the monograph by P. P. Serkov "Legal Relationship (Theory and Practice of Modern Legal Regulation)" (in 3 pts. Moscow: Norma Publ., 2018)* 182

ДЕЙСТВИЕ ПРИНЦИПОВ ПРАВА И ИХ РОЛЬ В ФОРМИРОВАНИИ ПРАВОПОРЯДКА

Аннотация. В статье автор отвечает на вопрос о том, каким образом принципы права могут действовать в рамках функционирования правовой системы. Данный вопрос является важным аспектом проблемы определения понятия «принципы права», так как именно их действие определяет, какое влияние принципы права оказывают на общественные отношения, а следовательно, обуславливает необходимость подробного исследования принципов права и их роли в правовом порядке. Автор анализирует как прямое воздействие принципов на правовую систему, так и их опосредованное влияние. Одной из ключевых проблем, поднятых в настоящей работе, является соотношение принципов права и позитивных норм.

Ключевые слова: принципы права, воздействие, общественные отношения, позитивное право.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.143.10.009-017

В данной работе мы попытаемся изложить наиболее общие представления о том, как работают принципы права, в чем состоит их разноплановое влияние на практику правоприменения в фактически имеющем место правовом порядке. Полагаем, что это влияние проявляется в нескольких различных по сложности и значимости аспектах.

Начнем с самого простого из них — с непосредственного воздействия на общественные отношения. Можно согласиться с признаваемым в ранее проанализированной отечественной и иностранной литературе наличием у принципов права непосредственной регулятивной функции.

Принципы, действительно, обладают прямым регулирующим воздействием, и общественное отношение может быть урегулировано, в том числе через вынесение судебного решения, в рамках определенной канвы, обо-

значенной принципом, — в отсутствие соответствующей нормы или вопреки существующей. Наиболее общие и фундаментальные представления о добре и зле, справедливости и несправедливости, об обязательности определенных образцов поведения (т.е. категории, закрепленные в основном именно в объективных принципах права) присутствуют в индивидуальном и массовом сознании и обуславливают поведение людей. Именно на опытном признании такого присутствия основано правило «незнание закона не освобождает от ответственности за его нарушение». Подавляющее большинство императивов, нарушение которых влечет ответственность любого, самого неграмотного обывателя, лежат в плоскости таких общепризнанно понятных всем и всеми разделяемых представлений¹. Такие базовые представления, как правило, сохраняют регулятивную функцию даже в тех исключительных случаях, когда они

¹ По мере усложнения императивов, за нарушение которых предусматривается ответственность, в правильно сформированном законодательстве неизбежно должны повышаться требования к уровню осведомленности субъекта о его обязанностях — начиная от предполагаемого повышенного уровня

оказываются не закрепленными прямо в нормах позитивного законодательства (нет нужды говорить, что основная масса санкционных норм, запрещающих общепризнанно недопустимое поведение, должна быть и на деле сосредоточена даже не в гражданском, а в уголовном законодательстве).

Впрочем, непосредственное воздействие на конкретные общественные отношения — не самая главная и не самая сложная функция правовых принципов. Гораздо важнее их опосредованное влияние на состояние позитивного законодательства, практику его применения и в конечном счете — на итоговый облик конкретного правопорядка и его перспективное будущее. Правовые принципы — при их надлежащем понимании — не «воздействуют» на общественные отношения; как все объективное, они более или менее нейтральны по отношению к последним. Принципы создают рамки, в которых общественные отношения возникают и развиваются наиболее эффективно и конструктивно; возникновение общественных отношений, включая те, что определялись марксистско-ленинской философией и идеологией как производственные, и развитие вне этих рамок влечет их неэффективность и даже деструктивность. Для своей успешности общественные отношения призваны в максимальной степени соответствовать объективным принципам права².

Выявленные и сформулированные объективные принципы права формируют содержание действующего законодательства с учетом обстоятельств места и времени — географии, климата, национальных особенностей населения, характерных для формируемой правовой системы; эпохи, преобладающих общественных

и индивидуальных мировоззрений и целеполаганий, представлений о должном и допустимом; развитости политической и правовой систем. Главное — степень жизнеспособности и актуальности норм и их востребованности зависит от их соответствия объективным принципам, близости к их духу³. Для того чтобы объективный принцип был успешно реализован, законодателем должен быть выдержан баланс между соответствием норм позитивного права объективным принципам, с одной стороны, и текущим условиям, в которых происходит процесс законотворчества, — с другой; законодательство не должно быть ни конъюнктурным, ни нереалистичным. Тем не менее даже при неразвитости правовой системы и ее неготовности к немедленному осуществлению правового регулирования в строгом соответствии с объективными принципами права во всей их полноте законодатель не вправе создавать нормы, противоречащие объективным принципам права, и должен стремиться минимизировать количество норм, в которых эти принципы должным образом не востребованы.

Исключительно важно признать, что объективные принципы права не должны быть непременно выражены в чеканных формулировках и тем более закреплены в конкретных нормах законодательства⁴. Наполнение нормами позитивного законодательства рамок, заданных принципами, может варьироваться, в том числе с учетом степени сложности, интенсивности, иных особенностей гражданского оборота; формулировки норм могут отличаться друг от друга, но призваны сохранять суть объективного принципа и давать возможность правильно применять его в правоприменительной практике: как в виде нормы закона, так и в

заботливости и осмотрительности предпринимателей и заканчивая ограничением ответственности категорией так называемых специальных субъектов.

² В случае значительного удаления базовых основ системы права и правопорядка в конкретном обществе объективные принципы права могут казаться абсолютно неприемлемыми или утопичными (как это в отдельных случаях могло иметь место в условиях социалистического тоталитаризма). Можно предположить существование недостижимых и нереализуемых принципов — например, в случае попытки объективирования евангельских заповедей или коммунистического полного обобществления имущества, но такие тезисы вряд ли могут рассматриваться в качестве принципов и, скорее всего, рано или поздно сами станут идеологемами.

³ Отметим, что степень жизненности норм влияет на перспективу негативных последствий от невостребованности нормы (невостребованность нежизненной нормы менее заметна).

⁴ Это не означает, что нормативное закрепление правовых принципов не имеет никакого значения. Не вызывает сомнения, что закрепление правильно раскрытого и понятого принципа права в тексте нормы позитивного закона является безусловным плюсом для этого закона и создает весомые предпосылки для надлежащей имплементации в повседневную правовую практику. Наиболее адекватным

виде устойчивого подхода судебной, административной практики, деловых обыкновений, корпоративных норм, доктринальных суждений — во всем, что формирует и определяет понятие правового порядка. Ключевым моментом в понимании принципов права должно стать безусловное признание того, что они: 1) не образуют некую альтернативную позитивному праву систему; 2) выступают по отношению к позитивному праву явлением другого порядка; 3) соотносятся с позитивным правом лишь посредством присутствия сути и духа своего содержания в текстах его норм, будучи либо напрямую закрепленными в этих текстах, либо «растворенными» в том законодательном массиве, который восходит к объективным принципам, а не игнорирует их.

Еще раз отметим исключительную важность своевременной и эффективной корректировки воплощения принципов права в фактический правопорядок (законодательство и правоприменение). Качество и своевременность актуализации интерпретации правовых принципов особенно важны: а) для континентальной правовой модели и б) для частного и гражданского права. На континенте это особо значимо в силу преобладающей роли писаного закона, который по определению менее казуистичен, менее гибок и менее трансформируем, чем судебная практика, и вследствие существенно меньшей роли судов в развитии и корректировке позитивного права. Что касается значимости того, как воплощен принцип права в правовой действительности в частном и гражданском праве, то следует учитывать, что частное вообще и гражданское право, будучи призванными поощрять конструктивную инициативу, максимально вариативны в сравнении с уголовным, административным, налоговым, конституционным правом, здесь необходимо максимально учитывать автономию воли человека и закономерности взаимодействия людей на началах координации. Принципы права выполняют здесь роль генеральных линий, которые в других отраслях обеспечиваются запретами.

В качестве частной функции принципов права может быть названо определение общего метода отрасли права. Эта функция является

частной, поскольку она выполняется одновременно и наряду с только что сформулированной — через закрепление в позитивном законодательстве основных и функциональных обобщений, через определение концептуального содержания всех норм законодательства, однако в исследовательских целях может быть названа отдельно в силу исключительной важности правильного выражения отраслевого метода.

Одним из важнейших аспектов действия принципов права является определение ими общей направленности, основных преобладающих тенденций правоприменительной практики, которые в конечном счете формируют облик конкретного правопорядка. Подобно тому, как принципы права должны быть «растворены» в позитивном законодательстве, они должны «на молекулярном уровне» присутствовать и в каждом юридическом административном, в особенности судебном, действии и решении; эти решения призваны по своему духу, а в соответствующих случаях и по букве, восходить к моделям, рекомендованным или предписанным принципами права. Разумеется, такая картина может быть только умозрительно-идеальной, однако от степени реализации этого идеала в правовой действительности, от того, образуют ли действия и решения, совершенные в соответствии с принципами права, мейнстрим, системно преобладающий в практике, отклонения от которого не имеют определяющего значения, или их общий объем сопоставим с действиями и решениями, не соответствующими принципам, или они вообще совершаются эпизодически и случайно, — от всего этого очень многое зависит.

Трансляция объективных принципов права в действующее законодательство и в итоге в правоприменительную практику — исключительно важный процесс, в значительной степени обуславливающий общий облик и эффективность того или иного правопорядка. Однако значение принципов права этим не исчерпывается. Они имеют ключевую роль в формировании предпосылки эффективности любой правовой системы, значение которой также невозможно переоценить, — правосознания.

способом воздействия принципа права на общественные отношения является его реализация в норме позитивного права — в законодательстве и/или в судебной практике. Особенно это важно для континентальных правовых систем, где роль писаного закона пока превалирует над свободным судебным творчеством. Отметим, что само по себе закрепление принципов права в виде обособленных формулировок в тексте норм еще не означает, что эти предпосылки будут безусловно реализованы.

После того как принципы права транслируются в основанное на них позитивное законодательство, они становятся осуществимыми подавляющим большинством индивидов; при этом закон становится для людей внешним фактором, который оценивается ими как дружественный, действующий в целом в интересах и во благо индивида, или как угрожающий, который необходимо преодолеть и обходить. В зависимости от характера этой оценки индивид осознанно или подсознательно самоидентифицирует себя либо как инсайдера правового порядка, либо как его аутсайдера. Преобладание тех или иных тенденций в индивидуальном правосознании большинства членов общества, с учетом действия законов социологии, определяющих влияние индивидуального мировоззрения на приоритеты коллективов людей, формирует правосознание коллективное.

Принципы права имеют большое значение в контексте механизма возникновения правоотношения. В теории права правоотношение принято определять как общественное отношение, урегулированное нормой права⁵. В данной дефиниции нуждается в дополнительном толковании понятие «урегулированности»: понимается ли под нею возможность подверженности общественного отношения действию правовой нормы по своим сущностным свойствам (например, для восприимчивости к действию нормы налогового права общественное отношение должно предполагать участие в нем лица, обладающего налоговой правосубъектностью, наличие в его хозяйственной сфере налогооблагаемой базы и т.д.) или реальный результат уже состоявшегося воздействия правовой нормы на определенный социальный феномен? На этот вопрос принято отвечать предложени-

ем разграничивать абстрактную возможность действия нормы права и реальный результат ее действия. Степень влияния нормы позитивного права на урегулирование общественного отношения может существенно различаться в зависимости как от эффективности правовой модели, в рамках которой существует это конкретное отношение (по нашему убеждению, в свою очередь зависящей от степени востребованности в позитивном законодательстве, отличающем данную модель, объективных принципов права), так и от мотивационных установок участников этого отношения.

Упрощенное понимание правоотношения как общественного отношения, урегулированного нормой права, может вызывать обоснованную симпатию благодаря своей лаконичности и ясности, особенно с учетом того, что понятия как «особого идеологического отношения», так и «правовой структуры» и иных схожих по смыслу дефиниций, напротив, весьма сложны, требуют высокой степени теоретизации исследования и часто не до конца четко аргументированы. В то же время появление таких виртуальных конструкций обусловлено явно «витающей в воздухе» идеей: для ясного понимания механизма воздействия нормы права на конкретную общественную взаимосвязь необходимо представить себе некое опосредующее звено, средство такого воздействия, пусть даже и существующего только в высокой степени абстракции. На наш взгляд, добиться этого понимания без излишнего усложнения понятий и без утраты монолитности правовой теории можно за счет адекватного определения принципов права и их действия в сфере социальных взаимодействий. Именно принципы права, как мы уже попытались показать, содер-

⁵ Гражданское право : учебник / под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. 7-е изд. М. : Проспект, 2013. Ч. 1. С. 94. Ср.: «Правоотношение — это общественное отношение, участники которого связаны правами и обязанностями, основанными на правовых нормах... это не модель поведения, а живая связь с конкретными участниками, к которой примеряется и на которую переносится правовая модель» (Тархов В. А. Гражданское правоотношение. Уфа, 1993. С. 7, 14). Более сложный и комплексный подход к пониманию гражданского правоотношения, начало которому в отечественной цивилистике положено Ю. К. Толстым в его известном определении правоотношения как особого идеологического отношения, возникающего в результате наступления предусмотренных правовой нормой юридических фактов, как отношения, при посредстве которого (через которое) норма права регулирует фактические общественные отношения (Толстой Ю. К. К теории правоотношения. Л., 1959. С. 20 ; Он же. Еще раз о правоотношении // Правоведение. 1969. № 1. С. 32—34), представлен в ряде работ современных авторов. Так, В. Н. Протасов предлагает понимать правоотношение одновременно и как средство правового регулирования, и его результат; право, по его мнению, регулирует поведение людей через правоотношения посредством установления «правовых структур» (Протасов В. Н. Правоотношение как система. М., 1991. С. 119—135).

жат в себе те модели индивидуального поведения и социальных взаимодействий в обществе, которые являются подлинно правовыми, следование которым и выражается в виртуальной формулировке «идеального правоотношения». Поскольку принципы права, по нашему убеждению, отражают объективно существующую природу человека и общества, они коренятся в этой природе и генетически воспринимаемы человеком как при формировании им общих поведенческих установок, так и при определении конкретного варианта поведения в конкретной ситуации социального взаимодействия. Принцип права устанавливает модель поведения, которая наилучшим образом подходит природе человека и обусловленным ею закономерностям социальных связей между людьми, в долгосрочной перспективе гарантирует его безопасное и благополучное существование, реализацию им своего предназначения. Получая дополнительную поддержку в виде накопленных индивидом знаний и опыта, эта генетическая предрасположенность к реализации в конкретных жизненных ситуациях общих принципов права определяет в конечном итоге индивидуальную правовую установку человека — его большую или меньшую готовность проецировать модель «идеального правоотношения» на реальное общественное отношение, его мотивацию к правовому поведению. Востребованность в процессе строительства реального общественного отношения правовых норм позитивного законодательства — это важный

в практических терминах, но по сути вторичный уровень проекции идеальной модели на конкретную социальную взаимосвязь; именно этим разрывом между уровнями проекции может быть обусловлено такое прискорбное явление, как нежелание участников оборота применять в своих взаимодействиях те нормы позитивного закона, которые, с их точки зрения, не отражают в себе оптимальных моделей правовых принципов, являются несправедливыми или неэффективными. На наш взгляд, нет необходимости усложнять структуру понятия правоотношения дополнительными умозрительными элементами или понимать правоотношение двояко: и как способ воздействия правопорядка на социальные взаимодействия, и как результат такого воздействия. Правоотношение — это то, что «уцелееет» в фактическом отношении в части соответствия «идеальной» правовой модели. В зависимости от востребованности права в конкретном отношении могут возникнуть: 1) правоотношение (полностью или в основном урегулированное нормой); 2) квазиправоотношение (в котором невостребованность права не уничтожает правоотношение); 3) фиктивное правоотношение (с видимостью урегулированности); 4) отношение, не урегулированное правом⁶.

Роль связующего звена между объективным правом и реальным общественным взаимодействием при таком подходе выполняют не «идеальные правоотношения», объективные принципы права, укорененные в сознании людей

⁶ В узком смысле правоотношение — идеологический сегмент общественного отношения, воспринявший воздействие права и транслирующий это воздействие на все отношение; в широком смысле — общественное отношение, на которое транслировано это воздействие. Идеологическое отношение можно только умозрительно, в целях исследования, выделить из общественного отношения, фактически всегда имеет место их неразрывная связь.

Может возникнуть вопрос о квалификации общественного отношения в том случае, когда взаимодействия его участников соответствуют нормам позитивного законодательства конкретного правопорядка, но само это законодательство не соответствует в должной мере объективным принципам права. На наш взгляд, такое общественное отношение должно квалифицироваться как правоотношение — нельзя требовать от рядовых членов социума большего, чем у законодателя или судьи, уровня правосознания и осмысления правовой действительности, — но с одной важной оговоркой: такое правоотношение неизбежно будет нести в себе скрытый дефект и накопление массива таких правоотношений в обороте рано или поздно приведет к негативным последствиям для всего правопорядка в целом. Еще более сложным может показаться вопрос о природе общественного отношения, в котором участники урегулировали свое поведение не нормами позитивного законодательства, игнорирующими объективные правовые принципы или противоречащими таковым, а обычаями, нормами деловой этики и т.д., не признаваемыми данным правопорядком, но, напротив, соответствующими правовым принципам. Здесь придется признать, что такое общественное отношение правоотношением не является, но опять с важной оговоркой: не является только с точки зрения конкретного правопорядка, который, маргинализируя здоровые по сути общественные отношения, снижает эффективность правового регулирования

и отраженные в позитивном законодательстве и фактическом правоприменении.

Помимо неэффективности регулирования конкретных текущих общественных отношений, общего ухудшения качества правоприменения, накопление несоответствия позитивных норм объективным принципам права может повлечь снижение востребованности права в индивидуальных и общественных ценностных установках, общих тенденциях и конкретных правоотношениях. Можно утверждать, что оно влечет умаление некоей позитивной «правовой энергии» общества и, наоборот, накопление «энергии произвола»; понижение эффективности и деградацию государственно-правовой и экономической модели данного общества. При определенных дополнительных условиях и на определенных этапах истории энергия произвола выбрасывается в виде локальных и глобальных сбоев общественного развития. К числу первых могут быть отнесены последствия самого широкого круга: от негативных последствий недействительности конкретных сделок, неудовлетворительной определенности правового режима конкретного имущества до масштабных проблем с выявленной незаконностью целых категорий правовых актов и состояний, «выпадением» из нормального экономического оборота значительных комплексов имуществ, заведомой для общества несправедливости приобретения огромных дорогостоящих активов и т.д.⁷ Глобальными сбойками общественного развития становятся войны, кровавые революции, установление тоталитарных и/или преступных политических режимов, распространение терроризма и международной организованной преступности. Как выглядит это соотношение в конкретный момент истории, можно судить по косвенным признакам или очевидным приметам грядущих катастроф и, конечно, по итогам тех, что, увы, уже произошли, но окончательно этот вопрос человеку и обществу не раскрыт. Подлинный уровень присутствия права в общественных отношениях объективно оценивается в текущий момент только до определенной степени;

более или менее окончательно о нем можно судить по последствиям конкретных правовых ситуаций и по общим тенденциям (таким как рост преступности, дисбаланс рынков и т.д.). Подлинность восприятия права общественными отношениями в их массиве проверяется временем. Грубые ошибки, фальсификации и в целом отступления от моделей, заданных правовыми принципами, создают предпосылки для системных сбоев в юридической судьбе отношения в будущем. Для исправного правопорядка такие ошибки и отступления не страшны, поскольку он отторгает и маргинализует неправомерные отношения; в неисправном же правопорядке терпимость к таким отношениям или неспособность их выявлять и своевременно корректировать влечет накопление объема социальных коммуникаций, произошедших с отклонением от правовых принципов, что в конечном счете неизбежно станет предпосылкой для глобальных социальных сбоев и системных перемен.

Стратегическая роль принципов права может проявляться не только в случае аномального развития системы правопорядка, сопровождающегося накоплением «отрицательной» энергии беззакония и правового нигилизма. К сожалению, реальностью современного правоприменения стало появление серьезных рисков общих негативных последствий, казалось бы, исключительно позитивного явления — высокого уровня развития правового инструментария, чрезвычайной вариативности и изощренности отраслевых институтов и отдельных направлений судебной практики. Понятно, что это явление обусловлено высочайшим уровнем вариативности и сложности современного гражданского оборота, на запрос которого об эффективном правовом регулировании самых узких и самых сложных его аспектов современное гражданское право должно давать адекватный ответ. Однако стремление юристов к благому намерению — предложить максимально эффективные практики разрешения самых узкоспецифических вопросов современной экономики — может иметь парадоксальный не-

ния, экономики в целом, демотивирует и разочаровывает правоприменителей, что в итоге опять-таки создает для его существования глобальные риски.

⁷ Помимо примера с не закрепленным должным образом имуществом профсоюзных и партийных организаций в СССР, уместно вспомнить и о «дикой» ваучерной приватизации государственного имущества, и о результатах несправедливых по сути залоговых аукционов, и о других эпизодах Новейшей истории России. Примером чудовищной процессуальной практики может быть названа судебная политика политических репрессий в 1920—1950-е гг.

гитивный эффект: любой специалист в своем стремлении добиться максимального эффекта в решении конкретного вопроса, с которым он имеет дело, оправданно желает преуспеть в решении именно этого узкого вопроса, и чем вариативнее и сложнее гражданский оборот (и, соответственно, практика гражданского правового регулирования), тем больше рисков, что эти вопросы будут решаться без учета других, что это решение узкоконкретного вопроса окажется на большем или меньшем отдалении от «генеральной линии», соответствующей той модели «наилучшего результата», на который нацелена реализация правовых принципов в их комплексе; что принципы права могут оказаться при подборе эффективного решения либо вовсе невостребованными, либо в лучшем случае востребованными несбалансированно, в отрыве друг от друга⁸. В этой ситуации именно объективные принципы права могут и призваны выступать в качестве концептуальных связей имеющего тенденцию к дезинтеграции гражданско-правового инструментария, обеспечивать смысловое единство законодательства и правовых практик.

Наконец, принципы права способны стать фактором, концептуально объединяющим как судебные практики и правоприменение в целом, так и современное мировое сообщество, которое, вопреки общим позитивным ожиданиям от процессов глобализации и широкого применения новых информационно-коммуникативных технологий, не только не становится единым и монолитным, но, напротив, стреми-

тельно атомизируется и во всех отношениях расплывается по швам. Не вдаваясь слишком предметно в эту сложную проблематику, отметим, что право в том виде, в котором мы до настоящего времени его знали, было плодом концептуальной модели, которую можно условно назвать корпоративной интеграцией человеческого сообщества, для которой наряду с горизонтальной интеграцией, выполняющей исключительно функциональное предназначение, были характерны, причем в качестве преобладающих, вертикальные взаимосвязи с подчинением их элементов четко структурированной иерархии идей и ценностей. Начиная с эпохи Ренессанса человечество приступило к многовековому переходу к горизонтальной интеграции, предполагающей в конечном счете широчайший аксиологический плюрализм, а для современного нам мира характерна стадия максимально активного перехода от вертикальной корпоративной интеграции к горизонтальной сетевой интеграции. Одним из результатов этого масштабного процесса, в целом рассматриваемого современной общественной мыслью в качестве безусловно позитивного и безальтернативного, стало все более частое признание иррациональности современного сознания — как индивидуального, так и коллективного — и все меньшей возможности использования привычных правовых практик, ориентированных на рациональность и ответственность поведения индивидов и их групп⁹. Такая картина современного мироздания вызывает у многих оправданный

⁸ Наряду с решением узкопрофильных проблем правоприменения в интересах корпораций, современный мировой правопорядок все чаще практикует такие дисбалансирующие общие интересы способы деятельности, как активная и не всегда добросовестная экспансия специалистов, практик правоприменения, судебных юрисдикций; создание «правовых оазисов» с максимально комфортным режимом деятельности для их резидентов, очевидно вырванным из общего контекста правоприменения; экстерриториальное правоприменение; навязывание решений другим юрисдикциям; двойные стандарты правоприменения. Юрист сегодня все больше утрачивает черты практикующего философа и все больше приближается к роли ремесленника, готового на заказ сшить сколько угодно шапок из одной-единственной бараньей шкуры. Но и это еще полбеды. Очевидной тенденцией современного развития общества становится максимально высоко востребованный профессионализм исполнителей в любой более или менее значимой и востребованной сфере — будь то политика, бизнес, искусство или спорт. Профессионал для поддержания своей высокой эффективности и, соответственно, востребованности должен обеспечивать достижение результата любой ценой, прокладывая максимально короткие и прямые пути из пункта А в пункт В. Право, его принципы и его нормы в этом процессе сегодня часто оказываются не только излишними, но и мешающими факторами, из чего можно сделать неутешительный вывод — «веку профессионалов» юристы не нужны.

⁹ В современной западной психологии все большее влияние приобретает мнение, что поведение человека в значительной степени иррационально, что разработанная экономической школой в праве модель «рационального человека» в жизни встречается исключительно редко. Направление «бихевиориальной

пессимизм¹⁰, и, как представляется, если и существует не слишком разнообразный набор возможностей для сохранения человечеством своей элементарной рациональной адекватности, то к нему точно относится осознанное, концептуальное и сбалансированное следование апробированным и зарекомендовавшим себя в истории правовым принципам.

Таким образом, принципы права действуют в правопорядке следующими способами: 1) непосредственно воздействуя на общественные отношения в виде обобщенных правил социальной коммуникации; 2) будучи закрепленными в качестве основных начал законодательства в его позитивных нормах; 3) будучи «растворенными» во всех нормах отрасли законодательства; 4) определяя основной метод отрасли; 5) формируя основные концептуальные подходы, обеспечивая стабильность и по-

следовательность практики правоприменения, в том числе в наиболее важном ее аспекте — судебной практике; 6) являя собой смысловой стержень индивидуального и коллективного правосознания, в том числе системы мотиваций правового поведения; 7) обеспечивая трансляцию идеальной модели урегулирования правом общественного отношения в фактическое общественное отношение; 8) опосредуя накопление в обществе позитивных практик правоприменения как важнейших предпосылок его успешного настоящего и будущего развития; 9) выступая в качестве концептуальных связей имеющего тенденцию к дезинтеграции гражданско-правового инструментария; 10) выступая в качестве факторов, объединяющих элементы атомизированного горизонтально интегрированного общества, и концептуальной альтернативы эгоистичного иррационального поведения.

экономики» (С. Jolls, С. Sunstein, R. Thaler) исходит из концепции связанных рациональности, волевого импульса и собственного интереса; иррациональность поведения людей объясняется свойственными им «когнитивными причудами». Каких-либо стандартов ожиданий от поведения «бихевиориального человека» нет и не может быть, тем более не может быть построена правовая модель принимаемых им решений: такой человек ведет себя непредсказуемо.

Риском предположить, что иррациональность поведения как реалия современного социума является следствием ослабления или утраты сдерживающих рамок вертикально интегрированного общества и предоставления стихийной стороне природы человека все большей свободы проявления. В результате физиологическая, рефлекторная, агрессивно-пассионарная, изощренно-гедонистская тенденции деятельности начинают превалировать. Ситуацию осложняет то, что это теперь рассматривается как объективная реальность, на которую ориентируются новые эффективные технологии рынка менеджмента, политики. Если в вертикально интегрированном обществе одним из важных стимулов рационального поведения было стремление избежать маргинализации, то сейчас такого стимула нет, потому что иррациональное непредсказуемое поведение признается неотъемлемым правом человека, с которым следует считаться; по факту иррациональное поведение не пытаются корректировать (рационализировать), а стремятся им управлять (манипулировать).

¹⁰ Так, по мнению А. Л. Панищева, недостаточная выраженность естественного права, болезненное состояние правосознания не позволяют обществу выработать действенное законодательство, в результате чего формируется «прайдовое право» — с искаженным видением миропорядка и принципов морали, с однотипным поведением основного большинства членов общества и видимой однородностью правоприменения при фактической низкой эффективности позитивного права, высокой роли лидерства предводителей отдельных групп и востребованности правовых суррогатов в виде обычаев этих групп. См.: Панищев А. Л. Проблема соотношения естественного и позитивного права: от естества человека к прайду хищника. Курск, 2012. С. 65.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Гражданское право : учебник / под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. — 7-е изд. — М. : Проспект, 2013. — Ч. 1.
2. Панищев А. Л. Проблема соотношения естественного и позитивного права: от естества человека к прайду хищника. — Курск, 2012.
3. Протасов В. Н. Правоотношение как система. — М., 1991.
4. Тархов В. А. Гражданское правоотношение. — Уфа, 1993.
5. Толстой Ю. К. К теории правоотношения. — Л., 1959.
6. Толстой Ю. К. Еще раз о правоотношении // Правоведение. — 1969. — № 1. — С. 32—34.

Материал поступил в редакцию 25 мая 2018 г.

PRINCIPLES OF LAW AND THEIR ROLE IN THE RULE OF LAW FORMATION

KONOVALOV Aleksandr Vladimirovich — PhD in Law
pr@minjust.ru
119991, Russia, Moscow, ul. Zhitnaya, d. 14

Abstract. *The author gives the answers to the question concerning the principles of law and how they can operate within the framework of the legal system. This issue covers an important aspect of the problem of defining the concept of “principles of law,” since it is their operation that determines the influence that the principles of law have on public relations and, therefore, necessitates a detailed study of the principles of law and their role in the rule of law state. The author analyzes both the direct influence of the principles on the legal system and their indirect influence. The interrelation between the principles of law and positive norms constitutes one of the key problems raised in this paper.*

Keywords: *Principles of law, influence, public relations, positive law.*

REFERENCES

1. Grazhdanskoe pravo : uchebnik [Civil Law: A Textbook]. Yu.K. Tolstoy, A.P. Sergeev (eds.). 7th ed., Moscow, Prospekt Publ., 2013. Part 1. (In Russian).
2. Panishchev A. L. Problema sootnosheniya estestvennogo i pozitivnogo prava: ot estestva cheloveka k praydu khishchnika [The Problem of Interrelation Between Natural and Positive Law: From Human Nature to the Pride of Predators]. Kursk, 2012. (In Russian).
3. Protasov V. N. Pravootnoshenie kak sistema [A Legal Relation as a System]. Moscow, 1991. (In Russian).
4. Tarkhov V. A. Grazhdanskoe pravootnoshenie [A Civil Law Relationship]. Ufa, 1993. (In Russian).
5. Tolstoy Yu. K. K teorii pravootnosheniya [On the Doctrine of a Legal Relation]. Leningrad, 1959. (In Russian).
6. Tolstoy Yu. K. Eshche raz o pravootnoshenii [Again on legal relations]. *Pravovedenie*. 1969. No. 1. pp. 32—34. (In Russian).

В. Н. Синюков*

ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО В РОССИИ: ПРОБЛЕМЫ СОЦИАЛЬНОЙ ИНТЕГРАЦИИ

Аннотация. В статье рассматриваются вопросы теории и практики российского законодательства как института социального взаимодействия. Отмечается недостаточная социальная идентичность российского права и законодательства в аспектах стратегии экономического роста, структурной сбалансированности и системности. Исследуется концептуальная законотворческая роль Послания Президента России Федеральному Собранию Российской Федерации от 1 марта 2018 г. Рассматриваются вопросы соотношения законодательства и правовой традиции, идеологической роли права в национальном и мировом правопорядке. Обоснована идея целостности отечественной правовой традиции, раскрыты ее исторические и правовые основания. В статье ставится проблема разработки социальной доктрины российского права как интеллектуальной основы интегративных правовых комплексов в евразийском и иных направлениях экономических и политических межгосударственных союзов.

Ключевые слова: законодательство, концепция закона, стратегия законотворчества, структура и система законодательства, правовая традиция, международная интеграция права, идеологическая роль права, социальная доктрина российского права.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.143.10.018-029

Одним из существенных вкладов, которые может внести юридическая наука в национальное правотворчество, является изучение вопроса о закономерностях законодательства как института социального взаимодействия.

Необходимо отметить, что конкурентоспособность России имеет стратегический и во многом неиспользуемый ресурс в социальной сфере. Развитие правовой системы имеет существенный социальный аспект. Источником права в России является законодательство, и в настоящее время важны координированные усилия по развитию правопорядка как естественного для страны социального института. Деятельность парламента и всей системы представительных органов является важнейшей составляющей этого процесса.

ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО КАК ЭЛЕМЕНТ ПРАВОВОЙ КУЛЬТУРЫ РОССИИ

В целом, правовая культура в России вопреки нигилистическим оценкам¹ находится на достаточно высоком общественном уровне за счет двух основных факторов:

— во-первых, массового обыденного правосознания граждан, которое характеризуется при всех критических замечаниях достаточно развитым чувством законности и справедливости, стихийной этичности и легитимности. Требования социальной справедливости, равноправия, терпимость составляют преемственную, на протяжении веков, основу массового обыденного правосознания в России, делают ее великим пра-

¹ Медведев Д. А. Полный текст выступления на II Гражданском форуме в Москве 22 января 2008 года // Российская газета. 24 янв. 2008.

© Синюков В. Н., 2018

* Синюков Владимир Николаевич, доктор юридических наук, профессор, проректор по научной работе Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
Lab.ktgp@msal.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

вовым обществом независимо от тех или иных политических режимов;

- во-вторых, высокого уровня развития гуманитарной, в том числе, юридической доктрины, философско-правовых, отраслевых, прикладных разработок, которые позволили создать основу системного и дифференцированного правового регулирования.

К XXI в. Россия пришла со значительным уровнем развития правового сознания, когда ее экономика, культура, правопорядок, научно-технологическая сфера, международные отношения содержат определяющие юридические концепты и технологии. Есть и пробелы, отставания, лакуны, в частности в правовых элементах научно-технического прогресса. Однако, в целом, интеллектуальный и социальный фундамент отечественной правовой культуры характеризует Россию как великое правовое общество, и никакие комплексы неполноценности здесь неуместны.

Ключевым элементом в воспроизводстве нормативной и правоприменительной культуры России выступает законодательство. Глубинной сущностью закона является то, что через него осуществляется перенос специфики различных человеческих отношений в систему нормативов общенационального уклада жизни.

В связи с этим вокруг закона и законодательства выстраивается огромная социальная инфраструктура, которая значительно масштабнее собственно законодательства как совокупности законов. Эта инфраструктура нуждается в управлении и координации всех вовлеченных институтов — от выявления социальной потребности в регулировании до формирования и прохождения процедуры принятия и реализации законов в поведении людей.

Законодательство является господствующим источником права в России². Большинство социальных, этических, экономических, психологических условий жизни в конечном счете могут получить всеобщность и общенациональную значимость практически исключительно через юридический закон.

В этом усложнении социально-юридической природы закона и одновременно росте его значимости в системе общества XXI в. состоит существо современного вызова законодательной власти.

ИЗМЕНЕНИЕ КОНЦЕПЦИИ ЗАКОНА

По каким направлениям идут основные изменения концепции закона?

Во-первых, речь идет о все большей ассимиляции законодательства с иными социальными регуляторами (мораль, этика, обычаи, традиции, религия), замещения последних правовыми нормативами. Это делает необходимым углубление и расширение не только правовой, но и социально-нравственной, профессиональной, религиозной, культурно-исторической адекватности законопроектов.

Во-вторых, идет процесс структурной, функциональной и формально-юридической индивидуализации и одновременно «очеловечивания» закона. Традиционные взгляды XX в. на закон как формально-юридическое выражение общих норм постепенно уступают концепции максимальной дифференциации субъектов правового регулирования, появления многочисленных новых, в том числе нетипичных, адресатов права, введения исключительных специальных режимов, которые многократно усложняют и делают неформальными и законотворческий процесс, и реализацию права.

Это требует пересмотра не только процедуры согласования и учета многочисленных общественных интересов, но и новых правил законодательной техники, по сути дела, разработки новых технологий правового регулирования.

В индивидуализации закона всё большую роль играет возрастающее число социальных переменных, от гендерных и массово-психологических до географических, климатических и технико-виртуальных.

Третья тенденция, характеризующая нынешнее состояние законодательства, — это значительное «размягчение» закона через механизмы правоприменения, судебной, административной и в целом широкой социальной практики, которая фактически стала, наряду с законом, важнейшим фактором правового регулирования.

Теперь, говоря о соблюдении и исполнении закона, мы имеем в виду гораздо большую систему правовых и пограничных регуляторов, чем это имело место еще в конце XX в. Следовательно, законодательство как таковое далеко

² См.: Научные концепции развития российского законодательства : монография / С. Е. Нарышкин, Т. Я. Хабриева, А. И. Абрамова [и др.] ; отв. ред. Т. Я. Хабриева, Ю. А. Тихомиров. 7-е изд., доп. и перераб. М., 2015.

не неизменный архетип правового регулирования. В нем идут структурные и технологические процессы, которые меняют соотношение закона и подзаконного акта, закона и судебной практики, закона и обычая, традиции, этики и, в целом, закона и массового поведения субъектов.

Законодательная власть не может не учитывать этих тенденций. Ее статус, порядок деятельности требуют новых техник и технологий, нового типа взаимодействия с экспертным и профессиональным сообществом.

СОЦИАЛЬНАЯ СИТУАЦИЯ И ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО

Россия стоит перед необходимостью учета в своем правообразовании масштабных процессов в психологии массового поведения, трансформации всего комплекса правотворчества и правореализации в связи с новой структурой социально-экономических коммуникаций и реальных практик жизни населения, ключевые сферы которых переживают неформальное динамическое развитие.

Так, сложный характер носит практика реализации гражданского законодательства, где имеет место расхождение институтов ГК РФ с реалиями хозяйственного оборота. Схожие процессы наблюдаются в системе гражданского судопроизводства, где имеет место злоупотребление правом на основе новых правовых институтов. Неоднозначная ситуация в уголовном судопроизводстве, где принцип состязательности, проведенный в ортодоксальном даже для западных стран варианте, и стремление к упрощенным формам расследования столкнулись с проблемами системной защиты прав человека.

Сложная, если не сказать стрессовая, ситуация во многих принципиально важных отраслях: экологическом, земельном праве, праве социального обеспечения. Пока мы далеки от российской исторической традиции в той модели местного самоуправления, через которую пытаемся включить население в решение местных проблем.

Значительной проблемой, унаследованной от реформенного периода, является не только юридическая, но и социальная системность российского права и законодательства. Законодательство как целое обусловлено взаимодействием институтов. Коренной недоста-

ток ситуации в этой сфере — отношение к законодательству как абстрактному вместилищу формальных отраслей права. Базовые отрасли предметно и структурно развиваются во многом как изолированные и самодостаточные общности.

СТРАТЕГИЯ ЗАКОНОТВОРЧЕСТВА

Современный законодатель в гораздо большей степени уделяет внимание социальной сложности правового регулирования, чем это было еще 10-15 лет назад. Заметна тенденция воспринимать отечественное законодательство как единую и конкретную социальную организацию, действующую в большом промежутке времени и на большой территории. Это — по-настоящему современный подход.

Управление законодательством требует особых методов. Такая методология также по-своему значительно отличает нынешний этап развития законодательства. Для нее характерны комплексные режимы правообразования, становление парламентского контроля, мониторинга правоприменения, детальный анализ и учет общественного мнения. Заметно стремление — в гораздо большей степени, чем прежде, — опереться на мнение профессионального сообщества, региональных парламентов, всех составляющих политической системы³.

Целостность и единство национального законодательства во многом зависит от диверсификации традиционных источников законодательной повестки.

Ее формирование не может быть отражением структуры исполнительной власти. Должна расширяться система источников законодательства. Наряду с законами и подзаконными актами ее образуют акты судебной власти, субъектов федерации и органов местного самоуправления. К ним можно относить и законодательские инициативы иных субъектов политической системы, в частности общественных организаций, а также граждан. В связи с этим наряду с традиционными отраслями законодательства будут развиваться такие комплексные массивы, как право городов, право науки и технологий, право и законодательство территорий, не сводящихся к субъектному обособлению, виртуальное, медицинское, конкурентное, на-

³ Выступление Вячеслава Володина на закрытии четвертой сессии Государственной Думы // URL: <http://duma.gov.ru/news/27766/> (дата обращения: 7 октября 2018).

учно-техническое, спортивное и другие направления комплексного правового регулирования. Роль и функции парламентского мониторинга законотворческой ситуации в связи с этим возрастают и расширяются.

В перспективе целесообразно приступить к разработке долговременного прогноза развития системы российского законодательства и его основных источников в контексте именно социальных вызовов, что привнесет устойчивость и стабильность в работу законодательных и исполнительных органов государственной власти, придаст устойчивость судебной практике.

Решение вопросов макроправовой стабилизации российского права будет зависеть от способности предложить новую модель системы законодательства, ориентированную на новые институты социальных отношений — в бизнесе, образовании, науке, здравоохранении, социальной защите, трудовых отношениях, цифровой среде. Пока эти отношения по-прежнему, часто не без труда, вправляются в рамки классических отраслей права и традиционных юридических средств.

Это принципиально важное направление законотворческой практики. Дело не только в выборном процессе, его конкурентности и прозрачности, верифицируемости народного представительства. Дело еще в организации, эффективности и адекватной реализации народного мандата, создании условий для появления новой нормативной инфраструктуры, обеспечивающей реализацию этого мандата. В социальном плане речь идет о лидерстве институтов народного представительства в правообразовании, причем как внутри страны, так и на международной арене. Представительство России в сложных внешнеполитических условиях наиболее эффективно осуществляют органы, сформированные прямым народным волеизъявлением. В России к таким органам относятся президентская и законодательная власти.

Необходимо продвижение в институтах законодательства: создание новых, современных, максимально доступных и эффективных конструкций выражения сложных структур общественных отношений. Нуждаются в серьезной дифференциации классические институты гражданского, предпринимательского права, юридического процесса; требуется инструмен-

тальная реструктуризация зарубежных правовых средств.

Существенной чертой современного заказа в законотворчестве является отказ от юридических догм, навязываемых узкой и устаревшей в социальном плане либеральной традицией, внедрившейся в нашу юридическую практику в начале пореформенного периода.

Социальная философия законотворчества: нет абстрактной правовой сущности собственности, абстрактной сущности вещных прав, абстрактной сущности рынка и даже государства, есть конкретные исторические социальные процессы, которые формируют национальный и международный институты права и законодательства.

К сожалению, мы много времени потратили на теоретизирование и украшательство нашего законодательства институтами, схоластически вырванными из контекста юрисдикций различных стран и эпох. Сейчас ключевой целью в правовой системе России должно быть юридическое воплощение формирования собственного национального рынка, естественных экономических связей России и выстраивание на этой основе экономики России в пространстве международного разделения труда.

СТРАТЕГИЯ ЭКОНОМИЧЕСКОГО РОСТА И СИСТЕМА ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

На стимулирование таких правовых институтов должна быть направлена законодательная политика по выполнению задач, поставленных Президентом Российской Федерации. Экономические реформы, о которых заявил Президент 1 марта 2018 г. в Послании Федеральному Собранию Российской Федерации⁴, могут рассматриваться в качестве социального концепта реформы законодательства и его системы.

Экономическая стратегия Президента предполагает модернизацию и развитие социальной поддержки, здравоохранения, образования, улучшения демографической ситуации, развитие транспортной инфраструктуры, городской среды. Все это требует системной реструктуризации не только собственно экономики, но и законодательства.

Послание Президента России от 1 марта 2018 г. может стать поворотным моментом

⁴ Послание Президента РФ Федеральному Собранию 1 марта 2018 г. // URL: <http://kremlin.ru/events/president/news/56957> (дата обращения: 7 октября 2018 г.).

в развитии отечественной правовой системы. Законодательство и юридическая практика способны обеспечить необходимые нормативные условия для технологического прорыва, дать простор развитию робототехники, цифровых технологий, созданию международных коллабораций ученых, обеспечивающих ответы на большие вызовы. С такими задачами правовая система России не сталкивалась на протяжении многих десятков лет. Речь идет не о текущих изменениях норм, бесконечном видоизменении статей, чем законодательная власть занималась на протяжении последних мандатов, а о структурном обновлении правовой системы, создании системы законодательства нового типа, что будет оказывать воздействие на правовые режимы комплексных сфер общественных отношений.

Необходимо приступить к оценке тех мегапроцессов в сфере отечественного законодательства, которые привели к избыточности нормативной массы, ее противоречивости и нестабильности.

В настоящее время необходимо оценить правотворческий опыт пореформенного периода и сделать этапные выводы. Вероятно, необходима корректировка методологии правовой модернизации в России, которая сложилась в 1990-х — начале 2000-х гг. Суть этой модернизации состояла в национальной адаптации законодательства к англо-американским принципам верховенства права и либерального государства и принципиальной нацеленности на интеграцию с глобальными регуляторами. Последние должны быть частью национальных приоритетов законодательства.

На нынешнем этапе необходимо расширение доктринальных взглядов на пути совершенствования российского законодательства и его системы с учетом стратегических задач социально-экономического развития страны, с более концептуальным применением современных императивно-диспозитивных композиционных методов и средств правового воздействия⁵. Правовая система России испытывает сильное влияние внутриэкономической ситуации и под ее воздействием возможно правовое обновление институтов.

Необходимо смещение всего вектора развития национального права в направлении социально-гуманитарных вопросов на основе

нового баланса частных, социально-групповых и общегосударственных интересов⁶.

В настоящее время речь идет о таких направлениях, как:

- модернизация правового федерализма;
- применение в законодательстве программно-целевого подхода;
- стимулирование технико-регулятивной инновационности;
- стимулирование новых правовых интеграционных объединений России.

С технико-правовой стороны главная задача в настоящее время — преодолеть известную противоположность между правотворчеством и правореализацией. Эта задача должна служить базисом обновления законодательной стратегии. Необходимо пересмотреть сложившуюся систему администрирования правотворчества в направлении непрерывного и системного мониторинга юрисдикционного процесса в целях более эффективного правового воздействия на многообразные общественные отношения. Эта система должна сложиться во всех ведущих базовых направлениях правового регулирования, прежде всего связанных с реализацией Послания Президента.

По сути дела, правообразование должно перейти в режим сетевой методологии с приданием значительной новизны всему стратегическому подходу к формированию российского законодательства.

Нам необходим поиск дополнительных законодательных конструкций в сфере конституционного регулирования, принципов народовластия, развития форм прямой демократии, совершенствования разделения властей, преодоления отрыва государственной власти от системы местного самоуправления.

СТРУКТУРНАЯ СБАЛАНСИРОВАННОСТЬ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

В настоящее время мы сталкиваемся с процессом снижения эффективности кодифицированных актов, утраты ими синергетических эффектов в соответствующих сферах общественных отношений. Ведущие кодификации российского права утратили качество стабильных органических законов долгосрочного действия. Сама по

⁵ Научные концепции развития российского законодательства. Разд. 3—4.

⁶ См.: *Хабриева Т. Я.* Современное правотворчество и задачи юридической науки // Журнал российского права. 2015. № 8. С. 7.

себе законодательная кодификация как способ правотворчества переживает глубокий кризис. Вероятно, будущее за актами комплексной природы и цифровыми инкорпорациями. Классические кодификации внутренне перерождаются, демонстрируют значительную условность границ своих предметов и методов.

Среди важнейших тем структурной сбалансированности российского законодательства — соотношение уголовного и административного права в области юридической ответственности. В этих отраслях происходит постоянное движение норм, что нарушило стабильность базовых кодификаций. Решение видится в сужении сферы административной ответственности за счет, возможно, гражданско-правовой.

Стремление утвердить системность гражданского законодательства столкнулось со значительной проблемой системы ГК РФ, в предмет которого не входят вопросы налогового, валютного, таможенного, земельного и иного регулирования, и это, скорее всего, закономерно. Системность гражданского права не может быть сведена к системе гражданского кодекса. Российское законодательство не может быть структурой одномерных кодексов и иных органических законов, не нарушая сложного рельефа социальных связей в стране, олицетворяющей удивительную полноту и разнообразие укладов, традиций региональных и национальных специфик.

В целом, последняя реформа ГК РФ показала, что у нас пока нет удовлетворительной исследовательской базы для окончательных решений в сфере регулирования имущественных отношений.

Необходим поиск оптимальных характеристик правовой индивидуальности законодательных источников отечественного права.

ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО И ПРАВОПРИМЕНЕНИЕ

Законодательство — это не только форма права: законы и иные нормативные юридические акты. Это еще способ реализации права, нормы и ценности, в разных аспектах стимулирующие либо ограничивающие ту или иную, в частности экономическую, деятельность.

Необходим детальный анализ статуса субъектов применения законов, которые действуют в реальной нормативной ценностной психологической этнокультурной среде. Эффективное правоприменение способно снять те или иные недостатки или многократно усилить положительные стороны законодательного акта. Отсюда мониторинг правоприменения, по сути, является составной частью законодательного процесса.

В России этот институт, к сожалению, пока в должной мере не сложился. Он во многом формален, основан на системе оторванных от сути методов правового регулирования индикаторов и отдан практически целиком исключительно в сферу исполнительской деятельности. Это порождает конфликт интересов, когда анализ исполнения поручается самим исполнителям, и применение заимствованных, не всегда адекватных технологий (ОРВ).

Между тем акцент в исследовательских программах мониторинга правоприменения должен быть сделан на изучение факторов, влияющих на формирование действующих социальных поведенческих институтов, обеспечение взаимодействия между различными отраслевыми и социальными регуляторами.

В России пока не сложилась современная социально ориентированная теория правоприменения. Между тем пореформенный опыт показывает, что хороший сам по себе закон часто наталкивается на юстиционную неспособность довести его до реальной жизни, на грубые социальные ошибки, которые совершает массовый правоприменитель. Правоприменитель, юридические ведомства подчас не в состоянии действовать социально адекватно, грамотно соединить букву и дух закона⁷. В свою очередь, законодательные усилия подчас излишне тратятся на структурные вопросы кодификации гражданского и административного процессуального законодательства, модели уголовного процесса, что не обязательно связано с подлинной проблематикой эффективной правореализации. В 2/3 случаев требуется специальная инфраструктура по реализации права, а наши усилия сосредоточены в сфере формального нормообразования.

⁷ См., например: В России перестанут сажать за репосты. Президент предложил смягчить ст. 282 УК РФ, переведя ч. 1 этой статьи в разряд административных правонарушений. Уголовные дела о репостах, по словам следователей, вовлечены в палочную систему. Их возбуждают ради выполнения плана. В 2017 году за репосты осудили около 500 человек, большинство из них молодежь и матери-одиночки (см.: URL: <https://m.lenta.ru/brief/2018/10/03/repost/amp/> (дата обращения: 5 октября 2018 г.)).

ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО И ПРАВОВАЯ ТРАДИЦИЯ

В российском законодательстве серьезной проблемой является некритичное использование общих абстрактных юридических подходов, инструментов и институтов в развитии национального права.

Основными источниками этих подходов является традиция римского и англо-американского права. При огромной значимости и уважении к этим традициям, понимании их колоссальной роли в прогрессе правовой формы, вызывает сомнение сама методология признания существования общих глобальных сущностей в праве, которая позволяет проводить искусственные манипуляции с отраслевым законодательством.

В настоящее время необходимо признать, что нет универсальной традиции, которая бы распространялась на весь правовой мир. Наоборот, институты законодательства в любой стране есть результат взаимодействия людей этой страны, этой культуры, региона, конкретного профессионального сообщества. Только в русле такой методологии правовая культура страны может позитивно развиваться.

Последствием либерального формата развития российского законодательства стало движение в сторону стирания граней между национальным и наднациональным правом, которое постепенно превращается в своеобразное всемирное внутреннее право, выхолащивающее государственные суверенитеты.

Идеологема верховенства права стала легальной формой правовой экспансии, продвижения англосаксонской юрисдикции по всему миру. На самом деле верховенства для права как универсальной социальной ценности, искусства добра и справедливости не происходит. Имеет место доминирование одних регуляторов и вытеснение других, примат одних интерпретаций и игнорирование иных социальных и культурных смыслов права. Органы международной юстиции превращаются в институты юридического империализма. Идеология рос-

сийского права и законодательства не может основываться на исключительно либеральной трактовке принципа верховенства права.

Вероятно, необходимо обновить внутреннюю концепцию места и роли России в межгосударственном правовом пространстве, системно имплементировать в законодательство принцип современного социального суверенитета страны, упорядочить сопряжение системы международно-правовых и социально-правовых регуляторов.

МЕЖДУНАРОДНАЯ ИНТЕГРАЦИЯ И СОЦИАЛЬНАЯ ИДЕНТИЧНОСТЬ РОССИЙСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Какое место занимает сейчас Россия на правовой карте мира? Сейчас на этой карте России практически нет. Последние классификации К. Цвайгерта и Х. Кетца, других западных авторов исключили Россию вместе с социалистическим правом из глобальной систематики⁸. Современного российского права как целостной социальной системы нет и в господствующей отечественной правовой доктрине⁹.

Россия отсутствует как самостоятельная социальная общность в типологиях большей части ведущих современных отечественных учебников по теории государства и права и лишь упоминается как частный случай либо романо-германского права, либо переходного права¹⁰.

Наши институты правообразования и законодательства в 1990-е гг. во многом были перестроены с учетом максимального включения России в систему глобальных правовых регуляторов (ОЭСР, Всемирный банк, ЕСПЧ), включая доктрину конституционного правосудия. В этой связи для России в правовом отношении чрезвычайно актуальны интеграционные объединения иной социально-политической природы, типа БРИКС, имея в виду создание общих правовых режимов и определенной унификации законодательства в соответствии с целями национального развития. Возможно, что такие

⁸ Цвайгерт К., Кетц Г. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. М. : Международные отношения, 1995. Т. 1. С. 287.

⁹ Чиркин В. Е. Сравнительное правоведение. М. : Международные отношения, 2012. С. 261—263 ; Он же. Столетняя модификация Российского государства с позиций государственного права: сущность, содержание, форма // Журнал российского права. 2017. № 12. С. 6—12.

¹⁰ Марченко М. Н. Теория государства и права : учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М., Проспект, 2013. С. 188—295. См. также: Теория государства и права : учебник / У. Э. Батлер, З. Ш. Гафуров, Г. И. Денисов [и др.] ; под общ. ред. О. В. Мартышина. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Проспект, 2016. С. 269—270.

новые интеграционные общности находятся у истоков будущей глобальной постсоветской трансформации правовых систем регионов Евразии и Дальнего Востока.

Определенным вызовом в процессе неизбежного обновления системы, структуры и содержания законодательства в связи с интеграционными процессами является перспектива утраты социальной идентичности российского права¹¹. Следует подчеркнуть, что России необходимо не некая «национальная» идентичность, а такое состояние ее нормативной системы, которое бы не навязывалось обществу, многоэтническому социуму, имело бы естественные механизмы правообразования и правореализации, основанные на глубоко этических механизмах поведения людей.

Система российского нормотворчества на уровне исполнительной власти во многом интегрирована в структуру наднациональных регуляторов, которые в значительной мере сейчас заменили механизмы внутреннего нормообразования. Некоторые ведомства построили аналитическую и нормативную деятельность на зарубежных протекторах, что особенно заметно в сфере образования, науки, экономического и финансового регулирования, оценки регулирующего воздействия.

Безусловно, использование мирового опыта следует расценивать положительно, имея в виду устарелость или отсутствие ряда ответственных институтов во многих сферах. Но сам по себе механизм правотворчества такого типа играет скорее тормозящую роль в деле повышения социальной адекватности национального права.

После многочисленных на протяжении XX в. сломов законодательства важнейшей задачей в этой сфере является восстановление преемственности и социально-культурной идентичности российского закона, что является одним из основных факторов достижения искомой стабильности правового регулирования.

Фактор утраты идентичности связан с неизбежным процессом субсидиарного действия внешних регуляторов, упрощенным восприятием российским правом институтов иных правовых культур. Особенно это касается имущественных отношений, отношений в сфе-

ре интеллектуальной собственности, труда и местного самоуправления — тех, которые непосредственно связаны с человеческой повседневностью.

Надо более тонко и индивидуально подходить к стилистическим разновидностям социальности в праве при формировании новых интеграционных общностей с участием России. Везде при включении в национальное право иностранного элемента должны учитываться факторы наличия в России социально самостоятельной правовой системы и соответствующей конституционной юрисдикции, которую мы не можем произвольно менять.

ИДЕОЛОГИЧЕСКАЯ РОЛЬ ПРАВА

Мы растерялись перед мощными процессами конкуренции зарубежной правовой идеологии, прежде всего в научных исследованиях и законодательной политике. В Конституции России записано, что не может устанавливаться никакая государственная идеология. Современные конституции ведущих западных стран — высокоидеологичные документы, и в этом их социальная ценность.

Мы оказались в сильнейшем поле западной правовой идеологии, перед которой не устояла не только сама конституция, фактически установив в других своих статьях в качестве руководящей и направляющей вместо марксистской либеральную правовую идеологию, но и наше текущее законодательство и даже практика судебной власти. Последняя стала активно копировать прецедентную систему на зыбкой почве, надо признать, весьма противоречивого отечественного законодательства. Это внесло определенный диссонанс в реальные структуры правопорядка и создало впечатление, что Конституция определяла новую правовую идеологию на чистом и пустовавшем до 1993 г. поле правовой культуры России.

Но это не так. У России была и есть национальная правовая идеология, она складывалась исторически, и она вовсе не марксистская. Маркс бы очень удивился, ознакомившись с «марксистской» риторикой наших юристов. Как известно, он вообще не считал себя авто-

¹¹ В данном направлении весьма интересны исследования: *Исаева Н. В.* Правовая идентичность как категория права и теоретико-правового анализа. М. : Юрлитинформ, 2014 ; *Цивилизационная идентичность в переходную эпоху: культурологический, социологический и искусствоведческий аспекты* / И. В. Кондаков, К. Б. Соколов, Н. А. Хренов. М. : Прогресс-Традиция, 2011.

ром специфической правовой теории. В советское время национальная правовая доктрина России развивалась в марксистской политической форме, что не меняет сути ее собственного социального содержания. Эта теория зрелая, не менее зрелая и не менее самостоятельная, чем, скажем, правовая доктрина США.

Можно предположить, что именно в XX в., несмотря на сложность и противоречивость правопорядка в СССР, Россия смогла сформировать основу своей юридической традиции, во многих своих элементах гораздо более социально совершенную и инновационную, чем аналогичные институты современных западных стран. Главное, что следует подчеркнуть, эти институты рождались на основе не только зарубежного, но прежде всего национального юридического опыта, и советский период был более преемственен с дореволюционным развитием права, чем это принято признавать.

В XX в. получил мощное развитие исторически более молодой правокультурный вектор Европы — его восточное направление. Это исторический вклад русско-советской правовой традиции в европейскую правовую культуру, то новое, что привнесла Россия в сокровищницу европейской цивилизации. Фактически создан новый человеческий правовой ареал, включивший народы Урала, Сибири, Дальнего Востока, Закавказья и даже Монголии, Китая, некоторых стран Юго-Восточной Азии и Карибского бассейна. Этот ареал до сих пор, несмотря на новые экономические и политические условия, сохраняет признаки социальной целостности в правовой культуре.

Поэтому Россия никак не может отгородиться от своей правоидеологической роли и просто, как пишут, «вернуться» в романо-германский правовой мир.

Назрел отказ от мышления стадийности в праве и связанного с ней разрыва национальной правовой истории. Глобальная юридическая доктрина не может служить основой воспитания современного правосознания нового поколения граждан. Ни принцип верховенства права, ни принцип правового государства не могут быть формой односторонней правовой экспансии, нивелирования социальных ценностей российской правовой культуры. Жесткое разведение советского, досоветского, постсоветского в строительстве правовых институтов мешает формированию современной правовой системы, адекватной мировым вызовам.

Законотворческие усилия здесь должны быть направлены на стимулирование создания институтов правовой интеграции России в рамках естественной для России евразийской экономической и правовой интеграции ЕАЭС, СНГ, стран БРИКС, в сфере безопасности ОДКБ.

ЗАКОНОТВОРЧЕСТВО И СОЦИАЛЬНАЯ ДОКТРИНА РОССИЙСКОГО ПРАВА

Качество социального концепта законотворческого процесса во многом зависит от смыслов, создаваемых юридической доктриной. Необходимо преодолеть однобокий юридизм, своеобразное аутистическое расстройство правовой системы. Как и в медицине, аутизм правовой системы не представляет собой однородную коллизию, за ним следует целый спектр патологий права. Важно соединить научные ресурсы юриспруденции, экономической науки, социологии, естественных и технических наук, избегая при этом как формального юридизма, так и сверхэкономизма¹², социологизации, узкого технократического подхода.

Центральной проблемой доктринального становления отечественной правовой традиции является вопрос оценки миграции цивилизационных элементов иных правовых культур, прежде всего римской, англо-американской и современной европейской.

Необходимы исследования концепции европейских социальных ценностей России. Очень важно понимать ход социального и стилевого обособления права у славянских и тюркских народов — белорусов, украинцев, казахов, молдаван, в Грузии и Прибалтике. При всех политических разногласиях мы продолжаем оставаться в едином правокультурном пространстве.

Важнейший вывод, который нуждается в актуализации в настоящее время, — непрерывность развития социально-правового уклада России, невозможность приватизировать и отгородить Киевскую Русь, Советскую Россию, правовые порядки государств Средней Азии, Закавказья и Прибалтики от тела общерусской социальности. Типологически это очень важно для понимания социальной сущности культурно-исторического и структурно-функционального единства новой общероссийской государственности, имея в виду в том числе современные процессы политического разме-

¹² Карпетов А. Г. Экономический анализ права. М. : Статут, 2016. С. 20—21.

жевания и политических попыток включения Украины и Беларуси в сферу западной цивилизации. Новый этап исследования феномена древнерусского и общерусского права пока не наступил, мы довольствуемся в основном наследием русского и советского правоведения, которое не располагало социальными смыслами, открывшимися только в XX в.

Проблема коренится в разработке сквозной, внетерриториальной социальной доктрины отечественного права. В литературе пока не сложилось юридическое понимание целостности социального мира России не только как государства, но и прежде всего — как государства-нации и государства-социума. Есть эпические обобщения отечественного права философского, политологического характера, которые не могут заменить анализа сквозных, универсальных институтов и принципов права, которые создала отечественная социальная практика.

Мы должны объединить в одном концепте весь исторический социальный опыт России. Должна заработать не только внешняя, но и внутренняя рецепция правовых институтов. Исторический процесс формирования права никогда не был отделен от социальных реалий страны — ее человеческих, природных, географических, национальных условий.

ВЫВОДЫ

Существо актуального момента в законодательстве — неизмеримо более сложная социальная организация права, чем это было еще в первой половине XX в. Такое состояние требует более широкого и глубокого межвластного, внутриполитического и междисциплинарного взаимодействия, в том числе законодателей и ученых-юристов.

Стратегическое взаимодействие права, экономики, адаптация технологических достижений в интересах развития права делают необходимым и новый этап в организации законодательного процесса.

Сбалансированность правового регулирования возможна только на основе социальной идентичности национального права в самом широком смысле: историческом, духовно-нравственном, правовом.

Необходимо представлять суть сегодняшнего развития отечественного права и законодательства. Это время зрелости юридической доктрины и формирования социального правового

мышления. Правосознание людей делается все более демократическим, право становится органическим элементом мышления простых людей в России. Этому процессу необходимо всемерно содействовать, интегрируя население в законотворчество и правореализацию, в том числе с помощью цифровых технологий.

Право как социальный институт постепенно ассимилирует современное ему государство. Неизбежно будет совершенствоваться политическая система в направлении полноценного народного суверенитета. Сохранится и усложнится рельеф правового федерализма, юридические различия между федеральным и региональным правом станут отчетливее и одновременно потеряют свою остроту. Россия ассимилирует иностранное право, нарушающее стабильность ее социальности.

Государственный суверенитет России невозможен без правокультурного суверенитета на правовой карте мира. Нам необходимо вернуться в мировой правовой контекст, и к этому есть базовые социально-культурные предпосылки.

Необходима идеологическая консолидация правового сознания на принципе преодоления раскола в правовой истории России и представления российской государственности и правопорядка в глобальном контексте.

Отечественная правовая традиция — это не возврат к неким корням, это непрерывный поиск нового в праве. Преодоление национальной замкнутости права возможно на основе социально-культурного авангарда, формирования новых юридических школ в ключевых направлениях нового этапа развития доктрины прав человека.

Россия вступила во время, когда ни одна рационально оформленная политическая сила не в состоянии управлять реальным правопорядком. Современные сильные государственные режимы могут лишь балансировать ситуацию и действовать как элемент социального консенсуса. Главным фактором стабильности постепенно становится не правоохранительная система, а правовое сознание и уверенность в завтрашнем дне подавляющего большинства населения.

Россия перешла в фазу такого типа правового развития в советское время. Новые институты права значительно ускорили процесс институционализации общероссийского правового сознания, и все попытки контролировать общественные отношения формальными методами ведут к неэффективности государственных функций.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Исаева Н. В.* Правовая идентичность как категория права и теоретико-правового анализа. — М. : Юрлитинформ, 2014.
2. *Карпетов А. Г.* Экономический анализ права. — М. : Статут, 2016.
3. *Марченко М. Н.* Теория государства и права : учебник. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Проспект, 2013.
4. Научные концепции развития российского законодательства : монография / С. Е. Нарышкин, Т. Я. Хабриева, А. И. Абрамова [и др.] ; отв. ред. Т. Я. Хабриева, Ю. А. Тихомиров. — 7-е изд., доп. и перераб. — М., 2015.
5. Теория государства и права : учебник / У. Э. Батлер, З. Ш. Гафуров, Г. И. Денисов [и др.] ; под общ ред. О. В. Мартышина. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Проспект, 2016.
6. *Хабриева Т. Я.* Современное правотворчество и задачи юридической науки // Журнал российского права. — 2015. — № 8.
7. *Цвайгерт К., Кетц Г.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. — М. : Международные отношения, 1995. — Т. 1.
8. Цивилизационная идентичность в переходную эпоху: культурологический, социологический и искусствоведческий аспекты / И. В. Кондаков, К. Б. Соколов, Н. А. Хренов. — М. : Прогресс-Традиция, 2011.
9. *Чиркин В. Е.* Сравнительное правоведение. — М. : Международные отношения, 2012.
10. *Чиркин В. Е.* Столетняя модификация Российского государства с позиций государственоведения: сущность, содержание, форма // Журнал российского права. — 2017. — № 12. — С. 6—12.

Материал поступил в редакцию 7 октября 2018 г.

LEGISLATION IN RUSSIA: CHALLENGES OF SOCIAL INTEGRATION

SINYUKOV Vladimir Nikolaevich — Doctor of Law, Professor, Vice-Rector for Scientific Work of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
Lab.ktgp@msal.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The article deals with the theory and practice of Russian legislation as an institution of social interaction. The author highlights that Russian law and legislation lack social identity with regard to the strategy of economic growth, structural balance and consistency. The author examines a conceptual legislative role of the Message of the President of Russia to the Federal Assembly of the Russian Federation of March 1, 2018. Also, the paper considers the issues of correlation between the legislation and legal tradition, an ideological role of law in the national and world legal order. The idea of integrity of domestic legal tradition is grounded, its historical and legal foundations are substantiated. The article poses the problem of developing a social doctrine of Russian law as an intellectual basis of integrative legal complexes in Eurasian and other areas of economic and political interstate unions.*

Keywords: *Legislation, concept of law, law-making strategy, structure and system of legislation, legal tradition, international integration of law, ideological role of law, social doctrine of Russian law.*

REFERENCES

1. *Isaeva N. V.* Pravovaya identichnost kak kategoriya prava i teoretiko-pravovogo analiza [Legal identity as a category of law and theoretical and legal analysis]. Moscow, Yurlitinform Publ., 2014. (In Russian).
2. *Karapetov A. G.* Ekonomicheskiy analiz prava [An Economic Analysis of Law]. Moscow, Statut Publ., 2016. (In Russian).
3. *Marchenko M. N.* Teoriya gosudarstva i prava : uchebnik [Theory of the State and Law: A Textbook]. 2nd ed., rev. and suppl. Moscow, Prospect Publ., 2013. (In Russian).



4. Nauchnye kontseptsii razvitiya rossiyskogo zakonodatelstva : monografiya [Scientific Concepts of the Russian Legislation Development: A Monograph]. S. E. Naryshkin, T. Ya. Khabrieva A.I. Abramova et al., T. Ya. Khabrieva, Yu. A. Tikhomirov (eds). 7th ed., rev. and suppl.. Moscow, 2015. (In Russian).
5. Teoriya gosudarstva i prava : uchebnik [Theory of the State and Law : A Textbook]. Martyshin (ed.). 3rd ed., rev. and suppl. Moscow, Prospect Publ., 2016. (In Russian).
6. *Khabrieva T. Ya.* Sovremennoe pravotvorchestvo i zadachi yuridicheskoy nauki [Contemporary Law-Making Process and the Goals of the Legal Science]. *Journal of Russian Law*. 2015. No. 8. (In Russian).
7. *Zweigert K., Quetz G.* Vvedenie v sravnitelnoe pravovedenie v sfere chastnogo prava [Introduction to Comparative Law in the Field of Private Law]. Moscow, *Mezhdunarodnye otnosheniya Publ.*, 1995. Vol. 1. (In Russian).
8. Tsivilizatsionnaya identichnost v perekhodnyuyu epokhu: kulturologicheskiy, sotsiologicheskiy i iskusstvovedcheskiy aspekty [Civilizational identity in a transitional era: Cultural, sociological and Art Criticism Aspects]. I. V. Kondakov, K. B. Sokolov, N. A. Khrenov. Moscow, Progress-Traditsiya Publ., 2011. (In Russian).
9. *Chirkin V. E.* Sravnitelnoe pravovedenie [Comparative Law]. Moscow, *Mezhdunarodnye otnosheniya Publ.*, 2012. (In Russian).
10. *Chirkin V. E.* Stoletnyaya modifikatsiya rossiyskogo gosudarstva s pozitsiy gosudarstvovedeniya: sushchnost, sodержание, forma [Century-old modification of the Russian state from the standpoint of the political science: The essence, content, form. *Journal of Russian Law*. 2017. No. 12. pp. 6—12. (In Russian).

ДИСТАНЦИОННЫЙ ТРУД: ОПЫТ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА И ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ В РОССИИ¹

Аннотация. Статья рассматривает правовую регламентацию дистанционного труда в контексте трансформации трудовых отношений в современном мире и возникновения новых, нетипичных форм занятости.

В статье приводится опыт регулирования дистанционного труда в Европейском Союзе. В частности, рассматривается рамочное соглашение социальных партнеров на уровне Европейского Союза, касающееся «телеработы», заключенное в 2002 г., а также трансформировавшиеся подходы к мобильному труду с помощью ИКТ, отраженные в документах Европейского фонда по улучшению условий труда и жизни (Еврофонда).

Далее в статье дается оценка правовых норм о дистанционном труде в Российской Федерации. Выявляются дефекты правового регулирования дистанционного труда в России, осуществляемого главой 49.1 ТК РФ. В частности, автор предлагает устранить следующие проблемные аспекты правовых норм о дистанционном труде: невозможность заключения трудовых договоров о труде, носящем дистанционный характер лишь частично; необходимость защиты частной жизни работников путем закрепления права не быть на постоянной связи с работодателем в свободное от работы время (так называемое право быть офлайн); избыточная сложность оформления отношений о дистанционном труде посредством усиленной квалифицированной цифровой подписи; отсутствие норм, обеспечивающих возможность защиты коллективных трудовых прав работников; возможность увольнения дистанционных работников по основаниям, предусмотренным трудовым договором, не обоснованная объективной необходимостью; отсутствие правовых норм, касающихся дистанционных трудовых отношений, осложненных иностранным элементом, и др.

Ключевые слова: трудовые отношения, нетипичная занятость, дистанционный труд, трудовые права.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.143.10.030-039

1. ДИСТАНЦИОННЫЙ ТРУД КАК НОВАЯ ФОРМА ЗАНЯТОСТИ

Современные отношения в сфере труда сталкиваются с радикальной трансформацией видов

трудовой деятельности. Классическое трудовое право формировалось в индустриальную эпоху, когда наиболее типичным работником по трудовому договору был заводской рабочий. Ключевые институты трудового права — рабочее вре-

© Лютов Н. Л., 2018

* Лютов Никита Леонидович, доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой трудового права и права социального обеспечения Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

nlljutov@msal.ru

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

мя и время отдыха, охрана труда, дисциплина труда и другие — основываются прежде всего на том, что трудовое право регулирует то, как должен выполняться труд, в то время как гражданско-правовые договоры, связанные с трудом, имеют своим предметом овеществленный результат труда.

Между тем монотонный труд, ход которого детально контролируется работодателем, в современных условиях все больше вытесняется автоматикой. Исчезают целые профессии, еще недавно создававшие массу рабочих мест (например, машинистка на пишущей машинке и т.п.). Труд, регулируемый нормами трудового права, во всё большей степени перемещается в сектор услуг, для которого характерна самостоятельность лица, выполняющего работу, а также ориентация на результат. Современное трудовое правоотношение постоянно расширяется на всё большее количество новых,

так называемых нетипичных форм, появляется много специальных правовых норм, касающихся отдельных видов труда. Новые или нетипичные формы занятости становятся предметом исследования как в зарубежном², так и в российском трудовом праве³, поскольку удельный вес этих форм в регулировании труда становится все выше⁴.

Очень важно, что многие новые формы занятости способствуют формированию так называемой неустойчивой занятости (англ. — *precarious work*)⁵, подразумевающей краткосрочный характер трудовых отношений и лишение работников ключевых элементов социальной защиты, присущих традиционным отношениям в сфере труда. Социологи даже говорят о формировании нового уязвимого социального класса, который заменяет собой традиционный пролетариат и который образно называют прекариатом⁶, и, соответственно,

¹ Публикация подготовлена в рамках поддержанного РФФИ научного проекта № 18-011-00672.

² International Labour Office. *Non-Standard Forms of Employment*. Geneva : ILO, 2015 ; *Restatement of Labour Law in Europe* / B. Waas, G. H. van Voss (eds.). Oxford : Hart Publishing, 2018. Vol. 2 : *Atypical employment* ; *Allmendinger J., Hipp L., Stuth S. Atypical Employment in Europe 1996—2011*. Berlin : WZB. Discussion Paper. 2013. URL: <https://bibliothek.wzb.eu/pdf/2013/p13-003.pdf> et al.

³ Браун Е. А. Понятие нетипичной занятости и классификация ее видов // *Трудовое право в России и за рубежом*. 2014. № 3. С. 11—15 ; Гимпельсон В., Капелюшников Р. *Нестандартная занятость* // *Вопросы трудового права*. 2006. № 9 ; Моцная О. В. *Нетипичная трудовая занятость: некоторые проблемы теории и практики* : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009 ; Радевич Е. Р. *Нетипичная занятость: отражение специальных трудовых стандартов, закрепленных в актах Международной организации труда, в российском трудовом законодательстве* // *Международные трудовые стандарты и российское трудовое право: перспективы координации* / под ред. С. Ю. Головиной, Н. Л. Лютова. М. : Норма, 2016. С. 45—63 ; Тарусина Н. Н., Лушников А. М., Лушников М. В. *Социальные договоры в праве* : монография. М. : Проспект, 2017. С. 271—329 ; Шабанова М. А. *Особенности правового регулирования нетипичных трудовых договоров* : дис. ... канд. юрид. наук. Ярославль, 2008.

⁴ См.: Лушников М. В. *Юридическая конструкция трудового договора: традиции и новации* // *Российский ежегодник трудового права*. 2005. № 1. С. 99—131 ; Лушников А. М., Лушников М. В. *Трудовые права в XXI веке: современное состояние и тенденции развития* : монография. М. : Проспект, 2015. С. 27—75.

⁵ В некоторых исследованиях нетипичные и неустойчивые формы занятости вообще отождествляются (см., например: *Закалюжная Н. В. Нетипичные трудовые отношения в условиях глобализации и модернизации экономики* // *Вестник Брянского государственного университета*. 2015. № 2. С. 213—215). Это не совсем точно, поскольку неустойчивые и нетипичные формы занятости — понятия пересекающиеся, но не тождественные. Например, договор с «нулевым рабочим временем» — это и нетипичная, и одновременно неустойчивая форма занятости, а дистанционный труд или разделение рабочего места между несколькими работниками — нетипичная, но необязательно неустойчивая форма. О понятии неустойчивой занятости см. подробнее: *Бизюков П. В. Практики регулирования трудовых отношений в условиях неустойчивой занятости*. М. : Центр социально-трудовых прав, 2013. С. 28—49 ; *Бобков В. Н., Квачев В. Г., Локтюхина Н. В. Неустойчивая занятость: экономико-социологический генезис понятия* // *Вестник Воронежского государственного университета. Серия : Экономика и управление*. 2016. № 4. С. 81—86 ; *Неустойчивость занятости: международный и российский контексты будущего сферы труда*. М. : Real Print, 2017. С. 5—10.

⁶ *Стэндинг Г. Прекариат: новый опасный класс*. М. : Ад Маргинем, 2015.

о феномене «прекаризации» трудовых отношений.

Одним из наиболее ярких проявлений воздействия технологического прогресса на отношения в сфере труда можно назвать распространение «платформенной» или «гиг-экономики», связанной с трудом посредством онлайн-платформ.

Взрывной рост технологий и массового использования телекоммуникаций приводит к тому, что всё большее количество работы выполняется вне месторасположения работодателя, чаще всего на дому у работника. Около 10 лет назад в отношении данного явления широкое распространение получил термин «телеработа» (англ. — telework)⁷. Это одна из форм атипичных трудовых отношений. В правовой науке даже высказывалось мнение, что в ближайшем будущем будет уместно говорить о новом феномене под названием «виртуальное трудовое право»⁸. Однако в настоящее время современные средства телекоммуникации настолько плотно вошли в человеческую жизнь, что акцент на телекоммуникациях уже явно нельзя назвать характерным именно для трудового права. В обиход более широко вошло понятие *дистанционного труда*.

Развитие электронных технологий подталкивает и работников, и работодателей к ис-

пользованию дистанционного труда. Работодатели при дистанционном труде не тратят денежные средства на содержание дорогостоящих офисных помещений, а работники экономят время и деньги, которые нужны, чтобы добираться до работодателя, а также зачастую работают в более комфортной для себя среде. Однако существуют и серьезные риски сверхэксплуатации дистанционных работников. Проблемы дистанционного труда во многом связаны с тем, что типичная характеристика трудового отношения — регламентация труда как процесса, а не результата труда⁹ — в случае дистанционного труда подвергается существенной эрозии¹⁰. В случае если работодатель не контролирует процесс выполнения работы, возникают вопросы, связанные с тем, каким образом можно учитывать фактически отработанное время, отвечать за безопасность и гигиену труда и др.

Изначально к дистанционному труду применялись международные и национальные нормы, касающиеся надомного труда. В частности, в 1996 г. Международная организация труда приняла Конвенцию о надомном труде № 177 и связанную с нею одноименную Рекомендацию № 184¹¹, которые касаются не только надомного труда в традиционном смысле, но

⁷ См. о телеработе также: Коркин А. Е. Правовое регулирование телеработы // Проблемы дифференциации в правовом регулировании отношений в сфере труда и социального обеспечения : материалы Пятой междунар. науч.-практ. конфер. М., 2009. С. 328—336 ; Томашевский К. Л. Компьютерное надомничество (телеработа) как одна из гибких форм занятости в XXI веке // Трудовое право в России и за рубежом. 2011. № 3. С. 32—36.

⁸ Киселев И. Я., Лушников А. М. Трудовое право России и зарубежных стран : учебник / под ред. М. В. Лушниковой. 3-е изд. М., 2008. С. 359.

⁹ См.: Куренной А. М. Труд и право: трудовое или гражданское? // Корпоративный юрист. 2005. № 1 ; Лютов Н. Л. Признаки трудового правоотношения: международные нормы и российская судебная практика // Трудовое право в России и за рубежом. 2016. № 4. С. 7—11 ; Радевич Е. Р. Критерии разграничения отраслевой природы отношений в сфере труда: сравнительно-правовой анализ // Российский ежегодник трудового права. 2013. № 8. С. 516—524.

О подходах к данной проблеме в странах ЕС см.: Restatement of Labour Law in Europe / B. Waas, G. H. van Voss (eds.). Oxford : Hart Publishing, 2017. Vol. 1 : The Concept of Employee ; Risak M., Dullinger T. The concept of 'worker' in EU law: Status quo and potential for change. Brussels : European trade Union Institute (ETUI), 2018. 68 p.

¹⁰ См. также: Васильева Ю. В., Шуралева С. В. Содержание трудового договора о дистанционной работе: теоретические аспекты // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2015. Вып. 2 (28). С. 88—97 ; Васильева Ю. В., Шуралева С. В., Браун Е. А. Правовое регулирование дистанционной работы: проблемы теории и практики : монография. Пермь : Перм. гос. науч.-исслед. ун-т, 2016 ; Закалюжная Н. В. Дистанционная работа и схожие правоотношения // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 2. С. 76—91.

¹¹ Конвенция Международной организации труда 1996 г. «О надомном труде» (№ 177) и Рекомендация Международной организации труда 1996 г. «О надомном труде» (№ 184) // База данных международных трудовых стандартов MOT Normlex. URL: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:1:0>.

и любой работы, выполняемой вне помещения работодателя.

2. ДИСТАНЦИОННЫЙ ТРУД В СТРАНАХ ЕС

На уровне Европейского Союза в 2002 г. социальными партнерами было заключено *Рамочное соглашение о телеработе между Европейской комиссией и европейскими объединениями профсоюзов и работодателей*¹². Заслуживают внимания несколько статей Соглашения, которые отражают специфику не просто надомного труда, а именно телеработы, связанной с использованием электронного оборудования.

Так, в ст. 6 Соглашения говорится о необходимости охраны частной жизни телеработников. Как указывается в этой статье, установка оборудования для наблюдения за деятельностью телеработников допускается только в соответствии с положениями Директивы ЕС 90/270/ЕЕС о минимальных требованиях охраны труда при работе с устройствами, оборудованными видеомониторами¹³. Принятие данной нормы связано с повышенной мотивацией работодателей контролировать дистанционных работников с помощью электронных устройств. Как уже говорилось выше, телеработа связана с риском потери важной информации, принадлежащей работодателю. В соответствии со ст. 5 Соглашения работодатель несет ответственность за принятие необходимых мер, направленных на сохранность предоставленных телеработникам для профессиональной деятельности данных, в частности в электронном виде. Работодатель обязан информировать работников о действующем законодательстве и корпоративных правилах в отношении защиты данных, в том числе об ограничениях в отношении пользования электронным оборудованием и Интернетом,

а также об ответственности за несоблюдение указанных требований и ограничений. Телеработник отвечает за исполнение этих правил и законодательства.

Одной из проблем, связанных с телеработой, считается недостаточное вовлечение надомников и телеработников в процесс производственного обучения и повышения квалификации по сравнению с обычными работниками. В ст. 10 Соглашения устанавливается, что телеработники в этом вопросе должны обладать равными возможностями с основными работниками. Кроме того, в статье указывается, что телеработники должны проходить необходимое обучение в отношении технического оборудования, которое им предоставляется. Помимо этого, руководители телеработников и их непосредственные сослуживцы должны обучаться практике данной формы работы и управлению телеработой.

В дальнейшем подход структур Европейского Союза к дистанционному труду несколько модифицировался. В 2015 г. Европейский фонд по улучшению условий труда и жизни (Еврофонд) выпустил исследование, посвященное так называемым новым формам занятости¹⁴. Среди них упоминается *мобильная работа, основанная на ИКТ (информационно-коммуникационных технологиях, ICT-based mobile work)*. Мобильная работа, основанная на ИКТ, — это трудовые отношения, выполняемые по крайней мере частично, но регулярно за пределами «основного офиса», принадлежащего работодателю, либо специально приспособленного домашнего помещения, с использованием ИКТ для подсоединения к общим компьютерным сетям компании. Еврофонд ограничивает данную форму трудовых отношений от «традиционной телеработы»¹⁵, указывая, что для последней характерна привязка к какому-то

¹² Framework Agreement on Telework, between the ETUC, UNICE/UEAPME and CEEP 2002 // URL: http://ec.europa.eu/employment_social/news/2002/oct/teleworking_agreement_en.pdf.

¹³ Council Directive 90/270/EEC of 29 May 1990 on the minimum safety and health requirements for work with display screen equipment // Official Journal of the EU. art. L 156. 21 June. 1990 P. 14—18.

¹⁴ Eurofound. New forms of employment. Luxembourg : Publications Office of the European Union, 2015. 168 p. URL: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1461en.pdf.

¹⁵ Eurofound. Telework in the European Union. Dublin : Eurofound, 2010. URL: <https://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1433&context=intl>.

Это разграничение в чем-то сходно с отличием дистанционной и надомной работы по ТК РФ. См.: Герасимова Е. С. Дистанционная и надомная работа: отличия // Кадровик. 2013. № 10. С. 16—21 ; Специфика регулирования труда отдельных категорий работников : учебное пособие для магистров / под ред. Н. Л. Люттова, И. С. Цыпкиной. М. : Проспект, 2018. С. 16—181.

конкретному месту выполнения работы, удаленному от работодателя (например, к дому работника), в то время как мобильная работа, основанная на ИКТ, не подразумевает какой-либо фиксации рабочего места¹⁶. В своем обзоре Еврофонд оперирует разными степенями мобильности рабочего места: *полная мобильность*, подразумевающая частую перемену рабочих мест и форм трудовой деятельности (например, журналисты, инженеры, обслуживающие технику, менеджеры на разных площадках и т.п.), в российской терминологии — *работа, носящая разъездной характер*; *частичная мобильность* с частой сменой места работы, но в географически ограниченных районах либо привязанных к какой-то площадке (больницы, школы, кампусы и т.д.); *размещение рабочих мест в нескольких точках*; *сетевые рабочие места*¹⁷. Представляется, однако, что для целей правового регулирования большее значение имеет не частота смены рабочих мест или их географический ареал, а степень определенности его фиксации и, соответственно, возможности работодателя по контролю за процессом труда.

3. ДИСТАНЦИОННЫЙ ТРУД В РОССИИ: ПЕРСПЕКТИВЫ ОПТИМИЗАЦИИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Российское законодательство начало регулировать дистанционный труд в 2013 г., после внесения в ТК РФ новой главы 49.1 «Особенности регулирования труда дистанционных работников»¹⁸. В этой главе отражены достаточно важные моменты, связанные с дистанционным трудом. Прежде всего, дается понятие дистанционного труда, из которого следует, что важными характеристиками этого типа трудовых отношений выступает труд вне места нахождения работодателя, а также вне места, находящегося под его контролем, а также то, что коммуникации между работником и работодателем осуществляются посредством электронных средств

связи. Кроме того, в этой главе ТК РФ урегулированы особенности заключения, изменения и расторжения трудовых договоров с дистанционными работниками, взаимных уведомлений сторон, а также особенности организации охраны труда и режима рабочего времени и времени отдыха этой категории работников.

Тем не менее далеко не все аспекты этой формы занятости можно назвать оптимально урегулированными законодательством. Часть из них чревата нарушением трудовых прав работников и несет в себе риски прекаризации этого типа занятости. Требуют законодательного решения следующие проблемы, связанные с правовым регулированием дистанционного труда:

- а) трудовые отношения могут быть частично дистанционными, а частично реализовываться на стационарном рабочем месте, контролируемом работодателем. Например, такими характеристиками обладает труд преподавателей вузов и школьных учителей. Однако ТК РФ регулирует только на 100 % дистанционные либо «стационарные» трудовые отношения;
- б) необходимо более детально урегулировать вопросы, связанные с рабочим временем дистанционных работников, в частности их право не быть круглосуточно на связи с работодателем и не отвечать на письма и звонки в определенные временные интервалы;
- в) оформление дистанционных трудовых отношений путем обмена электронными документами требует усиленной квалифицированной цифровой подписи (УКЦП) сторон трудового договора¹⁹. Оформление УКЦП — достаточно трудозатратный процесс. Если у работника нет УКЦП, ему проще оформить трудовые отношения традиционным способом, но это зачастую также не делается. Уже сейчас судебная практика в ряде случаев рассматривает в качестве доказательства наличия трудовых отношений электронную переписку между сторонами²⁰. Более того, в отношении микропредприятий Пленум

¹⁶ Eurofound. New forms of employment. P. 73.

¹⁷ На основе исследования: The future workspace: Mobile and collaborative working perspectives / H. Schaffers, T. Brodt, W. Prinz, M. Pallot (eds.). Enschede : Telematica Instituut, 2006.

¹⁸ Федеральный закон от 05.04.2013 № 60-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2013. № 14. Ст. 1668.

¹⁹ Часть 4 ст. 312.1 ТК РФ.

²⁰ Например, решение Кировского районного суда г. Екатеринбурга Свердловской области от 06.07.2016 г. по делу № 2-4775/2016 // СПС «ГАРАНТ».

- Верховного Суда РФ в своем недавнем постановлении от 28 мая 2018 г. прямо указал на электронную переписку как доказательство существования трудовых отношений²¹. Очевидно, что аналогичная позиция применима к трудовым отношениям независимо от размера работодателя. Этот подход, безусловно, следует закрепить законодательно, поскольку в ряде судебных споров работникам не удавалось доказать факт наличия трудовых отношений вследствие отсутствия у них УКЦП²²;
- г) стороны трудового отношения в рамках дистанционного труда могут прийти к соглашению о том, что работодатель не вносит записи о дистанционной работе в трудовую книжку, а при оформлении трудовых отношений впервые не обязан заводить трудовую книжку²³. Это может привести к ситуации, когда следующий работодатель откажется заводить трудовую книжку для бывшего дистанционного работника, поскольку обязан это делать только при первом трудоустройстве²⁴. Этот дефект законодательства необходимо устранить;
- д) законодательно не урегулирован механизм, позволяющий осуществлять защиту прав дистанционных работников с помощью профсоюзов и их участие в коллективных переговорах, а также в разрешении коллективных трудовых споров²⁵;
- е) часть 1 ст. 312.5 ТК РФ предусматривает возможность увольнения дистанционного работника по основаниям, предусмотренным трудовым договором. Данное основание, как представляется, дискриминирует дистанционных работников по сравнению с большинством других категорий работников, в отношении которых такое основание расторжения трудового договора отсутствует. Нет никаких объективных причин для выделения такого основания для дифференциации труда дистанционных работников;
- ж) дистанционный труд может носить трансграничный характер, однако российское законодательство к такому виду отношений не приспособлено²⁶.
- Представляется, что все перечисленные дефекты правового регулирования дистанционного труда вполне преодолимы путем внесения изменений в законодательство и не требуют ни бюджетных расходов, ни достижения сложного социального компромисса. Устранение же этих дефектов может способствовать более широкому и эффективному применению данной формы трудовых отношений.

²¹ Пункт 18 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29.05.2018 № 15 «О применении судами законодательства, регулирующего труд работников, работающих у работодателей — физических лиц и у работодателей — субъектов малого предпринимательства, которые отнесены к микропредприятиям» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2018. № 7.

²² См., например: решение Кировского районного суда г. Екатеринбурга Свердловской области от 13.01.2016 по делу № 2-1033/2016 // СПС «ГАРАНТ».

²³ Часть 6 ст. 312.2 ТК РФ.

²⁴ См. об этом: Орловский Ю. П. Трудовое законодательство: актуальные вопросы, комментарии, разъяснения. М. : Юрайт, 2014. С. 436.

²⁵ См.: Нуштайкина К. В. Реализация права работников на социальное партнерство в условиях дистанционного труда // Вестник Пермского университета. Серия : Юридические науки. 2013. Вып. 3 (21). С. 152—156 ; Gerasimova E., Korshunova T., Chernyaeva D. New Russian Legislation on Employment of Teleworkers: Comparative Assessment and Implications for Future Development // Право. Журнал «Высшей школы экономики». 2017. № 2. С. 124—128.

²⁶ См. об этом: Шуралева С. В. Регулирование дистанционной работы с иностранным элементом в эпоху глобализации: взгляд с позиций трудового права России // Вестник Пермского университета. Серия : Юридические науки. 2014. Вып. 3 (25). С. 156—163 ; Gerasimova E., Korshunova T., Chernyaeva D. Указ. соч. С. 116—129.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Бизюков П. В.* Практики регулирования трудовых отношений в условиях неустойчивой занятости. — М. : Центр социально-трудовых прав, 2013.
2. *Бобков В. Н., Квачев В. Г., Локтюхина Н. В.* Неустойчивая занятость: экономико-социологический генезис понятия // Вестник Воронежского государственного университета. Серия : Экономика и управление. — 2016. — № 4. — С. 81—86.
3. *Браун Е. А.* Понятие нетипичной занятости и классификация ее видов // Трудовое право в России и за рубежом. — 2014. — № 3. — С. 11—15.
4. *Васильева Ю. В., Шуралева С. В.* Содержание трудового договора о дистанционной работе: теоретические аспекты // Вестник Пермского университета. Юридические науки. — 2015. — Вып. 2 (28). — С. 88—97.
5. *Васильева Ю. В., Шуралева С. В., Браун Е. А.* Правовое регулирование дистанционной работы: проблемы теории и практики : монография. — Пермь : Пермский гос. науч.-исслед. университет, 2016.
6. *Герасимова Е. С.* Дистанционная и надомная работа: отличия // Кадровик. — 2013. — № 10. — С. 16—21.
7. *Гимпельсон В., Капелюшников Р.* Нестандартная занятость // Вопросы трудового права. — 2006. — № 9.
8. *Закалюжная Н. В.* Дистанционная работа и схожие правоотношения // Право. Журнал Высшей школы экономики. — 2015. — № 2. — С. 76—91.
9. *Закалюжная Н. В.* Нетипичные трудовые отношения в условиях глобализации и модернизации экономики // Вестник Брянского госуниверситета. — № 2. — 2015. — С. 213—215.
10. *Киселев И. Я., Лушников А. М.* Трудовое право России и зарубежных стран : учебник / под ред. М. В. Лушниковой. — 3-е изд. — М., 2008.
11. *Коркин А. Е.* Правовое регулирование телеработы // Проблемы дифференциации в правовом регулировании отношений в сфере труда и социального обеспечения : материалы Пятой междунар. науч.-практ. конференции. — М., 2009. — С. 328—336.
12. *Куренной А. М.* Труд и право: трудовое или гражданское? // Корпоративный юрист. — 2005. — № 1.
13. *Лушников А. М., Лушников М. В.* Трудовые права в XXI веке: современное состояние и тенденции развития : монография. — М. : Проспект, 2015.
14. *Лушников М. В.* Юридическая конструкция трудового договора: традиции и новации // Российский ежегодник трудового права. — 2005. — № 1. — С. 99—131.
15. *Люттов Н. Л.* Признаки трудового правоотношения: международные нормы и российская судебная практика // Трудовое право в России и за рубежом. — 2016. — № 4. — С. 7—11.
16. *Моцная О. В.* Нетипичная трудовая занятость: некоторые проблемы теории и практики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2009.
17. Неустойчивость занятости: международный и российский контексты будущего сферы труда. — М. : Real Print, 2017.
18. *Нуштайкина К. В.* Реализация права работников на социальное партнерство в условиях дистанционного труда // Вестник Пермского университета. Сер. : Юридические науки. — 2013. — Вып. 3 (21). — С. 152—156.
19. *Орловский Ю. П.* Трудовое законодательство: актуальные вопросы, комментарии, разъяснения. — М. : Юрайт, 2014.
20. *Радевич Е. Р.* Критерии разграничения отраслевой природы отношений в сфере труда: сравнительно-правовой анализ // Российский ежегодник трудового права. — 2013. — № 8. — С. 516—524.
21. *Радевич Е. Р.* Нетипичная занятость: отражение специальных трудовых стандартов, закрепленных в актах Международной организации труда, в российском трудовом законодательстве // Международные трудовые стандарты и российское трудовое право: перспективы координации / под ред. С. Ю. Головиной, Н. Л. Лютова. — М. : Норма, 2016.
22. Специфика регулирования труда отдельных категорий работников : учебное пособие для магистров / под ред. Н. Л. Лютова, И. С. Цыпкиной. — М. : Проспект, 2018.
23. *Стэндинг Г.* Прекариат: новый опасный класс. — М. : Ад Маргинем, 2015.
24. *Тарусина Н. Н., Лушников А. М., Лушников М. В.* Социальные договоры в праве : монография. — М. : Проспект, 2017.
25. *Томашевский К. Л.* Компьютерное надомничество (телеработа) как одна из гибких форм занятости в XXI веке // Трудовое право в России и за рубежом. — 2011. — № 3. — С. 32—36.

26. Шабанова М. А. Особенности правового регулирования нетипичных трудовых договоров : дис. ... канд. юрид. наук. — Ярославль, 2008.
27. Шуралева С. В. Регулирование дистанционной работы с иностранным элементом в эпоху глобализации: взгляд с позиций трудового права России // Вестник Пермского университета. Серия : Юридические науки. — 2014. — Вып. 3 (25). — С. 156—163.
28. Allmendinger J., Hipp L., Stuth S. Atypical Employment in Europe 1996—2011. Berlin : WZB. Discussion Paper. 2013. URL: <https://bibliothek.wzb.eu/pdf/2013/p13—003.pdf>.
29. Eurofound. New forms of employment. Luxembourg : Publications Office of the European Union. 2015. — 168 p. — URL: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1461en.pdf.
30. Eurofound. Telework in the European Union. Dublin : Eurofound, 2010. URL: <https://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1433&context=intl>.
31. Gerasimova E., Korshunova T., Chernyaeva D. New Russian Legislation on Employment of Teleworkers: Comparative Assessment and Implications for Future Development // Право. Журнал Высшей школы экономики. — 2017. — № 2. — С. 124—128.
32. International Labour Office. Non-Standard Forms of Employment. — Geneva : ILO, 2015.
33. Restatement of Labour Law in Europe / B. Waas, G. H. van Voss (eds.). — Oxford : Hart Publishing, 2017. — Vol. 1 : The Concept of Employee.
34. Restatement of Labour Law in Europe / B. Waas, G. H. van Voss (eds.). — Oxford : Hart Publishing, 2018. — Vol II : Atypical employment.
35. Risak M., Dullinger T. The concept of ‘worker’ in EU law: Status quo and potential for change. — Brussels : European trade Union Institute (ETUI), 2018. — 68 p.

Материал поступил в редакцию 17 сентября 2018 г.

REMOTE WORK: THE EXPERIENCE OF THE EUROPEAN UNION AND THE PROBLEMATIC ASPECTS OF ITS LEGAL STATUS IN RUSSIA

LYUTOV Nikita Leonidovich – Doctor of Law, Head of the Department of Labour Law and Social Security Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
nlljutov@msal.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The article examines the issues of legal regulation of the remote work in the context of the transformation of employment relations’ nature in the modern world, and the phenomena of the atypical work arrangements. The article deals with the European Union legal framework concerning the remote work. In particular, the 2002 European Framework Agreement on Telework is discussed from point of view of possible borrowing of legal norms into the Russian law. The more recent European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (Eurofound) study on the new forms of work dealing with the so-called ICT-based mobile work is also discussed. Further, the author makes a critical evaluation of current Russian legal norms covering the remote work. The defects of Chapter 49.1 of the Labour Code of the Russian Federation are discussed from point of view of improvement of the Russian law on the matter.*

In particular, the author proposes to deal with the following problematic issues of remote work regulation in Russia: the impossibility to conclude the employment contract for partially remote work; the necessity to protect the remote employees’ private life outside of their working time by establishing the right to be offline and unavailable to employer’s calls; unreasonably hard requirement concerning the ‘enhanced qualified electronic signature’ which is due in the process of conclusion of employment contract and mutual notifications by its parties; lack of norms providing for the collective labour rights of the remote workers; the possibility to dismiss remote worker on the grounds established in the employment contract, which seriously deteriorates the position of such workers compared to other employees without any objective reason; lack of legal regulation of the transnational remote employment, etc.

Keywords: *employment relations; atypical employment; remote work; labour rights*

REFERENCES

1. *Bizyukov P.V.* Praktiki regulirovaniya trudovykh otnosheniy v usloviyakh neustoychivoy zanyatosti [Regulatory practices in the context of precarious employment]. Moscow, Center for Social and Labor Rights, 2013. (In Russian).
2. *Bobkov V.N., Kvachev V.G., Loktyukhina N.V.* Neustoychivaya zanyatost: ekonomiko-sotsiologicheskiiy genезis ponyatiya [Precarious employment: economic and sociological origins of the concept]. *Proceedings of Voronezh State University. Series: Economics and Management*. 2016. No. 4. P. 81—86. (In Russian).
3. *Brown E. A.* Ponyatie netipichnoy zanyatosti i klassifikatsiya ee vidov [The concept of nontypical employment and classification of types thereof]. *Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom [Labor Law in Russia and Abroad]*. 2014. No. 3. P. 11—15. (In Russian).
4. *Vasilyeva Yu. V., Shuraleva S. V.* Soderzhanie trudovogo dogovora o distantsionnoy rabote: teoreticheskie aspekty [The content of the remote work employment contract: theoretical aspects]. *Perm University Herald. Juridical Sciences*. 2015. Vol. 2 (28). P. 88—97. (In Russian).
5. *Yu.V. Vasilyeva, Shuraleva S.V., Brown E. A.* Pravovoe regulirovanie distantsionnoy raboty: problemy teorii i praktiki: monografiya [Legal regulation of remote work: challenges of theory and practice: monograph]. Perm, Perm State Research University Press, 2016. (In Russian).
6. *Gerasimova E. S.* Distantsionnaya i nadomnaya rabota: otlichiya [Remote and home-based work: Differences]. *Kadrovik*. 2013. No. 10. P. 16—21. (In Russian).
7. *Gimpelson V., Kapelyushnikov R.* Nestandardnaya zanyatost [Precarious employment]. *Voprosy trudovogo prava [Labor Law Issues]*. 2006. No. 9. (In Russian).
8. *Zakalyuzhnaya N.V.* Distantsionnaya rabota i skhozhie pravootnosheniya [Remote work and similar legal relations]. *Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki [Law. Journal of the Higher School of Economics]*. 2015. No. 2. P. 76—91. (In Russian).
9. *Zakalyuzhnaya N.V.* Netipichnye trudovye otnosheniya v usloviyakh globalizatsii i modernizatsii ekonomiki [Atypical employment relations in the context of economy globalization and modernization]. *Vestnik Bryanskogo gosudarstvennogo universiteta [Bulletin of the Bryansk State University]*. No. 2. 2015. P. 213—215. (In Russian).
10. *Kiselev I. Ya., Lushnikov A.M.* Trudovoe pravo Rossii i zarubezhnykh stran : uchebnik [Labor Law of Russia and Foreign Countries: A Textbook]. Lushnikova M.V. (ed). 3rd ed., Moscow, 2008. (In Russian).
11. *Korkin A.E.* Pravovoe regulirovanie teleraboty [Legal regulation of telework]. Problemy differentsiatsii v pravovom regulirovanii otnosheniy v sfere truda i sotsialnogo obespecheniya: materialy pyatoy mezhdunar. nauch.-prakt. konferentsii [Problems of differentiation in the legal regulation of relations in the sphere of labor and social security: Proceedings of 5th International Scientific and Practical Conference]. Moscow, 2009. P. 328—336. (In Russian).
12. *Kurennoy A. M.* Trud i pravo: trudovoe ili grazhdanskoe? [Labor and Law: Labor or Civil?]. *Korporativnyy yurist [Corporate Lawyer]*. 2005. No. 1. (In Russian).
13. *Lushnikov A.M., Lushnikova M.V.* Trudovye prava v XXI veke: sovremennoe sostoyanie i tendentsii razvitiya : monografiya [Labour rights in the 21st century: Contemporary State and development tendencies: A Monograph]. Moscow. (In Russian).
14. *Lushnikova M.V.* Yuridicheskaya konstruktsiya trudovogo dogovora: traditsii i novatsii [Legal construction of an employment contract: traditions and innovations]. *Rossiyskiy ezhegodnik trudovogo prava [Russian Yearbook of Labor Law]*. 2005. No. 1. P. 99—131. (In Russian).
15. *Lyutov N. L.* Priznaki trudovogo pravootnosheniya: mezhdunarodnye normy i rossiyskaya sudebnaya praktika [Elements of Employment Relationship: International Regulations and Russian Court Practice]. *Trudovoe pravo v rossii i za rubezhom [Labor Law in Russia and Abroad]*. 2016. No. 4. P. 7—11. (In Russian).
16. *Motsnaya O. V.* Netipichnaya trudovaya zanyatost: nekotorye problemy teorii i praktiki :avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk [Atypical employment: some challenges in theory and practice: Abstract of the PhD Thesis]. Moscow, 2009. (In Russian).
17. Neustoychivost zanyatosti: mezhdunarodnyy i rossiyskiy konteksty budushchego sfery truda [Employment Instability: International and Russian Contexts of the Future of the World of Work]. Moscow, Real Print, 2017. (In Russian).



18. *Nushtaykina K.V.* Realizatsiya prava rabotnikov na sotsialnoe partnerstvo v usloviyakh distantsionnogo truda [Realization of the right of workers for social partnership in the conditions of the remote work]. *Perm University Herald. Juridical Sciences*. 2013. Vol. 3 (21). P. 152—156. (In Russian).
19. *Orlovsky Yu.P.* Trudovoe zakonodatelstvo: aktualnye voprosy, kommentarii, razyasneniya [Labor Laws: Actual issues, comments, explanations]. Moscow, Yurait Publ., 2014. (In Russian).
20. *Radevich E.R.* Kriterii razgranicheniya otraslevoy prirody otnosheniy v sfere truda: sravnitel'no-pravovoy analiz [Criteria of Differentiation of Employment Contracts from Civil Law Contracts: The Comparative-Legal Analysis]. *Rossiyskiy ezhegodnik trudovogo prava [Russian Yearbook of Labor Law]*. 2013. No. 8. P. 516—524. (In Russian).
21. *Radevich E. R.* Netipichnaya zanyatost: otrazhenie spetsialnykh trudovykh standartov, zakreplennykh v aktakh mezhdunarodnoy organizatsii truda, v rossiyskom trudovom zakonodatelstve [Atypical employment: Reflection of Specific Labor Standards Enshrined In the Acts of the International Labor Organization in the Russian Labor Laws]. *Mezhdunarodnye trudovye standarty i rossiyskoe trudovoe pravo: perspektivy koordinatsii [International Labor Standards and Russian Labor Law: Prospects for Coordination]*. S. Yu. Golovina, N. L. Lyutova (eds). Moscow, Norma Publ., 2016. (In Russian).
22. Spetsifika regulirovaniya truda otdelnykh kategoriya rabotnikov : uchebnoe posobie dlya magistrrov [The specifics of labor regulation of certain categories of workers: A Textbook for Students of Master's Programmes]. N. L. Lyutov, I. S. Tsykina (eds). Moscow, Prospect Publ., 2018. (In Russian).
23. *Standing G.* Prekariat: novyy opasnyy klass. [Prekariat: A New Dangerous Class]. Moscow. Ad Marginem, 2015. (In Russian).
24. *Tarusina N.N.*, Lushnikov A.M., Lushnikova M.V. Sotsialnye dogovory v prave : monografiya [Social Contracts in Law: Moscow. Prospekt Publ., 2017. (In Russian).
25. *Tomashevsky K. L.* Kompyuternoe nadomnichestvo (telerabota) kak odna iz gibkikh form zanyatosti v xxi veke [Computer homework (telework) as one of the flexible forms of employment in the 21st century]. *Trudovoe pravo v rossii i za rubezhom [Labor Law in Russia and Abroad]*. 2011. No. 3. P. 32—36. (In Russian).
26. *Shabanova M.A.* Osobennosti pravovogo regulirovaniya netipichnykh trudovykh dogovorov : dis. ... kand. yurid. nauk [Intricacies of the Legal Regulation of Atypical Labor Contracts: Abstract of the PhD Thesis. Yaroslavl, 2008. (In Russian).
27. *Shuraleva S.V.* Regulirovanie distantsionnoy raboty s inostrannym elementom v epokhu globalizatsii: vzglyad s pozitsiy trudovogo prava rossii [Regulation of telework with a foreign element in the globalization era: The view from the standpoint of labor law in Russia]. *Perm University Herald. Juridical Sciences*. 2014. Vol. 3 (25). P. 156—163. (In Russian).
28. *Allmendinger J.*, Hipp L., Stuth S. Atypical Employment in Europe 1996–2011. Berlin: WZB. Discussion Paper. 2013 URL: <https://bibliothek.wzb.eu/pdf/2013/p13—003.pdf>.
29. Eurofound. New forms of employment. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2015. — 168 p. — URL: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1461en.pdf.
30. Eurofound. Telework in the European Union. Dublin: Eurofound, 2010. URL: <https://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1433&context=intl>.
31. *Gerasimova E.*, Korshunova T., Chernyaeva D. New Russian Legislation on Employment of Teleworkers: Comparative Assessment and Implications for Future Development. *Pravo. Zhurnal vysshey shkoly ekonomiki [Law. Journal of the Higher School of Economics]*. 2017. No. 2. P. 124—128.
32. International Labor Office. Non-Standard Forms of Employment. — Geneva: ILO, 2015.
33. Restatement of Labor Law in Europe / B. Waas, G. H. van Voss. — Hart Publishing, 2018. — Vol II: Atypical employment.
34. Restatement of Labor Law in Europe / B. Waas, G. H. van Voss (eds.) — Oxford: Hart Publishing, 2017. — Vol.1 : The Concept of Employee.
35. *Risak M.*, *Dullinger T.* The concept of 'worker' in EU law: Status quo and potential for change. — Brussels : European Trade Union Institute (ETUI), 2018. — 68 p.

С. В. Нарутто*

ОПРЕДЕЛЕННОСТЬ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА КАК ГАРАНТИЯ ПРАВ И СВОБОД ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА В КОНСТИТУЦИОННО- СУДЕБНОЙ ДОКТРИНЕ

Аннотация. В статье рассматриваются вопросы, связанные с правовой определенностью, которая, по мнению автора, является одним из существенных условий конституционности законодательства, а также естественным правом человека.

Обращается внимание на то, что неопределенность не всегда является дефектом законодательства, а в ряде случаев служит своеобразным методом правового регулирования, поскольку предоставляет свободу правоприменителю для использования в конкретной ситуации гибкости правового регулирования с целью достижения оптимального результата.

Однако чаще всего отсутствие определенности воспринимается как дефект законодательства, поскольку влечет противоречивую и произвольную правоприменительную практику, приводящую к нарушению прав, свобод и законных интересов граждан. В статье обосновывается данный вывод.

Автор раскрывает содержание определенности законодательства с точки зрения юридической техники сквозь призму правовых позиций Конституционного Суда РФ.

Делается вывод о том, что неоднозначность и несогласованность юридических конструкций чаще всего обусловлена увеличением в нормативном материале количества научных терминов, специальных выражений, постоянным наращиванием общего количества актов «поправочного» характера. Предлагается наделить правом законодательной инициативы не отдельных депутатов, а группы депутатов количеством не менее 25. Наряду с этим, правом законодательной инициативы целесообразно наделить такие юридически состоятельные органы, как Уполномоченный по правам человека в РФ, Генеральный прокурор.

Автор обращается к вопросу о том, что, несмотря на профицит законодательного регулирования, часть важных общественных отношений остается неурегулированной своевременно, что приводит к нарушению прав и свобод граждан, невозможности реализации норм Конституции. Анализируется практика Конституционного Суда РФ, помогающая преодолеть правовую неопределенность, исправить дефекты законодательства, однако, по мнению автора, это не способствует авторитету законодателя и закона.

Ключевые слова: определенность законодательства, принцип, естественное право человека, конституционность, судебная практика, Конституционный Суд, доверие граждан, нормативная достаточность, пробел.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.143.10.040-049

© Нарутто С. В., 2018

* Нарутто Светлана Васильевна, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры конституционного и муниципального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), почетный работник высшего образования России
svetananarutto@yandex.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Как известно, основополагающим признаком нормы права является ее формальная определенность, которая включает не только внешнюю, но и внутреннюю определенность, проявляющуюся в содержании, объеме прав и обязанностей, в четких указаниях на последствия нарушения нормы¹. Нормы права излагаются сжатым, четким, недвусмысленным юридическим языком. Точность, определенность содержания обеспечивает единообразие толкования и реализации правовых норм, а также соблюдение конституционного принципа равенства всех перед законом и судом. Правовая определенность законодательства — это ясность в понимании конкретных прав и обязанностей в правоотношении. Возможность иметь точное представление о своем юридическом статусе является одним из естественных прав человека, имеющим нравственную природу и выражающим уважение к достоинству человека и способствует его нравственному совершенствованию².

Именно в обеспечении определенности и устойчивости, стабильности, равновесия и гармонии заключается социальная ценность права, а также предсказуемость законодательной политики³, уверенность в устойчивости, стабильности государственной политики, поддержание доверия граждан к закону и действиям власти⁴. Законоположения, не отвечающие критериям четкости, ясности, доступности, стабильности, порождают противоречивую правоприменительную практику, создают возможность их неоднозначного истолкования и произвольного применения и тем самым ведут к нарушению конституционных гарантий государственной, в том числе судебной, защиты

прав, свобод и законных интересов граждан, гарантированных Конституцией.

О вреде «неясности», «неконкретности», «темноты нормы» говорили еще дореволюционные ученые⁵. Так, Е. В. Васьяковский отмечал, что неясность правовой нормы — явление крайне негативное, что серьезно сказывается на качестве правового регулирования общественных отношений. По его выражению, «основным принципом правового строя современных культурных государств является принцип закономерности управления», выраженный в ст. 84 Основных законов 1906 г.: «Империя Российская управляется на твердых основаниях законов, изданных в установленном порядке». Для того чтобы законы применялись именно в том смысле, какой имел в виду законодатель, и для обеспечения равенства всех граждан перед лицом закона (ст. 85 Основных законов) необходимо, чтобы судьи и органы администрации понимали законы правильно и притом одинаково⁶. А для этого, естественно, важны точные и определенные правила, записанные в этих законах.

Правовая определенность является одним из существенных условий конституционности законодательства. Для законодателя, как справедливо отмечает Н. С. Бондарь, требование определенности правовых норм — это важная цель и одновременно показатель качества, эффективности законотворческой деятельности⁷. Конституционный Суд РФ неоднократно отмечал, что из принципов правового государства и справедливости вытекает обращенное к законодателю конституционное требование формальной определенности, непротиворечивости, ясности правового регулирования⁸. При этом Суд указал, что когда толкование нормы

¹ Рахматуллина З. З. Неопределенность правовой нормы как технико-юридический прием правотворчества // Правотворчество в Российской Федерации: проблемы теории и практики : материалы науч.-практ. конференции, состоявшейся 13—16 апреля 2009 г. в Российской академии правосудия / отв. ред. В. М. Сырых, М. А. Занина. М. : Российская академия правосудия, 2010. С. 376.

² Романец Ю. Правовая определенность или безнаказанность? // ЭЖ-Юрист. 2011. № 49. С. 6.

³ Пантелеев Б. Правовая определенность или непредсказуемость? // ЭЖ-Юрист. 2012. № 11. С. 1, 5.

⁴ См.: Интервью с В. Д. Зорькиным, председателем Конституционного Суда РФ // Законодательство. 2008. № 12.

⁵ См. об этом: Власенко Н. А. Разумность и определенность в правовом регулировании : монография. М. : Инфра-М, 2017. С. 57.

⁶ Васьяковский Е. В. Учение о толковании и применении гражданских законов : Цивилистическая методология. Одесса : Экономическая тип., 1901. Ч. 1. С. 238.

⁷ Бондарь Н. С. Правовая определенность — универсальный принцип конституционного нормоконтроля (практика Конституционного Суда РФ) // Конституционное и муниципальное право. 2011. № 10. С. 4—10.

⁸ См., например: постановление Конституционного Суда РФ от 25 апреля 2018 г. № 17-П по делу о проверке конституционности п. 2 примечаний к ст. 264 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с запросом Ивановского областного суда // URL: <http://www.pravo.gov.ru>. 27.04.2018.

права официальными актами государственных, в том числе судебных, органов не устраняет — вследствие наличия разных вариантов ее интерпретации — неясность правового регулирования, при решении вопроса о том, какой из этих вариантов предпочтителен для определения прав и обязанностей участников соответствующих правоотношений, необходимо руководствоваться конституционными принципами равенства и справедливости, а также требованиями формальной определенности правовых норм, с тем чтобы избежать отступления от универсальных начал законодательного регулирования и правоприменения, вытекающих из ч. 1 ст. 1, ст. 18, ч. 1 и 2 ст. 19, ч. 1 и 2 ст. 46, ч. 3 ст. 55 Конституции РФ⁹.

Конечно, нормы права имеют обобщенный характер, это своеобразная модель, образец поведения, определяющий наиболее существенные признаки, абстрагированные от несущественных частных¹⁰. Например, в ч. 1 ст. 19 Конституции РФ закреплено: «Все равны перед законом и судом». Слово «все» предполагает распространение действия Конституции на неопределенно широкий круг субъектов. Но означает ли это «все без исключения»? Нет, законодатель установил исключения из этого правила относительно привлечения к ответственности некоторых категорий лиц: президента, парламентариев, дипломатов, судей и др. Следовательно, не всегда неопределенность — это дефект законодательства, его неполнота, недосказанность и непоследовательность. Нередко законодательная неопределенность рассматривается как необходимый метод регулирования, позволяющий на практике в конкретной ситуации использовать гибкость правового регулирования для достижения оптимального результата.

О проблемах нормативной «достаточности» рассуждают не только современные юристы.

Например, известный русский юрист Н. М. Коркунов признавал, что силу закона имеет и то, что в нем прямо сказано, и то, что логически вытекает из сказанного. Вместе с тем он утверждал, что «редкий законодательный акт есть цельное выражение единой мысли. Если же единства логического нельзя найти в самом законодательстве, его приходится приписывать суду самостоятельно»¹¹.

Думается, что грань между такой «положительной» неопределенностью и «дефектной» весьма зыбкая. Неопределенность скорее применима в гражданско-правовых отношениях, нежели в публичных, между гражданином и органом власти, между органами различных уровней власти, когда требуется четкое регулирование полномочий, источников и порядка финансирования и пр. Неслучайно Конституционный Суд распространяет требование правовой определенности на все отрасли, институты и сферы правового регулирования с участием как индивидуальных, так и коллективных субъектов, носителей публичной власти, на публично-территориальные образования и т.д.¹² Как верно отмечает С. С. Алексеев, «большинство правовых предписаний изначально нацелены регламентировать общественные отношения “с исчерпывающей конкретностью и полнотой”»¹³.

Современное законодательство имеет довольно часто «поправочный характер». При этом значительная часть таких законов не имеет самостоятельного предмета и лишь вносит изменения и дополнения в ранее принятые законы, а потому не всегда согласуется с существующей концепцией закона. Законодательство страдает неопределенностью правовых предписаний — неоднозначностью, «размытостью» формулировок, отсутствием единообразия в употреблении юридических терминов в системе законодательства, отсутствием механизма реализации закрепленных норм.

⁹ Постановление Конституционного Суда РФ от 19 апреля 2018 г. № 16-П по делу о проверке конституционности ч. 5 ст. 36 Федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам военной службы в органах военной прокуратуры и военных следственных органах Следственного комитета Российской Федерации» в связи с запросом Северо-Кавказского окружного военного суда // Российская газета. 2018. 25 апреля. № 88.

¹⁰ См. об этом: *Рахматуллина З. З.* Указ. соч. С. 377.

¹¹ Цит. по: *Слесарев А. В.* Судебно-арбитражное толкование норм гражданского права. М.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр-Пресс», 2005. С. 17.

¹² *Бондарь Н. С.* Правовая определенность — универсальный принцип конституционного нормоконтроля (практика Конституционного Суда РФ) // Конституционное и муниципальное право. 2011. № 10. С. 4—10.

¹³ См.: *Алексеев С. С.* Общая теория права: в 2 т. М., 1982. Т. 2. С. 73.

Игнорирование принципа правовой определенности влечет лексико-терминологическую неоднозначность законодательства, становится причиной различного решения одинаковых юридических случаев, т.е. вносит разноречивость и путаницу, неравенство в социальный порядок. Например, в отношении административной ответственности Конституционный Суд РФ неоднократно отмечал в своих многочисленных решениях, что, закрепляя основания ответственности и формулируя составы административных правонарушений, законодатель должен избегать неточного, неясного и противоречивого нормативного регулирования, лишаящего адресатов запрета возможности однозначно и адекватно оценить характер своих действий (бездействия) и последствия их совершения. Иное было бы несовместимо с конституционными требованиями правового государства, верховенства закона и юридического равенства, так как не только не исключало, а, напротив, способствовало бы произвольному правоприменению и, как следствие, необоснованному ограничению прав и свобод граждан и их объединений¹⁴.

Увеличение в нормативном материале количества научных терминов, специальных выражений, постоянное наращивание общего количества актов расширяют диапазон возможностей неоднозначных и несогласованных юридических конструкций. В практике нередко встречаются недостаточно технически проработанные нормативные правовые акты, содержащие неточные и расплывчатые предписания, противоречия и пробелы. Это связано с неоправданной поспешностью разработки новых актов, пренебрежительным отношением к юридической технике.

Неслучайно в последнее время Конституционный Суд РФ стал признавать нормы законов соответствующими Конституции в определенном им конституционно-правовом смысле и наряду с этим «настойчиво рекомендовать» законодателю изменить закон.

Так, проверяя конституционность Федерального закона «О внесении изменений в отдель-

ные законодательные акты Российской Федерации по вопросам военной службы в органах военной прокуратуры и военных следственных органах Следственного комитета Российской Федерации», Суд указал, что федеральному законодателю *надлежит незамедлительно* принять меры по устранению неопределенности нормативного содержания положения о завершении до 1 января 2017 г. исполнения возникших до дня вступления в силу данного Закона обязательств финансово-экономического и социального характера перед военнослужащими органов военной прокуратуры и военных следственных органов Следственного комитета РФ, в том числе по обеспечению их жилыми помещениями. При этом законодателю надо иметь в виду необходимость создания надлежащих организационно-правовых механизмов, обеспечивающих своевременное предоставление служебных жилых помещений нуждающимся в них военнослужащим (постановление Конституционного Суда РФ от 19 апреля 2018 г. № 16-П).

В другом деле Суд также отметил: «Федеральному законодателю *надлежит* — исходя из требований Конституции Российской Федерации и с учетом основанных на них правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации, выраженных в настоящем постановлении, — *незамедлительно* принять меры по устранению неопределенности нормативного содержания ч. 3 ст. 43 Федерального закона «Об охоте и о сохранении охотничьих ресурсов и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» в вопросе о том, на ком из участников отношений в сфере охотничьего хозяйства и сохранения охотничьих ресурсов лежит обязанность приобретения лекарственных средств ветеринарного назначения для проведения противозoonотических мероприятий по защите охотничьих ресурсов от болезней в закрепленных охотничьих угодьях»¹⁵.

Нередко в Конституционный Суд для устранения неопределенности закона в целях защиты прав граждан обращается Уполномоченный по правам человека в РФ. Например, в деле в связи

¹⁴ Определение Конституционного Суда РФ от 24 сентября 2013 г. № 1397-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы администрации муниципального образования «Город Новодвинск» на нарушение конституционных прав и свобод ч. 1 ст. 1.4, ч. 1 и 2 ст. 2.1, ст. 2.10 и ч. 1 ст. 17.15 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях // Документ официально не опубликован. СПС «КонсультантПлюс».

¹⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 30 марта 2018 г. № 14-П по делу о проверке конституционности ч. 3 ст. 43 Федерального закона «Об охоте и о сохранении охотничьих ресурсов и о внесении из-

с жалобой Уполномоченного о проверке конституционности законоположения, устанавливающего административную ответственность за нарушение иностранным гражданином или лицом без гражданства правил пересечения Государственной границы Российской Федерации, Суд подтвердил неопределенность действующего нормативного регулирования, позволяющего привлекать к административной ответственности за нарушение правил пересечения Государственной границы на одном лишь формальном основании отсутствия у иностранного гражданина визы с неистекшим сроком действия, а также отказывать ему в связи с этим в пропуске через Государственную границу Российской Федерации на выезд. Суд обосновал свое решение требованием соблюдения соразмерности ограничения прав и свобод как гарантии от слишком широкого толкования условия о «мере необходимости» (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ)¹⁶.

По жалобе Уполномоченного по правам человека в РФ рассматривалось резонансное дело, связанное с «иностранцами агентами» и минимальными размерами административного штрафа для должностных лиц в сумме 100 тыс. руб. и для юридических лиц в сумме 300 тыс. руб. Конституционный Суд РФ признал отдельные положения КоАП РФ неконституционными, указав законодателю, что при закреплении как составов административных правонарушений, так и мер ответственности за их совершение следует исходить из характера правонарушений, их опасности для находящихся под защитой закона ценностей, причин и условий их совершения, а также личности правонарушителя и степени его вины, с тем чтобы гарантировать адекватность (соразмерность)

порождаемых последствий для лица, привлекаемого к административной ответственности, тому вреду, который причинен в результате административного правонарушения, не допуская избыточного государственного принуждения и обеспечивая баланс основных прав¹⁷. Это решение Суда, наряду с некоторыми другими, предопределило реформирование административного процесса на основе развития более гибких, вариативных и дифференцированных подходов к реализации административной ответственности¹⁸.

Анализ позиций Конституционного Суда РФ позволяет утверждать, что содержание правовой определенности законодательства с точки зрения юридической техники включает в себя:

- точность и определенность формулировок, выражений и отдельных терминов нормативных правовых актов (НПА);
- ясность и доступность языка НПА для адресатов, на которых они распространяют свое действие;
- полноту и конкретность регулирования, отсутствие декларативности НПА;
- использование апробированных, устоявшихся терминов и выражений, имеющих широкое хождение.

Помимо этого, содержание правовой определенности охватывает:

- недопустимость придания новым законам обратной силы;
- отсутствие в НПА положений, не отвечающих законным ожиданиям человека;
- сбалансированность частных и публичных интересов в НПА;
- непротиворечивость НПА и отсутствие в них коллизий и пробелов;

менений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» в связи с жалобой некоммерческого партнерства «Спортивно-охотничий клуб "Румелко-Спортинг"» // СЗ РФ. 2018. № 15. Ч. 5. Ст. 2238.

¹⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 16 февраля 2016 г. № 4-П по делу о проверке конституционности положений ч. 2 ст. 18.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, ст. 11 Закона Российской Федерации «О Государственной границе Российской Федерации» и ст. 24 Федерального закона «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию» в связи с жалобами Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации и гражданина Федеративной Республики Нигерия Х. Э. Увангве // СЗ РФ. 2016. № 9. Ст. 1307.

¹⁷ Постановление Конституционного Суда РФ от 8 апреля 2014 г. № 10-П по делу о проверке конституционности положений п. 6 ст. 2 и п. 7 ст. 32 Федерального закона «О некоммерческих организациях», части шестой ст. 29 Федерального закона «Об общественных объединениях» и ч. 1 ст. 19.34 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобами Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации, фонда «Костромской центр поддержки общественных инициатив», граждан Л. Г. Кузьминой, С. М. Смирнского и В. П. Юкечева // СЗ РФ. 2014. № 16. Ст. 1921.

¹⁸ Бондарь Н. С., Джагарян А. А. Правосудие: ориентация на Конституцию : монография. М. : Норма, Инфра-М, 2018. С. 104.

- недопустимость внесения произвольных изменений в действующие НПА;
- предсказуемость законодательной политики.

В отношении последнего пункта можно привести ряд примеров необдуманных, нелепых депутатских инициатив: официальный откуп от службы в армии за 1 млн руб.; обязательная видеосъемка всех медицинских операций; запрет навигаторов как предметов, мешающих обзору; возвращение к летоисчислению по старому стилю, переход на юлианский календарь; установка видеокамер в кабинетах чиновников в целях борьбы с коррупцией; лишение гражданства женщин, вышедших замуж за иностранцев; отмена алиментов на внебрачных детей, если мужчина не давал письменного обязательства содержать ребенка; ввод на телевидении ограничения на плохие новости (не больше 10 % времени выпуска новостей); выдача всем депутатам, отработавшим в Госдуме полные 4 года, диплома о высшем юридическом образовании; ограничение производства и продажи одноразовых мангалов; запрет суррогатного материнства и пр.

В Государственной Думе рассматривалось три законопроекта «О пчеловодстве» — в 1997—1999 и 2015—2017 гг. Первый был принят обеими палатами, но Президент РФ «юмора не понял» и наложил вето на закон¹⁹. Вторым и третьим проектами, описывающими, на какой высоте ставить ульи, предоставившие гражданам или юридическим лицам, «упустившим пчелиный рой, право на его возврат в случае непрерывного его преследования», закрепившие за органами местного самоуправления поселений и городских округов осуществление мониторинга пчелиных семей, находящихся в собственности у пчеловодов, рассматривались Госдумой в течение 2 лет. Но их не поддержали не только Правительство РФ, Счетная палата, но и Правовое управление Аппарата Государственной Думы, указав, что необходимые нормы мож-

но вносить в уже действующие нормативные правовые акты²⁰.

Как известно, в соответствии с Конституцией в России существует более 700 субъектов права законодательной инициативы, что «не дает государству выстраивать четкое, логичное и системное правовое поле, а без этого поля невозможно в полном объеме защищать права граждан, юридических лиц и самого государства»²¹. Представляется целесообразным сократить их количество, наделив правом вносить законопроекты не отдельных депутатов, а их группы количеством не менее 25. Наряду с этим, правом законодательной инициативы целесообразно наделять такие юридически состоятельные органы, как Уполномоченный по правам человека в РФ, Генеральный прокурор.

Можно привести достаточно много примеров действующих некачественных и непроработанных законодательных актов. Например, Федеральный закон от 26 декабря 2008 г. № 294-ФЗ (в ред. от 27 ноября 2017 г.) «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» ограничил применение плановых государственных и муниципальных проверок, поставив их планирование под надзор прокуратуры (ч. 6 ст. 9), но вместе с тем никак не ограничил внеплановые проверки. Об этой проблеме в сфере контрольно-надзорной деятельности шла речь на встрече Президента РФ с женщинами-предпринимателями в Самаре 7 марта 2018 г., которые жаловались на рейдерство под эгидой контроля, недобросовестную конкуренцию, давление со стороны правоохранительных органов²². К этому привело отсутствие четких критериев для внеплановых проверок.

В Послании Президента РФ Федеральному Собранию от 1 марта 2018 г. эта тема тоже затрагивалась, в частности отмечалась необходи-

¹⁹ Письмо Президента РФ от 17 декабря 1998 г. № Пр-1642 «Об отклонении Федерального закона “О пчеловодстве”» // СПС «КонсультантПлюс».

²⁰ См.: паспорт проекта федерального закона № 861659-6 «О пчеловодстве» (в части установления общих принципов правового регулирования, организации и осуществления пчеловодства) (внесен депутатами Государственной Думы ФС РФ Г. А. Зюгановым, А. П. Тарнаевым, О. А. Лебедевым, К. К. Тайсаевым) (снят с рассмотрения); паспорт проекта федерального закона № 869166-6 «О пчеловодстве» (внесен депутатами Государственной Думы ФС РФ В. В. Семеновым, И. К. Сухаревым, К. И. Черкасовым, О. Д. Валенчуком, А. А. Ищенко, Н. С. Валуевым, Р. М. Марданшиным, А. А. Ремезковым) (снят с рассмотрения) // СПС «КонсультантПлюс».

²¹ Крашенинников П. В. Закон и законотворческий процесс. М.: Статут, 2017. С. 112.

²² URL: <http://kremlin.ru/events/president/news/56998>.

мость сведения разного рода проверок к минимуму. Присутствие контролеров, по мнению Президента РФ, оправданно только на объектах с повышенным риском. В остальных случаях должны использоваться дистанционные методы контроля. В течение двух лет необходимо перевести всю систему контроля и надзора на риск-ориентированный подход²³.

Секретариат Конституционного Суда подготовил информацию о дефектах нормотворчества, выявленных Конституционным Судом РФ при разрешении дел о конституционности соответствующего нормативного регулирования. Помимо конкретных законодательных дефектов (пробел, отсутствие механизма реализации нормы, отсутствие сроков и критериев, отсутствие гарантий, отсутствие в системе действующего правового регулирования четкого и непротиворечивого правового механизма возмещения вреда, отсутствие понятийного аппарата и т.д.), были выявлены нарушения принципов права. Суд подчеркнул, что дефекты законодательного регулирования носят системный характер.

Несмотря на профицит законодательного регулирования, часть важных общественных отношений остается неурегулированной своевременно, в связи с чем актуален призыв судьи Конституционного Суда РФ в отставке Б. С. Эбзеева: «Отцы-законодатели, урегулируйте эту сферу отношений, поскольку в результате вашего молчания либо образуется недопустимый пробел и, по существу, в какой-то части не действует Конституция, либо складывается ситуация, которая не может быть терпима»²⁴.

В судебной практике пробелы в законодательстве встречаются примерно в 67,6 % случаев, причем наиболее пробельной является сфера обеспеченности федерального законодательства мерами юридической ответственности. Остается до конца неясным и вопрос о том, каковы пределы применения аналогии в различных отраслях права, допустима ли аналогия в арбитражном и уголовном процессе²⁵.

Воспринимая пробел как упущение законодателя, недостаток продукта его деятельности — закона, его изъян, Конституционный Суд РФ с начала своей деятельности стал признавать неконституционными нормы, не отве-

чающие критерию правовой определенности, включая пробельность. Например, Суд указал, что положение ЖК РФ о праве нанимателя на вселение других граждан в занимаемое им жилое помещение «в установленном порядке» носит бланкетный характер. Неопределенность его юридического содержания, по мнению Суда, не позволяет ответить на вопрос, *какой орган и каким актом* должен устанавливать этот порядок, и порождает произвольное понимание того, что он означает по своему существу, позволяет органам власти субъектов Российской Федерации устанавливать его по собственному усмотрению, что может привести к нарушению конституционного права граждан на жилище и произвольному лишению их жилища.

Другой пример. У гражданина Республики Корея в период нахождения на территории России был выявлен туберкулез легких. В ходе лечения мужчине была предложена ампутация легкого. Он отказался, уехал на лечение, где прошел курс интенсивной терапии, и его состояние стало удовлетворительным, не представляющим опасности для окружающих. После получения медицинского заключения он обратился в Тверской районный суд Москвы с заявлением об отмене решения Роспотребнадзора о нежелательности его пребывания в России в связи с выявлением у него туберкулеза. Суд в иске отказал. В законе не было предусмотрено такое основание — излечение. Конституционный Суд отметил, что излечение от туберкулеза может стать основанием для отмены решения о нежелательности пребывания иностранного гражданина на территории России. Суд также обязал законодателей внести изменения в действующее законодательство, в том числе предусмотреть порядок приостановления решения о нежелательности пребывания.

Еще пример. В 2015 г. Конституционный Суд признал неконституционным положение Лесного кодекса РФ о возмещении вреда от загрязнения леса из-за разлива нефти. Причина — неопределенность правил возмещения вреда, которая порождает произвольное применение. Суд указал, что федеральные органы власти должны незамедлительно принять меры к устранению неопределенности. При этом Суд

²³ Российская газета. 2018. 2 марта. № 46.

²⁴ Материалы II Всероссийской научно-практической конференции «Мониторинг правового пространства и правоприменительной практики». М., 2005. С. 69.

²⁵ Занина М. А. Указ. соч. С. 345.

указал, как применять эти нормы, в том числе судам, до момента внесения изменений в регулирование.

По статистике около 40 % обращений граждан в Конституционный Суд касаются пробелов в нормативно-правовом регулировании по вопросам организации судебной власти, гражданского права и процесса, уголовного права и процесса.

Конечно, судебная практика помогает преодолеть правовую неопределенность, исправить дефекты законодательства с целью соблюдения

прав и свобод человека, однако это не способствует авторитету законодателя и закона.

Подытоживая вышеизложенное, еще раз отметим, что принцип правовой определенности сегодня, как и раньше, должен рассматриваться учеными как естественное право человека: «Право на определенность правовых норм есть одно из самых неотъемлемых прав человеческой личности, какое только себе можно представить; без него, в сущности, вообще ни о каком “праве” не может быть речи»²⁶.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Алексеев С. С.* Общая теория права : в 2 т. — М., 1982. — Т. 2.
2. *Бондарь Н. С.* Правовая определенность — универсальный принцип конституционного нормоконтроля (практика Конституционного Суда РФ) // Конституционное и муниципальное право. — 2011. — № 10. — С. 4—10.
3. *Бондарь Н. С., Джагарян А. А.* Правосудие: ориентация на Конституцию : монография. — М. : Норма, Инфра-М, 2018.
4. *Васьковский Е. В.* Учение о толковании и применении гражданских законов : Цивилистическая методология. — Одесса : Экономическая тип., 1901. — Ч. 1.
5. *Власенко Н. А.* Разумность и определенность в правовом регулировании : монография. — М. : Инфра-М, 2017.
6. Интервью с В. Д. Зорькиным, председателем Конституционного Суда РФ // Законодательство. — 2008. — № 12.
7. *Крашенинников П. В.* Закон и законотворческий процесс. — М. : Статут, 2017.
8. *Пантелеев Б.* Правовая определенность или непредсказуемость? // ЭЖ-Юрист. — 2012. — № 11.
9. *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. — Петроград : Юридический книжный склад «Право», 1917.
10. *Рахматуллина З. З.* Неопределенность правовой нормы — как технико-юридический прием правотворчества // Правотворчество в Российской Федерации: проблемы теории и практики : материалы научно-практической конференции, состоявшейся 13—16 апреля 2009 г. в Российской академии правосудия / отв. ред. В. М. Сырых, М. А. Занина. — М. : Российская академия правосудия, 2010.
11. *Романец Ю.* Правовая определенность или безнаказанность? // ЭЖ-Юрист. — 2011. — № 49.
12. *Слесарев А. В.* Судебно-арбитражное толкование норм гражданского права. — М. : Изд-во Р. Асланова «Юридический центр-Пресс», 2005.

Материал поступил в редакцию 18 мая 2018 г.

²⁶ Цит. по: *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. Петроград : Юрид. книжн. склад «Право», 1917.

CERTAINTY OF LEGISLATION AS A GUARANTEE OF THE RIGHTS AND FREEDOMS OF MAN AND CITIZEN IN A CONSTITUTIONAL AND JUDICIAL DOCTRINE

NARUTTO Svetlana Vasilyevna — Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Honored Worker of Higher Education of Russia
svetanarutto@yandex.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The article deals with the issues related to legal certainty that, in author's view, is one of the essential preconditions for the constitutionality of legislation and the natural human right.*

Attention is drawn to the fact that uncertainty is not always a flaw in the law, and in some cases it serves as a peculiar method of legal regulation, since it provides the law enforcer with discretion to resort to it in a particular instance of flexibility of legal regulation in order to achieve the best result. However, in the vast majority of cases, lack of certainty is perceived as a flaw in the law, since it results in inconsistent and arbitrary law enforcement practices that lead to the violation of the rights, freedoms and legitimate interests of citizens. The article substantiates this conclusion. The author reveals the content of legal certainty in terms of legal technique through the prism of the legal determinations of the Constitutional Court of the Russian Federation. It is concluded that ambiguity and inconsistency of legal constructions is caused by the increase in the number of scientific terms, terms of art in the regulatory acts, and a constant increase in the total number of acts of "corrective" nature. It is proposed to vest the right of legislative initiative not with individual deputies, but with a group of deputies consisting of at least 25 representatives. Along with this, the right of legislative initiative should be given to such legally competent bodies as the Commissioner for Human Rights in the Russian Federation, and the Prosecutor General. The author addresses the issue that, despite excessive legislative regulation, a number of important public relations remain unsettled, which leads to the violation of citizen's rights and freedoms, impossibility of implementing Constitutional norms. The paper analyzes jurisprudence of the Constitutional Court of the Russian Federation that helps overcome legal uncertainty and eliminate the flaws in the legislation. However, in author's view, this does not contribute to the authority of the legislator and the law.

Keywords: *Certainty of legislation, principle, natural human right, constitutionality, jurisprudence, Constitutional Court, citizens' trust, regulatory sufficiency, gap.*

REFERENCES

1. Alekseev S.S. Obschchaya teoriya prava : v 2-h t. [The general theory of law: in 2 vol. Moscow, 1982. Vol. 2. (In Russian).
2. Bondar N. S. Pravovaya opredelennost — universalnyy printsip konstitutsionnogo normokontrolya (praktika Konstitutsionnogo Suda RF) [Legal certainty is a universal principle of constitutional law monitoring (jurisprudence of the Constitutional Court of the Russian Federation)]. *Konstitutsionnoe i munitsipalnoe pravo [Constitutional and Municipal Law]*. 2011.No. 10. P. 4—10. (In Russian).
3. Bondar N.S., Dzhagaryan A.A. Pravosudie:orientatsiya na konstitutsiyu : monografiya [Justice: Сщъшьеуе to the Constitution: Moscow. Norma, Infra-M Publ., 2018. (In Russian).
4. Vaskovsky E.V. Uchenie o tolkovanii i primenenii grazhdanskikh zakonov : Tsivilisticheskaya metodologiya [Treatises on the Interpretation and Application of Civil Laws: Civilistic methodology]. Odessa, Ekonomicheskaya Publ. House, 1901. Part 1. (In Russian).
5. Vlasenko N.A. Razumnost i opredelennost v pravovom regulirovanii : monografiya [Reasonableness and certainty in legal regulation: A Monograph]. Moscow. Infra-M Publ., 2017. (In Russian).
6. Intervyu s V. D. Zorkinym, Predsedatelem Konstitutsionnogo Suda RF [Interview with V. D. Zorkin, President of the Constitutional Court of the Russian Federation]. *Zakonodatelstvo*. 2008. No. 12. (In Russian).
7. Krashennnikov P.V. Zakon i zakonotvorcheskiy protsess [A Law and Law-making Process]. Moscow, Statut Publ., 2017. (In Russian).
8. Panteleev B. Pravovaya opredelennost ili nepredskazuemost? [Legal certainty or unpredictability?]. *EZH-Lawyer*. 2012. No. 11. (In Russian).



9. *Pokrovsky I.A.* Osnovnye problemy grazhdanskogo prava [The main problems of civil law]. Petrograd: Yuridicheskiy knizhnyy sklad «Pravo» [Legal Book Warehouse “Pravo”], 1917. (In Russian).
10. *Rakhmatullina Z. Z.* Neopredelennost pravovoy normy — kak tekhniko-yuridicheskiy priem pravotvorchestva [Uncertainty of the legal norm as a technical-legal method of law-making]. *Pravotvorchestvo v rossiyskoy federatsii: problemy teorii i praktiki : materialy nauchno-prakticheskoy konferentsii, sostoyavsheysya 13—16 aprelya 2009 g. v Rossiyskoy akademii pravosudiya* [Law-making in the Russian Federation: challenges of theory and practice: Proceedings of the Scientific and Practical Conference held on April 13–16, 2009, at the Russian Academy of Justice. V.M. Syrykh, M.A. Zanin (eds.). Moscow. Russian Academy of Justice Press, 2010. (In Russian).
11. *Romanets Yu.* Pravovaya opredelennost ili nepredskazuemost? [Legal certainty or unpredictability?]. *EZH-Lawyer*. 2011. No. 49. (In Russian).
12. *Slesarev A.V.* Sudebno-arbitrazhnoe tolkovanie norm grazhdanskogo prava [Judicial and Arbitrazh Interpretation of Civil Law]. Moscow, R. Aslanov “Yuridicheskiy tsentr-Press” Publishing House, 2005. (In Russian).

Е. С. Гринь*

ОТДЕЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ РЕЗУЛЬТАТОВ ТВОРЧЕСКОГО ТРУДА В СОСТАВЕ СЛОЖНЫХ ОБЪЕКТОВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНЫХ ПРАВ¹

Аннотация. В статье рассматриваются вопросы использования результатов творческого труда в составе сложных объектов интеллектуальных прав в сфере шоу-бизнеса, театрального искусства, дизайна и пр. Автор отмечает необходимость правовой регламентации отдельных объектов творческого труда, которые вошли составной частью в сложный объект. Указывается, что с учетом развития цифровых технологий, зарубежного опыта необходимо проанализировать отечественную практику правовой охраны объектов творческого труда, которые вошли составной частью в сложные объекты (объекты авторских прав и патентных прав), с целью совершенствования правовой охраны авторов, возможности успешной коммерциализации созданных ими результатов интеллектуальной деятельности. Автор статьи приходит к выводу, что в условиях острой конкуренции между производителями (как российскими, так и зарубежными) защита отечественных авторов, способных создавать оригинальные и творческие модели, от копирования и заимствований их работы должна быть приоритетным направлением в поддержке и развитии отрасли легкой промышленности. В статье рассматривается возможность введения дополнительной охраны для промышленных образцов и отмечается, что предложенные механизмы правовой охраны должны соответствовать международным обязательствам Российской Федерации и отвечать международным стандартам защиты подобных изделий. В заключение отмечается, что внимание к правовой охране результатов творческого труда (в частности, к результатам творческого труда в составе сложных объектов интеллектуальных прав) является важным и актуальным для развития отечественной легкой промышленности и коммерциализации результатов творческого труда авторов.

Ключевые слова: сложные объекты интеллектуальных прав, объекты дизайна, результаты интеллектуальной деятельности.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.143.10.050-057

В юридической литературе активно обсуждается вопрос совершенствования законодательства в сфере интеллектуальных прав в отношении результатов творческого труда. Отдельное внимание уделяется результатам,

входящим в состав сложных объектов интеллектуальных прав, используемых в сфере шоу-бизнеса, театрального искусства, дизайна и пр.

В 2018 г. при Роспатенте был создан Консультативный совет по правовой охране дизай-

¹ Исследование выполнено при поддержке гранта Президента РФ для молодых российских ученых — кандидатов наук МК-153.2017.6.

© Гринь Е. С., 2018

* Гринь Елена Сергеевна, кандидат юридических наук, доцент, заместитель заведующего кафедрой интеллектуальных прав Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

esgrin@msal.ru

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

на² и Центр правовой поддержки дизайнеров, поэтому особое внимание было уделено совершенствованию законодательства в данной сфере, в том числе правовому режиму сложных объектов³.

К сложным объектам законодатель относит кинофильм, иное аудиовизуальное произведение, театрально-зрелищное представление, мультимедийный продукт, базы данных (ст. 1240 ГК РФ).

Такие результаты, с одной стороны, представляют собой единое целое (единый объект), а с другой стороны, имеют сложный состав (структуру), образуемый из совокупности разнородных результатов интеллектуальной деятельности. К сложным объектам, которые могут быть созданы в сфере дизайна, относятся, например, аудиовизуальные произведения (п. 1 ст. 1263 ГК РФ). Разновидностями аудиовизуального произведения являются кинематографическое произведение, видеоролик, мультфильм и т.д. В судебной практике отмечается, что стоп-кадр (изображение кадра) из мультипликационного сериала является статичным визуальным воплощением творческого замысла автора произведения и сам по себе, в отрыве от произведения, не обладает признаками объекта авторских прав, в связи с чем не может быть признан самостоятельным результатом творческого труда⁴.

В сфере дизайна также могут использоваться мультимедийные продукты — выраженные в электронной (цифровой) форме объекты авторских прав, которые включают в себя несколько охраняемых результатов интеллектуальной деятельности (таких как программа для ЭВМ, произведения изобразительного искусства, музыкальные произведения и др.) и с помощью компьютерных устройств функционируют в процессе взаимодействия с пользователем⁵. Мультимедийными продуктами могут быть признаны компьютерные игры, виртуаль-

ные музеи, библиотеки, экскурсии, интернет-сайты и т. д. Интернет-сайты являются одними из самых распространенных объектов, используемых в сфере модной индустрии. Через них осуществляется распространение одежды, проводится реклама, видео-показы и пр.

Интернет-сайт — важный объект интеллектуальных прав, который также является результатом творческого труда, используемого в сфере модной индустрии. В настоящее время именно благодаря Интернету стали возможны продажи коллекций дизайнеров и прочей продукции в сфере модной индустрии по всему миру (см., например, интернет-сайты www.macys.com, aizel.ru и пр.).

В качестве примера сложного объекта интеллектуальных прав в сфере дизайна могут рассматриваться театрально-зрелищные представления (ст. 1313 ГК РФ). К ним могут быть отнесены показы модных коллекций, если они отвечают признакам сложных объектов. Такими, например, можно признать показы дизайнера Игоря Гуляева, который в рамках Недели моды в Москве (Mercedes Bens Fashion Week Russsia) создает полноценное зрелищное представление при демонстрации новой коллекции (например, «Немое кино» и пр.)⁶.

В сфере дизайна также могут быть использованы часть произведения, его название, персонаж произведения, если по своему характеру они могут быть признаны самостоятельным результатом творческого труда автора и отвечают требованиям об объективной форме выражения данного объекта (п. 7 ст. 1259 ГК РФ). Персонажи могут быть использованы при производстве модных коллекций (как, например, компанией Bosco используется персонаж Чебурашка для олимпийской символики)⁷.

Название произведения также может являться объектом самостоятельной охраны, если отвечает критериям охраноспособности (названия произведения могут быть использо-

² URL: https://rupto.ru/ru/about/consult/ks_design (дата обращения: 01.06.2018).

³ Одним из научных мероприятий, в рамках которого была затронута тема охраны интеллектуальных прав, стал IV Международный IP-форум (URL: <https://msal.ru/content/nauka/drugie-nauchnye-meropriyatiya/v-mezhdunarodnyy-ip-forum/v-mezhdunarodnyy-ip-forum/> (дата обращения: 01.06.2018)).

⁴ См.: постановление Суда по интеллектуальным правам от 7 апреля 2016 г. № C01-172/2016 по делу № A51-945/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ См.: *Котенко Е. С.* Мультимедийный продукт как объект авторских прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012. 26 с.

⁶ См. сайт дизайнера Игоря Гуляева. URL: <http://www.igorgulyaev.com> (дата обращения: 01.06.2018).

⁷ См. также: *Новоселова Л. А., Гринь Е. С., Ворожевич А. С.* К вопросу об учете прав на олимпийскую символику // Теория и практика физической культуры. 2017. № 6. С. 88.

ваны дизайнерами при названии коллекций, определенной одежды, парфюма и пр.). Режим авторско-правовой охраны позволяет защищать права дизайнеров и без их регистрации. Однако в настоящее время возникает много вопросов по поводу доказывания авторства, творчества в созданном результате, поэтому все чаще не только российские, но и зарубежные юристы, которые специализируются на правовой охране дизайна, стали обращать внимание именно на патентно-правовую охрану и охрану товарных знаков в сфере индустрии моды как наиболее эффективные.

Помимо указанных, в состав сложных объектов могут быть включены и объекты патентных прав, например промышленные образцы.

В качестве промышленного образца охраняется решение внешнего вида изделия промышленного или кустарно-ремесленного производства. Его отличают эстетические особенности внешнего вида изделия, в частности форма, конфигурация, орнамент, сочетание цветов, линий, контуры изделия, текстура или фактура материала изделия (п. 1 ст. 1352 ГК РФ). Юристами и дизайнерами активно обсуждаются поправки в ст. 1385, 1392 ГК РФ, которые касаются возникновения временной правовой охраны объектов патентных прав, поскольку очень часто в сфере дизайна создаются именно промышленные образцы.

Важным шагом в развитии правовой охраны данных объектов стала ратификация Женевского акта Гаагского соглашения о международной регистрации промышленных образцов 1999 г. (Федеральный закон от 03.04.2017 № 55-ФЗ), которым предусматривается процедура международной регистрации промышленного образца.

Более того, приказом Минпромторга России от 24.09.2009 № 853 «Об утверждении Стратегии развития легкой промышленности России на период до 2020 года и Плана мероприятий по ее реализации»⁸ утверждена Стратегия развития легкой промышленности России. Разработчики Стратегии развития легкой промышленности подчеркивают, что «в условиях ужесточения конкуренции все большее значение в занятии лидирующих позиций на миро-

вом рынке приобретает конкурентоспособность товаров (качество, дизайн, новые потребительские, медико-биологические и функциональные свойства и другие)».

Поэтому правовое регулирование охраны сложных объектов, в том числе различных результатов интеллектуальной деятельности, которые могут включаться в их состав (как, например, в сфере дизайна), приобретает большое значение: благоприятный режим охраны позволит стимулировать творческую активность российских дизайнеров, упростит выход на рынок молодых специалистов.

Изменения, которые планируется внести в ч. IV ГК РФ, объясняются необходимостью правовой охраны результатов творческого труда авторов, поскольку существующие механизмы патентно-правовой охраны дизайнерских решений, отвечающих требованиям, установленным к промышленным образцам, неприменимы к дизайну одежды, обуви и аксессуаров ввиду достаточно длительных сроков регистрации промышленных образцов. Согласно Административному регламенту предоставления Федеральной службой по интеллектуальной собственности государственной услуги по государственной регистрации промышленного образца и выдаче патента на промышленный образец, его дубликата, срок государственной регистрации промышленного образца и выдачи патента составляет 20 месяцев и 2 недели⁹.

На решение указанной задачи направлен предлагаемый механизм временной правовой охраны промышленных образцов. Рассмотрим, в чем заключается данная правовая охрана.

Предлагается промышленному образцу, на который подана заявка в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности (Роспатент), со дня публикации сведений о заявке (п. 4 ст. 1385 ГК РФ) до даты публикации сведений о выдаче патента (ст. 1394 ГК РФ) предоставлять временную правовую охрану в объеме совокупности существенных признаков промышленного образца, нашедших отражение на изображениях внешнего вида изделия, содержащихся в опубликованной заявке на промышленный образец, но

⁸ СПС «КонсультантПлюс».

⁹ Приказ Минэкономразвития России от 30.09.2015 № 696 (ред. от 07.06.2017) «Об утверждении Административного регламента предоставления Федеральной службой по интеллектуальной собственности государственной услуги по государственной регистрации промышленного образца и выдаче патента на промышленный образец, его дубликата» (зарегистрировано в Минюсте России от 25.12.2015 № 40238) // СПС «КонсультантПлюс».

не более чем в объеме существенных признаков, нашедших отражение на изображениях внешнего вида изделия, содержащихся в решении указанного федерального органа о выдаче патента на промышленный образец.

Вместе с тем Роспатент по ходатайству заявителя публикует в официальном бюллетене сведения о заявке на промышленный образец, прошедшей формальную экспертизу с положительным результатом. Состав публикуемых сведений определяется федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности. Так, автор промышленного образца вправе отказаться быть упомянутым в качестве такового в публикуемых сведениях о заявке на промышленный образец.

Но публикация не производится, если заявка на промышленный образец была отозвана или признана отозванной либо на ее основании состоялась регистрация промышленного образца.

Любое лицо после публикации сведений о заявке на промышленный образец вправе ознакомиться с документами заявки. Порядок ознакомления с документами заявки и выдачи их копий устанавливается федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование в сфере интеллектуальной собственности.

Поэтому предлагается решить вопрос о временной правовой охране промышленных образцов с момента публикации сведений о заявке в официальном бюллетене федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности (Роспатента) (по аналогии с изобретениями), причем такая публикация осуществляется лишь по ходатайству заявителя.

Можно отметить, что правовая охрана дизайна продукции легкой промышленности механизмами авторского права не вполне эффективна. Известно, что авторское право защищает форму произведения, но не его содержание. По этой причине в случаях, когда происходит не полное, а частичное заимствование объекта авторских прав, доказать нарушение исключительного права достаточно сложно.

Применительно к сфере легкой промышленности необходимо отметить, что заимствование общей концепции дизайна с изменением

несущественных деталей делает применение механизмов авторско-правовой охраны затруднительным. Возникающее в силу факта создания, не требующее какой-либо регистрации исключительное право на произведения (объекты авторских прав) достаточно сложно защищается в судебном порядке. Помимо факта нарушения, автору необходимо также доказывать, что именно он является автором и правообладателем конкретного произведения. Совокупность указанных обстоятельств делает процесс защиты прав на произведение долгим, затратным и неэффективным. Данные случаи не раз обсуждались именно с дизайнерами, чьи права были нарушены¹⁰.

Институт промышленного образца предусмотрен законодательством непосредственно для охраны внешнего вида (дизайна) изделий, в том числе дизайна изделий легкой промышленности. Предусматривая специальную патентно-правовую охрану для внешнего вида изделий, законодатель исходил из необходимости охраны содержания объекта, а не его формы. В этом смысле именно патентно-правовая охрана с использованием средств защиты, предусмотренных для промышленных образцов, отвечает требованиям защиты прав авторов (дизайнеров).

При этом предложенный механизм патентно-правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности в сфере дизайна не исключает возможности охраны произведений как объектов авторских прав (если такие результаты отвечают критериям охраноспособности объектов авторских прав).

Важность вопроса правовой охраны объектов дизайна и промышленных образцов обуславливается еще и внешнеэкономическими факторами, важнейшим из которых является вступление Российской Федерации во Всемирную торговую организацию, что, несомненно, приводит к снижению таможенных тарифов и, как следствие, к снижению стоимости импортных товаров на российском рынке. Это, в свою очередь, ослабляет позиции российских производителей и заставляет их снижать стоимость товара, что может негативно сказаться на отрасли легкой промышленности в целом.

Специальное регулирование в отношении охраны текстильных образцов предусмотрено в Соглашении по торговым аспектам прав ин-

¹⁰ См., например, сайт Госдумы России, раздел «Новости». URL: <http://www.duma-er.ru/news> (дата обращения: 01.06.2018).

теллектуальной собственности (ТРИПС)¹¹ (вступило в силу для России 22 августа 2012 г.). В нем указано, что государство гарантирует, чтобы условия обеспечения охраны текстильных образцов, в частности применительно к любым расходам, экспертизе или публикации, не препятствовали неоправданным образом возможности добиваться предоставления такой охраны и ее получения. Государства свободны соблюдать это обязательство посредством законодательства о промышленных образцах или об авторском праве (п. 2 ст. 25).

Следует отметить, что механизм временной правовой охраны промышленных образцов был предусмотрен ранее действовавшим Патентным законом РФ от 23.09.1992 № 3517-1¹², однако его применение было связано с уведомлением, которое должно было направляться заявителем использующему промышленный образец лицу.

Согласно п. 4. ст. 22 «Временная правовая охрана» Патентного закона РФ положения п. 3 названной статьи распространяются на изобретения, полезные модели и промышленные образцы с даты уведомления заявителем использующего их лица о поданной заявке на выдачу патента, если в отношении изобретений эта дата наступила ранее даты публикации сведений о заявке, а в отношении полезных моделей и промышленных образцов — ранее даты публикации сведений о выдаче патента.

Если обратиться к зарубежному опыту, то можно отметить, что основная особенность системы защиты промышленных образцов в странах Европейского Союза состоит в том, что Директива ЕС 98/71/ЕС от 13.10.1998 о правовой охране промышленных образцов¹³, а также принятое в ее развитие Положение ЕС о промышленных образцах от 05.01.2002 № 6/2002 (European Council Regulation No. 6/2002/EC) закрепили ее разделение на две подсистемы. Одна регулирует отношения, возникающие по поводу защиты зарегистрированных промышленных образцов, другая — незарегистрированных.

Вторая система была создана специально для тех промышленных образцов, которые

пользуются спросом довольно ограниченный период времени (быстро устаревающие морально, коммерческая жизнь которых достаточно коротка). С этой целью незарегистрированным промышленным образцам, ставшим общедоступными на территории ЕС, предоставляется правовая охрана без выполнения каких-либо формальностей, а также без уплаты пошлин одновременно на территории всех 15 стран ЕС. При этом первое раскрытие информации о промышленном образце должно произойти в пределах территории Европейского Союза.

Французский правопорядок не предоставляет охрану незарегистрированным промышленным образцам, однако предусматривает альтернативный путь для упрощенной регистрации дизайна, схожий с подачей предварительной заявки при регистрации изобретений в США.

Кодекс интеллектуальной собственности Франции¹⁴ закрепляет деление режимов охраны промышленных образцов на полную и упрощенную. Согласно ст. L.513-1 Кодекса интеллектуальной собственности полная охрана предоставляется на срок, равный 5 годам, исчисляемый с даты подачи заявки с возможностью его продления от 5 до 25 лет. На основании ст. L.512-2 данного Кодекса в упрощенном режиме промышленный образец охраняется в течение 3 лет посредством отсрочки его публикации в официальном бюллетене промышленной собственности. Если заявитель желает получить полную общепринятую охрану, он сообщает о своем желании опубликования за 6 месяцев до истечения 3-летнего срока.

Позитивный момент данного законодательного решения состоит в том, что заявителю по истечении указанного 3-летнего срока предоставляется возможность решить вопрос о необходимости последующей правовой защиты. Нельзя не подчеркнуть, что такой режим соответствует сезонному характеру сферы модной индустрии.

Необходимо отметить, что в большинстве зарубежных стран действует специальный режим охраны изделий дизайна, о чем свидетельствует прежде всего опыт Франции как первой стра-

¹¹ См.: Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС/TRIPS) [рус., англ.] (заключено в г. Марракеше 15.04.1994) (с изм. от 06.12.2005) // СПС «КонсультантПлюс».

¹² СПС «КонсультантПлюс».

¹³ Directive 98/71/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 1998 on the legal protection of designs // URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1998/71/oj> (дата обращения: 01.06.2018).

¹⁴ См.: URL: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=5563> (дата обращения: 01.06.2018).

ны, предоставившей модельерам специальную защиту их прав.

В Китае защита дизайна возможна как в рамках авторского права, так и посредством регистрации в качестве промышленного образца. Несмотря на то что авторское право возникает с момента создания произведения, законодательство Китая также предусматривает возможности регистрации авторского права. Такая регистрация необязательна, но при возникновении спора такая регистрация поможет отстоять свою позицию в суде.

Согласно ст. 23 Закона Китайской Народной Республики «О патентах» от 12 марта 1984 г.¹⁵ для получения правовой охраны результат интеллектуальной деятельности должен существенно отличаться от ранее зарегистрированных дизайнов. Данное положение позволяет говорить также о наличии условия, сходного с условием «оригинальность», которое состоит в необходимости сравнения внешнего впечатления. Кроме того, указанный критерий свидетельствует о нацеленности законодателя на исключение охраны результата имитации в качестве промышленного образца, что очень важно для дизайна одежды.

Срок действия патента на промышленный образец составляет 10 лет с даты подачи заявки. Сама процедура получения патента достаточно длительна: заявка на получение патента предполагает длительную публикацию, экспертиза, по существу, является отсроченной и проводится по ходатайству заявителя, представленному после подачи заявления на получение патента.

К странам, в которых развита система защиты дизайна одежды, также относится Япония.

В Японии дизайн одежды защищается Законом «О промышленных образцах» — Design Act (Act No. 125 of 1959)¹⁶. Регистрацией прав на ИС занимается Патентное ведомство Японии. Иностранцы, желающие зарегистрировать свои права на интеллектуальную собственность, подают заявления в Патентное ведомство через поверенного с постоянным местопребыванием в Японии.

В ходе экспертизы проверяются следующие критерии:

- дизайн промышленного образца (какое эстетическое впечатление вызывает сочетание формы, текстуры, цветов);
- не противоречит ли дизайн общественному порядку и морали;
- какое его промышленное применение;
- промышленный образец должен быть инновационным и в его конструкции/характеристиках должна быть новизна. В Японии достаточно высокие требования к новизне промышленных образцов — необходимо доказать, что «данный наряд никогда прежде не существовал, что он уникален».

Поэтому процесс выдачи патентов в данной области крайне затруднен, т.к. мода — это, как правило, повторение. Права на промышленные образцы защищаются в течение 20 лет. Этот срок продлению не подлежит. Могут защищаться и незарегистрированные образцы — согласно Закону Японии «О предотвращении недобросовестной конкуренции» — в течение 3 лет с даты первой продажи продукта в Японии.

Согласно ч. III разд. 35 Кодекса Соединенных Штатов Америки (далее — U.S.C.)¹⁷ промышленные образцы в США охраняются в течение 15 лет «патентами на дизайн» (design patent), для регистрации которых необходимо подать основную заявку (nonprovision application). При этом предусмотрен формальный, длительный и детализированный порядок регистрации (35 U.S.C. Part III).

Однако в законодательстве США имеется механизм, предоставляющий защиту другим объектам интеллектуальной собственности (изобретениям), в отношении которых патент не зарегистрирован. 35 U.S.C. § 111 предусматривает положения о предварительной заявке (provision application), после подачи которой у конкурентов заявителя отсутствует возможность регистрации аналогичных объекта, технологии. Такой режим устанавливает дату приоритета и действует в течение года с момента подачи заявки. После окончания срока дей-

¹⁵ Закон Китайской Народной Республики «О патентах» (с поправками, внесенными Решением от 27.12.2008 «О пересмотре Закона Китайской Народной Республики “О патентах”») // URL: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=5484> (дата обращения: 01.06.2018).

¹⁶ Закон «О промышленных образцах» (Закон № 125 от 13.04.1959 с последними изменениями, внесенными Законом № 16 от 18.04.2008) // URL: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=6938> (дата обращения: 01.06.2018).

¹⁷ См.: URL: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/profile.jsp?code=US> (дата обращения: 01.06.2018).

ствия временной заявки ее можно преобразовать в основную.

При патентовании промышленных образцов данный механизм не применяется. Главной целью его закрепления является предоставление заявителю 12 месяцев, чтобы доработать основную заявку или прийти к выводу об отказе от патентования.

К особенностям подачи предварительной заявки, отличным от подачи основной, можно отнести сравнительно невысокие требования к оформлению заявки, обеспечение приоритета в патентовании, отсутствие детальной экспертизы, а также отсутствие необходимости публикации.

Преимущество такого подхода состоит в том, что защита промышленных образцов хотя бы на этот непродолжительный период времени дает значительные возможности и большие преимущества их обладателям. Такая правовая охрана будет действовать в течение трех лет, начиная с того дня, когда промышленный образец стал общедоступным.

Необходимо отметить следующие особенности охраны незарегистрированных промышленных образцов:

- они защищены только от преднамеренного копирования, в то время как зарегистрированные образцы защищаются также и от непреднамеренного копирования;
- для получения защиты объект должен обладать новизной и индивидуальными признаками, которые создают принципиально новое представление о данном предмете одежды, отличное от ранее созданных аналогичных объектов, индивидуальные признаки могут быть воплощены в линиях, контурах, цвете, форме, текстуре.

Учитывая вышеизложенное, можно сделать вывод, что в странах, которые являются родоначальниками высокой моды, детально проработаны механизмы правовой защиты дизайна одежды как на национальном (Франция), так и на международном уровне (директивы ЕС). В странах, в которых процветает индустрия fast fashion, а также заимствования дизайна и изготовления контрафактной продукции и для которых защита дизайна одежды является эко-

номически невыгодной, механизмы защиты дизайна одежды либо недостаточно проработаны (Китай), либо настолько сложны, что охрана дизайна одежды становится невозможной (Япония). Кроме того, необходимость защиты дизайна одежды подчеркивается на международном уровне, в частности в ТРИПС. Членство Российской Федерации в ВТО влечет необходимость учета содержания вышеуказанного соглашения при решении вопроса о реформировании правового регулирования. Возможной моделью правового регулирования с учетом содержания ТРИПС предстает введение механизмов, связанных с предварительной заявкой на получение патента, или механизмов, связанных с защитой незарегистрированных промышленных образцов. Однако оптимальной моделью правового регулирования представляется введение охраны незарегистрированных промышленных образцов, поскольку она предполагает предоставление правовой охраны без введения дополнительных административных процедур.

На данный момент в условиях острой конкуренции между производителями (как российскими, так и зарубежными) защита отечественных дизайнеров, способных создавать оригинальные и творческие модели, от копирований и заимствований их работы должна являться приоритетным направлением в поддержке и развитии отрасли легкой промышленности.

В отсутствие предлагаемого механизма временной правовой охраны, а также с учетом характера результатов интеллектуальной деятельности, которые могут войти в состав сложных объектов интеллектуальных прав (в том числе в сфере дизайна), данная сфера остается без должной правовой защиты. Представляется необходимым, чтобы предложенные механизмы правовой охраны (временной правовой охраны и пр.) соответствовали международным обязательствам Российской Федерации и отвечали международным стандартам защиты подобных изделий. Внимание к правовой охране результатов творческого труда является важным и актуальным для развития отечественной легкой промышленности и коммерциализации результатов творческого труда авторов.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Гринь Е. С. Объекты авторских прав в индустрии моды // Интеллектуальная собственность. Авторские и смежные права. — 2018. — № 6.
2. Котенко Е. С. Мультимедийный продукт как объект авторских прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2012. — 26 с.
3. Новоселова Л. А., Гринь Е. С., Ворожевич А. С. К вопросу об учете прав на олимпийскую символику // Теория и практика физической культуры. — 2017. — № 6.

Материал поступил в редакцию 30 июня 2018 г.

SELECTED ISSUES OF USING THE RESULTS OF CREATIVE ACTIVITY AS PART OF COMPLEX OBJECTS OF INTELLECTUAL RIGHTS

GRIN Elena Sergeevna — PhD in Law, Associate Professor, Deputy Head of the Department of Intellectual Rights of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
esgrin@msal.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The article considers the issues of using the results of creative activity as part of complex objects of intellectual rights in the field of show business, theater, design, etc. The author highlights the need for legal regulation of specific objects of creative work that have become a constituent part of a complex object. It is noted that, taking into account the development of digital technologies and foreign experience, it is necessary to analyze the domestic practice of legal protection of objects of creative activity that have become constituent parts of complex objects (objects of copyright and patent rights) in order to improve legal protection of authors, and to provide them with the possibility of successful commercialization of their intellectual activity results. The author concludes that, under the conditions of intense competition between manufacturers (both Russian and foreign), protection of domestic authors capable of creating original and creative models against copying and illicit borrowing should become a priority in order to support and develop the consumer goods industry. The article considers the possibility of introducing ancillary protection for industrial designs and highlights that the proposed legal protection mechanisms must comply with the international obligations of the Russian Federation and meet international standards applied for the protection of such products. In conclusion, it is noted that attention should be drawn to the legal protection of the results of creative work (in particular, the results of creative work as part of complex objects of intellectual rights), as it is relevant for the development of the domestic consumer goods industry and commercialization of the results of authors' creative activity.*

Keywords: *Complex object of intellectual rights, objects of design, results of intellectual activity.*

REFERENCES

1. Grin E. S. Objekty avtorskikh prav v industrii mody [Copyright objects in the fashion industry]. *Intellektualnaya sobstvennost. Avtorskie i smezhnye prava [Intellectual property. Copyright and Related Rights]*. 2018. No. 6. (In Russian).
2. Kotenko E. S. Multimediyyny produkt kak obekt avtorskikh prav : avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk [Multimedia product as an object of copyright: Abstract of the PhD Thesis] Moscow, 2012. 26 p. (In Russian).
3. Novoselova L. A. , Grin E. S. , Vorozhevich A. S. K voprosu ob uchete prav na olimpiyskuyu simboliku [The issue of rights for Olympic symbols]. *Teoriya i praktika fizicheskoy kultury [Theory and Practice of Physical Culture]*. 2017. No. 6. (In Russian).

А. С. Мограбян*

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ В СФЕРЕ ОКАЗАНИЯ КОСМЕТОЛОГИЧЕСКИХ УСЛУГ: ЧАСТНОПРАВОВОЙ АСПЕКТ

Аннотация. Проведен комплексный анализ мнений ученых-правоведов, нормативно-правового регулирования и судебной практики по вопросу оказания физическим лицам услуг по изменению или улучшению их внешнего облика. Выявлен ряд проблем, связанных с защитой прав пациентов, подготовкой специалистов и лицензированием соответствующих организаций, оказывающих услуги в сфере медицинской косметологии. Сделан вывод о необходимости детальной нормативно-правовой регламентации условий договора о возмездном оказании косметологических услуг с включением в него конкретных, планируемых к проведению услуг и противопоказаний к ним, а также положений о конкретных результатах оказываемой услуги. На основе анализа законодательства разграничены понятия косметологических услуг и косметических услуг с точки зрения их отнесения к категории медицинских услуг. Особое внимание уделено критериям определения размера возмещения морального вреда вследствие некачественного оказания косметологических услуг. Наряду с имеющимися в науке и законодательстве, предложен дополнительный критерий — срок, требуемый для восстановления прежнего внешнего облика физического лица. В законодательстве Российской Федерации отсутствуют какие-либо возрастные ограничения на оказание косметологических услуг, в том числе пластических операций, для несовершеннолетних граждан. В связи с этим констатирована необходимость нормативного установления возрастных ограничений на некоторые виды услуг, связанных с изменением и (или) улучшением внешнего облика физического лица. С целью решения проблемы криминалогического характера предложено установить на законодательном уровне требование для пластических хирургов о ведении фотоархивов пациентов.

Ключевые слова: косметологические услуги, косметические услуги, медицинские услуги, медицинская косметология, пластическая хирургия, внешний облик, договор, возмездное оказание услуг, результат услуги, защита прав пациентов, компенсация морального вреда, лицензирование.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.143.10.058-069

ВВЕДЕНИЕ

На современном этапе социально-экономического развития наибольшую актуальность

приобретают вопросы, связанные с правовым регулированием отношений, складывающихся как в сфере улучшения внешнего облика, так и в сфере оперативного его изменения, и все

© Мограбян А. С., 2018

* Мограбян Армине Самвеловна, кандидат юридических наук, доцент кафедры финансового и предпринимательского права Волгоградского института управления — филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ
rtif@inbox.ru
400131, Россия, г. Волгоград, ул. Гагарина, д. 8

чаще к таким методам обращаются не только знаменитости, но и обычные люди. Речь идет об изменении внешнего облика с целью удовлетворения эстетических потребностей. В связи с несовершенством действующего законодательства, а также недобросовестностью исполнителей косметологических услуг существует ряд проблем в исследуемой сфере, наиболее распространенными из которых являются:

- проблема защиты прав пациентов, решившихся на изменение внешности путем консервативного или оперативного вмешательства;
- проблема компенсации морального вреда пациентам, воспользовавшихся косметологическими услугами;
- проблема лицензирования организаций, оказывающих услуги в сфере медицинской косметологии;
- проблема подготовки специалистов в сфере терапевтической косметологии и пластической хирургии;
- возрастная проблема;
- проблема криминологического характера.

1. ЗАЩИТА ПРАВ ПАЦИЕНТОВ В СФЕРЕ КОСМЕТОЛОГИИ

Как правило, отношения по проведению косметологических процедур и пластических операций оформляются договором возмездного оказания медицинских услуг, который получил широкое распространение с принятием части II ГК РФ¹. Помимо ГК РФ, оказание медицинских услуг регулируется и иными нормативными актами², анализ которых позволяет сделать вывод о неэффективности правовых механизмов защиты прав пациентов. Так, в соответствии с п. 17 Правил предоставления медицинскими

организациями платных медицинских услуг³ (далее — Правила) в договоре об их оказании предусматриваются сведения об исполнителе и о заказчике, перечень медицинских услуг, условия и сроки их предоставления, стоимость, сроки и порядок оплаты, порядок изменения и расторжения договора, а также ответственность сторон за невыполнение его условий и иные сведения. В пунктах 31 и 32 Правил предусматривается ответственность медицинских организаций за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по договору, а также в случае причинения вреда жизни и здоровью пациента вследствие предоставления некачественной платной медицинской услуги. Очевидно, что физическое лицо, заключающее договор о возмездном оказании медицинских услуг по терапевтическому или хирургическому улучшению или изменению своего внешнего облика, в большей степени интересуется результатом оказанной услуги. В пункте 14 Правил предусмотрена обязанность медицинской организации предоставлять информацию о методах и возможных видах медицинского вмешательства, рисках, возможных последствиях и результатах, ожидаемых вследствие оказания медицинской помощи. Конечно, этот факт заслуживает высокой положительной оценки, поскольку такие условия отсутствовали в Правилах, действовавших до 1 января 2013 г.⁴ Однако новыми Правилами предусмотрено предоставление такой информации лишь по требованию потребителя (заказчика) и отсутствует требование о согласовании условия о конкретных результатах оказанной услуги в договоре. Таким образом, пациент, подписавший подобный договор, добровольно лишает себя права требовать результат от предоставляющей косметологическую услугу стороны.

В науке гражданского права до настоящего времени не сложилось единого мнения относи-

¹ Гражданский кодекс РФ (часть вторая) от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ (ред. от 05.12.2017) // СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 410.

² См.: Закон РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей» (ред. от 01.05.2017) // СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 140; Федеральный закон от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ (ред. от 29.12.2017) «Об основах охраны здоровья граждан в РФ» // СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6724; постановление Правительства РФ от 4 октября 2012 г. № 1006 «Об утверждении Правил предоставления медицинскими организациями платных медицинских услуг» // СЗ РФ. 2012. № 41. Ст. 5628.

³ Постановление Правительства РФ от 4 октября 2012 г. № 1006 «Об утверждении Правил предоставления медицинскими организациями платных медицинских услуг» // СЗ РФ. 2012. № 41. Ст. 5628.

⁴ Постановление Правительства РФ от 13 января 1996 г. № 27 «Об утверждении Правил предоставления платных медицинских услуг населению медицинскими учреждениями» // СЗ РФ. 1996. 15 янв. № 3. Ст. 194. (Утратил силу с 1 января 2013 г. в связи с изданием Постановления Правительства РФ от 4 октября 2012 № 1006).

тельно вопроса о результатах оказываемой услуги. Одни авторы (М. В. Кротов, Д. И. Степанов, А. Е. Шерстобитов) полагают, что услуги представляют собой деятельность, не имеющую овеществленного результата⁵. Другие (А. Ю. Кабалкин, Т. Л. Левшина) справедливо допускают возможность наличия или отсутствия овеществленного результата некоторых видов услуг, в том числе в рамках одного вида услуг⁶. Например, как верно отмечает Т. Л. Левшина, стоматологические услуги, в отличие от терапевтического лечения, могут иметь такой результат⁷. На наш взгляд, учитывая специфику медицинских услуг по оказанию косметологической помощи, следует говорить как о последовательных действиях в виде запланированных медицинских манипуляций, так и о конечном результате косметологической услуги, который, как правило, ожидается пациентами, решившимися на изменение своего внешнего облика, в том числе оперативным путем, и имеет овеществленное выражение. Безусловно, наибольшие риски для здоровья связаны с оперативным изменением внешнего облика, но они возникают и в случаях применения косметологических процедур терапевтического характера. В связи с изложенным и учитывая специфику косметологических услуг, справедливым является предложение Е. А. Шолом о необходимости выделения и подробного правового регулирования договора возмездного оказания косметологической помощи, представляющего собой соглашение между исполнителем, в качестве которого выступает осуществляющее медицинскую деятельность лицо, и пациентом (заказчиком), которому за определенную в договоре плату на основе его задания и в соответствии с требованиями законодательства об охране здоровья будет оказана медицинская помощь по улучшению его внешнего облика, а также лечению или маскированию дефектов внешности, явившихся следствием болезни либо возрастных или врожденных изменений, в целях изменения физического и психического состояния пациента, а также для удовлетворения его эстетических потребностей⁸.

В зарубежных косметологических клиниках, в отличие от большинства отечественных, проведение полного обследования пациента перед оперативным вмешательством пластического хирурга с целью выявления возможных противопоказаний — распространенное явление. Информация о состоянии здоровья чрезвычайно важна для пациента, особенно если он далек от медицины и не способен к объективной оценке всех связанных с оперативным вмешательством в его организм рисков. Кроме того, в отечественном законодательстве нет эффективных механизмов защиты пациентов от врачебной ошибки. Заключение договора при оказании косметологической услуги путем оперативного вмешательства обязательно в цивилизованном мире. В отечественной практике заключение договора — редкость либо договор содержит абстрактные условия, а ответственность исполнителя в случае неудачного оперативного вмешательства в нем не зафиксирована. Следствием этого является бесчисленное количество судебных исков пациентов косметологических клиник и пластических хирургов из-за неудачных косметологических операций. Так, например, по иску актрисы О. Спиркиной, ставшей жертвой неудачной пластической операции, судом взыскан причиненный ей ущерб в размере 150 тыс. руб. с клиники⁹. Это лишь один из многочисленных подобных случаев. Вместе с тем следует отметить, что денежная компенсация не способна возместить пережитых такими пациентами страданий. На практике встречаются и случаи, когда требования о возмещении вреда в связи с недостижением результата пластической операции не удовлетворяются судом. Так, в результате рассмотрения дела по иску Ш. к клинической больнице о возмещении материального и морального вреда в связи с проведенной ей некачественной пластической операцией, ожидаемый результат от которой так и не был достигнут (не удалены морщины на лице и шее, возникла асимметрия лица), суд в удовлетворении иска отказал, сославшись на результаты судебно-медицинской экспертизы, свидетельствующие о соответствии

⁵ См.: Санникова Л. В. Услуги в гражданском праве. М., 2006. С. 52—53.

⁶ См.: Санникова Л. В. Указ. соч. С. 54—55.

⁷ См.: Санникова Л. В. Указ. соч. С. 55.

⁸ Шолом Е. А. Договор возмездного оказания косметологических услуг : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2010. С. 13.

⁹ Ольга Спиркина отсудила 150 000 рублей за испорченное лицо // Комсомольская правда : сетевое издание. 2007. 24 мая. URL: <http://kp.ru/> (дата обращения: 11 июля 2018 г.).

проведенного хирургического вмешательства стандартной методике, и на отсутствие постоперационных осложнений у пациента¹⁰. В иске С. к государственному учреждению «НИИ медицинских проблем Севера» о компенсации морального вреда, причиненного в результате некачественно проведенной ринопластики, в результате которой возникли осложнения в виде затрудненного дыхания и было обезображено лицо (асимметрия кончика носа), также отказано. Суд мотивировал свое решение тем, что по заключению судебно-медицинской экспертизы деформация носа у истца имела еще до хирургического вмешательства, а проведение операции соответствовало действующим методикам, и не было выявлено нарушений здоровья пациента¹¹. Анализ судебной практики свидетельствует о том, что во многих случаях даже недостижение ожидаемого результата не служит основанием для возмещения морального и материального вреда¹². Во избежание возникновения подобных ситуаций справедливо предложение о предварительном согласовании как последовательных медицинских процедур, планируемых сторонами для достижения определенного результата, так и планируемого конечного результата в самом договоре возмездного оказания косметологических услуг либо путем оформления приложения к нему (например, при проведении пластических операций по изменению внешности возможно компьютерное моделирование).

2. КОМПЕНСАЦИЯ МОРАЛЬНОГО ВРЕДА В СВЯЗИ С НЕКАЧЕСТВЕННЫМ ОКАЗАНИЕМ КОСМЕТОЛОГИЧЕСКИХ УСЛУГ

Для пациентов косметологических клиник и лечебниц, которые не удовлетворены качеством оказанных им услуг, универсальным является требование о возмещении причиненного

им морального вреда, о чем свидетельствует многочисленная судебная практика. В постановлении Пленума ВС РФ от 20 декабря 1994 г. № 10¹³ судам дана рекомендация понимать под моральным вредом как физические, так и нравственные страдания, причиненные гражданину действиями или бездействием, которые нарушают личные неимущественные права либо посягают на нематериальные блага, принадлежащие ему от рождения либо в силу закона.

Поскольку научная категория «моральный вред» достаточно хорошо изучена цивилистами, уделим особое внимание лишь специфике защиты прав пациентов, решившихся на изменение или улучшение внешнего облика посредством косметологических процедур. Как известно, моральный вред, являющийся последствием нарушения права на внешний облик как основной объект предоставляемой косметологической услуги, не имеет экономической составляющей. Последствием посягательства на внешний облик физического лица может быть переживание физической боли, то есть физические страдания, а последствием покушения на неимущественное право, в том числе на неприкосновенность внешности, — испытываемые человеком дискомфортные состояния психики (чувство стыда, стеснения, беспокойства и др.), иными словами — нравственные страдания.

Нормами ГК РФ предусмотрена компенсация морального вреда в денежной форме, но следует понимать, что стоимостное выражение не является денежным эквивалентом личного нематериального блага. Немало проблем возникает при рассмотрении судебных споров о возмещении морального вреда, причиненного в результате некачественного оказания косметологических услуг, что связано с отсутствием в отечественной правоприменительной практике конкретизированных критериев и точных методов оценки его размера. Вместе

¹⁰ Решение Советского районного суда г. Красноярск от 25 сентября 2001 г. : обзор Красноярского краевого суда от 24 апреля 2006 г. «Обзор практики рассмотрения судами Красноярского края споров, связанных с ненадлежащим оказанием медицинских услуг» // Буква закона. 2006. № 42.

¹¹ Решение Советского районного суда г. Красноярск от 28 октября 2004 г. Дело № 2-718/04 : обзор Красноярского краевого суда от 24 апреля 2006 г. «Обзор практики рассмотрения судами Красноярского края споров, связанных с ненадлежащим оказанием медицинских услуг».

¹² Бугаенко Н. В., Кратенко М. В. Судебная практика по гражданским делам. Споры о защите прав потребителей : научно-практическое пособие. М., 2013. С. 79.

¹³ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 20 декабря 1994 г. № 10 (ред. от 06.02.2007) «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда» // Российская газета. 1995. 8 февр. № 29.

с тем попытки установления критериев возмещения морального вреда в денежной форме можно наблюдать в ряде зарубежных стран. Так, например, с 1994 г. в Англии функционирует тарифная схема компенсаций, содержащая подробные условия выплат и их размеры в зависимости от вида причиненного вреда¹⁴. Несмотря на исторические примеры установления в России верхних и нижних границ размера денежной компенсации морального вреда, в действующем гражданском законодательстве названы лишь общие ориентиры для его определения. В то же время в постановлении Пленума Верховного Суда РФ судам общей юрисдикции рекомендовано при определении размера возмещения морального вреда применять европейские нормы, руководствуясь прецедентной практикой Европейского Суда по правам человека¹⁵. Конечно, попытки решения вопроса о методах определения размера денежной компенсации за моральный вред — положительная тенденция, но, несмотря на принятие вышеназванного постановления, многие проблемы защиты нарушенных прав обратившихся за косметологическими услугами пациентов остаются нерешенными, что говорит о необходимости законодательного решения существующих в исследуемой сфере проблем.

В гражданском законодательстве в качестве критериев, которыми должны руководствоваться суды при определении размера денежной компенсации за причиненный моральный вред, названы: степень вины причинившего вред лица и иные заслуживающие внимания обстоятельства, степень нравственных и физических переживаний потерпевшего с учетом его индивидуальных особенностей, а также фактических обстоятельств, при которых вред был причинен. На наш взгляд, нельзя согласиться с мнением Э. П. Гаврилова о недопустимости зависимости размера денежной компенсации морального вреда от особенностей личности

потерпевшего, пола и иных личностных критериев, во избежание нарушения принципов равенства и применения «равного масштаба» к разным физическим лицам¹⁶. Как отмечалось выше, моральный вред может возникать вследствие как физических, так и нравственных переживаний. В первом случае следует принимать во внимание тот факт, что физическая боль представляет собой физиологическую категорию, а разные люди имеют неодинаковый болевой порог и по-разному ощущают физическую боль. Например, профессиональные боксеры и малолетние дети по-разному ощутят удар по лицу одинаковой силы, и было бы несправедливо говорить о причинении им одинакового морального вреда и его денежной компенсации в равном размере¹⁷. Говоря о нравственных переживаниях, представляющих собой совокупность отрицательных эмоций, следует учитывать, что их степень находится в прямой зависимости от индивидуальных психических особенностей потерпевшего, от его самооценки и уровня развития интеллекта. Это особенно актуально для права на неприкосновенность внешнего облика, поскольку имеет к нему непосредственное отношение. Важно и то, какое положение занимает объект посягательства в системе ценностей потерпевшего. Таким образом, предписание законодателя об учете индивидуальных особенностей потерпевшего при определении судами размера компенсации морального вреда совершенно обоснованно.

В цивилистической науке существуют предложения о дополнении установленных в ГК РФ критериев определения денежного размера возмещения морального вреда, в частности С. В. Марченко предлагает учитывать степень вины потерпевшего и имущественное положение лица, причинившего вред¹⁸. Считаем, что для возмещения морального вреда, явившегося следствием некачественного оказания кос-

¹⁴ Эрделевский А. М. Компенсация морального вреда: анализ и комментарий законодательства и судебной практики. М., 1999. С. 192.

¹⁵ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 июня 2013 г. № 21 «О применении судами общей юрисдикции Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и Протоколов к ней» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2013. № 8.

¹⁶ Гаврилов Э. Как определить размер компенсации морального вреда // Российская юстиция. 2000. № 6. С. 21—22.

¹⁷ Усков В. Как компенсировать моральный вред богатому и бедному? // Российская юстиция. 2000. № 12. С. 25.

¹⁸ Марченко С. В. Компенсация морального вреда в Российской Федерации // Адвокатская практика. 2002. № 6. С. 25.

метологических услуг, нецелесообразно ставить степень защиты внешнего облика, выступающего объектом таких услуг, в зависимости от имущественного положения лица, причинившего вред. Более предпочтительной является мнение М. Н. Малеиной об учете характера изменения внешнего облика для определения размера денежной компенсации вследствие причинения морального вреда, которая называет три ступени, связанные со степенью обезображения внешности и возможностью восстановления прежнего облика¹⁹. В дополнение к предложенным М. Н. Малеиной, представляется целесообразным нормативное установление четвертого критерия, предусматривающего учет срока, требуемого для восстановления обезображенного внешнего облика. В связи с этим актуально предложение Е. А. Шолом о том, что при определении размера возмещения вреда вследствие некачественного оказания косметологических услуг следует учитывать и степень потери профессиональной трудоспособности²⁰.

Таким образом, сегодня сложно говорить об эффективном механизме гражданско-правовой защиты нарушенных прав пациентов косметологических клиник и лечебниц в связи с тем, что большинство возникающих по поводу внешнего облика гражданских правоотношений не в полной мере урегулированы законодательством.

Судебная практика богата делами о компенсации морального вреда, причиненного пациенту в результате некачественного оказания определенных косметологических услуг, и в большинстве случаев такие иски удовлетворяются, суды защищают обманутых пациентов. Однако не следует забывать и об обратной стороне вопроса, когда подаются необоснованные иски о возмещении морального вреда в результате оказания косметологических услуг. Один из таких случаев из собственной практики описывает адвокат Ю. В. Воронова²¹. Как отмечает адвокат, истица, обратившаяся в суд с иском к ООО «Ив Роше — Восток» о возмещении имущественного ущерба и компенсации морального вреда, намеренно скрыла от косметологического салона факт наличия у нее противопоказаний к выбранным косметологическим процедурам по состоянию

здоровья. Суд в удовлетворении требований истицы полностью отказал и возложил на нее обязанность денежной компенсации в пользу ООО «Ив Роше — Восток» за предъявление необоснованного иска.

На наш взгляд, услуги по проведению любых косметологических процедур, имеющих какие-либо противопоказания по состоянию здоровья пациентов, должны оказывать организации, имеющие соответствующую лицензию, с обязательным обследованием состояния здоровья пациента на наличие противопоказаний. Полагаем, что при отсутствии возможности медицинского обследования пациентов на наличие заболеваний, являющихся противопоказанием к проведению выбранных косметологических процедур, необходимо обязать косметологические кабинеты и клиники пластической хирургии затребовать у пациентов справку об отсутствии таковых. Представляется, что такая практика в какой-то степени обезопасит, с одной стороны, пациентов — от непредвиденных последствий косметологических процедур, с другой стороны, косметологические салоны — от претензий недальновидных и недобросовестных пациентов, а также суды — от наплыва необоснованных исков к косметологическим лечебницам и клиникам пластической хирургии, добросовестно и качественно оказывающим услуги в сфере косметологии.

В связи с изложенным считаем целесообразным на законодательном уровне урегулировать вопросы, связанные с заключением договора возмездного оказания косметологических услуг, в котором обязательно должны указываться конкретные планируемые к проведению косметологические процедуры, а также все противопоказания к ним. Кроме того, на наш взгляд, необходимо законодательно закрепить обязанность пациентов пройти обследование для выявления противопоказаний к проводимым процедурам и обязанность организации, имеющей право на оказание косметологических услуг, не проводить соответствующие процедуры без подтвержденной документально компетентными органами (лицами) информации о состоянии здоровья пациента.

¹⁹ Малеина М. Н. *Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление и защита*. М., 2001. С. 135.

²⁰ Шолом Е. А. Указ. соч. С. 22.

²¹ Воронова Ю. В. *Моральный вред: обратная сторона гуманизма* // Адвокат. 2001. № 8. С. 53—55.

3. ЛИЦЕНЗИРОВАНИЕ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ПО ПРЕДОСТАВЛЕНИЮ КОСМЕТОЛОГИЧЕСКИХ УСЛУГ И ПОДГОТОВКА СПЕЦИАЛИСТОВ В СФЕРЕ КОСМЕТОЛОГИИ

Не менее сложной является проблема лицензирования организаций, предоставляющих косметологические услуги.

В соответствии с п. 46 ч. 1 ст. 12 Федерального закона от 04.05.2011 № 99-ФЗ (ред. от 31.12.2017) «О лицензировании отдельных видов деятельности»²² медицинская деятельность подлежит обязательному лицензированию. Согласно ч. 2 ст. 12 данного Закона в случае, если исчерпывающие перечни составляющих лицензируемый вид деятельности работ (услуг) не установлены федеральными законами, они устанавливаются положениями о лицензировании конкретных видов деятельности. Следовательно, косметические услуги в лицензировании не нуждаются. Что же касается услуг косметологических, то порядок их лицензирования регламентируется Положением о лицензировании медицинской деятельности²³, в соответствии с которым к подлежащим лицензированию отнесены следующие медицинские работы (услуги), объектом которых выступает внешность человека: по косметологии, сестринскому делу в косметологии, медицинскому массажу, а также пластической и челюстно-лицевой хирургии.

Вместе с тем существует немало примеров, когда парикмахерские и салоны красоты оказывают услуги в сфере косметологии без лицензии, объясняя это тем, что предоставляемые ими услуги не являются медицинскими, а носят бытовой характер, тем самым вводя в заблуждение обратившихся за косметологическими услугами клиентов, не подозреваю-

щих об их медицинском характере и о том, что подвергают огромному риску свое здоровье, доверяясь недобросовестным исполнителям косметологических услуг. Как справедливо отмечает Е. А. Шолом, необходимо все косметологические процедуры проводить в медицинских организациях, имеющих все условия для соблюдения санитарно-эпидемиологических норм, а оказание косметических услуг в парикмахерских и салонах красоты ограничить процедурами немедицинского характера²⁴.

В связи с изложенным актуален вопрос разграничения косметических услуг немедицинского характера и косметологических услуг медицинского характера (для предоставления первой группы услуг лицензия не требуется). В рамках определенных классификаторов некоторые услуги, связанные с изменением (улучшением) внешнего облика, названы в составе прочих персональных услуг (например, ОК 034-2014²⁵), а другие — в составе услуг в области здравоохранения, то есть первые следует отнести к немедицинским, а вторые — к медицинским. Такую же классификацию дает Е. А. Шолом, разделяя все косметические услуги на немедицинские (макияж, коррекция бровей пинцетом и др.) и медицинского характера (мезотерапия, чистка лица, пластические операции и др.)²⁶. Во избежание противоречий и проблем на практике и с целью предотвращения недобросовестной деятельности салонов красоты и парикмахерских, предоставляющих косметологические услуги под видом косметических, считаем необходимым все процедуры по изменению и (или) улучшению внешности медицинского характера относить к косметологическим услугам, а к косметическим относить только те услуги, которые не носят медицинского характера. Нужно конкретизи-

²² СЗ РФ. 2011. № 19. Ст. 2716.

²³ Постановление Правительства РФ от 16 апреля 2012 г. № 291 (ред. от 08.12.2016) «О лицензировании медицинской деятельности (за исключением указанной деятельности, осуществляемой медицинскими организациями и другими организациями, входящими в частную систему здравоохранения, на территории инновационного центра “Сколково”) (вместе с “Положением о лицензировании медицинской деятельности (за исключением указанной деятельности, осуществляемой медицинскими организациями и другими организациями, входящими в частную систему здравоохранения, на территории инновационного центра “Сколково”)”» // СЗ РФ. 2012. № 17. Ст. 1965.

²⁴ Шолом Е. А. Указ. соч. С. 17.

²⁵ ОК 034-2014 (КПЕС 2008). Общероссийский классификатор продукции по видам экономической деятельности (утв. приказом Росстандарта от 31 января 2014 г. № 14-ст) (ред. от 08.09.2017) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.12.2017) // СПС «КонсультантПлюс». URL: <http://www.consultant.ru/> (дата обращения: 4 февраля 2018 г.).

²⁶ Шолом Е. А. Указ. соч. С. 16.

зировать эти понятия в рамках действующего законодательства.

Аналогичная проблема возникает и в связи с подготовкой специалистов в сфере терапевтической косметологии и пластической хирургии. Врачебные специальности «пластическая хирургия» и «косметология» были включены в Номенклатуру специальностей в качестве требующих дополнительной подготовки лишь в 2009 г.²⁷ Ни в Номенклатуре 1999 г.²⁸, ни в Номенклатуре 2008 г.²⁹ данные специальности не значились. Там назывались лишь «челюстно-лицевая хирургия» и «дерматовенерология». Безусловно, выделение в отдельные отрасли косметологии и пластической хирургии, которые впервые официально признаны в России, — свидетельство развития в сфере оказания медицинской помощи, направленной на улучшение или изменение внешнего облика пациента. Введение специальностей «косметология» и «пластическая хирургия» позволит навести порядок в сфере оказания косметологических услуг и подготовить достойных специалистов в области хирургической и терапевтической косметологии, оттеснив недобросовестных и не имеющих достаточного опыта пластических хирургов. Вместе с тем, хотя данные области медицины и были выделены в отдельные, нормативное регулирование они получили сравнительно недавно — с вступлением в силу Порядков оказания медицинской помощи по профилям «пластическая хирургия» (с 6 мая 2013 г.)³⁰ и «косметология» (с 28 сентября 2012 г.)³¹. Утверждение данных Порядков призвано решить многие правовые проблемы в сфере косметологической медицины (как терапевтической, так и хирургической). В частности, до вступления в силу Порядка оказания ме-

дицинской помощи по профилю «пластическая хирургия» возникали проблемы при обращении к п. 9 Порядка оказания медицинской помощи по профилю «косметология», в соответствии с которым врач-косметолог должен направить пациента в медицинскую организацию соответствующего профиля в случае выявления состояний, которые требуют использования методов пластической и челюстно-лицевой хирургии при оказании медицинской помощи. Конечно, утвержденные Порядки оказания медицинской помощи по профилям «пластическая хирургия» и «косметология» не лишены недостатков, они не решили всех проблем и нуждаются в совершенствовании, тем более что с 1 января 2016 г. в силу вступила норма Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в РФ» о требованиях к лицам, осуществляющим медицинскую деятельность в РФ, в соответствии с которой таким правом обладают лишь имеющие свидетельство об аккредитации специалиста и получившие медицинское либо иное в соответствии с ФГОС образование в РФ лица (ч. 1 ст. 69). В то же время нельзя не отметить положительную тенденцию, заключающуюся в самом факте правового регулирования в области косметологической медицины, что дает надежду на дальнейшее ее развитие.

Я. А. Юцковская поднимает не менее важную проблему, связанную с тем, кто имеет право обучать. Как верно замечено, многочисленные фирмы и образовательные учреждения, представляющие бренды косметических и косметологических средств и аппаратуры, неоправданно заявляют о наличии у них лицензии на образовательную деятельность, хотя вместо лицензий могут предоставить лишь документы на просветительскую деятельность, дающие пра-

²⁷ См.: приказ Минздравсоцразвития РФ от 23 апреля 2009 г. № 210н «О Номенклатуре специальностей специалистов с высшим и послевузовским медицинским и фармацевтическим образованием в сфере здравоохранения Российской Федерации» // Российская газета. 2009. 10 июня. № 104 (утратил силу).

²⁸ Приказ Минздрава РФ от 27 августа 1999 г. № 337 (ред. от 20.08.2007) «О Номенклатуре специальностей в учреждениях здравоохранения Российской Федерации» // Здравоохранение. 2000. № 1 (утратил силу).

²⁹ Приказ Минздравсоцразвития РФ от 11 марта 2008 г. № 112н «О Номенклатуре специальностей специалистов с высшим и послевузовским медицинским и фармацевтическим образованием в сфере здравоохранения Российской Федерации» // Российская газета. 2008. 26 марта. № 64 (утратил силу).

³⁰ Приказ Минздрава России от 30 октября 2012 г. № 555н «Об утверждении Порядка оказания медицинской помощи по профилю «пластическая хирургия»» // Российская газета (специальный выпуск). 2013. 25 апр. № 90/1.

³¹ Приказ Минздравсоцразвития России от 18 апреля 2012 г. № 381н «Об утверждении Порядка оказания медицинской помощи населению по профилю «косметология»» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2012. 17 сент. № 38.

во информировать неспециалистов в области медицинской косметологии по специальным вопросам. Иными словами, они обладают документами, дающими право на рекламную деятельность по продвижению своего товара. Безусловно, необходимо ограничить допуск таких организаций к обучению специалистов в сфере косметологической медицины³². В соответствии со ст. 21 Федерального закона от 29 декабря 2012 г. № 273-ФЗ (ред. от 19.02.2018) «Об образовании» образовательная деятельность может осуществляться как образовательными организациями, так и в установленных законом случаях организациями, осуществляющими обучение, и индивидуальными предпринимателями при соблюдении всех предъявляемых к ним законом требований³³. В связи с изложенным справедливо отметить, что обучение специалистов в области косметологической медицины может реализовываться только совместно с кафедрами образовательных организаций высшего образования, имеющих лицензию на обучение специалистов соответствующего профиля.

4. ОКАЗАНИЕ КОСМЕТОЛОГИЧЕСКИХ УСЛУГ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИМ

Еще одна не менее важная проблема связана с тем, что в настоящее время попасть на прием к врачу-косметологу и пластическому хирургу может любой человек, вне зависимости от возрастной категории, в том числе и дети, подростки. Особую опасность представляет оперативное вмешательство в организм несовершеннолетних, если, конечно, косметологические проблемы не связаны с наличием новообразований на коже ребенка либо с врожденной патологией, являющейся показанием к проведению операции (например, «заячья губа», для устранения которой последовательно проводятся четыре или пять операций, с первого года жизни и до 25-летнего возраста, когда челюстно-лицевая часть черепа окончательно сформирована).

Сегодня многие молодые люди, преимущественно девушки, желая быть похожими на своих кумиров либо быть объектом повышенного внимания окружающих, решаются на измене-

ние своей внешности хирургическим путем, не понимая, какой колоссальный вред будет нанесен еще окончательно не сформировавшемуся растущему организму. Такое положение на рынке косметологических услуг недопустимо, а риски исполнителей и пациентов неоправданы.

Считаем целесообразным ввести возрастные ограничения на оказание некоторых косметологических услуг, в том числе пластических операций, подобно практике одного из австралийских штатов, где власти ограничили возможность оказания услуг хирургической косметологии несовершеннолетним лицам³⁴.

5. ОКАЗАНИЕ КОСМЕТОЛОГИЧЕСКИХ УСЛУГ ПРЕСТУПНИКАМ

Не следует забывать и о проблеме криминологического характера, нередко возникающей при проведении косметологических операций. Нередки случаи, когда правонарушители с целью избежания ответственности решаются на кардинальное изменение внешности с использованием возможностей хирургической косметологии, в том числе уничтожают признаки внешности или особые приметы, позволяющие их распознать. Конечно, любой человек, даже преступник, имеет право на внешность, удовлетворяющую его эстетическим потребностям. Но недопустимо изменение или улучшение внешности с целью избежать ответственности за содеянное, тем более что даже малейшее оперативное вмешательство способно изменить внешность, чем пользуются лица, совершившие преступление. Для разрешения данной проблемы представляется необходимым ввести на законодательном уровне требование о ведении специалистами в области пластической хирургии электронных архивов фотографий пациентов до и после хирургического вмешательства. Представляется, что выполнение данного требования на современном этапе развития цифровых технологий не вызовет сложностей, тем более что многие медицинские учреждения уже перешли на ведение электронных баз данных о пациентах. Так, директор Института экономики

³² См.: Юцковская Я. А. Правовые аспекты деятельности врача эстетической дерматологии // Вестник Росздравнадзора. 2009. № 3. С. 64—66.

³³ Российская газета. 2012. 31 декабря. № 303.

³⁴ В Австралии ввели ограничения на пластические операции для несовершеннолетних // В отпуск.ру. 2006. 4 сент. URL: <http://www.votpusk.ru/news.asp?msg=79796/> (дата обращения: 16 октября 2017 г.).

здравоохранения НИУ «Высшая школа экономики» Лариса Попович отмечает, что создано программное обеспечение, и часть регионов уже ведет истории болезни пациентов в электронной форме³⁵. Что касается недопустимости разглашения сведений, составляющих врачебную тайну, то в законе в качестве исключения среди прочих названы случаи предоставления таких сведений без согласия гражданина или законного представителя по запросу органов дознания и следствия, суда в связи с проведением расследования или судебным разбирательством, а также органов прокуратуры в связи с осуществлением прокурорского надзора.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Наличие рассмотренных проблем свидетельствует о том, что назрела необходимость совершенствования гражданско-правового регулирования отношений, возникающих в сфере оказания косметологических услуг.

На наш взгляд, необходимо детально урегулировать вопросы об установлении возрастных ограничений на проведение косметологических процедур и пластических операций, а также о защите прав пациентов путем детальной нор-

мативной регламентации условий договора на возмездное оказание косметологических услуг, в частности условия о конкретных результатах оказанной услуги. Кроме того, представляется целесообразным законодательно установить требование об обязательном указании в заключаемом договоре перечня планируемых к проведению косметологических услуг и противопоказаний к ним, а также обязанности предварительного полного обследования пациентов с целью выявления противопоказаний к проведению определенных косметологических процедур.

Представляется целесообразным установление на законодательном уровне дополнительного критерия определения размера компенсации морального вреда в связи с некачественным оказанием косметологических услуг, в том числе путем хирургического вмешательства: срок, который потребуются для восстановления прежнего внешнего облика.

Во избежание проблем криминологического характера считаем необходимым нормативно установить требование о ведении обязательных электронных архивов фотографий пациентов до и после изменения внешнего облика путем хирургического вмешательства.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Бугаенко Н. В., Кратенко М. В. Судебная практика по гражданским делам. Споры о защите прав потребителей : научно-практическое пособие. — М., 2013. — 392 с.
2. В Австралии ввели ограничения на пластические операции для несовершеннолетних // В отпуск. ру. — 2006. — 4 сент. — URL: <http://www.votpusk.ru/news.asp?msg=79796/> (дата обращения: 16 октября 2017 г.).
3. Воронова Ю. В. Моральный вред: оборотная сторона гуманизма // Адвокат. — 2001. — № 8. — С. 53—55.
4. Гаврилов Э. Как определить размер компенсации морального вреда // Российская юстиция. — 2000. — № 6. — С. 21—22.
5. Игнатова О. К врачу часто не ходи. Летом в нашей стране начнут выдавать электронные больничные // Российская газета — Федеральный выпуск. — 2017. — 26 апр. № 7256 (90). URL: <https://rg.ru/2017/04/26/letom-v-rossii-nachnut-vydavat-elektronnye-bolnichnye.html> (дата обращения: 5 марта 2018 г.).
6. Малеина М. Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление и защита. — М., 2001. — 244 с.
7. Марченко С. В. Компенсация морального вреда в Российской Федерации // Адвокатская практика. — 2002. — № 6. — С. 21—25.
8. Ольга Спиркина отсудила 150 000 рублей за испорченное лицо // Комсомольская правда : сетевое издание. — 2007. — 24 мая. — URL: <http://kp.ru/> (дата обращения: 17 октября 2017 г.).

³⁵ Игнатова О. К врачу часто не ходи. Летом в нашей стране начнут выдавать электронные больничные // Российская газета — Федеральный выпуск. 2017. 26 апр. № 7256 (90). URL: <https://rg.ru/2017/04/26/letom-v-rossii-nachnut-vydavat-elektronnye-bolnichnye.html> (дата обращения: 5 марта 2018 г.).

9. Санникова Л. В. Услуги в гражданском праве. — М., 2006. — 150 с.
10. Усков В. Как компенсировать моральный вред богатому и бедному? // Российская юстиция. — 2000. — № 12.
11. Шолом Е. А. Договор возмездного оказания косметологических услуг : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Саратов, 2010. — 26 с.
12. Эрделевский А. М. Компенсация морального вреда: анализ и комментарий законодательства и судебной практики. — М., 1999. — 238 с.
13. Юцковская Я. А. Правовые аспекты деятельности врача эстетической дерматологии // Вестник Росздравнадзора. — 2009. — № 3. — С. 64—66.

Материал поступил в редакцию 12 февраля 2018 г.

TOPICAL ISSUES OF PROVIDING COSMETOLOGY SERVICES: A PRIVATE LAW ASPECT

MOGRABYAN Armine Samovelovna — PhD in Law, Associate Professor of the Department of Financial and Business Law of the Volgograd Institute of Management, Branch of the Russian Academy of National Economy and Public Administration under the President of the Russian Federation
rtif@inbox.ru
400131, Russia, Volgograd, ul. Gagarina, d. 8

Abstract. *The author has carried out a comprehensive analysis of opinions of legal scholars, regulatory and judicial practice regarding provision of services to individuals aimed at changing or improving their appearance. The article reveals a number of problems associated with the protection of patients' rights, training of specialists and licensing organizations involved in providing services in the field of medical cosmetology. The conclusion is made with regard to the need for a detailed normative and legal regulation of the terms of contracts for the provision of cosmetology services that should contain specific, planned services and contraindications to them, as well as provisions concerning the specific results of the services provided. Based on the analysis of legislation, the author differentiates the concepts of cosmetic services and cosmetology services in the context of their classification as medical services. Particular attention is paid to the criteria applied to determine the amount of compensation for mental anguish and emotional distress caused by poor quality of cosmetology services. Along with criteria available in the science and legislation, an additional criterion is proposed—the period required to restore the former appearance of an individual. In the legislation of the Russian Federation there are no age restrictions for those who resort to cosmetology services for minors, including plastic surgery. In this regard, it was stated that age limits must be established for certain types of services related to the change and (or) improvement of the appearance of an individual. In order to solve the problem of criminological nature, it is proposed to enshrine in law the requirement for plastic surgeons to maintain patient photo archives.*

Keywords: *Cosmetology services, cosmetic services, medical services, medical cosmetology, plastic surgery, appearance, contract, compensated rendering of services, result of rendering the services, protection of patients' rights, compensation for mental anguish, licensing.*

REFERENCES

1. Bugaenko N.V., Kratenko M.V. Sudebnaya praktika po grazhdanskim delam.spory o zashchite prav potrebiteley : nauchno-prakticheskoe posobie [Court practice in civil cases. Consumer protection disputes: Scientific and practical guide]. Moscow, 2013. 392 p. (In Russian).
2. V Avstralii vveli ogranicheniya na plasticheskie operatsii dlya nesovershennoletnikh [In Australia, restrictions are imposed on plastic surgery for minors]. V otpusk.ru .2006. September, 4. URL: <http://www.votpusk.ru/news.asp?msg=79796/> (accessed: October 16, 2017). (In Russian).
3. Voronova Yu.V. Moralnyy vred: oborotnaya storona gumanizma [Mental distress: the downside of humanism]. Yurist. 2001. No. 8. P. 53—55. (In Russian).



4. *Gavrilov E.* Как определить размер компенсации морального вреда [How to determine the amount of compensation for moral harm]. *Rossiiskaya Yustitsiya [Russian Justice]*. 2000. No. 6. P. 21—22. (In Russian).
5. *Ignatova O.* К врачу часто не ходи. Летом в нашей стране начнут выдавать электронные больничные [Do not go to the doctor too often. In the summer in our country they will begin to issue electronic sick leaves]. *Rossiiskaya Gazeta. Federal Issue*. 2017. 26 Apr No. 7256 (90). URL: <http://www.votpusk.ru/news.asp?msg=79796/> (accessed: March 5, 2018).
6. *Maleina M.N.* Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление и защита [Personal non-property rights of citizens: The concept, implementation and protection]. Moscow, 2001. 244 p. (In Russian).
7. *Marchenko S.V.* Компенсация морального вреда в российской федерации [Compensation for moral harm in the Russian Federation]. *Advokatskaya praktika*. 2002. No. 6. P. 21—25.
8. Olga Spirikina otsudila 150 000 rubley za isporchennoe litso [Olga Spirikina was awarded 150,000 rubles for her damaged face]. *Komsomolskaya Pravda: Network edition*. 2007. May, 24. URL: <http://kp.ru/> (accessed: October 17, 2017). (In Russian).
9. *Sannikova L.V.* Услуги в гражданском праве [Services in civil law]. Moscow, 2006. 150 p. (In Russian).
10. *Uskov V.* Как компенсировать моральный вред богатому и бедному? [How can the rich and the poor compensate for moral harm?]. *Rossiiskaya yustitsiya*. 2000. No. 12. (In Russian).
11. *Sholom E. A.* Договор возмездного оказания косметологических услуг : автореф. дис. ... канд. юрид. наук [The contract for the provision of cosmetology services: Abstract of the PhD Thesis]. Saratov, 2010. 26 p. (In Russian).
12. *Erdelevsky A. M.* Компенсация морального вреда: анализ и комментарий законодательства и судебной практики [Moral harm compensation: Analysis and Legislation Commentary and Judicial Practice]. Moscow, 1999. 238 p. (In Russian).
13. *Yutskovskaya Ya. A.* Правовые аспекты деятельности врача эстетической дерматологии [Legal aspects of activities of the doctor of aesthetic dermatology]. *Vestnik Roszdravnadzora*. 2009. No. 3. P. 64—66.

С. Б. Россинский*

ПРОБЛЕМА ИСПОЛЬЗОВАНИЯ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ РЕЗУЛЬТАТОВ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ТРЕБУЕТ ОКОНЧАТЕЛЬНОГО РАЗРЕШЕНИЯ

Аннотация. В статье в очередной раз поднимается проблема возможности и форм использования в доказывании по уголовным делам сведений, полученных в ходе оперативно-розыскных мероприятий.

Основываясь на результатах своих прежних исследований в области доказательственного права, анализируя нормы действующего законодательства, доктринальные позиции по данному вопросу, современную судебную и следственную практику, автор приходит к выводу, что сегодняшние научные подходы и обусловленные ими прикладные технологии формирования доказательств на базе результатов оперативно-розыскной деятельности носят псевдопроцессуальный, искусственный характер и фактически являются не более чем прикрытием оперативно-розыскной информации наиболее удобным видом доказательств без разбора их гносеологической природы и сущности.

Автор предлагает своим коллегам признать, что единственно возможным вариантом решения проблемы использования в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности является легализация механизмов их прямого, непосредственного введения в уголовный процесс, без необходимости какого-либо мнимого, иллюзорного процессуального оформления.

Учитывая возможные негативные последствия вносимых предложений, осознавая вероятные риски и потенциальную опасность бесконтрольности и вседозволенности сотрудников правоохранительных органов, автор одновременно формулирует критерии допустимости использования в доказывании сведений, собранных в ходе оперативно-розыскных мероприятий. Таковыми, по его мнению, являются: а) невозможность полученных результатов следственным или судебным путем; б) возможность проверки и оценки относимости, допустимости и достоверности полученных результатов уголовно-процессуальными средствами; в) существование строго формализованного режима проведения оперативно-розыскных мероприятий, не уступающего по уровню гарантий режиму, установленному уголовно-процессуальным правом.

Ключевые слова: вещественные доказательства, доказательства, доказывание, иные документы, непроцессуальная информация, оперативно-розыскные мероприятия, показания свидетеля, результаты оперативно-розыскной деятельности, собрание доказательств, формирование доказательств.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.143.10.070-084

© Россинский С. Б., 2018

* Россинский Сергей Борисович, доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры уголовно-процессуального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

s.rossinskiy@gmail.com

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

Отбросьте всё невозможное,
то, что останется, и будет ответом,
каким бы невероятным он ни казался.

А. К. Дойл. «Знак четырех»

В современных условиях развития теории и практики уголовного судопроизводства, необходимости дальнейшего реформирования уголовно-процессуального законодательства большую актуальность имеют различные проблемы, связанные с формированием новых и совершенствованием существующих подходов к процессуальному познанию и доказыванию как к некоей гносеологической и логической «сердцевине» всего сложного и многоаспектного механизма деятельности органов предварительного расследования и суда. И на этом фоне остается неразрешенным вопрос о возможности и допустимых пределах использования в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. Значимость познавательных ресурсов, полученных непроцессуальным, главным образом оперативно-розыскным путем, признается большинством авторов, посвятивших свои работы данному сегменту уголовно-процессуальной науки. Например, М. П. Поляков пишет, что без использования технологий получения информации о преступлении, и в первую очередь средств и методов оперативно-розыскной деятельности, уголовному судопроизводству сегодня не под силу противостоять напору преступности¹. Е. А. Доля обращает внимание на объективный характер потребности в расширении потенциала результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам. Автор мотивирует это невозможностью

успешного раскрытия, расследования и разрешения уголовных дел о тяжких и особо тяжких преступлениях исключительно уголовно-процессуальными средствами². Об объективной необходимости использования в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности высказываются и многие другие специалисты³.

Вместе с тем, несмотря на подобные позитивные оценки результатов оперативно-розыскной деятельности для потребностей следственно-судебной практики, максимально полного установления обстоятельств, входящих в предмет доказывания, в уголовно-процессуальной доктрине доминирует позиция о невозможности их прямого, непосредственного использования в качестве полноценных средств познания по уголовному делу⁴. При этом основными аргументами в пользу данной точки зрения выступают тезисы о процессуальной недоброкачественности таких сведений, об их определенной ущербности по сравнению с предусмотренными УПК РФ видами (источниками) доказательств, обусловленной их получением в режиме, не обремененном достаточными процессуальными гарантиями⁵. В научной литературе результаты оперативно-розыскной деятельности традиционно относятся к так называемой непроцессуальной информации, чем и объясняется невозможность их использования в качестве полноценных доказательств по уголовному делу.

¹ Поляков М. П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности : дис. ... д-ра юрид. наук. Н. Новгород, 2002. С. 4.

² Доля Е. А. Формирование доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности. М. : Проспект, 2009. С. 7.

³ Например: Доказывание в уголовном процессе: традиции и современность / под ред. В. А. Власихина. М. : Юрист, 2000. С. 36—37 ; Астафьев Ю. В. Методологические основы соотношения оперативно-розыскной и доказательственной информации в расследовании преступлений // Вестник ВГУ. Серия : Право. 2007. № 1. С. 284 ; Азаров В. А., Константинов В. В. Особенности использования следователем результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании должностных преступлений, совершаемых сотрудниками органов внутренних дел // Российский следователь. 2013. № 11. С. 21.

⁴ Например: Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РФ / отв. ред. Д. Н. Козак, Е. Б. Мизулина. М. : Юрист, 2003. С. 221 ; Жажицкий В. И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве. СПб. : Юридический центр-Пресс, 2006. С. 363.

⁵ Петрухин И. Л. Судебная власть и расследование преступлений // Государство и право. 1993. № 7. С. 90 ; Астафьев Ю. В. Оперативно-розыскные средства уголовно-процессуального познания // Вестник ВГУ. Серия : Право. 2006. № 1. С. 272.

Вполне очевидно, что противоречия устоявшихся теоретических постулатов с реальными потребностями правоприменительной практики и привели к некоторой нерешительности, непоследовательности законодателя при формировании соответствующей нормативной базы, обусловили возникновение коллизии, выраженной в отсутствии системного единства между положениями Уголовно-процессуального кодекса РФ и законодательства об оперативно-розыскной деятельности. С одной стороны, Федеральный закон от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» (далее — Закон «Об ОРД») и изданная в соответствии с ним Инструкция «О порядке представления результатов ОРД»⁶ предусматривают право оперативных работников на передачу в распоряжение дознавателя, следователя или суда материалов, фиксирующих ход и результаты оперативно-розыскных мероприятий. Однако ст. 89 УПК РФ полностью блокирует возможность их использования в процессе доказывания по причине несоответствия требованиям уголовно-процессуальной формы, ввиду изначальной дифференциации правовых режимов оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности, необремененности оперативно-розыскных мероприятий гарантиями доброкачественности. Специалисты отмечают, что в существующем виде ст. 89 УПК РФ для эффективного использования непригодна⁷.

В этой связи в уголовно-процессуальной науке предпринимаются постоянные попытки выработать некий правовой механизм, направленный на легализацию сведений, полученных в результате оперативно-розыскных мероприятий для возможности их использования в дока-

зывании по уголовному делу. Причем большинство авторов, посвятивших свои исследования данной проблематике, обычно позиционируют эти сведения в качестве некоего информационного фундамента, на котором в дальнейшем могут быть сформированы полноценные доказательства⁸. Эта же идея находит поддержку в практике Конституционного Суда РФ, неоднократно отмечавшего, что результаты оперативно-розыскных мероприятий являются не доказательствами, а лишь сведениями об источниках тех фактов, которые, будучи полученными с соблюдением требований Закона «Об ОРД», могут стать доказательствами только после закрепления их надлежащим процессуальным путем, а именно на основе соответствующих норм УПК РФ⁹.

Вместе с тем подобные позиции представляются надуманными, очередными теоретическими «фантомами», коими в настоящее время и без того изобилует национальная доктрина уголовного процесса. Их несостоятельность обуславливается следующими обстоятельствами.

Во-первых, уголовно-процессуальный закон не устанавливает никаких правовых механизмов, направленных на возможность приобщения материалов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств, то есть придания им подобия процессуальной формы. Е. В. Ежова совершенно справедливо пишет, что законодательство об оперативно-розыскной деятельности разрешает использование ее результатов в уголовном процессе, а сам УПК РФ такой процедуры не содержит¹⁰. Ни органы предварительного расследования, ни суды формально не имеют ни малейшей правовой возможности ввести такие материалы в уголовный процесс посредством каких-либо следственных

⁶ Совместный приказ МВД России № 776, Минобороны России № 703, ФСБ России № 509, ФСО России № 507, ФТС России № 1820, СВР России № 42, ФСИН России № 535, ФСКН России № 398, СК России № 68 от 27 сентября 2013 г. «Об утверждении Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд».

⁷ Поляков М. П. Использование результатов ОРД в доказывании // Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: год правоприменения и преподавания : материалы Междунар. науч.-практ. конференции (27—28 октября 2003 г.). М. : МГЮА, 2004. С. 182 ; *Зажичкий В. И.* Указ. соч. С. 363.

⁸ Например: *Доля Е. А.* Указ. соч. С. 240 ; Теория оперативно-розыскной деятельности : учебник / под ред. К. К. Горяинова, В. С. Овчинского, Г. К. Сенилова. М. : Инфра-М, 2006. С. 554 ; *Астафьев Ю. В.* Оперативно-розыскной и доказательственный аспект уголовно-процессуального познания // Уголовно-процессуальные и криминалистические средства обеспечения эффективности уголовного судопроизводства : материалы междунар. науч.-практ. конференции. Иркутск : БГУЭП, 2014. С. 24.

⁹ Например: определения Конституционного Суда РФ от 4 февраля 1999 г. № 18-О, от 24 сентября 2013 г. № 1505-О.

¹⁰ *Ежова Е. В.* Проблемы раскрытия преступлений в современной России. Уфа : БашГУ, 2008. С. 148.

или иных процессуальных действий: подобных действий УПК РФ просто не предусматривает.

А во-вторых, даже если бы УПК РФ и устанавливал подобные механизмы (аналогично тому, как это предусмотрено для представления вещественных доказательств или документов подозреваемым, обвиняемым, защитником, потерпевшим и иными заинтересованными участниками), это все равно не повлияло бы на разрешение существующих проблем. Такие механизмы позволили бы лишь формально приобщать материалы оперативно-розыскной деятельности к уголовному делу, при этом не изменяя их правовой природы, не придавая им никакой мнимой уголовно-процессуальной формы.

Вопреки иллюзорным тезисам многих ученых-процессуалистов, видимо просто опасаясь посмотреть правде в глаза и пытающихся прикрыть красивыми доктринальными рассуждениями существующие проблемы, никакие следственные, судебные или иные процессуальные действия не позволят применить «задним числом» к уже произведенным оперативно-розыскным мероприятиям установленные УПК РФ правовые гарантии доброкачественности. Никакие процессуальные манипуляции не позволят «натянуть» на уже сформированные оперативно-розыскным путем познавательные результаты процессуальную форму, подобно тому как фея из известной сказки Шарля Перро, махнув волшебной палочкой, превратила Золушку в принцессу, тыкву — в карету, а крысу — в кучера. Тем более ни следователь, ни дознаватель, ни судья не в состоянии никакими процессуальными действиями, повернув время вспять, возвратит вектор познания на исходные позиции и установить заново, «с чистого листа», повторно невозпроизводимые обстоятельства, уже воспринятые оперативными сотрудниками.

Для наглядности проиллюстрируем это следующим примером. Так, сотрудниками уголов-

ного розыска г. Москвы в ходе проведенного на основании оперативной информации обследования транспортного средства — автомобиля Infiniti Qx70 — были обнаружены два автомата системы Калашникова (АК-105) и 128 штатных патронов к ним калибра 5,45 мм¹¹. Конечно, сами по себе обнаруженные огнестрельное оружие и боеприпасы — это потенциальные вещественные доказательства, подлежащие приобщению к материалам возбужденного по данному факту уголовного дела в порядке ст. 81 УПК РФ; в данной части никаких осязательных теоретических или практических вопросов вроде бы не возникает. Но как быть с установленным фактом нахождения этих объектов не где-нибудь, а именно в определенном месте — в автомобиле, принадлежащем потенциальному обвиняемому?

В своих публикациях, связанных с методологическими проблемами доказывания, с разграничением отдельных видов доказательств в зависимости способов процессуального познания, мы неоднократно писали, что вещественное доказательство (в отрыве от других взаимосвязанных с ним доказательств) — это не более чем сама вещь как элемент объективной реальности и носитель юридически значимой информации. Вещественное доказательство может поведать лишь то, что оно действительно существует, а не является чьим-либо вымыслом, «миражом». В этой связи мы выражаем несогласие с позициями целого ряда авторов, смешивающих вещественные доказательства с местами их обнаружения, с информацией об их расположении относительно друг друга и тому подобными данными¹².

Сведения о нахождении той или иной вещи в определенном месте (у определенного лица) либо об определенном взаиморасположении двух или нескольких предметов предполагают формирование иных доказательств — результатов (протоколов) «невербальных»¹³ следственных (судебных) действий, подпадающих под

¹¹ Пример взят из ресурсов интернет-портала государственной автоматизированной системы РФ «Правосудие» за 2016 г. URL: <http://sudrf.ru>.

¹² Например: Кудрявцева А. В., Худякова Ю. В. Вещественные доказательства в уголовном процессе России. Челябинск : Полиграф-Мастер, 2006. С. 36—37 ; Смирнов А. В. Что считать вещественным доказательством // Уголовный процесс. 2011. № 4. С. 31—32 ; Боруленков Ю. П. К вопросу о понятии «вещественные доказательства» // СПС «КонсультантПлюс».

¹³ Под «невербальным» способом познания в уголовном судопроизводстве мы понимаем систему гносеологических и психофизиологических закономерностей чувственного (наглядно-образного) восприятия дознавателем, следователем или судом обстоятельств объективной реальности и формирования на этой основе соответствующих мысленных образов, отражающих обстоятельства, подлежащие уста-

диспозицию ст. 83 УПК РФ. Такие результаты (протоколы) обуславливают как само появление в уголовном деле вещественных доказательств, так и логическую возможность их использования в процессе доказывания.

Дознаватель, следователь или даже суд решает эти вопросы путем производства предусмотренных уголовно-процессуальным законодательством следственных (судебных) действий, например осмотра или обыска, проводимых посредством использования активных и пассивных механизмов наглядно-образного восприятия материальных фрагментов объективной реальности.

Но как быть оперативному работнику, действующему в правовом режиме, установленном Законом «Об ОРД»? С одной стороны, вышеуказанное оперативное обследование — это познавательное мероприятие, которое по своей гносеологической сущности является близким, родственным, может быть, даже идентичным следственному осмотру или обыску. Ведь оперативно-розыскная деятельность так же, как уголовное судопроизводство, представляет собой частный случай применения теории познания¹⁴. Но, с другой стороны, оно проводится в ином правовом (непроцессуальном) режиме, поэтому в принципе не может обуславливать появление доказательств, аналогичных результатам (протоколам) «невербальных» следственных или судебных действий.

Конечно, если решать указанную проблему на основании догматичного формализма (в негативном понимании этого термина), то можно использовать так называемую двухэтапную технологию: сперва обнаружить в оперативно-розыском режиме какие-либо предметы, документы или ценности, имеющие значение для уголовного дела, а затем вернуть их на прежнее место («запихнуть назад») или просто не прикасаться к ним, тем самым обеспечив возможность их «повторного обнаружения» дознавателем или следователем посредством осмотра, обыска или иного следственного действия. Однако вполне очевидно, что подобные приемы абсолютно абсурдны и недопустимы. Они не только полностью противоречат истин-

ному, «высокому» назначению уголовного судопроизводства, но и просто извращают весь смысл, всю гносеологическую сущность уголовно-процессуального доказывания, превращая его в профанацию. К слову, такой алгоритм действий уж очень отчетливо напоминает ставший притчей во языцех эпизод задержания в трамвае вора-карманника из кинофильма «Место встречи изменить нельзя».

Можно сколько угодно теоретизировать и рассуждать о правовой непригодности результатов повторно невозпроизводимых оперативно-розыскных мероприятий (оперативного обследования, оперативного эксперимента, проверочной закупки и т.д.), можно даже формально признавать их недопустимыми и исключать из материалов уголовного дела. Но сам факт обнаружения и изъятия сотрудниками правоохранительных органов неких материальных объектов, имеющих значение для последующего уголовного дела, полностью «выкинуть» из объективной реальности просто нельзя. Здесь, как и во многих других случаях, законы (закономерности) гносеологии берут верх над созданными человеческим разумом и поэтому далеко не безгрешными законами юридическими, над нестабильной процессуальной формой.

Поэтому, несмотря на установленные ст. 89 УПК РФ правовые ограничения, практика использования в доказывании сведений, полученных в результате оперативно-розыскной деятельности, имеет повсеместное применение. А сотрудники правоохранительных органов относятся к ней как к само собой разумеющейся. Причем выработанные на сегодняшний день прикладные технологии «формирования» доказательств на основе этих результатов сводятся все к тому же простому представлению соответствующих материалов для приобщения к уголовному делу исключительно на основании норм оперативно-розыского права (вышеуказанных положений Закона «Об ОРД» и Инструкции «О порядке представления результатов ОРД»). Иными словами, правоприменитель, прикрываясь красивыми лозунгами, изобретает некие «обходные пути», а фактически просто игнорирует установленные запре-

новлению по уголовному делу (подробнее об этом см.: *Росинский С. Б.* Следственные действия. М. : Норма, 2018. С. 66—70). Вместе с тем с учетом многообразия толкований термина «невербальный» в процессуальной и криминалистической литературе мы используем его в данном контексте с определенной долей условности и поэтому преднамеренно берем в кавычки.

¹⁴ *Бедняков Д. И.* Непроцессуальная информация и расследование преступлений. М. : Юрид. лит., 1991. С. 81.

ты. Дознаватели, следователи и судьи в своих приговорах, постановлениях или определениях прямо ссылаются на материалы оперативно-розыскной деятельности как на полноценные доказательства. Приведем лишь несколько примеров.

Так, в приговоре одного из районных судов г. Москвы было указано, что вина подсудимого в совершении преступления, предусмотренного ч. 4 ст. 290 УК РФ, помимо всего прочего подтверждается материалами оперативно-розыскного мероприятия «оперативный эксперимент», полученными с соблюдением требований УПК РФ¹⁵. В другом случае судьи Московского областного суда в ходе апелляционного рассмотрения уголовного дела оставили приговор суда первой инстанции по ч. 3 ст. 30, п. «г» ч. 4 ст. 228.1 УК РФ без изменения. Своё решение они мотивировали тем, что вина подсудимого в совершении инкриминируемого ему преступления доказана в полном объеме и, помимо прочего, подтверждается материалами оперативно-розыскного мероприятия «проверочная закупка», полученными с соблюдением требований УПК РФ¹⁶.

Кстати, возможность прямого использования результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств по уголовным делам фактически подтверждает и Пленум Верховного Суда РФ. В одном из своих постановлений он разъясняет, что результаты оперативно-розыскных мероприятий, связанных с ограничением конституционного права граждан на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, а также с проникновением в жилище против воли проживающих в нем лиц (кроме случаев, установленных федеральным законом), могут быть использованы в качестве доказательств по делам, лишь когда они получены по разрешению суда на проведение таких мероприятий и проверены следственными органами в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством¹⁷.

Подобные формулировки судебных актов неизбежно приводят к вопросу: что это за требования уголовно-процессуального закона, которые обуславливают получение материалов оперативно-розыскных мероприятий, в частности проверочной закупки или оперативного эксперимента? Как уже отмечалось выше, данный вопрос в принципе не предполагает вразумительного ответа, но тем не менее факты прямого оперирования результатами оперативно-розыскной деятельности как доказательствами по уголовному делу — это объективные реалии современной судебной и следственной практики.

Впрочем, указанным формулировкам можно легко найти вполне логичное объяснение. Они четко согласуются с положениями ст. 89 УПК РФ. Позиционируя «на бумаге» результаты оперативно-розыскной деятельности как соответствующие требованиям уголовно-процессуального законодательства, правоприменитель, таким образом, создает некую правовую иллюзию, некую видимость их допустимости и, следовательно, законности выносимого юрисдикционного решения.

Однако в реальности органы предварительного расследования и суды связывают процессуальную доброкачественность результатов оперативно-розыскной деятельности исключительно с соблюдением требований Закона «Об ОРД». Приведем еще несколько примеров. Так, в ходе апелляционного рассмотрения уголовного дела по ч. 3 ст. 30, ч. 4 ст. 159 УК РФ коллегия судей Московского областного суда признала недопустимыми результаты оперативного эксперимента, проведенного сотрудниками полиции Пушкинского района Московской области ввиду отсутствия в материалах дела постановления о проведении данного мероприятия, то есть в связи с нарушением положений ст. 8 Закона «Об ОРД»¹⁸. В свою очередь, президиум Магаданского областного суда в ходе надзорного рассмотрения уголовного дела по п. «а» ч. 3 ст. 228.1 УК РФ признал недопустимыми результаты проверочной закупки как прове-

¹⁵ Пример взят из ресурсов интернет-портала государственной автоматизированной системы РФ «Правосудие» за 2017 г. URL: <http://sudrf.ru>.

¹⁶ Апелляционное определение Московского областного суда от 23 сентября 2014 г. по делу № 22-5038/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁷ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» (с послед. изм. и доп.).

¹⁸ Апелляционное определение Московского областного суда от 5 августа 2014 г. по делу № 22-4203/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

денной с нарушением ст. 2 Закона «Об ОРД»¹⁹. А судебная коллегия Московского городского суда, рассматривая в апелляционном порядке уголовное дело по ч. 6 ст. 290 и ч. 4 ст. 290.1 УК РФ, наоборот, признала допустимыми результаты проведенных оперативно-розыскных мероприятий в связи с точным выполнением требований Закона «Об ОРД»²⁰.

Материалы оперативно-розыскной деятельности формируются за пределами сферы уголовно-процессуальных отношений; в уголовное дело они представляются уже в готовом, окончательном виде. В этой связи М. П. Поляков совершенно справедливо отмечает, что результат оперативно-розыскной деятельности есть готовый информационный продукт, нуждающийся не в трансформации, а в интерпретации²¹. В. А. Лазарева, солидаризируясь с мнением М. П. Полякова, указывает, что результаты оперативного эксперимента, проверочной закупки, контролируемой поставки никакому преобразованию не поддаются. Они либо принимаются, либо не принимаются в зависимости от того, законно или незаконно само проведение оперативно-розыскного мероприятия, соблюден или нет предусмотренный соответствующим законом его правовой режим²².

В этой связи представляется не совсем уместным и сам термин «формирование», выражающий механизм введения результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовный процесс. Гораздо более правильно говорить не о формировании, а о собирании таких доказательств. В своих последних публикаци-

ях мы писали, что доктринальные категории «собрание доказательств» и «формирование доказательств» не являются взаимоисключающими; их не следует противопоставлять друг другу, как это делали и продолжают делать многие наши коллеги, занимающиеся проблемами доказательственного права²³. По нашему мнению, формирование доказательств заключается в предусмотренных УПК РФ процессуальных механизмах преобразования полезной информации в форму доказательств. Оно выражает как познавательный, так и удостоверительный аспекты доказывания и применимо к различным видам показаний, результатам «невербальных» следственных и судебных действий и экспертным заключениям. Тогда как собирание заключается именно в процессуальной легализации доказательств, в их введении в уголовное дело; оно выражает исключительно удостоверительный аспект доказывания и применимо к тем доказательствам, которые появляются в готовом виде или создаются за рамками уголовного судопроизводства, то есть к вещественным доказательствам, к «иным»²⁴ документам, к заключениям специалистов²⁵. Оно же применимо и к результатам оперативно-розыскных мероприятий. Все эти материалы если и «формируются», то за рамками уголовного судопроизводства, вне установленного УПК РФ правового режима и без соответствующих процессуальных гарантий. На данную особенность в части «иных» документов обращалось внимание еще в фундаментальной работе «Те-

¹⁹ Постановление президиума Магаданского областного суда от 18 июля 2014 г. по делу № 44у-7/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁰ Апелляционное определение Московского городского суда от 24 июня 2014 г. по делу № 10-7154/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

²¹ Поляков М. П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности. Н. Новгород : Нижегородская правовая академия, 2001. С. 220.

²² Лазарева В. А. Доказывание в уголовном процессе. М. : Высшее образование, 2009. С. 201.

²³ Например: Шейфер С. А. Доказательства и доказывание по уголовным делам. М. : Норма, 2008. С. 33—34 ; Михеенко М. М. Доказывание в советском уголовном процессе. Киев : Вища школа, 1984. С. 10 ; Семенцов В. А. Формирование доказательств в структуре уголовно-процессуального доказывания // Актуальные проблемы современного уголовного процесса России: межвузовский сборник научных трудов / под ред. В. А. Лазаревой. Самара : Самарский госуниверситет, 2010. С. 239.

²⁴ Здесь и далее термин «иные» применительно к обозначению документов как конкретного вида уголовно-процессуальных доказательств, предусмотренных ст. 84 УПК РФ, нами преднамеренно берется в кавычки. Тем самым подчеркивается, что он является названием самостоятельного вида доказательств, то есть обозначает конкретно определенную уголовно-процессуальную категорию, а не используется в значениях «другие», «остальные» и т.д.

²⁵ Подробнее об этом см.: Россинский С. Б. О структуре уголовно-процессуального доказывания // Законы России: опыт, анализ, практика. 2017. № 5. С. 41—43.

ория доказательств в советском уголовном процессе»²⁶.

Практика признания полноценными доказательствами материалов, полученных в ходе оперативно-розыскной деятельности, фактически осуществляется в режиме правовой аналогии к механизму процессуальной легализации «иных» документов. К слову, такой механизм сводится лишь к некоему процессуальному решению об их приобщении к уголовному делу. И если для судебного производства порядок принятия такого решения кратко определен в ст. 286 УПК РФ, то для досудебного производства — вообще не установлен.

Именно по этой причине некоторые авторы находят выход из рассматриваемой ситуации посредством введения результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовный процесс в качестве «иных» документов²⁷. Видимо, ученые исходят из того довода, что сугубо формально «иными» документами могут быть признаны любые объекты документального характера, имеющие отношение к уголовному делу, в частности материалы оперативно-розыскных мероприятий. Данная позиция находит поддержку и в решениях Конституционного Суда, неоднократно отказывавшего в принятии к рассмотрению жалоб отдельных граждан, пытавшихся оспорить конституционность ст. 84 УПК РФ как допускающей возможность использования по уголовному делу в качестве «иных» документов результатов оперативно-розыскной деятельности²⁸.

Однако с подобными суждениями и основанными на них практическими рекомендациями согласиться достаточно сложно. Ведь «иные» документы выражают сведения, сообщенные не специально уполномоченными субъектами правоохранительной деятельности, а какими-то «третьими» лицами: различными предприятиями, учреждениями, их работниками и т.д. В теории уголовного процесса их

иногда называют «свободными» доказательствами²⁹. Тогда как документальные материалы оперативно-розыскных мероприятий формируют сотрудники правоохранительных органов, пусть в рамках непроцессуальных, но достаточно близких к уголовному судопроизводству познавательных процедур. По мнению М. П. Полякова, уголовный процесс и оперативно-розыскная деятельность вообще являются элементами единой кримкогнитивной системы³⁰. Безусловно, оперативные сотрудники не являются полноценными субъектами процессуального познания; эта прерогатива принадлежит исключительно суду, дознавателю или следователю. Тем не менее указанные лица в силу своих профессиональных функций не могут быть полностью лишены возможности установления отдельных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела. Иными словами, в контексте уголовно-процессуального познания их нельзя отождествлять с составителями «иных» документов, не имеющими к данному уголовному делу никакого отношения.

Кстати, еще одним аргументом нашей позиции выступает все та же ст. 89 УПК РФ, которая как бы специально выделяет результаты оперативно-розыскной деятельности из всей остальной массы информации, то есть придает им особое значение для уголовного дела. Если бы законодатель относился к ним наравне с другими документальными сведениями, исходящими от «третьих» лиц, и предполагал их приобщение к делу в качестве «иных» документов, то ст. 89 УПК РФ вообще не имела бы никакого смысла. А использование таких материалов полностью бы вписывалось в режим, установленный ст. 84 УПК РФ, и дополнительной нормативной регламентации не требовало.

Современная практика пытается найти еще один выход из существующей проблемы — через допрос в качестве свидетеля сотрудника правоохранительного органа по поводу сведе-

²⁶ Теория доказательств в советском уголовном процессе / отв. ред. Н. В. Жогин. М. : Юрид. лит., 1973. С. 681.

²⁷ Семенцов В. А., Сафонов В. Ю. Правовые предпосылки и этапы реализации результатов оперативно-розыскной деятельности в досудебном производстве. Екатеринбург : УрГЮА, 2006. С. 99 ; Шейфер С. А. Указ. соч. С. 114—115.

²⁸ Например: определения Конституционного Суда РФ от 24 сентября 2013 г. № 1293-О, от 24 сентября 2013 г. № 1505-О.

²⁹ Камышин В. А. Иные документы как «свободное» доказательство в уголовном процессе : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ижевск, 1998. С. 12.

³⁰ Поляков М. П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности ... С. 219.

ний, полученных им в результате оперативно-обследованного, наблюдения, эксперимента и т.д. Сугубо формально такие свидетельские показания не имеют никакого превосходства перед другими доказательствами, равно как и наоборот. Они должны быть оценены наряду со всеми другими материалами уголовного дела на предмет их относимости, допустимости и достоверности. Подобная технология отчетливо напоминает англосаксонскую модель уголовного судопроизводства, сводящуюся, как известно, к непроцессуальным досудебным процедурам, подлежащим последующей судебной проверке и оценке путем различных «классических», «перекрестных», «шахматных» допросов.

К слову, в отечественной науке идеи «вестернизации» доказательственного права наиболее активно отстаивают представители и последователи так называемой Нижегородской школы в материалах, публикуемых, в частности, на сайте Международной ассоциации содействия правосудию³¹. Вместе с тем вполне очевидно, что такие высказывания имеют не столько научную, сколько политическую или вообще конъюнктурную подоплеку. Авторы выражают скептицизм в отношении национальной теории доказательств только лишь за продолжение традиций советской процессуальной доктрины, которая для них, видимо, является своеобразной «красной тряпкой», и призывают к перестроению российской системы уголовного судопроизводства по американскому образцу, предполагающему превращение следователя в полицейского детектива (*the investigator*), лишённого каких-либо юрисдикционных полномочий.

Не желая переводить содержание настоящей статьи в политическую плоскость и в очередной раз вступать в полемику об англосаксонском, романо-германском или собственном, национальном пути дальнейшего развития российского уголовного процесса, отметим лишь, что каждый из них имеет и свои бесспорные преимущества, и свои существенные недостатки. При этом придание самостоятельного доказательственного значения результатам деятельности внесудебных органов (неважно каких — органов предварительного расследования или органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность) — это несомненное достоинство национальной модели досудеб-

ного производства, коим она значительно выигрывает перед соответствующими механизмами, используемыми в странах Запада, в первую очередь в США.

Представляется, что любой досудебный познавательный ресурс, особенно полученный на первоначальном этапе, содержит информацию, полученную «в чистом виде», «по горячим следам», например данные о материальных фрагментах объективной реальности, лично воспринятых оперативным сотрудником в момент осуществления оперативно-розыскных мероприятий. Такой порядок обуславливает достаточно высокую степень достоверности и адекватности сведений. Тогда как при последующем допросе свидетель (бывший субъект познания) описывает возникшие ранее мысленные образы по прошествии определенного времени. Поэтому степень достоверности и адекватности подобных сведений намного ниже. Человек вполне может забыть или неправильно запомнить какие-то фрагменты объективной реальности; мысленные образы, сформированные в ходе различных познавательных мероприятий, могут в его сознании наложиться один на другой и т.д. В этой связи уместно вспомнить слова Н. И. Порубова о невозможности получения дознавателем, следователем, судом из свидетельских показаний такого ясного и правильного представления о происшедшем, как будто они сами были свидетелями произошедшего³².

Иными словами, последующий допрос оперативного сотрудника в качестве свидетеля не может подменять собой результатов оперативно-розыскной деятельности. Он направлен на формирование нового, отдельного доказательства — показаний свидетеля, предметом которых будут не фрагменты объективной реальности, являющиеся отражением познаваемого события, а обстоятельства участия оперативного сотрудника в проведении соответствующих мероприятий. Следовательно, допрос в данном случае — это всего лишь дополнительное следственное или судебное действие, направленное на проверку или оценку доброкачественности полученных ранее непроцессуальных результатов с целью решения вопроса об их использовании в процессе доказывания.

Если же использовать практику простого переписывания оперативно-розыскных материалов в протокол допроса свидетеля, то данные

³¹ Сайт Международной ассоциации содействия правосудию (МАСП). URL: <http://www.iauaj.net>.

³² Порубов Н. И. Допрос в советском уголовном процессе. Минск : Вышэйшая школа, 1968. С. 8—9.

сведения можно считать показаниями лишь сугубо формально. Фактически это будет не допрос, предполагающий получение сведений о мысленных образах, сформированных в сознании свидетеля, а лишь некий «правовой суррогат». В подобной ситуации дознаватель, следователь или суд станут как бы «допрашивать» не свидетеля, а сам протокол или акт соответствующего непроцессуального мероприятия, что будет противоречить сути допроса как следственного действия. Поэтому все подобные случаи следует расценивать как исключительно незаконные приемы.

Кстати, невозможность подмены результатов оперативно-розыскных мероприятий допросом соответствующего сотрудника, видимо, обусловлена теми же причинами, которые порождают запрет на подмену оглашения материалов следственных действий в зале судебного заседания в порядке ст. 285 УПК РФ допросом в качестве свидетеля соответствующего следователя или дознавателя.

Таким образом, предлагаемые процессуальной доктриной и нередко используемые на практике технологии «формирования» доказательств на основании результатов оперативно-розыскной деятельности носят псевдопроцессуальный, искусственный характер и фактически являются лишь «прикрытием» оперативно-розыскной информации наиболее удобным видом доказательств, причем без разбора их гносеологической природы и сущности. Подобная практика неизбежно приводит к размыванию граней между различными видами доказательств в уголовном процессе, способствует подмене одних доказательств другими или появлению доказательств, не свойственных для восприятия определенных сведений.

Все вышеизложенные доводы приводят нас к достаточно, быть может, дерзкому, но тем не менее единственному выводу, отвечающему не научной утопии, а реальным потребностям правоприменения. *Единственно возможный вариант решения проблемы использования в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности заключается в легализации механизмов их прямого, непосредственного*

введения в уголовный процесс без необходимости какого-либо мнимого процессуального оформления.

В настоящее время уже давно назрела необходимость исследовать эти вопросы не сквозь «розовые очки с псевдодемократическими линзами», а посмотреть правде в глаза и признать, что все иные способы решения данной проблемы неизбежно обречены на провал. По крайней мере, ни одному специалисту, работающему в данном направлении, до настоящего времени не удалось сконструировать какой-либо иной действенный и эффективный способ формирования доказательств, основанных на сведениях, полученных в ходе непроцессуальных мероприятий. И об этом наиболее наглядно свидетельствуют результаты изучения и обобщения судебно-следственной практики, которая, невзирая на какие угодно законодательные запреты, идет четко в данном направлении, подобно росту травы, пробивающему каменную скалу.

К слову, большинство философских школ (как материалистической, так и идеалистической направленности) разделяет тезис, что основным критерием истины, правильности какой-либо теории, справедливости определенного суждения является именно многолетняя общественная практика. Этой идеи традиционно придерживались и советские мыслители, работавшие в духе марксистско-ленинской диалектики³³. Сегодня можно по-разному относиться к трудам В. И. Ленина и его последователей, но отрицать их фундаментализм и глубину просто глупо и неконструктивно.

Поэтому отвергать возможность прямого использования в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности абсолютно бессмысленно. Наоборот, ее необходимо узаконить, придать ей более правовой характер. В современных условиях борьбы с преступностью и ее организованными формами, пишет В. К. Зникин, существует острая потребность в законодательной регламентации механизма использования результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве³⁴. О необходимости прямого

³³ Ленин В. И. Полное собрание сочинений : в 55 т. М. : Политиздат, 1968. Т. 18 : Материализм и эмпириокритицизм. С. 145 ; Нарский И. С. Актуальные проблемы марксистско-ленинской теории познания. М. : Знание, 1966. С. 31 ; Диалектика процесса познания / под ред. М. Н. Алексеева, А. М. Коршунова. М. : Изд-во Моск. ун-та, 1985. С. 12.

³⁴ Зникин В. К. Использование оперативно-розыскной информации в уголовно-процессуальном доказывании : дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 1998. С. 4.

использования в доказывании материалов оперативно-розыскных мероприятий сегодня начинают говорить и другие ученые³⁵.

Прекрасно отдавая себе отчет в том, какого «джина» мы хотим «выпустить из бутылки», к каким негативным последствиям могут привести вносимые нами предложения, осознавая возможные риски и потенциальную опасность бесконтрольности и вседозволенности сотрудников различных оперативных подразделений правоохранительных органов, сразу поспешим сделать несколько оговорок и расставить все точки над *i*.

Во-первых, мы не настаиваем на возможности использования в доказывании любых результатов оперативно-розыскных мероприятий. Представляется, что таким правовым потенциалом могут обладать только следующие сведения:

- которые не характеризуются свойством воспроизводимости, то есть не могут быть получены повторно процессуальным (следственным или судебным) путем³⁶. Иными словами, к возможности прямого использования в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности должен быть применен тот же подход, на котором основаны установленные ст. 241 и гл. 37 УПК РФ правила судебного исследования доказательств, полученных в ходе предварительного расследования: оглашению подлежат лишь материалы тех процессуальных действий (протоколы, заключения экспертов), воспроизведение которых в судебном заседании невозможно или нецелесообразно;
- которые могут быть проверены и оценены уголовно-процессуальными средствами на предмет относимости, допустимости и достоверности, то есть наличия свойств,

предъявляемых ко всем доказательствам по уголовному делу. В этой связи представляется очевидным запрет на использование в доказывании результатов негласных оперативно-розыскных мероприятий (например, наблюдения или оперативного внедрения и т.д.).

И во-вторых, для использования в процессе доказывания по уголовным делам соответствующих результатов сами оперативно-розыскные мероприятия должны быть возведены в такой правовой режим, который по уровню гарантий правовой доброкачественности не уступал бы уголовно-процессуальной форме. Вполне осознавая возможную критику данной позиции со стороны наших оппонентов, считающих, что при подобной новации грань между уголовным процессом и оперативно-розыскной деятельностью исчезнет и последняя превратится в еще одно квазиисследование, вновь поспешим оговориться: мы вовсе не ратуем за полную аналогию процессуального режима следственных действий и соответствующих им по способу познания оперативно-розыскных мероприятий. Мы лишь настаиваем на соразмерности общего уровня процессуальных гарантий доброкачественности, которые вполне могут различаться с учетом различного назначения и условий осуществления оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности.

И в завершение следует обратить внимание, что прямое использование в процессе доказывания по уголовному делу результатов оперативно-розыскных мероприятий возможно лишь в совокупности с иными доказательствами, собранными (сформированными) посредством правового арсенала, находящегося в ведении органов предварительного расследования и суда.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Абрамочкин В. В.* Использование результатов негласных ОРМ в уголовном судопроизводстве: позиция Конституционного Суда РФ // Уголовный процесс. — 2011. — № 1. — С. 20—23.

³⁵ *Поляков М. П.* Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности ... С. 220 ; *Бозров В. М.* Результатам оперативно-розыскной деятельности — статус доказательств в уголовном процессе // Российская юстиция. 2004. № 4. С. 46—48 ; *Зуев С. В.* Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств // Уголовное право. 2007. № 3. С. 97.

³⁶ *Абрамочкин В. В.* Использование результатов негласных ОРМ в уголовном судопроизводстве: позиция Конституционного Суда РФ // Уголовный процесс. 2011. № 1. С. 23.

2. Азаров В. А., Константинов В. В. Особенности использования следователем результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании должностных преступлений, совершаемых сотрудниками органов внутренних дел // Российский следователь. — 2013. — № 11. — С. 20—24.
3. Астафьев Ю. В. Методологические основы соотношения оперативно-розыскной и доказательственной информации в расследовании преступлений // Вестник ВГУ. Серия : Право. — 2007. — № 1. — С. 280—290.
4. Астафьев Ю. В. Оперативно-розыскной и доказательственный аспект уголовно-процессуального познания // Уголовно-процессуальные и криминалистические средства обеспечения эффективности уголовного судопроизводства : материалы Международной научно-практической конференции. — Иркутск : БГУЭП, 2014. — С. 20—26.
5. Астафьев Ю. В. Оперативно-розыскные средства уголовно-процессуального познания // Вестник ВГУ. Серия : Право. — 2006. — № 1. — С. 268—277.
6. Бедняков Д. И. Непроцессуальная информация и расследование преступлений. — М. : Юрид. лит., 1991. — 208 с.
7. Бозров В. М. Результатам оперативно-розыскной деятельности — статус доказательств в уголовном процессе // Российская юстиция. — 2004. — № 4. — С. 46—48.
8. Боруленков Ю. П. К вопросу о понятии «вещественные доказательства» // СПС «КонсультантПлюс».
9. Диалектика процесса познания / под ред. М. Н. Алексеева, А. М. Коршунова. — М. : Изд-во Московского университета, 1985. — 372 с.
10. Доказывание в уголовном процессе: традиции и современность / под ред. В. А. Власихина. — М. : Юристъ, 2000. — 272 с.
11. Доля Е. А. Формирование доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности. — М. : Проспект, 2009. — 282 с.
12. Ежова Е. В. Проблемы раскрытия преступлений в современной России. — Уфа : БашГУ, 2008. — 226 с.
13. Зажицкий В. И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве. — СПб. : Юридический центр-Пресс, 2006. — 449 с.
14. Зникин В. К. Использование оперативно-розыскной информации в уголовно-процессуальном доказывании : дис. ... канд. юрид. наук. — Томск : Томский госуниверситет, 1998. — 202 с.
15. Зуев С. В. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств // Уголовное право. — 2007. — № 3. — С. 94—97.
16. Камышин В. А. Иные документы как «свободное» доказательство в уголовном процессе : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Ижевск : Удмуртский госуниверситет, 1998. — 22 с.
17. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РФ / отв. ред. Д. Н. Козак, Е. Б. Мизулина. — М. : Юристъ, 2003. — 1038 с.
18. Кудрявцева А. В., Худякова Ю. В. Вещественные доказательства в уголовном процессе России. — Челябинск : Полиграф-Мастер, 2006. — 176 с.
19. Лазарева В. А. Доказывание в уголовном процессе. — М. : Высшее образование, 2009. — 344 с.
20. Ленин В. И. Полное собрание сочинений : в 55 т. — М. : Политиздат, 1968. — Т. 18 : Материализм и эмпириокритицизм. — 526 с.
21. Михеенко М. М. Доказывание в советском уголовном процессе. — Киев : Вища школа, 1984. — 133 с.
22. Нарский И. С. Актуальные проблемы марксистско-ленинской теории познания. — М. : Знание, 1966. — 48 с.
23. Петрухин И. Л. Судебная власть и расследование преступлений // Государство и право. — 1993. — № 7. — С. 81—91.
24. Поляков М. П. Использование результатов ОРД в доказывании // Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: год правоприменения и преподавания : материалы Международной научно-практической конференции (27—28 октября 2003 г.). — М. : МГЮА, 2004. — С. 182—184.
25. Поляков М. П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности : дис. ... д-ра юрид. наук. — Н. Новгород, 2002. — 442 с.
26. Поляков М. П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности. — Н. Новгород : Нижегородская правовая академия, 2001. — 262 с.
27. Порубов Н. И. Допрос в советском уголовном процессе. — Минск : Вышэйшая школа, 1968. — 273 с.
28. Россинский С. Б. О структуре уголовно-процессуального доказывания // Законы России: опыт, анализ, практика. — 2017. — № 5. — С. 39—50.

29. Россинский С. Б. Следственные действия. — М. : Норма, 2018. — 240 с.
30. Семенцов В. А. Формирование доказательств в структуре уголовно-процессуального доказывания // Актуальные проблемы современного уголовного процесса России : межвузовский сборник научных трудов / под ред. В. А. Лазаревой. — Самара : Самарский госуниверситет, 2010. — С. 236—242.
31. Семенцов В. А., Сафонов В. Ю. Правовые предпосылки и этапы реализации результатов оперативно-розыскной деятельности в досудебном производстве. — Екатеринбург : УрГЮА, 2006. — 136 с.
32. Смирнов А. В. Что считать вещественным доказательством // Уголовный процесс. — 2011. — № 4. — С. 28—32.
33. Теория доказательств в советском уголовном процессе / отв. ред. Н. В. Жогин. — М. : Юрид. лит., 1973. — 736 с.
34. Теория оперативно-розыскной деятельности : учебник / под ред. К. К. Горяинова, В. С. Овчинского, Г. К. Сенилова. — М. : Инфра-М, 2006. — 832 с.
35. Шейфер С. А. Доказательства и доказывание по уголовным делам. — М. : Норма, 2008. — 342 с.

Материал поступил в редакцию 14 марта 2018 г.

THE PROBLEM OF USING THE RESULTS OF CRIMINAL INTELLIGENCE AND SURVEILLANCE OPERATIONS SHOULD BE FINALLY RESOLVED

ROSSINSKY Sergey Borisovich — Doctor of Law, Associate Professor, Professor of the Department of Criminal Procedural Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
s.rossinskiy@gmail.com
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The article raises the problem of the possibility and forms of using information obtained in the course of intelligence and surveillance operations for proving in criminal cases. Based on the results of his previous research in the field of evidence law, analyzing the norms of current legislation, doctrinal determinations on this issue, modern judicial and investigative practices, the author comes to the conclusion that contemporary scientific approaches and applied technologies of forming evidence based on the results of intelligence and surveillance operations are pseudo-procedural, artificial, and, in fact, are no more than a cover for information obtained as the result of intelligence and surveillance operations and constitute the most convenient type of evidence without any understanding of their gnoseological nature and essence. The author invites his colleagues to recognize that the only possible solution to the problem of using the results of intelligence and surveillance operations for providing evidence in criminal cases is to legalize the mechanisms of their direct and straightforward introduction into the criminal proceedings without the need for any imaginary, illusory procedural formalization. Taking into account possible negative consequences of the proposals being made, being aware of the likely risks and the potential danger of lack of control and permissiveness of law enforcement officers, the author simultaneously formulates the criteria for admissibility of using information collected during intelligence and surveillance operations for providing evidence in criminal cases. In his opinion, they include: a) non-reproducibility of the results obtained by investigative or judicial means; b) the possibility of checking and assessing the relevance, admissibility and reliability of the results obtained by criminal procedural means; c) the existence of a strictly formalized mode of carrying out intelligence and surveillance operations that in terms of the level of guarantees is not inferior to the regime established by criminal procedure law.*

Keywords: *Material evidence, evidence, proof, ancillary documents, non-procedural information, intelligence and surveillance operations, witness testimony, results of intelligence and surveillance operations, collection of evidence, formation of evidence.*

REFERENCES

1. *Abramochkin V.V.* Ispolzovanie rezultatov neglasnykh Orm v ugovnom sudoproizvodstve: pozitsiya Konstitutsionnogo Suda RF [Using the results of the secret ISO in criminal proceedings: Determinations of the Constitutional Court of the Russian Federation]. *Ugolovnyi protsess*. 2011. No. 1. P. 20—23. (In Russian).
2. *Azarov V.A., Konstantinov V.V.* Osobennosti ispolzovaniya sledovatelem rezultatov operativno-rozysknoy deyatel'nosti v dokazyvanii dolzhnostnykh prestupleniy, sovershaemykh sotrudnikami organov vnutrennikh del [Features of the use of the results of the operational-search activity by an investigator in proving professional misconduct committed by officers of the internal affairs bodies]. *Rossiyskiy sledovatel*. 2013. No. 11. P. 20—24. (In Russian).
3. *Astafev Yu.V.* Metodologicheskie osnovy sootnosheniya operativno-rozysknoy i dokazatel'svennoy informatsii v rassledovanii prestupleniy [Methodological basis of interrelation between operational-search and evidentiary information in investigation of crimes]. *Vestnik VSU. Series: Pravo*. 2007. No. 1. P. 280—290. (In Russian).
4. *Astafev Yu.V.* Operativno-rozysknoy i dokazatel'svennyy aspekt ugovno-protsessual'nogo poznaniya [Operational investigative and evidentiary aspects of criminal procedural knowledge]. *Ugolovno-protsessualnye i kriminalisticheskie sredstva obespecheniya effektivnosti ugovnogo sudoproizvodstva: Materialy mezhdunarodnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii* [Criminal procedural and forensic means of ensuring the effectiveness of criminal proceedings: Proceedings of the International Scientific-Practical Conference]. Irkutsk, BSU Press, 2014. P. 20—26. (In Russian).
5. *Astafev Yu.V.* Operativno-rozysknye sredstva ugovno-protsessual'nogo poznaniya [Operational investigative means of criminal procedural knowledge]. *Vestnik BSU. Series: Pravo*. 2006. No. 1. P. 268—277. (In Russian).
6. *Bednyakov D.I.* Neprotsessual'naya informatsiya i rassledovanie prestupleniy [Non-procedural information and crime investigation]. Moscow, Yurid. Lit. Publ., 1991. 208 p. (In Russian).
7. *Bozrov V.M.* Rezultatam operativno-rozysknoy deyatel'nosti — status dokazatel'stv v ugovnom protsesse [Results of operational search activity should be given the status of evidence in criminal proceedings]. *Rossiyskaya yustitsiya*. 2004. No. 4. P. 46—48. (In Russian).
8. *Borulenkov Yu. P.* K voprosu o ponyatii «veshchestvennye dokazatel'stva» [The issue of the concept of “material evidence”]. *SPS “ConsultantPlus”*. (In Russian).
9. *Dialektika protsessa poznaniya* [Dialectic of the process of cognition]. M.N. Alekseev, A.M. Korshunov (eds). Moscow, Moscow University Press, 1985. 372 p. (In Russian).
10. *Dokazyvanie v ugovnom protsesse: traditsii i sovremennost* [Proving a criminal procedure: Traditions and modernity]. V. A. Vlasihin (ed.). Moscow, Yurist publ., 2000. 272 p. (In Russian).
11. *Dolya E.A.* Formirovanie dokazatel'stv na osnove rezultatov operativno-rozysknoy deyatel'nosti [Formation of evidence based on the results of operational investigative activities]. Moscow, Prospekt Publ., 2009. 282 p. (In Russian).
12. *Yezhova E.V.* Problemy raskrytiya prestupleniy v sovremennoy Rossii [Problems of solving crimes in modern Russia]. Ufa, Bashkir State University Press, 2008. 226 p. (In Russian).
13. *Zazhitsky V.I.* Rezultaty operativno-rozysknoy deyatel'nosti v ugovnom sudoproizvodstve [Results of operational-search activity in criminal proceedings]. St. Petersburg, Yuridicheskii tsent-Press, 2006. 449 p. (In Russian).
14. *Znikin V.K.* Ispolzovanie operativno-rozysknoy informatsii v ugovno-protsessual'nom dokazyvanii: dis. ... kand. yurid. nauk [The use of operational-search information in criminal procedural evidence: PhD Thesis]. Tomsk, Tomsk State University Press, 1998. 202 p. (In Russian).
15. *Zuev S.V.* Ispolzovanie rezultatov operativno-rozysknoy deyatel'nosti v kachestve dokazatel'stv [Use of the results of operational-search activity as evidence]. *Ugolovnoe Pravo*. 2007. No. 3. P. 94—97. (In Russian).
16. *Kamyshin V.A.* Inye dokumenty kak «svobodnoe» dokazatel'stvo v ugovnom protsesse: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk. [Other documents as “free” evidence in criminal proceedings: Abstract of the PhD Thesis]. Izhevsk, Udmurt State University Press, 1998. 22 p.
17. *Kommentariy k Ugolovno-protsessual'nomu kodeksu RF* [Commentary to the Criminal Procedure Code of the Russian Federation]. D. N. Kozak, E. B. Mizulina (eds). Moscow, Yurist publ., 2003. 1038 p. (In Russian).
18. *Kudryavtseva A.V., Khudyakova Yu.V.* Veshchestvennye dokazatel'stva v ugovnom protsesse rossii [Physical evidence in the criminal process in Russia]. Chelyabinsk, Polygraph-Master Publ., 2006. 176 p. (In Russian).

19. Lazareva V.A. Dokazyvanie v ugovnom protsesse. Moscow, Vysshee obrazovanie Publ., 2009. 344 p. (In Russian).
20. Lenin V.I. Polnoe sobranie sochineniy : v 55 t. [Full Collection of Works : in 55 vol. Moscow, Politizdat publ., 1968. Vol. 18: Materializm i empiriokrititsizm [Materialism and empirio-criticism]. 526 p. (In Russian).
21. Mikheenko M.M. Dkazyvanie v sovetskom ugovnom protsesse [Proving in the Soviet criminal process]. Kiev, Vishcha shkola, 1984. 133 p. (In Russian).
22. Narsky I.S. Aktualnye problemy marksistsko-leninskoy teorii poznaniya [Actual problems of the Marxist-Leninist theory of cognition]. Moscow, Znaniye Publ., 1966. 48 p. (In Russian).
23. Petrukhin I.L. Sudebnaya vlast i rassledovanie prestupleniy [Judicial power and investigation of crimes]. Gosudarstvo i pravo [The State and Law]. 1993. No. 7. P. 81—91. (In Russian).
24. Polyakov M.P. Ispolzovanie rezultatov ord v dokazyvanii [The use of the results of the ISO in proving]. *Ugolovno-protsessualnyy kodeks Rossiyskoy Federatsii: god pravoprimereniya i prepodavaniya : materialy mezhdunarodnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii (27—28 oktyabrya 2003) [The Code of Criminal Procedure of the Russian Federation: The Year of Law Enforcement and Teaching: Proceedings of the International Scientific-Practical Conference (October 27—28, 2003)]. Moscow, MSAL Press, 2004. P. 182—184. (In Russian).*
25. Polyakov M.V. Ugolovno-protsessualnaya interpretatsiya rezultatov operativno-rozysknoy deyatel'nosti : dis. ... d-ra yurid. nauk [Criminal Procedural Interpretation of the Results of the Operational-Search Activity: Doctoral Dissertation]. N. Novgorod, 2002. 442 p. (In Russian).
26. Polyakov M.V. Ugolovno-protsessualnaya interpretatsiya rezultatov operativno-rozysknoy deyatel'nosti [Criminal Procedural Interpretation of the Results of the Operational-Search Activity]. N. Novgorod, Nizhny Novgorod Academy of Law Press, 2001. 262 p. (In Russian).
27. Porubov N.I. Dopros v sovetskom ugovnom protsesse [Interrogation in the Soviet criminal process]. Minsk, Vysheyshaya shkola, 1968. 273 p. (In Russian).
28. Rossinsky S. B. O strukture ugolovno-protsessualnogo dokazyvaniya [On the structure of criminal procedural evidence]. Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika [Laws of Russia: Experience, analysis, practice]. 2017. No. 5. P. 39—50. (In Russian).
29. Rossinsky S. B. Sledstvennye deystviya [Investigative Activities]. Moscow, Norma publ., 2018. 240 p. (In Russian).
30. Sementsov V.A. Formirovanie dokazatelstv v strukture ugolovno-protsessualnogo dokazyvaniya [Formation of evidence in the structure of criminal procedural evidence]. Aktualnye problemy sovremennogo ugolovnogo protsessa Rossii : mezhdvuzovskiy sbornik nauchnykh trudov [Actual problems of the modern criminal process in Russia: Interuniversity Collection of Scientific Papers]. V.A. Lazarev (ed.). Samara, Samara State University Press, 2010. P. 236—224. (In Russian).
31. Sementsov V.A., Safonov V.Yu. Pravovye predposylki i etapy realizatsii rezultatov operativno-rozysknoy deyatel'nosti v dosudebnom proizvodstve [Legal prerequisites and stages of implementation of the results of operational-search activity in pre-trial proceedings]. Yekaterinburg, USLA Press, 2006. 136 p.
32. Smirnov A.V. Chto veshchestvennym dokazatelstvom [What is material evidence]. *Ugolovnyi protsess*. 2011. No. 4. P. 28—32.
33. Teoriya dokazatelstv v sovetskom ugovnom protsesse [Theory of evidence in the Soviet criminal process]. N.V. Zhogin (ed.). Moscow, Yurid. Lit. Publ., 1973. 736 p.
34. Teoriya operativno-rozysknoy deyatel'nosti : uchebnik [The theory of operational investigative activities: A Textbook]. K. K. Goryainov, V. S. Ovchinsky, G. K. Sinilov (eds.). Moscow, Infra-M publ., 2006. 832 p.
35. Sheifer S.A. Dokazatelstva i dokazyvanie po ugolovnym delam [Evidence and proving in criminal cases]. Moscow, Norma Publ., 2008. 342 p.

ОПРЕДЕЛЕННОСТЬ НОРМАТИВНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ СПОРТА КАК ПРЕДПОСЫЛКА УСТАНОВЛЕНИЯ ЧЕТКИХ ПРЕДЕЛОВ АВТОНОМИИ СПОРТИВНЫХ ОРГАНИЗАЦИЙ И ЭФФЕКТИВНОЙ ЗАЩИТЫ ПРАВ СПОРТСМЕНОВ

Аннотация. Отечественный Закон о физической культуре и спорте четко не разграничивает предметы ведения «государственного регулирования» и «саморегулирования». Нормативные документы спортивных организаций не ограничивают их полномочия в части регламентации того или иного вида спорта. Таким образом, положения законодательства и нормативных документов спортивных организаций являются неконкретными, что приводит к неопределенности нормативного регулирования спорта. Это, в свою очередь, выливается в отсутствие пределов нормотворчества спортивных организаций. В такой ситуации права спортсменов нарушаются. Автор статьи формулирует принцип нормативной определенности в сфере спорта, под которым понимается существование таких положений национального законодательства, международных правовых актов, а также нормативных документов спортивных организаций, простое прочтение которых позволяет любому субъекту, который ознакомливается с ними, уяснить, какие конкретно права и обязанности имеет каждый из субъектов спорта, а также каков порядок их осуществления, какая ответственность за действие и/или бездействие может быть наложена на каждого из субъектов спорта, каковы пределы нормотворчества спортивных организаций, а также каковы полномочия государства в области нормативной регламентации того или иного вида спорта. Автор полагает, что концепция автономности спортивных организаций может существовать только в том случае, если это не приводит к нарушению прав и законных интересов спортсменов. По мнению автора, должны быть сформулированы пределы автономии спортивных организаций, под которыми следует понимать четко сформулированные положения национального законодательства о спорте, международных нормативных правовых актов или нормативных документов спортивных организаций, которые: а) развернуто, пункт за пунктом, разграничивают предметы ведения «государственного регулирования» и «саморегулирования»; б) устанавливают запреты для спортивных организаций на совершение действий (бездействие) и/или принятие решений, приводящих к злоупотреблению ими своими правами, и в) предусматривают механизмы контроля за спортивными организациями в части соблюдения ими положений национального законодательства о спорте, международных нормативных правовых актов.

Ключевые слова: нормативное регулирование, спорт, определенность, автономия, спортсмен.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.143.10.085-097

© Юрлов С. А., 2018

* Юрлов Сергей Алексеевич, юрист, кандидат юридических наук, член Национального объединения спортивных юристов России, Международной ассоциации спортивного права (IASL), мастер спорта России sergej.iurlov@yandex.ru
121615, Россия, г. Москва, Рублевское ш., д. 22, к. 1, кв. 359

Современное нормативное регулирование спортивных отношений¹ включает в себя как правовой блок, то есть положения национального законодательства о спорте, так и собственно нормативный — правила внутренних документов (международных) спортивных организаций².

Положения п. 3 ст. 3 Федерального закона от 4 декабря 2007 г. № 329-ФЗ «О физической культуре и спорте в Российской Федерации»³ (далее — Закон о спорте) предусматривают, что «законодательство о физической культуре и спорте основывается на следующих принципах: **сочетание государственного регулирования** отношений в области физической культуры и спорта с **саморегулированием** таких отношений субъектами физической культуры и спорта». Логико-юридическое толкование данной нормы позволяет нам заключить, что тот или иной вид спорта должен регулироваться как положениями законодательства (по сути, Законом о спорте и подзаконными актами), так и предписаниями нормативных документов спортивных организаций (уставами, регламентами, правилами).

По нашему мнению, указанное положение Закона о спорте является неконкретным по следующим основаниям.

Несовершенство данной и иных формулировок положений Закона о спорте, имеющее далеко идущие последствия, видится нам в том, что правила Закона о спорте четко не разграничивают предметы ведения «государственного регулирования» и «саморегулирования». Как показала практика (в частности, хорошо известные решения международных спортивных организаций в отношении отечественных спортсменов в связи с последним допинговым скандалом), сегодня жизненно необходимо иметь нормы, определяющие **пределы нормотворчества** спортивных организаций в части регламен-

тации спортивных отношений в том или ином виде спорта.

Совершенно правильно подметил ущербность положений п. 3 ст. 3 Закона о спорте Т. Е. Мельник, указав в одной из своих работ, что, признав саморегулирование, российский законодатель тем не менее не уточнил, что под ним следует понимать, в каких формах, какими субъектами и в каких случаях оно допустимо, как оно должно сочетаться с государственным регулированием⁴.

Если же мы посмотрим на международные спортивные отношения, а в особенности на те, которые складываются внутри олимпийского движения, то увидим, что здесь роль национального законодательства о спорте нивелирована до предела (если не полностью).

Международный олимпийский комитет (МОК), являющийся международной общественной организацией (как это следует из положений ч. 1 ст. 15 Олимпийской хартии 1949 г. (далее — Хартия)), обладающий «верховой властью и руководством в отношении олимпийского движения» (ч. 1 ст. 1 Хартии), фактически свободен во введении и в имплементации любых положений, регламентирующих отношения внутри олимпийского движения. С практической точки зрения ни государства как субъекты публичного права, ни международные организации не могут никоим образом воздействовать на МОК. В случае если вдруг МОК нарушает чьи-либо права, принимая и применяя фактически незаконные и дискриминационные положения своих нормативных документов, юридические представители МОК, вызванные в Спортивный арбитражный суд в городе Лозанна (далее — CAS)⁵ для дачи пояснений в рамках рассмотрения того или иного дела, всегда смогут парировать, что МОК является автономной организацией частного права, созданной и осуществляющей свою де-

¹ Прежде всего — о тренировочно-соревновательных отношениях. Об этом более подробно см.: Юрлов С. А. Правовая природа, особенности и общая характеристика спортивных правоотношений // Вестник РУДН. 2014. № 4. С. 170—175.

² В термин «спортивная организация» включаются международные и национальные спортивные федерации по видам спорта, спортивные клубы, антидопинговые агентства, а также иные спортивные организации, которые развивают тот или иной вид спорта и в рамках которых возможно создание органов по разрешению спортивных споров.

³ СЗ РФ. 2007. № 50. Ст. 6242.

⁴ Мельник Т. Е. Государственное регулирование и саморегулирование в области физической культуры и спорта // Журнал российского права. 2012. № 3. С. 23—32.

⁵ Теоретически это может быть и любой другой суд, но в силу существования третейских привязок большинство споров разрешает именно CAS (ст. 61 Хартии).

тельность в соответствии с законодательством Швейцарской Конфедерации, которая может утверждать любые правила, которые только сочтет нужным.

Действительно, де-юре в силу упомянутых выше положений ч. 1 ст. 15 Хартии и де-факто МОК обладает всей полнотой власти по установлению правил, регулирующих спортивные отношения в рамках олимпийского движения. Однако вопрос, который, как мы надеемся, приходит в голову каждому скрупулезному и въедливому (в хорошем смысле слова) ученому/читателю, состоит в следующем: «Каковы пределы нормотворчества спортивных организаций? Почему до сих пор они не нашли четкого закрепления?»

Международные спортивные организации по видам спорта обладают статусом, аналогичным статусу МОК, только с одним отличием: они главенствуют в рамках конкретного вида (видов) спорта.

Таким образом, нечеткие формулировки положений законодательства и нормативных документов спортивных организаций означают только одно — неопределенность нормативного регулирования спорта в целом. Прямым следствием этого является отсутствие четко закрепленных пределов нормотворчества спортивных организаций. В такой ситуации спортсмены становятся наименее защищенными субъектами спорта, так как их права нарушаются.

Безусловно, такое положение дел является крайне привлекательным для спортивных организаций, поскольку всегда любой акт, действие или бездействие можно обосновать наличием автономии.

Все изложенное выше обуславливает важность проведения основательных научных исследований, направленных на определение пределов нормотворчества спортивных организаций.

На необходимость соблюдения принципа определенности при правовом регулировании чего-либо неоднократно указывали высшие судебные инстанции Российской Федерации.

Так, Конституционный Суд РФ в одном из своих постановлений указал, что неточность, неясность и неопределенность закона порождают возможность неоднозначного истолкования и, следовательно, произвольного его применения, что противоречит конституционным принципам равенства и справедливости, из которых вытекает обращенное к законодателю требование определенности, ясности, недвусмысленности правовых норм и их согласованности в системе действующего правового регулирования; в противном случае может иметь место противоречивая правоприменительная практика, что ослабляет гарантии государственной защиты прав, свобод и законных интересов граждан⁶.

С учетом того, что сфера спорта регулируется, по сути, на двух уровнях, а именно правовом (то, что исходит от государства) и нормативном (положения соответствующих документов спортивных организаций), в настоящей работе мы обобщенно используем термин «нормативная определенность».

М. В. Пресняков указывает, что «правовая определенность» представляет собою весьма эклектичное понятие, объединяющее самые различные требования к качеству закона и правоприменительной практики: например, в одном ряду здесь находится обязанность официального опубликования закона и недопустимость произвольного пересмотра вступивших в законную силу судебных актов. Однако в конечном итоге правовая определенность представляет собой не определенность права, а определенность прав индивида в рамках конкретных правоотношений. Определенность правовых предписаний, недопустимость их произвольного изменения и т.п. являются лишь средствами достижения этой общей цели. Определенность права и определенность правового положения личности можно соотнести как формальный и материальный аспекты правовой определенности⁷.

Следует безусловно согласиться с позицией Ю. Романца, который верно указал, что право-

⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 13 июля 2010 г. № 15-П по делу о проверке конституционности положений части первой ст. 188 Уголовного кодекса Российской Федерации, ч. 4 ст. 4.5, ч. 1 ст. 16.2 и ч. 2 ст. 27.11 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобами граждан В. В. Баталова, Л. Н. Валуевой, З. Я. Ганиевой, О. А. Красной и И. В. Эпова // Вестник Конституционного Суда РФ. 2010. № 5.

⁷ Пресняков М. В. Правовая определенность и принцип разумной сдержанности законодателя: проблема формальной и материальной правовой определенности // Конституционное и муниципальное право. 2014. № 4. С. 3-6.

вая определенность — это ясность относительно наличия прав и обязанностей в конкретном правоотношении. Возможность иметь точное представление о своем юридическом статусе является одним из естественных прав человека. Правовая определенность бывает безусловной, то есть изначально ясной для лица (например, обязанность должника вернуть сумму займа), или уточняемой, когда представление стороны о правах и об обязанностях может юридически проясниться только в результате рассмотрения соответствующего иска (например, право добросовестного фактического владельца на сохранение незаконно приобретенной вещи)⁸.

В нашей авторской концепции под нормативной определенностью в сфере спорта понимается существование таких положений национального законодательства, международных правовых актов, а также нормативных документов спортивных организаций, простое прочтение которых позволяет любому субъекту, который ознакоми́вается с ними, уяснить:

- какие конкретно права и обязанности имеет каждый из субъектов спорта, а также каков порядок их осуществления (например, предельно ясно закреплено и спортсмен четко понимает, какие действия ему необходимо совершить для того, чтобы подать заявку на соревнование);
- какая ответственность за действие и/или бездействие может быть наложена на каждого из субъектов спорта;
- каковы пределы нормотворчества спортивных организаций;
- каковы полномочия государства в области нормативной регламентации того или иного вида спорта.

Рассматриваемые в настоящей работе вопросы напрямую связаны с таким термином, как «автономность спорта».

«Автономность спорта» является нормативно закрепленной и научной категорией, получившей определенную теоретико-правовую проработку в отечественной и зарубежной правовой науке.

Так, А. И. Понкина в одной из своих работ указывает, что автономность спорта — это

организационно-нормативная характеристика области спорта (и одновременно принцип организации и функционирования субъектов спортивных отношений), отражающая децентрализованность организации общественных отношений в этой области, относительную (то есть в определенных пределах) нормотворческую и нормоприменительную, институционально-структурную и организационно-деятельностную, финансово-экономическую, политическую и идеологическую самостоятельность и независимость сферы спорта от системы публичной власти, а также независимость от политических организаций, религиозных объединений и организаций сферы бизнеса, независимость от санкционирования, вмешательства и давления с их стороны⁹.

Представляется, что более правильным было бы именовать данный термин не «автономностью спорта», а «автономностью спортивных организаций», поскольку, по сути, все существующие теоретико-правовые и практические вопросы так или иначе связаны с правовым статусом спортивных организаций, а именно с имеющимися у них полномочиями.

Жан-Лу Шапле определяет автономность спорта на национальном, европейском и международном уровне как способность неправительственных некоммерческих спортивных организаций:

- 1) свободно создавать, изменять и интерпретировать правила, адаптированные к их виду спорта, без излишнего политического или экономического влияния;
- 2) демократически выбирать своих лидеров без вмешательства со стороны государства или прочих сторон;
- 3) получать государственные средства или средства от третьей стороны без обретения связанных с ними непропорциональных обязательств;
- 4) реализовывать за счет своих средств свои цели и избранную деятельность без существенных внешних ограничений;
- 5) разрабатывать, согласовывать с публичными властями собственные нормативные режимы, соразмерные достижению этих целей¹⁰.

⁸ Романец Ю. Правовая определенность или безнаказанность? // ЭЖ-Юрист. 2011. № 49. С. 6.

⁹ Понкина А. И. Государственное управление и автономная институализация в области спорта / Комиссия по спортивному праву Ассоциации юристов России ; Национальное объединение спортивных юристов РФ. М., 2013. С. 69—70.

¹⁰ Привод. по: Понкина А. И. Государственное управление и автономная институализация в области спорта. С. 68.

А. И. Понкина обосновывает, что активизация государственного управления в области спорта, включая развитие административно-правового регулирования в этой области, влечет множество позитивных для спорта последствий (стимулирует развитие спорта, обеспечивает его соответствующей инфраструктурой и кадрами, предупреждает правонарушения и т.д.), но одновременно посягает на автономию спорта, на самореферентный, автономный нормативный порядок в спорте, требуя нахождения сбалансированного, оптимального решения¹¹.

Рассматривая содержание термина «автономность», Тонк Мартон, Войку Александр Вирджил и Наги-Мехез Тунде указывают, что данная независимость не означает, что спорт находится за пределами (выше) права, но в определенных отношениях в связи со спортом автономия регулирования должна приниматься во внимание и уважаться¹².

Следует согласиться с Магдаленой Кедзиор, которая считает, что «концепция автономии спорта не должна пониматься как концепция беззакония, поскольку несмотря ни на что спортивные организации при осуществлении своей деятельности должны соблюдать основные принципы права — такие как принцип защиты прав человека и принцип верховенства права. Кроме того, спортивные организации также не могут препятствовать реализации права на справедливое судебное разбирательство и должны обеспечивать все соответствующие процессуальные гарантии¹³.

Согласимся и с утверждением М. А. Лебедевой, которая пишет, что большинство стран, включая Германию, признают автономию спорта и право неправительственных некоммерческих организаций в спорте, прежде всего спортивных федераций, самостоятельно регулировать сферу спорта, устанавливая правила, касающиеся проведения соревнований. Однако зачастую принимаемые международными и на-

циональными спортивными федерациями правила регулируют не только собственно «спортивные отношения» (правила игровых видов спорта, порядок проведения соревнований), но и иные отношения, обычно регулируемые государством путем принятия правовых норм. Таким образом, спортивные федерации «вмешиваются» в сферу государственного регулирования и часто принимают правила, которые ему противоречат. В связи с этим возникают вопросы, каким должно быть соотношение государственного и негосударственного регулирования в сфере спорта, где должны проходить пределы регулирования спортивными федерациями возникающих в сфере спорта отношений, в том числе трудовых отношений¹⁴.

Заслуживает внимания и позиция В. В. Сарая, который называет концепцию автономии спорта надуманной¹⁵.

Подводя итог вышесказанному, полагаем, что концепция автономности спортивных организаций имеет право на существование только в том случае, если в ее основу положен следующий принцип: права одного субъекта заканчиваются там, где начинаются права другого. Положения профильного законодательства государства и международных правовых актов в области спорта должны четко очерчивать пределы самостоятельности спортивных организаций.

Говоря об актуальности анализа поднимаемой в настоящей статье проблематики, следует отметить, что если сама категория «автономность» была исследована некоторыми авторами (как мы показали выше), то вопрос о пределах последней каким-то образом вышел из поля зрения ученых.

Прежде чем мы приступим к изучению вопроса о пределах автономии спорта, хотелось бы кратко остановиться на том, в какой период времени и при каких обстоятельствах автономность спорта стала одним из принципов функционирования спортивных организаций.

¹¹ Понкина А. И. Государственное управление и автономная институализация в области спорта. С. 101.

¹² Tonk M., Nagy-Méhész T., Voicu A. V. «Autonomy» of Sport Policy and Sport Activities in the European Union: Connections between Human Rights and Sports // Acta Universitatis Sapientia European and Regional Studies. 2010. Vol. 1. № 1. Pp. 103—120.

¹³ Цит. по: Понкина А. И. Государственное управление и автономная институализация в области спорта. С. 101.

¹⁴ Лебедева М. А. Правила немецких спортивных федераций о переходе спортсменов в свете принципа свободы выбора профессии // Трудовое право в России и за рубежом. 2015. № 4. С. 62—64.

¹⁵ Сарая В. В. Уголовная ответственность за незаконное предпринимательство (ст. 171 УК РФ) в профессиональном спорте // Российский следователь. 2012. № 2. С. 21—24.

Если мы говорим об автономии спортивных организаций в рамках олимпийского движения, то здесь рассматриваемый принцип начинает формироваться раньше, чем в европейском спорте.

Термин «автономия» применительно к спорту впервые был закреплен в 1949 г. в Хартии и касался национальных олимпийских комитетов. Так, в соответствии с положениями ст. 25 Хартии в первоначальной редакции независимость и автономность являлись одними из основных требований к организации национальных олимпийских комитетов¹⁶.

Положения ст. 24 Хартии в редакции 1955 г. предусматривали, что национальные олимпийские комитеты должны быть полностью независимыми и автономными¹⁷. В последующих редакциях Хартии закреплялось, что тот национальный олимпийский комитет, который не соблюдает принцип автономности, мог быть лишен своего признания со стороны МОК и, соответственно, права посылать спортсменов на Олимпийские игры.

Что касается европейского спорта, то исследователи отмечают, что с конца 1980-х гг. в официальные документы Совета Европы, ЕС стали включаться положения о так называемой автономии спортивных организаций, об автономии спорта¹⁸.

Как указывается в работах, Европейский Союз начал вмешиваться в спорт в 1990-е гг., когда спорт стал экономической деятельностью¹⁹. В 2006 г. был издан доклад, в котором обращалось внимание на степень правовой неопределенности, которая все еще существовала в части взаимоотношений между правом Европейского Союза и спортивными правилами-

ми. По мнению представителей международных спортивных организаций, такая неопределенность сужала их автономность. В сентябре того же года в городе Лозанна МОК провел семинар, посвященный автономности олимпийского и спортивного движений, по результатам которого было отмечено, что автономия являлась необходимой для сохранения ценностей, присущих спорту. Аналогичный семинар был организован МОК в 2008 г.²⁰

Положения ст. 165 Договора о функционировании Европейского Союза (подписан в г. Рим 25 марта 1957 г., с изменениями и дополнениями от 13 декабря 2007 г.) предусматривают, что «деятельность Союза направлена на развитие европейского измерения спорта, содействуя справедливости и открытости спортивных соревнований, сотрудничеству между спортивными организациями, а также защищая физическую и нравственную безупречность спортсменов, особенно самых молодых из их числа»²¹. К сожалению, не имеется иных положений, которые бы разъясняли, что понимается под открытостью спортивных соревнований. Однако, насколько это можно понять, речь идет о свободном доступе к соревнованиям. Как видим, субъекты спорта в очередной раз вынуждены догадываться, что имелось в виду при формулировании такого положения.

Концепция автономности спорта нашла свое развитие в нескольких документах Совета Европы. Кратко рассмотрим их положения.

Так, Рекомендация Комитета министров Совета Европы № R (92) 13 REV от 24 сентября 1992 г. государствам-членам «Об измененной Спортивной хартии Европы» (с изменениями от 16 мая 2001 г.)²² (далее — Рекомендация

¹⁶ Цит. по: Понкина А. И. Автономность спорта : Теоретико-правовое исследование / Комиссия по спортивному праву Ассоциации юристов России; Национальное объединение спортивных юристов РФ. М., 2013. С. 5.

¹⁷ Олимпийская хартия в редакции 1955 г. // https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/Olympic-Studies-Centre/List-of-Resources/Official-Publications/Olympic-Charters/EN-1955-Olympic-Charter-Rules-and-Regulations-General-Information.pdf#_ga=2.122349704.2085684349.1522786293-371865000.1513105591 (дата обращения: 03.04.2018).

¹⁸ См.: Мельник Т. Е. Государственное регулирование и саморегулирование в области физической культуры и спорта // Журнал российского права. 2012. № 3. С. 23—32.

¹⁹ Chappelet J.-L. Autonomy of sport in Europe. Sports policy and practice series. Council of Europe Publishing. April 2010. P. 7.

²⁰ Chappelet J.-L. Указ. соч. P. 9.

²¹ Договор о функционировании Европейского Союза (подписан в г. Рим 25 марта 1957 г., с изм. и доп. от 13 декабря 2007 г.) // СПС «КонсультантПлюс».

²² Рекомендация Комитета министров Совета Европы № R (92) 13 REV от 24 сентября 1992 г. государствам-членам «Об измененной Спортивной хартии Европы» (с изменениями от 16 мая 2001 г.) // URL: <https://>

1992 г.) содержит обновленный текст Спортивной хартии Европы (далее — Европейская хартия), которая была принята в первоначальной редакции еще в 1975 г.

Положения Рекомендации 1992 г. настоятельно побуждают Комитет министров Совета Европы принять обновленную версию Европейской хартии в качестве рекомендации правительствам государств-членов.

Проанализируем положения Европейской хартии, которые важны для нашей работы.

Статья 1 «Цель Хартии» предусматривает, что правительства государств-членов должны предпринять шаги по реализации положений Европейской хартии с тем, чтобы каждый индивид мог заниматься спортом. По сути, это предполагает, что должно быть обеспечено право на доступ к спорту, являющееся предпосылкой реализации права на осуществление тренировочного процесса и участие в спортивных соревнованиях. Другой вопрос, что данная норма, как и многие другие, не закрепляет, как конкретно должно обеспечиваться это право.

Положения ч. 2 и 3 ст. 3 «Спортивное движение» являются крайне важными для нашего исследования, они гласят: «В спортивном движении должен широко внедряться принцип добровольности. Добровольные спортивные организации имеют право самостоятельно принимать решения в рамках закона». К сожалению, принцип добровольности никак не раскрывается в Европейской хартии. Однако осмелимся предположить, что он касается создания и вступления в спортивные организации. То есть спортсмен может добровольно вступить в спортивную организацию. Никто не может принуждать его вступать в спортивную организацию под страхом наложения какой-либо санкции или вынесения какого-либо негативного решения. Далее говорится о том, что сами эти добровольно созданные спортивные организации могут самостоятельно принимать решения. К счастью, положения Европейской хартии уточняют, что такие решения должны быть в рамках закона. Очевидно, что здесь имеется в виду то, что такие решения не могут противоречить букве закона. По нашему мнению, такого указания недостаточно для предупреждения

нарушений прав и законных интересов спортсменов. В данной статье Европейской хартии следовало бы раскрыть формулировку «в рамках закона», четко разграничив предметы ведения спортивных организаций и государства, а также установив перечень запретов для спортивных организаций (то есть что не могут делать спортивные организации, например обязывать отказываться от права на обращение в орган судебной власти государства для разрешения спортивного спора).

Положения ст. 7 Европейской хартии предусматривают, что «занятия спортом должны поддерживаться в кооперации с соответствующими спортивными организациями». Таким образом, приведенное положение еще раз подтверждает, что спортсмен по своей природе является самостоятельным и самодостаточным субъектом спорта, права и его законные интересы подлежат безусловному учету другими субъектами спорта. В связи с этим спортсмен свободен в части вступления в спортивные организации и должен реализовывать свои права в индивидуальном порядке.

В преамбуле и положениях основного текста Рекомендации № R (2005) 8 Комитета министров Совета Европы «О принципах хорошего управления в спорте»²³ (далее — Рекомендация № R (2005) 8) сделана попытка описать признаки хорошего управления в спорте.

Для целей настоящей статьи представляют интерес следующие положения Рекомендации № R (2005) 8:

«хорошее управление в спорте представляет собой сложный комплекс политических мер и неофициальных правил, способствующих честности в управлении основными ценностями спорта, такими как демократичная, этичная, эффективная и подотчетная спортивная деятельность». Из данной формулировки мы понимаем, что изначально предполагалось создание определенного корпуса негосударственных правил, которые, по идее, должны формировать и поддерживать такие условия, в которых все имеют равные возможности на участие в спортивной деятельности. Однако, как и многие другие положения, рассматриваемые нормы лишены конкретики, ограничива-

search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804c9dbb (дата обращения: 20.03.2018); URL: <http://lib.sportedu.ru/GetText.idc?TxtID=1542> (дата обращения: 20.03.2018).

²³ Рекомендация № R (2005) 8 Комитета министров Совета Европы «О принципах хорошего управления в спорте» (принята 20 апреля 2005 г. на 924-ом заседании представителей министров) // СПС «КонсультантПлюс».

ются общими декларативными формулировками, не закрепляя четко по пунктам, какие это должны быть правила, что включается в соответствующие ценности;

«неправительственные спортивные организации представляют собой необходимую основу для развития и долговечности демократического спорта, а также вносят уникальный вклад в создание общества, основанного на принципах верховенства закона, плюралистической демократии и соблюдения прав человека, которые являются руководящими принципами Совета Европы». Из текста данной нормы следует, что истинным предназначением спортивных организаций является развитие доступного спорта, где царит верховенство права и уважаются права и свободы спортсменов как основных субъектов спорта. К сожалению, этому положению суждено оставаться только на бумаге, так как практическое положение вещей для спортсменов является крайне суровым;

«будучи убежденным в том, что успешное применение спортивными неправительственными организациями эффективной политики хорошего управления в своих организациях поможет укрепить их самоуправление и независимость в вопросах спорта и в дальнейшем будет укреплять их положение относительно органов государственной власти, основанное на взаимном уважении и доверии». Это положение, по нашему мнению, выбивается из смысла других норм Рекомендации № R (2005) 8 и таит в себе ту опасность, что спортивные организации могут начать развиваться стремительно и без какого-либо контроля со стороны государственной власти. В принципе, как раз именно это мы и наблюдаем сегодня. По сути, спортивные организации более не подотчетны государству и вольны устанавливать любые правила, которые только сочтут нужными. Полагаем, что это произошло именно потому, что приведенное положение является нечетким, что порождает нормативную неопределенность в части детерминирования пределов нормотворчества спортивных организаций.

Детальный анализ положений Резолюции № 1602 «Необходимость сохранения европейской модели спорта», принятой Парламентской Ассамблеей Совета Европы в 2008 г.²⁴ (далее — Резолюция № 1602), позволяет нам сделать следующие выводы.

Во-первых, Резолюция № 1602 содержит множество положений, говорящих о доступности спорта, верховенстве права и т.д. В частности, п. 1 гласит: «Парламентская ассамблея всегда эффективно поддерживала ценности Совета Европы: демократию, права человека и главенство права, а также уважение культурного разнообразия». Пункт 2 предусматривает, что «это — демократическая модель, призванная обеспечить, чтобы спорт оставался открытым для каждого».

Во-вторых, положения Резолюции № 1602 закрепляет два принципа, на которых зиждется европейская модель спорта: финансовая солидарность и открытость соревнований. Содержание первого принципа не раскрывается, в то время как о втором Резолюция № 1602 говорит, что он связан с переходом в высшую или низшую лигу по итогам соревнований (для командных видов спорта), а также наличием возможностей для всех. Полагаем, что под «всеми» понимаются все спортсмены, занимающиеся тем или иным видом спорта.

В-третьих, положения Резолюции № 1602 поддерживают идею об автономности спортивных организаций, устанавливая в п. 5, что «следует поддерживать и защищать независимый характер спортивных организаций и признать их право самостоятельно организовывать тот вид спорта, за который они отвечают. Федерация должна продолжать оставаться основной формой спортивной организации, обеспечивающей гарантии сплоченности и представительной демократии».

Таким образом, Резолюция № 1602 предполагает, что у спортивных организаций есть некое право в самостоятельном порядке организовывать тот или иной вид спорта, то есть осуществлять его нормативную регламентацию. К большому сожалению, положения Резолюции № 1602 не говорят ни о правилах реализации такого права, ни о соответствующих пределах. Все это приводит в нормативной неопределенности и позволяет расширительно толковать положения Резолюции № 1602.

Интересно, что правила Резолюции № 1602 предусматривают, что спортивные организации должны обеспечивать гарантии представительной демократии. Однако и здесь никакой конкретики. Полагаем, что данное указание может относиться к участию субъектов спорта в реше-

²⁴ Resolution 1602 (2008) The need to preserve the European Sport Model // URL: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17628&lang=en> (дата обращения: 17.03.2018).

нии каких-либо общих вопросов спортивной организации — выборы членов руководящих органов и утверждение нормативных документов.

В-четвертых, мы отмечаем, что правила Резолюции № 1602 в целом признают существование «болезни» современного спорта — его коммерциализации. В частности, положения п. 8 Резолюции № 1602 гласят, что «нет сомнений, что спорт на профессиональном уровне во все большей степени становится видом предпринимательской деятельности, и такая негативная тенденция особенно четко прослеживается в течение двух последних десятилетий. Мы стали свидетелями интернационализации спорта и, прежде всего, беспрецедентного развития экономической составляющей спорта, движущей силой которого становится стоимость прав на телевизионную трансляцию». Однако если в отношении коррупции и допинга в спорте правила Резолюции № 1602 худо-бедно говорят о мерах, которые нужно принять (или о том, что уже делается), то в случае с коммерциализацией мы сталкиваемся с простой констатацией существования проблемы. Нет ни слова о хотя бы одном пути ее решения, хотя, как представляется, именно коммерциализация как червь уничтожает спорт изнутри и привела к тем печальным явлениям (третейские привязки, злоупотребление доминирующим положением со стороны спортивных организаций и т.д.), с которыми мы боремся сегодня.

Таким образом, Резолюция № 1602 является набором деклараций и констатаций, являющихся, по сути, «служанками» спортивных организаций в деле дополнительного обоснования их автономности при принятии нормативных документов, совершении действий или бездействия.

Более системно концепция автономности спортивных организаций была сформулирована в 2011 г., когда была принята Рекомендация CM/Rec(2011)3 Комитета министров государств — членов Совета Европы «О принципе автономии спорта в Европе»²⁵ (далее — Рекомендация CM/Rec(2011)3).

Положения Рекомендации CM/Rec(2011)3 предлагают правительствам государств-членов признавать следующие признаки, характери-

зующие автономность спортивного движения и заключающиеся в том, что неправительственные некоммерческие спортивные организации имеют возможность:

- свободно и без недолжного политического или экономического влияния устанавливать, изменять и интерпретировать «правила игры», соответствующие их видам спорта;
- демократическим путем выбирать своих лидеров (руководство) без вмешательства государств или третьих лиц;
- получать достаточные финансовые средства из государственных или других источников без наложения несоразмерных ответных обязательств;
- использовать данные денежные средства для достижения целей и осуществления деятельности, выбранной без строгих внешних ограничений;
- сотрудничать с государственными органами для уяснения смысла и толкования применимых правовых норм для того, чтобы избежать правовой неопределенности и вносить вклад, в сотрудничестве с государственными органами, в подготовку спортивных норм, таких как соревновательные правила или внутренние правила спортивных клубов, членов национальных спортивных организаций, которые являются законными и соразмерными для достижения данных целей. Пункт 2 Рекомендации CM/Rec(2011)3 гласит, что правительства государств-членов должны обеспечить, чтобы принцип автономии спортивного движения уважался на национальном уровне как среди государственных, так и среди негосударственных структур.

Следует также учитывать, что автономия спортивных организаций была признана на уровне Организации Объединенных Наций. Так, в Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН «Спорт как средство содействия воспитанию, здоровью, развитию и миру» от 16 октября 2014 г. говорится: «Генеральная Ассамблея поддерживает независимость и автономность спортивных состязаний, а также миссию Международного олимпийского комитета, которая заключается в руководстве олимпийским движением»²⁶.

²⁵ Recommendation CM/Rec(2011)3 of the Committee of Ministers to member states on the principle of autonomy of sport in Europe // URL: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805b4d00 (дата обращения: 17.03.2018).

²⁶ Резолюция Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций «Спорт как средство содействия воспитанию, здоровью, развитию и миру» от 16 октября 2014 г. // http://www.un.org/ga/search/view_

Итак, мы видим, что содержание автономности спортивных организаций сформулировано в рассмотренных выше актах максимально широко, о чем говорят пространственные формулировки, по сути не допускающие ограничительного их толкования.

Для целей нашего исследования особенно важны первый и пятый признаки, которые сводятся к тому, что спортивные организации имеют право безгранично регламентировать спортивные отношения внутри того или иного вида спорта. В то же время они должны все-таки сотрудничать с государством, чтобы избежать неопределенности и применять только такие правила, которые являются законными и соразмерными.

Одним из последних с хронологической точки зрения документов, в котором имеется указание на автономность спорта, является Конвенция Совета Европы против манипулирования спортивными соревнованиями²⁷.

Так, преамбула данной Конвенции содержит следующее: «Признавая, что в соответствии с принципом автономии спорта ответственность за вопросы спорта лежит на спортивных организациях и именно они выполняют функции саморегулирования и дисциплинарные функции в борьбе с манипулированием спортивными соревнованиями, но в случае необходимости добросовестное поведение в спорте обеспечивают органы государственной власти».

К сожалению, на практике нормы, допускающие безграничное регулирование спортивных отношений в том или ином виде спорта, имеют большую юридическую силу, чем те, которые говорят о том, что все-таки надо избегать правовой неопределенности и имплементировать только законные правила.

По нашему мнению, причина такого положения дел как раз и заключается в отсутствии этой самой нормативной определенности.

Оставшиеся положения п. 3—6 Рекомендации вызывают к кооперации государственных и негосударственных структур с тем, чтобы воплощать в жизнь идеалы демократического спорта, автономии спортивных организаций,

надлежащего управления в спортивных организациях.

Детальное изучение этих правил позволяет нам прийти к выводу о том, что и они, к сожалению, лишены конкретики, что, с одной стороны, создает поле для злоупотреблений со стороны спортивных организаций (так как нет четких пределов), а с другой — не позволяет органам государственной власти государства и/или надгосударственным/наднациональным органам воздействовать на последних и пресекать нарушения прав спортсменов.

Таким образом, в настоящее время отсутствуют четко определенные пределы автономности спортивных организаций.

К сожалению, последние несколько десятков лет мы вынуждены пожирать плоды отсутствия определенности нормативного регулирования спорта, а как следствие — несуществования пределов автономности спортивных организаций.

Имея соответствующие положения, можно было бы избежать целого ряда противоречащих не только праву, но и здравому смыслу явлений:

- применения принципа коллективной ответственности;
- третейских привязок;
- произвольной «отмены» принципа презумпции невиновности по делам о совершении антидопинговых нарушений;
- закрепления аморфных и невнятных критериев отбора в сборные команды на участие в спортивных соревнованиях;
- введения ограничений права на участие в спортивных соревнованиях;
- злоупотребления спортивными организациями своим доминирующим положением;
- использования двойных стандартов при применении спортивных санкций, когда одни спортсмены, принимавшие допинг, нещадно наказываются, а другие при прочих равных условиях имеют возможность продолжать свое противоправное поведение.

В нашей авторской концепции под пределами (ограничителями) автономии спортивных организаций следует понимать четко сформу-

doc.asp?symbol=A/69/L.5&referer=/english/&Lang=R (дата обращения: 24.03.2018); Historic milestone: United Nations recognises autonomy of sport // <https://www.olympic.org/news/historic-milestone-united-nations-recognises-autonomy-of-sport> (дата обращения: 24.03.2018).

²⁷ Постановление Правительства РФ от 12.09.2014 № 929 «О представлении Президенту Российской Федерации предложения о подписании Конвенции Совета Европы против манипулирования спортивными соревнованиями» // СПС «КонсультантПлюс».

лированные положения национального законодательства о спорте, международных нормативных правовых актов или нормативных документов спортивных организаций, которые: а) развернуто, пункт за пунктом разграничивают предметы ведения «государственного регулирования» и «саморегулирования»; б) устанавливают запреты для спортивных организаций на совершение действий (бездействия) и/или принятие решений, приводящих к злоупотреблению их правами, и в) предусматривают механизмы контроля за спортивными организациями в части соблюдения ими положений национального законодательства о спорте, международных нормативных правовых актов.

Признаки пределов (ограничителей) автономии спортивных организаций:

являются четко сформулированными положениями национального законодательства о спорте, международных нормативных правовых актов или нормативных документов спортивных организаций — это означает, что отсутствует нормативная неопределенность, смысл таких норм понятен после их прочтения, что не требует принятия каких-либо разъяснений со стороны принявших их субъектов;

точно по пунктам различают предметы ведения «государственного регулирования» и «саморегулирования», то есть приводят перечень вопросов, которые решаются на соответствующем уровне регулирования;

перечисляют действия (бездействие) и/или решения, приводящие к злоупотреблению правами, которые не могут совершаться спортивными организациями;

предусматривают использование механизмов (спортивный омбудсмен, антимонопольные органы; внутренние органы спортивных организаций (комитеты и советы спортсменов) и наднациональные органы в области спорта (World Players Association и др.)), которые сдерживают недобросовестное поведение спортивных организаций.

Таким образом, устранение нечетких формулировок положений законодательства и нормативных документов спортивных организаций приведет к созданию нормативной определенности в сфере спорта и позволит сформулировать пределы автономности спортивных организаций, что положительно скажется на правах и законных интересах спортсменов, которые являются ключевыми субъектами спорта.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Вострикова Е. А., Полухина Р. Э.* Имиджевые права спортсменов в России как институт частного права // Современное право. — 2013. — № 12. — С. 87—95.
2. *Каменков В. С.* Защита трудовых прав спортсменов // Спорт: экономика, право, управление. — 2013. — № 2. — С. 36—40.
3. *Лебедева М. А.* Правила немецких спортивных федераций о переходе спортсменов в свете принципа свободы выбора профессии // Трудовое право в России и за рубежом. — 2015. — № 4. — С. 62—64.
4. *Мельник Т. Е.* Государственное регулирование и саморегулирование в области физической культуры и спорта // Журнал российского права. — 2012. — № 3. — С. 23—32.
5. *Понкина А. И.* Государственное управление и автономная институализация в области спорта / Комиссия по спортивному праву Ассоциации юристов России ; Национальное объединение спортивных юристов Российской Федерации. — М., 2013. — 143 с. (Серия : «Актуальные проблемы спортивного права». Вып. 19).
6. *Пресняков М. В.* Правовая определенность и принцип разумной сдержанности законодателя: проблема формальной и материальной правовой определенности // Конституционное и муниципальное право. — 2014. — № 4. — С. 3—6.
7. *Романец Ю.* Правовая определенность или безнаказанность? // ЭЖ-Юрист. — 2011. — № 49.
8. *Сараев В. В.* Уголовная ответственность за незаконное предпринимательство (ст. 171 УК РФ) в профессиональном спорте // Российский следователь. — 2012. — № 2. — С. 21—24.
9. *Юрлов С. А.* Правовая природа, особенности и общая характеристика спортивных правоотношений // Вестник РУДН. — 2014. — № 4. — С. 170—175.
10. *Chappelet J.-L.* Autonomy of sport in Europe. — Council of Europe Publishing. — April 2010.

11. Kędzior M. Autonomia organizacji sportowych w świetle prawa polskiego i Unii Europejskiej [Автономность спортивных организаций в свете польского права и права Европейского Союза] // Sport Wyczynowy. — 2007. — № 1—3 (505—507). — S. 6—15.
12. Tonk M., Nagy-Méhész T., Voicu A. V. «Autonomy» of Sport Policy and Sport Activities in the European Union: Connections between Human Rights and Sports // Acta Universitatis Sapientia European and Regional Studies. — 2010. — Vol. 1. — № 1. — 103—120.

Материал поступил в редакцию 4 июня 2018 г.

CERTAINTY OF REGULATORY ACTIVITIES AS A PREREQUISITE TO ESTABLISHMENT OF CLEAR LIMITS OF THE AUTONOMY OF SPORTS ORGANIZATIONS AND THE EFFECTIVE PROTECTION OF THE RIGHTS OF ATHLETES

YURLOV Sergei Alekseevich — Lawyer, PhD in Law, Member of the National Association of Sports Lawyers of Russia, International Association of Sports Law (IASL), Master of Sports of Russia
sergej.iurlov@yandex.ru
121615, Russia, Moscow, Rublevskoye shosse, d. 22, korp.1, kv. 359

Abstract. *The domestic Law on physical culture and sports does not clearly distinguish between the subjects of "state regulation" and "self-regulation". Regulatory documents of sports organizations do not limit their powers in terms of regulation of a sport. Thus, the provisions of the legislation and regulatory documents of sports organizations are not specific, which leads to uncertainty of regulation of sports. This, in turn, results in the absence of the limits of norm-setting of sports organizations. In such a situation, the rights of athletes are violated. The author of the article formulates the principle of regulatory certainty in the field of sports, which means the existence of such provisions of national legislation, international legal acts, as well as regulatory documents of sports organizations. Simply scanning these documents makes it possible for any subject to understand specific rights and obligations each of the subjects of sports has, and the order of their implementation. These cover responsibility for the action and/or inaction to be imposed on each of the subjects of sports, the limits of norm setting for sports organizations, and the powers of the state in the field of normative regulation of a particular sport. The author believes that the concept of autonomy of sports organizations can exist only if it does not lead to a violation of the rights and legitimate interests of athletes. According to the author, the limits of autonomy of sports organizations should be formulated. The autonomy should be understood as clearly formulated provisions of the national legislation on sports, international regulatory legal acts or regulatory documents of sports organizations. These: a) expand, paragraph by paragraph, delineate the subjects of "state regulation" and "self-regulation"; b) establish prohibitions for sports organizations to commit actions (inaction) and/or decisions that lead to abuse of their rights, and c) provide mechanisms for monitoring sports organizations in terms of their compliance with the provisions of national legislation on sports, international regulatory legal acts.*

Keywords: *regulation, sport, certainty, autonomy, athlete.*

REFERENCES

1. Vostrikova E. A., Polukhina R. E. Imidzhevye prava sportsmenov v Rossii kak institut chastnogo prava [Publicity rights of athletes in Russia as an institution of private law]. *Sovremennoe pravo [Modern law]*. 2013. No. 12. Pp. 87—95.
2. Kamenkov V. S. Zashchita trudovykh prav sportsmenov [Protection of labor rights of athletes]. *Sport: ekonomika, parvo, upravlenie [Sport: Economics, law, management]*. 2013. No. 2. Pp. 36—40.
3. Lebedeva M. A. Pravila nemetskikh sportivnykh federatsiy o perekhode sportsmenov v svete printsipa svobody vybora professii [Rules of the German sports federations on the transition of athletes in the light of the principle of freedom of profession choice]. *Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom [Labor law in Russia and abroad]*. 2015. No. 4. Pp. 62—64.



4. *Melnik T.E.* Gosudarstvennoe regulirovanie i samoregulirovanie v oblasti fizicheskoy kultury i sporta [State regulation and self-regulation in the field of physical culture and sports]. Zhurnal rossiyskogo prava [Journal of Russian Law]. 2012. No. 3. Pp. 23—32.
5. *Ponkina A.I.* Gosudarstvennoe upravlenie i avtonomnaya instutualizatsiya v oblasti sporta [State administration and autonomous institutionalization in the field of sports]. Komissiya po sportivnomu pravu assotsiatsii yuristov Rossii; Natsionalnoe obedinenie sportivnykh yuristov Rossiyskoy Federatsii [Commission on Sports Law of the Association of Lawyers of Russia; National Association of Sports Lawyers of the Russian Federation]. Moscow, 2013. 143 p. (Seriya: Aktualnye problemy sportivnogo prava [Series : "Topical Issues of Sports Law"]. Vol. 19).
6. *Presnyakov M. V.* Pravovaya opredelennost i printsip razumnoy sderzhannosti zakonodatelya: problema formalnoy i materialnoy pravovoy opredelennosti [Legal certainty and the principle of reasonable restraint of the legislator: the problem of formal and material legal certainty]. Konstitutsionnoe i munitsipalnoe pravo [Constitutional and municipal law]. 2014. No. 4. Pp. 3—6.
7. *Romanets Yu.* Pravovaya opredelennost ili beznakazannost [Legal certainty or impunity?]. EZh-Yurist Publ., 2011. No. 49.
8. *Saraev V. V.* Ugolovnaya otvetstvennost za nezakonnoe predprinimatelstvo (st. 171 UK RF) v professionalnom sporte [Criminal responsibility for illegal business (article 171 of the Criminal Code of the Russian Federation) in professional sports]. Rossiyskiy sledovatel [Russian investigator]. 2012. No. 2. Pp. 21—24.
9. *Yurlov S. A.* Pravovaya priroda osobennosti i obshchaya kharakteristika sportivnykh pravootnosheniy [Legal nature, features and general characteristics of sports relations]. Vestnik RUDN [RUDN Journal]. 2014. No. 4. Pp. 170—175.
10. *Chappelet J.-L.* Autonomy of sport in Europe. Council of Europe Publishing. April 2010.
11. *Kędzior M.* Autonomia organizacji sportowych w świetle prawa polskiego i unii europejskiej [Autonomy of sports organizations in the light of Polish law and European Union law]. Sport Wyczynowy. 2007. № 13 (505—507). Pp. 6—15. (in Polish).
12. *Tonk M., Nagy-Méhész, T., Voicu, A. V.* "Autonomy" of Sport Policy and Sport Activities in the European Union: Connections between Human Rights and Sports. Acta Universitatis Sapientia European and Regional Studies. 2010. Vol. 1. No 1. Pp. 103—120.

ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ ПРЕДДоговорной ОТВЕТСТВЕННОСТИ: ДОКТРИНАЛЬНЫЕ ПОДХОДЫ И ПОЗИЦИИ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ

Аннотация. *Статья посвящена характеристике нового вида гражданско-правовой ответственности — преддоговорной ответственности. Классическое деление ответственности в зависимости от способа ее возникновения на договорную и внедоговорную претерпело изменение. Связано это с дополнением Гражданского кодекса РФ новыми положениями, регламентирующими вопросы ведения переговоров о заключении договора, а также вопросам ответственности в связи с недобросовестным ведением переговоров, которые привели к наступлению убытков у одной из сторон.*

В рамках заявленной темы проведено исследование позиций в отношении института преддоговорной ответственности, сложившихся в доктрине гражданского права. В современной цивилистической науке существуют две основные точки зрения, которые формулируют преддоговорную ответственность в зависимости от природы договорных или внедоговорных обязательств. Отдельной является теория так называемого дуалистического взгляда на природу преддоговорной ответственности, предполагающего договорно-деликтный характер ответственности.

В рамках данной статьи для более комплексного понимания исследуемого явления приведена и судебная практика по спорным моментам, возникающим при применении судами норм в сфере преддоговорной ответственности участников, вступивших в переговоры о заключении договора, но так его и не заключивших. Анализ судебной практики показал, что суды при рассмотрении дел, возникающих из спорных ситуаций, связанных с переговорами о заключении договора, исходят из того, что субъекты преддоговорных правоотношений должны придерживаться обязательного условия ведения переговоров о заключении договора — соблюдения принципа добросовестности. Несоблюдение данного принципа, приведшее к убыткам в имущественной сфере одной из сторон, предполагает в последующем ответственность другой стороны.

Автор приходит к выводу, что преддоговорная ответственность представляет собой отдельный и особый вид гражданско-правовой ответственности, который закрепляется приведением авторской формулировки преддоговорной ответственности, исходя из ее особой правовой природы и специфических свойств субъектов преддоговорных правоотношений.

Ключевые слова: *Гражданский кодекс РФ, переговоры, принцип добросовестности, договор, убытки (вред), договорная ответственность, деликтная ответственность, преддоговорная ответственность, суд.*

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.143.10.098-105

© Идрисов Х. В., 2018

* Идрисов Хусейн Вахаевич, кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права и процесса Чеченского государственного университета
huseyn23@rambler.ru
364029, Россия, г. Грозный, ул. Ляпидевского, д. 7

Наряду с такими классическими видами гражданско-правовой ответственности, как договорная и внедоговорная ответственность, классифицируемыми в зависимости от основания ее возникновения, в последнее время все большее правоприменительное распространение получает новый вид гражданско-правовой ответственности — преддоговорная ответственность. Ее появление и реализация стали возможными в результате изменений в Гражданском кодексе РФ¹, которые выразились в его дополнении ст. 434.1 «Переговоры о заключении договора». Юридический факт закрепления такого вида ответственности связан в том числе и с рецепцией норм, связанных с ней, из зарубежного гражданского законодательства².

Легальной дефиниции преддоговорной ответственности законодатель, однако, не приводит, что дает почву для различного рода мнений в доктрине гражданского права по подходам к ее определению.

Как замечает К. В. Севрюгин, в вопросе формулировки преддоговорной ответственности «для законодательного закрепления в российском гражданском законодательстве понятия “преддоговорная ответственность” необходимо разностороннее теоретическое исследование данного правового явления»³.

Особенно важным при формулировке преддоговорной ответственности является вопрос ее правовой природы: это вид договорной⁴ или внедоговорной⁵ ответственности? Как замечает

по этому поводу В. В. Богданов, «попытки определить единую природу преддоговорной ответственности, во всяком случае исходя из норм действующего законодательства, вряд ли могут быть успешными»⁶. Исходя из этого цивилист формулирует преддоговорную ответственность как договорно-деликтную. О двойственности природы преддоговорной ответственности заявляет и И. З. Аюшеева, отмечая при этом, что «по своей сути преддоговорная ответственность — это ответственность за злоупотребление правом»⁷. Подобной характеристики преддоговорной ответственности в плане двойственности ее природы придерживается и Д. Е. Богданов⁸.

И. З. Аюшеева формулирует преддоговорную ответственность в широком и узком смысле. В широком смысле, по ее мнению, она представляет собой «всю совокупность предусмотренных гражданским правом мер принуждения имущественного характера, применяемых к лицам, не исполнившим или исполнившим ненадлежащим образом любые так называемые преддоговорные обязанности, предусмотренные законом, возникшие на преддоговорной стадии в рамках организационных преддоговорных отношений; допустившим злоупотребление правом на стадии заключения договора, недобросовестно ведущим переговоры о заключении договора, давшим неверные заверения об обстоятельствах на стадии до его заключения и т.п., независимо от того, заключен или не заключен договор»⁹.

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ // СПС «Консультант-Плюс». URL: www.consultant.ru (дата обращения: 02.06.2018).

² См.: Институт *culpa in contrahendo* в германском гражданском праве, доктрина *promissory estoppel* в англо-американском праве.

³ Севрюгин К. В. Преддоговорная ответственность в гражданском праве Российской Федерации // Вестник Челябинского государственного университета. Право. Вып. 20. 2009. № 21 (159). С. 61.

⁴ См.: Гнищевич К. В. Преддоговорная ответственность в российском гражданском праве (*culpa in contrahendo*) // Вестник ВАС. 2009. № 3. С. 27; Полякевич В. Г. Ответственность за преддоговорные нарушения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. 24 с.

⁵ См.: Садиков О. Н. Недействительные и несостоявшиеся сделки // Юридический мир. 2000. № 6. С. 7—11; Кучер А. Н. Теория и практика преддоговорного этапа: юридический аспект. М., 2005. С. 221.

⁶ Богданов В. В. Гражданско-правовая ответственность в преддоговорных отношениях // Журнал российского права. 2010. № 2. С. 133.

⁷ Доклад И. З. Аюшеевой на круглом столе «Новеллы судебной практики по вопросам гражданско-правовой ответственности» (см.: Подузова Е. Б. Круглый стол «Новеллы судебной практики по вопросам гражданско-правовой ответственности» (30 ноября 2016 г. в рамках VI Московской юридической недели: обзор выступлений) // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 1 (74). С. 36).

⁸ Богданов Д. Е. Справедливость как основное начало определения размера преддоговорной ответственности // Адвокат. 2014. № 4. С. 21.

⁹ Аюшеева И. З. Преддоговорная ответственность: новеллы гражданского законодательства и судебной практики // Lex Russica. 2017. № 5 (126). С. 143.

Из приведенного определения, однако, можно прийти к выводу, что позиция И. З. Аюшеевой в вопросе формулировки преддоговорной ответственности тяготеет к лагерю последователь договорной природы ответственности.

По-другому определяется преддоговорная ответственность К. В. Гницевичем: это «ответственность за виновное нарушение обязанностей по добросовестному ведению переговоров о заключении договора (включая обязанность позитивного информирования контрагента об обстоятельствах, исключающих действительность или снижающих выгодность заключаемого договора, и о своих сомнениях в твердости намерений заключить договор), совершаемых неумышленно»¹⁰.

В вопросе о видовой принадлежности преддоговорной ответственности мы солидарны с мнением К. В. Гницевича относительно того, что преддоговорная ответственность выступает особым видом гражданско-правовой ответственности¹¹.

Основополагающим принципом позитивной преддоговорной ответственности является принцип добросовестности поведения участников при ведении переговоров о заключении договора. Этот принцип закрепляется в п. 2 ст. 434.1 ГК РФ.

В рамках исследуемой проблематики уместно привести и судебную практику, так как в конечном счете сам правоприменитель непосредственно сталкивается в своей деятельности с коллизиями в исследуемой сфере правоотношений. В том числе и из-за этих причин возникла необходимость принятия постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»¹², в котором декларируются принципы добросовестности и разумности участников гражданских правоотношений и, кроме того, устанавливается ответственность за причиненные

убытки в связи с недобросовестным ведением или прерыванием переговоров, которая и получила впоследствии формулировку «преддоговорная» (п. 1). Наряду с указанным постановлением Пленума Верховного Суда РФ, вопросы о добросовестности поведения сторон при ведении переговоров о заключении договора и о преддоговорной ответственности за отступление от данного преддоговорного условия достаточно широко отражены в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств» и ряде других актов Верховного Суда РФ¹³. В частности, из п. 20 указанного постановления вытекает следующая позиция Верховного Суда РФ в отношении исследуемого проблемного вопроса: «Сторона, которая ведет или прерывает переговоры о заключении договора недобросовестно, обязана возместить другой стороне причиненные этим убытки. В результате возмещения убытков, причиненных недобросовестным поведением при проведении переговоров, потерпевший должен быть поставлен в положение, в котором он находился бы, если бы не вступал в переговоры с недобросовестным контрагентом. Например, ему могут быть возмещены расходы, понесенные в связи с ведением переговоров, расходы по приготовлению к заключению договора, а также убытки, понесенные в связи с утратой возможности заключить договор с третьим лицом». Закономерен и вопрос о том, на какой стороне лежит бремя доказывания отсутствия добросовестности (присутствия недобросовестности) в поведении, приведшем к спорной ситуации. В пункте 19 рассматриваемого постановления Пленума Верховного Суда РФ совершенно однозначно установлена обязанность истца, заключающаяся в необходимости доказательства преднамеренного недобросовестного поведения ответчика, приведшего

¹⁰ Гницевич К. В. Преддоговорная ответственность в гражданском праве (culpa in contrahendo) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2009. С. 8.

¹¹ Гницевич К. В. Указ. соч. С. 11.

¹² Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «Консультант-Плюс». URL: www.consultant.ru (дата обращения: 01.04.2018).

¹³ См., например: п. 12 Обзора судебной практики по вопросам, связанным с применением Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 16.05.2018) // СПС «КонсультантПлюс». URL: www.consultant.ru (дата обращения: 14.07.2018).

к наступлению вреда в имущественной сфере истца.

Как можем видеть из приведенных законодательных положений и судебной практики, неотъемлемым условием ведения переговоров о заключении договора является соблюдение принципа добросовестности. В ином случае, при недобросовестности поведения участников преддоговорных отношений, из-за которой наступили убытки в имущественной сфере одной из сторон, можно говорить о наступлении преддоговорной ответственности.

Данная закономерность предполагает уяснение вопроса о сущности такой юридической категории, как добросовестность. По общему правилу добросовестность, наряду с разумностью и справедливостью, относится к оценочной категории гражданского права. Как известно, законодатель оперирует данным понятием в нормах ГК РФ, однако не приводит легальной дефиниции юридической категории. Этот вакуум старается заполнить доктрина гражданского права. В учебнике гражданского права под редакцией Е. А. Суханова добросовестность определяется как «субъективное состояние лица, которое не знает и не может (не должно) знать о факте, знание которого с точки зрения закона делает поведение лица неправомерным»¹⁴. Е. Е. Богданова полагает, что «добросовестность — это сложившееся в обществе и признанная законом, обычаем, судебной практикой система представлений о нравственности поведения субъектов права при приобретении, осуществлении и защите субъективных гражданских прав, а также при исполнении обязанностей»¹⁵. Есть также мнения, не признающие необходимости определения сущности данной правовой категории, а предлагающие предоставить суду возможность самому устанавливать наличие либо отсутствие добросовестности, исходя из всех уникальных обстоятельств рассматриваемого дела¹⁶. В любом случае исходим из того, что добросовестность поведения участников преддоговорных отношений — необходимое условие, являющееся впоследствии для них гарантом в возможных спорных вопросах,

могущих привести к суду. И наоборот, недобросовестность поведения, если она сопряжена с причинением убытков, предполагает негативные юридические последствия для одной из сторон, ведущих переговоры о заключении договора.

Порой в судебной практике возникают и такие ситуации, когда одна сторона без достаточных к тому оснований просит суд взыскать с другой стороны убытки по п. 3 ст. 434.1 ГК РФ. Так, ООО «Р. Р.» обратилось в Арбитражный суд Самарской области с иском к ИП «П.Р.А.» о взыскании 251 260 руб., составляющих неосновательное обогащение за пользование 50 афишными стендами за период с 01.11.2015 по 30.11.2015¹⁷. Истец в обоснование своих требований сослался на неправомерное уклонение ответчика от заключения договора аренды 50 афишных стендов (рекламных конструкций), что подтверждается деловой перепиской, а также фактическим размещением в указанный период рекламно-информационного материала (рекламы) для ответчика. Суд же отклонил исковые требования, мотивировав это тем, что в предмет доказывания неосновательного обогащения, возникшего из рекламных отношений, по смыслу Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» должно входить согласование ответчиком с истцом информации (содержания) рекламируемого объекта. По обстоятельствам дела судом было установлено, что из представленных истцом материалов не усматривается доказательств такого согласования ответчика с истцом содержания рекламы на спорных афишах, более того, не получил в суде подтверждения факт, что ответчик обращался к истцу с заявкой на размещение 50 рекламных материалов или каким-либо образом согласовывал их местонахождение и содержание. К тому же отсутствовали и доказательства того, что ответчик передавал для размещения сами рекламные материалы в указанном количестве или поручал их изготовление истцу. Все перечисленные обстоятельства стали основополагающими при отказе в удовлетворении исковых требований ООО «Р. Р.».

¹⁴ Гражданское право : в 4 т. / под ред. Е. А. Суханова. М. : Волтерс Клувер, 2006. Т. 1 : Общая часть. 720 с.

¹⁵ Богданова Е. Е. Добросовестность участников договорных отношений и проблемы защиты их субъективных гражданских прав : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2010. 51 с.

¹⁶ См.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. Изд. 3-е, стереотип. М. : Статут, 2001. Кн. 1 ; Зенин И. А. Гражданское и торговое право зарубежных стран. М. : МЭСИ, 2005. 194 с.

¹⁷ Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 19.01.2018 № Ф06-17980/2017 по делу № А55-8412/2016 // СПС «КонсультантПлюс». URL: www.consultant.ru (дата обращения: 31.05.2018).

В другом деле ООО «А. Л. С.» обратилось в суд с иском к ФГБУ «Северо-Западный федеральный медицинский исследовательский центр имени В. А. Алмазова» Министерства здравоохранения РФ о взыскании 1 000 000 руб. убытков и 44 030 руб. 41 коп. процентов за пользование денежными средствами¹⁸. Основанием для иска послужил неправомерный отказ ответчика от заключения с истцом (победителем аукциона) государственного контракта на оказание в 2016 г. услуг по сбору, транспортировке и обезвреживанию отходов.

Как было установлено из материалов дела, на официальном сайте для размещения информации о размещении заказов www.zakupki.gov.ru ответчиком было размещено извещение о проведении аукциона в электронной форме на заключение контракта на оказание услуг по сбору, транспортированию медицинских отходов классов «Б» и «Г», образующихся при осуществлении медицинской деятельности заказчика, и их термическому обезвреживанию (сжиганию) в 2016 г., с начальной (максимальной) ценой контракта 9 055 779 руб. Документацией об аукционе предусматривалось обеспечение исполнения контракта безотзывной банковской гарантией.

По результатам электронного аукциона истец был признан победителем торгов. Однако в результате контракт ответчиком так и не был подписан. В обоснование отказа от заключения контракта ответчик ссылался на невозможность принятия банковской гарантии в связи с ее несоответствием требованиям документации об аукционе, а именно банковская гарантия не содержит даты, подсудность, установленная в банковской гарантии, — Арбитражный суд г. Москвы.

Впоследствии неправомерность отказа от заключения контракта была установлена постановлением Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 26.09.2016 по делу № А56-14267/2016 и подтверждена постановлением Арбитражного суда Северо-Западного округа от 12.03.2018 № Ф07-1405/2018 по делу № А56-34924/2017.

По данному делу суд удовлетворил иски о взыскании процентов за пользование денежными средствами, однако отказал во взыскании убытков (упущенной выгоды), ссылаясь на недоказанность истцом

совокупности условий, необходимых для применения такой меры ответственности, как возмещение убытков в виде упущенной выгоды, а также на то, что в случае отказа от заключения договора применительно к п. 3 ст. 434.1 ГК РФ возмещение упущенной выгоды не предусмотрено. Кроме того, как было установлено судом, в обоснование упущенной выгоды истец ссылается на то, что в случае заключения контракта он получил бы доход, равный разнице между суммой контракта и издержками на его исполнение. В доказательство получения возможного дохода истцом представлены договоры, переписка, прайс-листы на услуги и товары, необходимые для исполнения контракта, в том числе подтверждающие стоимость контейнеров, топлива, цену на доставку и размещение золы, дезинфекцию контейнеров, аренду транспортных средств, то есть свидетельствующие о возможном размере издержек при исполнении контракта. Между тем, как указал суд, лицо, взыскивающее упущенную выгоду, должно доказать, что возможность получения им доходов существовала реально, то есть документально подтвердить совершение им конкретных действий и сделанных с этой целью приготовлений, направленных на извлечение доходов, которые не были получены в связи с допущенным должником нарушением, иными словами — доказать, что допущенное ответчиком нарушение явилось единственным препятствием, не позволившим ему получить упущенную выгоду.

Приведенные позиции судебной практики обнаруживают, что ведение переговоров о заключении договора — своеобразная палка о двух концах, то есть такой правовой инструмент, который способен вызвать противоположные последствия для обеих сторон, участвующих в переговорах. Если в этом процессе не проявлять осмотрительность, то это может быть использовано против контрагента, с обвинением в недобросовестности его поведения. Напротив, организовав переговоры путем заключения предварительного соглашения о порядке их ведения, можно свести на нет риск убытков из-за неоправданного отказа другой стороны.

Вышеуказанные положения позволяют заключить, что преддоговорная ответственность — это отдельный, особый вид ответственности, представляющий собой элемент такого критерия классификации, как основа-

¹⁸ Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 12.03.2018 № Ф07-1405/2018 по делу № А56-34924/2017 // СПС «КонсультантПлюс». URL: www.consultant.ru (дата обращения: 31.05.2018).

ние возникновения гражданско-правовой ответственности. И вот почему. Преддоговорная ответственность по определению еще не договорная (договор ведь еще не заключен), но вместе с тем и не деликтная с точки зрения природы самого деликта (убытки наступили в связи с нарушением обязанности вести переговоры добросовестно). И именно поэтому преддоговорную ответственность непозволительно определять через природу договорной или внедоговорной ответственности. То есть складывается уникальная ситуация, выделяющая

преддоговорную ответственность в особый вид гражданско-правовой ответственности.

Таким образом, преддоговорная ответственность является особым видом гражданско-правовой ответственности, которая наступает из-за недобросовестных действий стороны, уклонившейся от заключения договора, причинивших убытки другой стороне, выразившихся в понесенных ею расходах, связанных с проведением переговоров по заключению договора, а также в связи с потерей возможности заключить договор с третьим лицом.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Аюшеева И. З. Преддоговорная ответственность: новеллы гражданского законодательства и судебной практики // Lex Russica. — 2017. — № 5 (126). — С. 136—147.
2. Богданов В. В. Гражданско-правовая ответственность в преддоговорных отношениях // Журнал российского права. — 2010. — № 2. — С. 124—135.
3. Богданов Д. Е. Справедливость как основное начало определения размера преддоговорной ответственности // Адвокат. — 2014. — № 4. — С. 25—33.
4. Богданова Е. Е. Добросовестность участников договорных отношений и проблемы защиты их субъективных гражданских прав : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2010. — 51 с.
5. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. — Изд. 3-е, стереотип. — М. : Статут, 2001. — Кн. 1.
6. Гнищевич К. В. Преддоговорная ответственность в российском гражданском праве (culpa in contrahendo) // Вестник ВАС. — 2009. — № 3. — С. 18—43.
7. Гнищевич К. В. Преддоговорная ответственность в гражданском праве (culpa in contrahendo) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — С.-Петербург, 2009. — 27 с.
8. Гражданское право : в 4 т. / под ред. Е. А. Суханова. — М. : Волтерс Клувер, 2006. — Т. 1 : Общая часть — 720 с.
9. Зенин И. А. Гражданское и торговое право зарубежных стран. — М. : МЭСИ, 2005. — 194 с.
10. Кучер А. Н. Теория и практика преддоговорного этапа: юридический аспект. — М., 2005. — 363 с.
11. Подузова Е. Б. Круглый стол «Новеллы судебной практики по вопросам гражданско-правовой ответственности (30 ноября 2016 г. в рамках VI Московской юридической недели): обзор выступлений // Актуальные проблемы российского права. — 2017. — № 1 (74). — С. 33—38.
12. Полякевич В. Г. Ответственность за преддоговорные нарушения : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2007. — 24 с.
13. Садиков О. Н. Недействительные и несостоявшиеся сделки // Юридический мир. — 2000. — № 6. — С. 7—11.
14. Севрюгин К. В. Преддоговорная ответственность в гражданском праве Российской Федерации // Вестник Челябинского государственного университета. Право. — Вып. 20. — 2009. — № 21 (159). — С. 59—61.

Материал поступил в редакцию 9 июля 2018 г.

PROBLEMATIC ISSUES IN PRE-CONTRACTUAL LIABILITY: DOCTRINAL APPROACHES AND COURT PRACTICE

IDRISOV Hussein Vakhaevich — PhD in Law, Associate Professor of the Department of Civil Law and Procedure of the Chechen State University
huseyn23@rambler.ru
364029, Russia, Grozny, ul. Lyapidevskogo, d. 7

Abstract. *The article is devoted to the characteristic of a new type of civil liability - pre-contractual liability. The classical division of liability according to the method of its occurrence into contractual and non-contractual has changed. This is due to the fact that the Civil Code of the Russian Federation was supplemented with new provisions governing the negotiation of a contract, as well as with liability issues in connection with unfair negotiation, which led to the occurrence of losses for one of the parties.*

Within the framework of the stated topic, a study of positions on the institution of pre-contractual liability, developed in the doctrine of civil law was conducted. The modern civil jurisprudence provides two main standpoints that formulate pre-contractual liability depending on the nature of contractual or non-contractual obligations. A separate theory is the so-called dualistic view of the nature of pre-contractual liability, assuming the contractual and tort nature of liability.

In order to have a comprehensive understanding of the phenomenon under the study, the author provides the court practice on controversial issues arising in the application of the rules by the courts in the field of pre-contractual liability of participants who entered into a contract, but never concluded it. The analysis of judicial practice showed that the courts in cases arising from disputes related to the negotiations on the conclusion of the contract, proceed from the fact that the subjects of pre-contractual legal relations must adhere to the mandatory conditions of negotiations on the conclusion of the contract-compliance with the principle of good faith. Non-compliance with this principle having led to losses in the property sphere of one of the parties, implies the subsequent responsibility of the other party.

The author concludes that pre-contractual liability is a separate and special type of civil liability, which is fixed by bringing the author's wording of pre-contractual liability, based on its special legal nature and specific properties of the subjects of pre-contractual legal relations.

Keywords: *the Civil Code of the Russian Federation, negotiations, principle of good faith, contract, loss (harm), contractual liability, tort liability, pre-contractual liability, court.*

REFERENCES

1. Ayusheeva I. Z. *Preddogovornaya otvetstvennost: novelty grazhdanskogo zakonodatelstva i sudebnoy praktiki* [Pre-contractual liability: novelties of civil legislation and court practice]. Lex Russica. 2017. No. 5 (126). Pp. 136—147.
2. Bogdanov V. V. *Grazhdansko-pravovaya otvetstvennost v preddogovornykh otnosheniyakh* [Civil liability in pre-contractual relations]. *Zhurnal rossiyskogo prava* [Journal of Russian law]. 2010. № 2. Pp. 124—135.
3. Bogdanov D. E. *Spravedlivost kak osnovnoe nachalo opredeleniya razmera preddogovornoj otvetstvennosti* [Justice as the main beginning of determining the amount of pre-contractual liability]. *Advokat* [Advocate]. 2014. No. 4. Pp. 25—33.
4. Bogdanova E. E. *Dobrosovestnost uchastnikov dogovornykh otnosheniy i problemy zashchity ikh subektivnykh grazhdanskikh prav: avtoref. dis. ... d-ra yurid. nauk* [Good faith of the participants to contractual relations and problems of protection of their subjective civil rights : Abstract of the Doctoral Thesis]. Moscow, 2010. 51 p.
5. Braginsky M. I., Vitryansky V. V. *Dogovornoe pravo. obshchie polozheniya* [Contract Law. General provisions]. 3rd ed. Moscow: Statut Publ., 2001. Bk. 1.
6. Gnitsevich K. V. *Preddogovornaya otvetstvennost v rossiyskom grazhdanskom prave (culpa in contrahendo)* [Pre-contractual liability in Russian civil law (culpa in contrahendo)]. *Vestnik VAS*. 2009. No. 3. Pp. 18—43.
7. Gnitsevich K. V. *Preddogovornaya otvetstvennost v grazhdanskom prave (culpa in contrahendo): avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk.* [Pre-contractual liability in civil law (culpa in contrahendo): Abstract of the PhD Thesis]. St. Petersburg, 2009. 27 p.



8. *Grazhdanskoe pravo* [Civil law: in 4 vol.]. Edited by E. A. Sukhanov. Moscow: Walters Kluver, 2006. Vol. 1: General part. 720 p.
9. Zenin I.A. *Grazhdanskoe i torgovoe pravo zarubezhnykh stran* [Civil and commercial law of foreign countries]. Moscow: MESI, 2005. 194 p.
10. Kucher. *Teoriya i praktika preddogovornogo etapa: yuridicheskiy aspekt* [Theory and practice of the pre-contractual stage: legal aspect]. Moscow, 2005. 363 p.
11. Poduzova E.B. *Kruglyy stol «Novelly sudebnoy praktiki po voprosam grazhdansko-pravovoy otvetstvennosti (30 noyabrya 2016 g. v ramkakh VI Moskovskoy yuridicheskoy nedeli): obzor vystupleniy* [Round table “Novelties of court practice on civil liability (November 30, 2016 in the framework of the VI Moscow legal week): overview of presentations]. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava* [Actual problems of Russian law]. 2017. No. 1 (74). Pp. 33—38.
12. Polyakevich V. G. *Otvetstvennost za preddogovornye narusheniya: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk* [Liability for pre-contractual violations : Abstract of the PhD Thesis]. Moscow, 2007. 24 p.
13. Sadikov O. N. *Nedeystvitelnye i nesostoyavshiesya sdelki* [Invalid and failed transactions]. *Yuridicheskiy mir* [Juridical World]. 2000. No. 6. Pp. 7—11.
14. Sevryugin K. V. *Preddogovornaya otvetstvennost v grazhdanskom prave Rossiyskoy Federatsii* [Pre-contractual liability in civil law of the Russian Federation]. *Vestnik Chelyabinskogo gosudarstvennogo universiteta. Pravo* [Bulletin of Chelyabinsk State University. Law]. Vol. 20. 2009. No. 21 (159). Pp. 59—61.

И. В. Понкин*,
А. И. Редькина**

ЗАРУБЕЖНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО ОБ ИДЕНТИФИКАЦИИ ЛИЧНОСТИ СПОРТИВНЫХ БОЛЕЛЬЩИКОВ¹

Аннотация. Статья посвящена исследованию проблемы обеспечения правопорядка на массовых спортивных мероприятиях посредством внедрения систем идентификации личности спортивных болельщиков. В статье показаны результаты исследования опыта 9 зарубежных государств: Аргентины, Болгарии, Бразилии, Испании, Италии, Польши, Словакии, Франции, Чили — по некоторым основным направлениям. В статье исследованы положения зарубежного законодательства, касающиеся сбора организаторами спортивных соревнований данных о зрителях, ведения информационных реестров, хранения информации о посетителях спортивных мероприятий.

Ключевые слова: спорт, спортивное право, спортивные массовые мероприятия, спортивные болельщики, безопасность в спорте, спортивный порядок, идентификация личности спортивных болельщиков.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.143.10.106-115

Введение

Идентификация личности зрителей на спортивных соревнованиях является одним из эффективных инструментов противодействия противоправному поведению спортивных болельщиков, обеспечения безопасности на спортивных мероприятиях, спортивных объектах².

Более того, террористические акты 13 ноября 2015 г. в пригороде Парижа — взрывы возле стадиона «Стад де Франс» — поставили вопрос о необходимости использования средств идентификации личности зрителей на спортивных соревнованиях как важного средства превенции террористических актов на спортивных объектах³.

¹ Статья подготовлена в рамках НИР Минспорта России (МГЮА, ГК № 39, лот № 5-1770377127118000010).

² См.: Песков А. Н. Спорт и противоправное поведение. М. : Проспект, 2016. 384 с.; Соловьёв А. А. [и др.] Правовое обеспечение противодействия противоправному поведению спортивных болельщиков / Комис. по спорт. праву Ассоц. юристов России ; кафедра спортивного права Мос. гос. юрид. ун-та имени О.Е. Кутафина (МГЮА). М., 2014 ; Спортивное право России : учебник для магистров / под ред. Д. И. Рогачева ; Мос. гос. юрид. ун-т имени О.Е. Кутафина (МГЮА). М. : Проспект, 2016.

³ Государственное управление в сфере спорта : учебник для магистров / Кафедра спортивного права Мос. гос. юрид. ун-та имени О.Е. Кутафина (МГЮА). М. : Буки Веди, 2017.

© Понкин И. В., Редькина А. И., 2018

* Понкин Игорь Владиславович, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры спортивного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
i@lenta.ru

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

** Редькина Алена Игоревна, кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры спортивного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
juriste.ap@gmail.com

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

В рамках настоящей научно-исследовательской работы был исследован опыт 9 зарубежных государств (Аргентины, Болгарии, Бразилии, Испании, Италии, Польши, Словакии, Франции, Чили) по некоторым основным направлениям, которые были на этапе поиска и обобщения сгруппированы в следующие категории:

- положения зарубежного законодательства, направленные на обеспечение функционирования системы идентификации личности зрителей непосредственно на спортивных соревнованиях;
- положения зарубежного законодательства, регулирующего правовые аспекты получения организаторами спортивных соревнований данных о зрителях, ведения информационных реестров, а также хранения информации о посетителях спортивных мероприятий;
- обязанности организаторов спортивных мероприятий, иных лиц, наделенных определенными полномочиями, ответственность организаторов спортивных мероприятий за невыполнение своих обязанностей.

Некоторые тенденции развития законодательства в области обеспечения безопасности спортивных мероприятий в части обеспечения идентификации личности посетителей

Законодательство Испании предполагает возможность введения дополнительных мер обеспечения безопасности, связанных с идентификацией личности посетителей, на спортивных мероприятиях, которые характеризуются высокой степенью риска. При этом в других государствах такие меры могут являться обязательными для организаторов всех спортивных мероприятий.

Аналогичные подходы реализуются и в Словакии, с тем лишь отличием, что обязанности организаторов спортивных мероприятий, которые характеризуются высокой степенью риска для их безопасности, четко определены заранее, а не остаются на усмотрение компетентного органа публичной власти. Аналогично — в Польше. Кроме того, в Словакии и Польше предусматривается зависимость от уровня спортивного мероприятия и вида спорта.

В Бразилии предусматриваются определенные обязанности организаторов футбольных мероприятий в части организации и реализации рассматриваемых вопросов. В Бразилии соответствующие меры безопасности приме-

няются к крупным спортивным объектам, вместимость которых составляет от 10 тыс. человек.

В качестве основной тенденции развития законодательства в рассматриваемой области можно обозначить переход к комплексным системам обеспечения идентификации личности посетителей спортивных мероприятий (в перспективе с задействованием нейротехнологий, искусственного интеллекта, облачных технологий), которые предполагают широкое и постоянное сотрудничество между спортивными организациями, органами публичной власти (как осуществляющими управление в сфере спорта, так и правоохранительными органами), а также, в отдельных ситуациях, во взаимодействии с объединениями спортивных болельщиков.

При этом обеспечение функционирования таких систем, как правило, основывается на широком задействовании разнообразных информационных технологий и предполагает автоматизацию определенных действий. Например, посетитель спортивного мероприятия начинает взаимодействовать с такой системой уже при покупке входного билета на спортивное мероприятие, будучи обязанным предоставлять свои идентификационные данные, а иногда и изображение.

В поддержку такого суждения говорит и то, что некоторые государства, например Болгария и Бразилия, где, на наш взгляд, подходы к обеспечению безопасности спортивных мероприятий в части идентификации личности посетителей в целом уже устарели, власти приступили к существенному реформированию своего законодательства в этой сфере.

Опыт Болгарии в области правового регулирования систем идентификации личности зрителей, а также обеспечения функционирования таких систем представляет определенный научный интерес, хотя и представляется недостаточно эффективным.

На наш взгляд, сегодня системы идентификации личности посетителей спортивных мероприятий в Болгарии хотя и функционируют в некоторой степени, но цели обеспечения их поддержания являются весьма ограниченными. Такие системы направлены главным образом на недопущение проникновения на спортивные мероприятия лиц, в отношении которых ранее были применены запретительные меры. В целях сбора и распространения соответствующей информации были созданы Единый автоматизированный реестр и Национальный информационный центр.

При этом необходимо отметить, что законодательное обеспечение идентификации личности посетителей спортивных мероприятий в Болгарии стоит на пороге достаточно серьезных реформ. В настоящее время Парламентская комиссия по вопросам детства, молодежи и спорта совместно с Министерством молодежи и спорта Болгарии разработали проект нового нормативного правового акта в сфере обеспечения безопасности на спортивных мероприятиях, который еще не внесен на рассмотрение в Народное собрание Болгарии, однако в скором времени, как обещают, будет внесен, и вероятность его принятия оценивается как весьма высокая в силу назревшей необходимости обеспечения более серьезных мер безопасности на спортивных мероприятиях, а также того, что действующее законодательство в этой сфере уже устарело. Данный проект закона предусматривает введение дополнительных и более четких мер обеспечения идентификации личности посетителей в целях обеспечения безопасности на спортивных мероприятиях. В частности, организаторам будут предоставлены возможности идентификации личности тех, кто покупает билет на спортивное мероприятие, а также предусматривается обязанность организаторов спортивного мероприятия по установке дополнительных современных камер видеонаблюдения на всех секторах стадионов⁴.

Сходную ситуацию можно обнаружить в Бразилии.

Предусмотренные в настоящее время в Бразилии на общенациональном (федеральном) уровне меры обеспечения идентификации посетителей спортивных мероприятий представляются довольно неэффективными, поскольку предполагают лишь визуальный контроль.

При этом представляет научный интерес проект Закона Бразилии от 2014 г. «О внесении изменений в Закон № 10.671 от 15 мая 2003 г. касательно мер предосторожности и контроля доступа к секторам, предназначенным для организованных болельщиков», который направ-

лен в том числе на решение одной из основных проблем в этой области, связанной с идентификацией правонарушителей (во многих случаях повторных) и, следовательно, с обеспечением эффективности предотвращения доступа таких лиц на спортивные объекты (стадионы).

Данный законопроект предусматривает меры ответственности спортивных федераций и спортивных конфедераций, а также привлечение спортивных клубов — участников проводимых ими мероприятий к созданию и внедрению электронной базы данных, содержащей информацию о членах организаций спортивных болельщиков и лицах, заинтересованных в доступе к секторам, предназначенных для этих групп на стадионах, а также внедрение системы электронной идентификации болельщиков во время прохода на стадион.

Таким образом, данный законопроект предусматривает следующие обязанности региональных спортивных организаций, осуществляющих проведение спортивных мероприятий:

- создавать и постоянно актуализировать базы данных электронной регистрации и идентификации членов организаций спортивных болельщиков и спортивных организаций, заинтересованных в доступе к секторам, предназначенным для объединений спортивных болельщиков в местах проведения спортивных мероприятий;
- выдавать удостоверения идентификации личности спортивных болельщиков, зарегистрированные согласно положениям предыдущего параграфа и имеющие соответствующий чип, информация на котором защищена цифровым кодом и зашифрована согласно стандартам, признанным Инфраструктурой открытых ключей Бразилии;
- внедрить электронную систему считывания удостоверений личности, упомянутых в предыдущем параграфе, которая будет использоваться при контроле доступа болельщиков к секторам, предназначенным для объединений болельщиков в местах проведения спортивных мероприятий.

⁴ Депутати ускоряват приемането на нов закон за футболното хулиганство // Дневник. 21.04.2018.

⁵ This article was prepared as part of the research of the Ministry of Sports of the Russian Federation (MSAL, GK No. 39, lot No. 5-1770377127118000010).

Положения зарубежного законодательства, направленные на обеспечение функционирования системы идентификации личности зрителей непосредственно на спортивных соревнованиях

Как правило, соответствующие положения законодательства устанавливают обязанности организаторов спортивных мероприятий обеспечивать идентификацию личности посетителей при входе на мероприятие и запрещать доступ на мероприятие тем лицам, которым запрещено их посещение, а также вести видеонаблюдение на спортивном объекте во время проведения спортивного мероприятия.

При этом системы идентификации посетителей при входе на спортивный объект могут быть следующих видов:

- автоматизированные (например, в Аргентине, Польше);
- предполагающие визуальный контроль со стороны лиц, наделенных определенными полномочиями (например, в Бразилии).

Важным вопросом является нормативное обеспечение надлежащего пропускного режима при входе на спортивный объект, на котором проводится спортивное мероприятие, позволяющего идентифицировать посетителей и обеспечивать недопуск на мероприятие тех лиц, в отношении которых применен запрет на посещение мероприятий подобного рода.

Статья 10 Закона Автономного города Буэнос-Айрес от 2017 г. № 5.847 «Единый режим футбольных мероприятий в Автономном городе Буэнос-Айрес» предусматривает, что организаторы футбольных мероприятий вправе ограничивать доступ конкретных лиц на спортивное мероприятие при условии соответствия критериям объективности и недискриминации. При этом списки таких лиц передаются в соответствующий правоприменительный орган не позднее чем за 72 часа до начала мероприятия для включения их в базу данных о насилии на футбольных мероприятиях. При этом в соответствии со ст. 14 указанного Закона личность посетителей футбольных мероприятий должна подтверждаться через специальную систему доступа, позволяющую четко и точно определять право на доступ на мероприятие. Эта система должна гарантировать ограничение доступа на мероприятия тех лиц, данные которых были внесены в базу данных о насилии на футбольных мероприятиях.

В соответствии с п. «т» ч. 1 ст. 6 Закона Словакии от 2014 г. № 1/2014 «Об организации массовых спортивных мероприятий и внесении

изменений в некоторые нормативные правовые акты», организатор спортивного мероприятия обязан обеспечить недопуск на спортивное мероприятие тех лиц, доступ которым на мероприятие такого рода был запрещен.

Статья 13 Закона Испании от 11.07.2007 № 19/2007 «О борьбе с насилием, расизмом и нетерпимостью в спорте» устанавливает, что Государственная комиссия Испании по борьбе с насилием, расизмом и нетерпимостью в спорте вправе принять решение о введении дополнительных мер безопасности для ряда спортивных соревнований или мероприятий, характеризующихся высокими рисками, либо для объектов, в отношении которых были применены санкции, предусмотренные вторым и третьим титулами данного Закона. К таким дополнительным мерам безопасности отнесено, в частности, обеспечение систем подтверждения личности лиц, которые стремятся получить доступ на спортивные объекты (п. «b» ч. 1 данной статьи).

В соответствии со ст. 18 Закона Бразилии от 15.05.2003 № 10.671 «О статусе и защите прав болельщиков и о других мерах предосторожности» стадионы вместимостью более 10 тыс. человек должны быть оснащены центром технической и информационной поддержки с инфраструктурой, способной обеспечить визуальный мониторинг и контроль присутствующей аудитории. При этом ст. 25 данного нормативного правового акта предусматривает, что досмотр публики и контроль доступа к стадиону вместимостью более 10 тыс. человек должны осуществляться с помощью визуального контроля турникетов.

На уровне муниципалитетов реализуются аналогичные меры.

Статья 13 Закона Польши от 20.03.2009 «О безопасности массовых мероприятий» устанавливает, что организатор футбольного матча, проводимого в рамках одного из трех соревнований высшей лиги, независимо от статуса соревнования (внутреннего или международного) обеспечивает идентификацию лиц, участвующих в мероприятии.

При этом спортивные объекты, предназначенные для проведения таких матчей, должны быть оборудованы совместимыми электронными системами, предназначенными для идентификации лиц, продажи билетов, контроля пребывания на месте и во время проведения футбольного матча, контроля доступа к конкретным местам и проверки информации.

В соответствии со ст. 17 Закона Польши от 20.03.2009 «О безопасности массовых мероприятий» министр внутренних дел по согласованию с министром физической культуры и министром по вопросам инфраструктуры и строительства определяет критерии безопасности, которым должны соответствовать стадионы, где будут проводиться футбольные матчи, в частности наличие системы идентификации лиц, участвующих в футбольных матчах в качестве зрителей.

Статья L332-1 Спортивного кодекса Франции устанавливает, что в целях содействия безопасности спортивных мероприятий организаторы этих мероприятий могут отказать или отменить выдачу документов, дающих право доступа к этим мероприятиям, либо запретить доступ лицам, которые нарушили или нарушают общие условия продажи или правил внутреннего распорядка, касающиеся безопасности этих мероприятий.

Часть 1 ст. 3 Декрета Министерства внутренних дел Италии от 15.08.2009 «Определение полицейскими управлениями наличия факторов, препятствующих предоставлению доступа в места проведения спортивных соревнований» предусматривает способы проверки оснований, исключающих возможность доступа посетителя на спортивное соревнование. В частности, устанавливается, что в целях проверки в реальном времени наличия препятствующих оснований полицейские управления получают от спортивных организаций удаленным образом через информационные системы имена и фамилии посетителей, которым запрещен доступ. Согласно ч. 4 ст. 3 названного Декрета с целью проведения проверок посетителей, осуществляемых перед предоставлением им входных билетов на спортивные мероприятия, используемые организацией или уполномоченной организацией, компьютеры должны быть оснащены программами для проведения электронных проверок.

В соответствии со ст. 5 Закона Чили № 19.327 от 1994 г. (в ред. от 10.06.2015) «О правах и обязанностях, связанных с организацией профессиональных футбольных мероприятий», организатор профессионального футбольного матча должен обеспечивать на спортивном объекте, где проводится такое мероприятие, соблюдение следующих условий: 1) обеспечение наличия систем контроля доступа и идентификации посетителей, которые позволяют идентифицировать их личность, а также количество; 2) наличие системы видеонаблюдения,

камеры которой имеют достаточное разрешение для идентификации тех, кто посещает профессиональные матчи, а также контролируют периметр места проведения мероприятия. Изображение с этих камер должно постоянно отслеживаться организаторами во время матча, а запись с камер должна храниться в течение не менее 90 дней.

Статья 42 Регламента № 1.046 от 05.07.2016 к Закону Чили № 19.327 от 1994 г. «О правах и обязанностях, связанных с организацией профессиональных футбольных мероприятий», утвержденное Министерством внутренних дел и общественной безопасности Чили, определяет также, что организатор профессионального футбольного матча обязан установить: 1) систему видеонаблюдения, камеры которой имеют достаточное разрешение для идентификации болельщиков, посещающих как дневные, так и вечерние матчи, наряду с мониторингом по крайней мере периметра и секторов, доступных для общественности; 2) контроль доступа и идентификацию каждого сотрудника, прежде чем он попадет в помещение.

Согласно указанному Регламенту, в рамках системы контроля доступа и идентификации могут использоваться такие меры, как контроль отпечатков пальцев, распознавание лиц, использование турникетов.

Обеспечение надлежащего функционирования систем видеонаблюдения на спортивном объекте

Законодательство Болгарии не предусматривает непосредственной обязанности организатора спортивного мероприятия вести видеонаблюдение на спортивном объекте в целях идентификации личности посетителей такого мероприятия. Часть 1 ст. 16 Закона Болгарии от 2004 г. (ред. от 30.01.2018) «Об охране общественного порядка при проведении спортивных мероприятий» гласит, что организатор спортивного мероприятия обязан лишь уведомлять посетителей о том, что ведется видеонаблюдение в целях обеспечения безопасности. При этом видеозаписи уничтожаются не ранее чем через три месяца после их создания, за исключением случаев, когда они содержат данные о совершенных правонарушениях.

Статья 12 Закона Автономного города Буэнос-Айрес № 5.847 от 2017 г. «Единый режим футбольных мероприятий в Автономном городе Буэнос-Айрес» предусматривает определенные требования к инфраструктуре стадионов, на

которых проводятся футбольные мероприятия, например наличие систем получения и записи изображений на физические носители внутри и снаружи стадиона, которые облегчают идентификацию посетителей (при этом получаемая таким образом информация должна храниться, использоваться и обрабатываться в соответствии с законодательством о защите персональных данных).

Часть 1 ст. 21 Закона Словакии от 2014 г. № 1/2014 «Об организации массовых спортивных мероприятий и внесении изменений в некоторые нормативные правовые акты» устанавливает, что организатор спортивного мероприятия, характеризующегося высокой степенью риска, обязан установить на входах и выходах из спортивного объекта, а также в помещениях системы видеонаблюдения, позволяющие обеспечивать мониторинг спортивного объекта и идентификацию физических лиц и производить видеозапись в цифровом виде. Такая обязанность устанавливается и для организаторов некоторых футбольных и хоккейных спортивных мероприятий. При этом ч. 2 указанной статьи предусматривает, что подобные системы видеонаблюдения должны быть настроены таким образом, чтобы не нарушать конфиденциальность других лиц.

Основные положения по данному вопросу содержатся в Законе Испании от 11.07.2007 № 19/2007 «О борьбе с насилием, расизмом и нетерпимостью в спорте».

В преамбуле к названному Закону отмечается необходимость наличия на спортивных стадионах постоянных систем наблюдения с помощью видеокамер, позволяющих находить, идентифицировать и наказывать лиц, виновных в совершении насилия на спортивных мероприятиях.

Часть 1 ст. 12 данного Закона предусматривает, что с учетом степени риска, которым характеризуется спортивное мероприятие, на организаторов мероприятия могут быть наложены, например, следующие обязанности:

- установить камеры по периметру, у входных дверей и на спортивном объекте в целом для того, чтобы осуществлять запись поведения зрителей;
- реализовывать личную, случайную или систематическую запись всех лиц, которые осуществляют доступ к месту проведения мероприятия, или тех, которые осуществляют вход на трибуны или зрительские зоны, где должно пресекаться определенное противоправное поведение, при полном уваже-

нии их достоинства и основных прав и при соблюдении положений Органического закона Испании № 4/1997 от 04.08.1997;

- установить системы наблюдения, позволяющие охватить всю территорию, где проводится спортивное мероприятие, на протяжении всего времени его проведения, от начала до момента покидания его публикой.

Часть 2 данной статьи предусматривает, что на дверях соответствующего объекта, а также на специальных знаках и плакатах должны располагаться предупреждения зрителей о ведении такого наблюдения.

Статья 13 рассматриваемого Закона устанавливает, что Государственная комиссия Испании по борьбе с насилием, расизмом и нетерпимостью в спорте вправе принять решение о введении дополнительных мер безопасности для ряда спортивных соревнований или мероприятий, характеризующихся высокими рисками, либо для объектов, в отношении которых были применены санкции, предусмотренные вторым и третьим титулами данного Закона. К таким дополнительным мерам безопасности отнесены, в частности, установка камер по периметру, в окрестностях и в дверях по всему объему, а также осуществление личной, случайной или систематической записи всех лиц, которые осуществляют доступ к месту проведения мероприятия, или тех, которые осуществляют вход на трибуны или зрительские зоны, где должно пресекаться поведение, определенное в п. 1 и 2 ст. 2, при полном уважении их достоинства и основных прав (п. «а» и «d» ч. 1 ст. 13).

Согласно ч. 1 ст. 8 Закона Испании, из соображений безопасности организаторы спортивных мероприятий, определенных Государственной комиссией Испании по борьбе с насилием, расизмом и нетерпимостью в спорте, должны устанавливать системы видеонаблюдения, охватывающие всю территорию спортивного объекта, включая его окрестности, а также принимать необходимые меры для обеспечения их надлежащего функционирования.

Отдельное указание на инфраструктуру стадионов, содержащееся в ст. 18 Закона Бразилии от 15.05.2003 № 10.671 «О статусе и защите прав болельщиков и о других мерах предосторожности», позволяет сделать вывод о необходимости наличия систем видеонаблюдения в целях визуального контроля посетителей. Однако прямого указания на такие системы данный нормативный правовой акт не содержит.

Часть 1 ст. 11 Закона Польши от 20.03.2009 «О безопасности массовых мероприятий» устанавливает, что организатор спортивного мероприятия имеет право осуществлять запись хода массового мероприятия, включая поведение участвующих в нем людей с помощью видео- и звукозаписывающих устройств.

Положения зарубежного законодательства, регулирующие правовые аспекты получения организаторами спортивных соревнований данных о зрителях, ведения информационных реестров, а также хранения информации о посетителях спортивных мероприятий

Для облегчения идентификации личности посетителей на спортивных мероприятиях, а также для обеспечения недопуска на спортивные мероприятия лиц, в отношении которых был применен соответствующий запрет, в ряде государств предусматривается ведение специальных информационных реестров.

Такие реестры используются также для целей расследования случаев противоправного поведения на спортивных мероприятиях.

Обязанность по ведению таких реестров может быть возложена и на компетентные органы публичной власти, и на спортивные организации (как это предусмотрено, к примеру, законодательством Словакии и Испании).

Подобные реестры можно разделить на две основные категории:

- реестры, содержащие информацию о всех посетителях спортивных мероприятий, сбор которой осуществляется при приобретении входных билетов на такие мероприятия (либо в целом идентифицирующую информацию о болельщиках и об их объединениях, как, например, в Испании);
- реестры, содержащие информацию о лицах, которым ограничен доступ на спортивные мероприятия, и/или о лицах, совершавших ранее правонарушения на спортивных мероприятиях (в качестве примера можно привести Болгарию, Аргентину).

Так, в соответствии со ст. 6 Закона Болгарии от 2004 г. (ред. от 30.01.2018) «Об охране общественного порядка при проведении спортивных мероприятий», в рамках Министерства внутренних дел создается и ведется Единый автоматизированный реестр, в котором содержатся данные, в том числе о следующих лицах: 1) физических и юридических лицах, в отношении которых были применены соответствующие

меры или санкции в соответствии с данным Законом; 2) лицах, которые были привлечены к ответственности за совершение умышленных преступлений общего характера при проведении спортивных соревнований; 3) лицах, совершивших антиобщественные деяния при проведении спортивных мероприятий, проводимых иностранными государствами или международными организациями в соответствии с международными договорами и соглашениями, участником которых является Болгария.

В соответствии с ч. 1 ст. 9 Закона Испании от 11.07.2007 № 19/2007 «О борьбе с насилием, расизмом и нетерпимостью в спорте» клубы и лица, осуществляющие организацию спортивных соревнований, должны иметь специальный журнал, регулирование ведения которого осуществляется на регламентном уровне, в котором содержится общая и идентифицирующая информация об объединениях, ассоциациях и о группах болельщиков, которые поддерживают соответствующую организацию. Часть 2 указанной статьи предусматривает, что данный журнал предоставляется соответствующим органам публичной власти, в частности Государственной комиссии по борьбе с насилием, расизмом и нетерпимостью в спорте. При получении, обработке и передаче такой документации должны соблюдаться правила обеспечения защиты персональных данных.

Статья 13 Закона Польши от 20.03.2009 «О безопасности массовых мероприятий» устанавливает, что организатор футбольного матча создает следующие системы: 1) систему идентификации посетителей футбольных матчей; 2) центральную систему идентификации участников футбольных матчей, проходящих в рамках высшей лиги чемпионата; 3) центральную систему идентификации участников футбольных матчей, проводимых во втором и третьем дивизионе чемпионата. Администрированием данных, хранящихся в этих системах, занимается организатор спортивного мероприятия. Кроме того, эти системы должны позволять идентифицировать лицо по номеру социального страхования или, если он не был предоставлен, по типу, серии и номеру документа, удостоверяющего личность. Данные, необходимые для идентификации лиц, участвующих в футбольном матче, включают в себя имена и фамилии и номера социального страхования либо типы, серии и номера документов, удостоверяющих личность, а также сведения об установленных в отношении посетителей запретах, в том числе

запретах, определенных организаторами массовых мероприятий.

В соответствии со ст. L. 332-1 Спортивного кодекса Франции организаторы спортивных мероприятий вправе ввести автоматизированную обработку персональных данных посетителей. Согласно ст. R. 332-14 Спортивного кодекса Франции, при автоматизированной обработке персональных данных, касающихся нарушения положений общих условий продажи или правил внутреннего распорядка, касающихся безопасности, которую может осуществлять любой организатор коммерческих спортивных мероприятий, упомянутый в ст. L. 332-1 Спортивного кодекса Франции, должны соблюдаться следующие условия. Цель такой обработки информации — способствовать обеспечению безопасности спортивных мероприятий, позволяя организаторам отказать или отменить выдачу документов, дающих право доступа к этим мероприятиям, или запретить доступ лицам, которые нарушили или нарушают общие условия продажи или правил внутреннего распорядка, касающиеся безопасности этих мероприятий. Статья R. 332-15 Спортивного кодекса Франции устанавливает, что при обработке информации, предусмотренной ст. R. 332-14 этого Кодекса, могут быть сохранены и использованы только следующие персональные данные и сведения:

1) учетные данные: имя, фамилия, дата и место рождения, адрес или место жительства, адрес электронной почты, номер телефона, номер абонемента с фотографией (в случае необходимости);

2) основания для регистрации нарушения положений общих условий продажи или правил внутреннего распорядка, касающихся безопасности на спортивных мероприятиях, которые обусловлены, в частности, наличием следующих фактов: акт подстрекательства к ненависти или насилию на территории спортивного объекта или в его непосредственной близости; действия, угрожающие безопасности людей и имущества на территории спортивного объекта или в его непосредственной близости в ходе спортивного мероприятия; вход на территорию спортивного объекта в состоянии алкогольного опьянения или под действием наркотических средств; пронос и употребление спиртных напитков и/или наркотических средств на территории спортивного объекта; пронос на территорию спортивного объекта любого предмета, который может использоваться в качестве ору-

жия или ставить под угрозу безопасность людей и имущества;

3) принимаемые решения: тип меры: приостановление, прекращение или невозможность приобретения нового абонемента; отказ в продаже документов, дающих право доступа; аннулирование такого документа; отказ в доступе на территорию спортивного объекта; дата принятия решения; продолжительность меры.

Такие данные записываются лицами, ответственными за безопасность, под руководством организатора коммерческих спортивных мероприятий.

В соответствии с ч. 7 ст. 3 Декрета Министерства внутренних дел Италии от 15.08.2009 «Определение полицейскими управлениями наличия факторов, препятствующих предоставлению доступа в места проведения спортивных соревнований» спортивные организации создают и обеспечивают функционирование информационных систем, позволяющих следующее: указывать имена, фамилии, даты и места рождения получателей входных билетов на спортивные мероприятия; сообщать в полицейские управления о возможных изменениях в программах проведения уже запланированных спортивных событий; создавать пользовательский интерфейс для защищенного и конфиденциального отправления онлайн-запросов, в том числе и через системы выдачи, распространения, продажи билетов, используемые организаторами футбольных соревнований, напрямую или через компании, предоставляющие соответствующие услуги.

Выводы

Согласно нашей концепции, обоснованно выделять следующие основные компоненты системы идентификации личности зрителей:

- система сбора и хранения информации о посетителях спортивного мероприятия, приобретающих входные билеты;
- система сбора и хранения информации о лицах, в отношении которых была применена мера ответственности в виде административного запрета на посещение спортивных мероприятий либо которые, в силу совершения ранее противоправных действий на спортивных мероприятиях, могут представлять собой определенную опасность для общественного порядка, но к которым не был применен запрет на посещение спортивного мероприятия;

- система идентификации личности посетителей непосредственно при входе на спортивное мероприятие;
- система видеонаблюдения на спортивном мероприятии;
- обеспечение взаимодействия всех указанных систем между собой и обмена информацией в рамках всех этих систем.

В качестве основных целей обеспечения функционирования систем идентификации личности зрителей спортивных мероприятий, исходя из исследованных подходов ряда зарубежных государств, можно выделить нижеследующие:

- предотвращение доступа на спортивное мероприятие посетителей, в отношении которых применен запрет на посещение спортивных мероприятий (а также, как дополнительная опция, — посетителей, находящихся в общегосударственном и/или розыске за совершение преступлений, в том числе как средство превенции террористических актов на спортивных объектах);
- предотвращение совершения противоправных действий посетителями спортивных мероприятий;

- содействие расследованию случаев противоправного поведения спортивных болельщиков, в частности применения насилия зрителями на спортивных соревнованиях, обеспечение необходимой доказательной базы.

При этом проблема обеспечения функционирования наиболее эффективных систем идентификации личности посетителей таких мероприятий, позволяющих собирать всю релевантную информацию о посетителях, использовать ее и хранить, неизбежно сталкивается с проблемой обеспечения защиты персональных данных и обеспечения права на приватность. Однако данный аспект в исследованных нами зарубежных нормативных правовых актах урегулирован достаточно поверхностно: как правило, устанавливается лишь обязанность субъекта, осуществляющего сбор и хранение такой информации, соблюдать нормы соответствующего законодательства. При этом подробное исследование этого вопроса не входило в цели и задачи настоящего научного исследования. Данный аспект обеспечения идентификации личности посетителей спортивных мероприятий может быть предметом отдельного научного исследования в силу его объемности и комплексности.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Государственное управление в сфере спорта : учебник для магистров / кафедра спорт. права Мос. гос. юрид. ун-та имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — М. : Буки Веди, 2017. — 485 с.
2. Депутати ускоряват приемането на нов закон за футболното хулиганство // Дневник.— URL: <https://www.dnevnik.bg>. — 21.04.2018.
3. Песков А. Н. Спорт и противоправное поведение. — М. : Проспект, 2016. — 384 с.
4. Соловьёв А. А. [и др.] Правовое обеспечение противодействия противоправному поведению спортивных болельщиков / Комис. по спорт. праву Ассоц. юристов России ; Нац. объединение спорт. юристов РФ; кафедра спорт. права Мос. гос. юрид. ун-та имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — М., 2014. — 207 с.
5. Спортивное право России : учебник для магистров / под ред. Д. И. Рогачева ; Мос. гос. юрид. ун-т имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — М. : Проспект, 2016. — 640 с.

Материал поступил в редакцию 12 июля 2018 г.

FOREIGN LEGISLATION ON THE IDENTIFICATION OF SPORTS FANS

PONKIN Igor Vladislavovich — Doctor of Law, Professor of the Department of Sports Law of the Kutafin Moscow State Law (MSAL), Professor
i@lenta.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

REDKINA Alena Igorevna — PhD in Law, Senior Lecturer of the Department of Sports Law of the Kutafin Moscow State Law (MSAL)
juriste.ap@gmail.com
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The article is devoted to the study of the problem of law enforcement at mass sports events through the introduction of systems of identification of sports fans. The article shows the results of the case study of 9 foreign countries: Argentina, Bulgaria, Brazil, Chile, France, Italy, Poland, Slovakia, Spain – in some main areas. The article investigates the provisions of foreign legislation concerning the collection of data on spectators by the organizers of sports competitions, maintenance of information registers, storage of information about the visitors of sports events.*

Keywords: *sports, sports law, sports mass events, sports fans, safety in sports, sports order, identification of sports fans.*

REFERENCES

1. *Gosudarstvennoe upravlenie v sfere sporta: uchebnik dlya magistrov* [Public administration in the field of sports: Textbook for Master Students]. Kafedra sport. prava Mos. gos. yurid. un-ta im. O.E. Kutafina (MGYuA) [Department of Sports Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)]. Moscow: Buki Vedi Publ., 2017. 485 p.
2. *Deputati uskoryavat priemaneto na nov zakon za futbolnoto khuliganstvo* [Deputies facilitate a new law on football]. Dnevnik [Diary]. URL: <https://www.dnevnik.bg>. (accessed 21.04.2018)
3. *Peskova A.N. Sport i protivopravnoe povedenie* [Sports and illegal behavior]. Moscow: Prospect Publ., 2016. 384 p.
4. *Solovyov A. A. [and others] Pravovoe obespechenie protivodeystviya protivopravnomu povedeniyu sportivnykh bolelshchikov* [Legal support of counteraction to illegal behavior of sports fans]. Komis. po sport. pravu assots. yuristov Rossii; Nats. obedinenie sport. yuristov RF; Kafedra sport. prava Mos. gos. yurid. un-ta im. O.E. Kutafina (MGYuA) [Comission on Sports Law, Association of Lawyers of Russia; National Association of Sports Lawyers of the Russian Federation; Department of Sports Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)]. Moscow, 2014. 207 p.
5. *Sportivnoe pravo Rossii : uchebnik dlya magistrov* [Russian sports law : Textbook for Master Students]. Edited by D. I. Rogacheva. Mos. gos. yurid. un-t im. O.E. Kutafina (MGYuA) [Moscow State Law University (MSAL)]. Moscow: Prospect Publ., 2016. 640 p.

ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ОТНОШЕНИЙ В СФЕРЕ ОБОРОТА КРИПТОВАЛЮТЫ

Аннотация. В статье рассматривается зарубежный опыт регулирования криптовалют с момента начала их повсеместного использования на примере таких стран, как Великобритания, Соединенные Штаты Америки, Канада, Австралия, Украина, Япония, Китай, страны Латинской Америки. Один взгляд на карту, высвечивающую статус криптовалют в мире, показывает, что большинство стран настроены позитивно-выжидательно, как, например, Венесуэла, США, Канада, Австралия, часть Евросоюза, а также такие гиганты финансово-технологической мысли, как Китай и Япония. Нейтральная позиция ряда стран (Европейский Союз во главе с Германией, страны Латинской Америки) обусловлена отсутствием выработанного законодательства, регулирующего криптовалютные отношения. В Эквадоре, Тайланде, Вьетнаме, Исландии и Бангладеш криптовалюты запрещены. Венесуэла стала первой страной в мире, создавшей свою национальную криптовалюту — Petro. Ее стоимость обеспечена запасами природных ресурсов страны, а цена привязана к баррелю нефти. С помощью Petro венесуэльское правительство рассчитывает в обход санкций США привлечь миллиарды долларов инвестиций и преодолеть экономический кризис. Национальная криптовалюта Венесуэлы построена на блокчейн-платформе. Ее можно использовать для расчетов внутри страны и обменивать на другие криптовалюты. Соответственно, для России международный опыт в сфере регулирования криптовалютных отношений и определения статуса криптовалюты как таковой обуславливает скорейшее принятие закона о регулировании криптовалютной деятельности и возможное появление национальной криптовалюты — крипторубля.

Ключевые слова: криптовалюта, денежный суррогат, международное правовое регулирование криптовалюты, биткоин, блокчейн, криптовалютная биржа, налогообложение, цифровая валюта

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.143.10.116-129

Растущий спрос на глобальные социально-политические и экономические реформы обусловил серьезные изменения не только в так называемом общественном договоре, но и в международной правовой системе в целом. Одним из ключевых инструментов на пути к этим эволюционным изменениям стали виртуальные валюты (криптовалюты).

Попытки эффективного правового регулирования криптовалют ярко иллюстрируют пробле-

мы, с которыми сталкиваются государственные структуры по всему миру не только при создании оптимальной правовой платформы для криптовалютного бизнеса, но и при попытке определить и понять такое явление, как децентрализованные системы в целом.

В случае с отдельными государствами, находящимися в авангарде мировой финансовой экономики, исторический срез ярко иллюстрирует полную неспособность некоторых из них адек-

© Долгиева М. М., 2018

* Долгиева Мадина Муссаевна, кандидат юридических наук, старший прокурор отдела государственных обвинителей уголовно-судебного управления прокуратуры Московской области novator111@mail.ru 107996, Россия, г. Москва, ГСП-6, Малый Кисельный пер., д. 5

ватно и компетентно реагировать на инновации и нарастающий технологический прогресс.

Вместе с тем ситуация в сфере оборота криптовалют хорошо коррелирует с несистемными попытками регулирования многих других инновационных явлений, таких как внедрение децентрализованной сети блокчейн.

Не так давно основной вопрос о статусе криптовалют в России и за рубежом упирался в главную дилемму: запрещать или не запрещать криптовалюты? Регулировать их оборот или наблюдать за процессом? Облагать налогами или нет?

В Российской Федерации эти ключевые вопросы пока остаются неразрешенными. Следовательно, криптовалюта в настоящее время находится в некоем правовом вакууме. Для того чтобы максимально точно установить правовой режим криптовалютной деятельности в России и определить статус самих криптовалют, на наш взгляд, необходимо рассмотреть опыт зарубежных стран, как положительный, так и отрицательный, на основании которого выработать оптимальный путь для нашего государства в сфере регулирования оборота криптовалюты.

Появление первых видов криптовалют в мире было воспринято различными государствами негативно, ведь, по сути, правительства лишались основного своего преимущества — эмиссии денег. Наглядно это отношение можно продемонстрировать на примере психологической концепции Элизабет Кюблер-Росс пяти стадий принятия неизбежного: отрицание, гнев, торг, депрессия, принятие.

И действительно, на первоначальном этапе возникновения криптовалют отношение к ним со стороны правительств было резко отрицательным, после чего многие государства стали их просто-напросто запрещать и вводить ответственность за расчеты в криптовалюте. Затем, поняв, что процесс эмиссии криптовалют невозможно контролировать, государства предприняли попытки регулирования их оборота и налогообложения. И вот в настоящее время ситуация радикально изменилась: международные законодатели склонны рассматривать

криптовалюты как новое перспективное направление в экономике, а не как неопределенный валютный суррогат в теневом секторе экономики.

Большинство международных регуляторов продолжают наблюдать за развитием криптовалютной индустрии, не предпринимая активных действий по ее легализации, но предупреждая собственных граждан о рисках, связанных с ее использованием.

Так, например, **Австралия**, стремясь обеспечить благоприятные условия для развития криптовалютной индустрии и создания собственных финансово-технологических центров, демонстрирует намерение стать одной из наиболее прогрессивных юрисдикций и не исключает использования технологий децентрализованной сети блокчейн в различных сферах государственного регулирования (например, в управлении наземным транспортом). Возможность применения блокчейна рассматривает и почта Австралии. Активно развиваются и негосударственные проекты, связанные с цифровыми деньгами¹.

Резервный банк Австралии в 2013 г. определил криптовалюту биткоин как альтернативу валютам разных стран и платежную систему².

При этом Комиссией по ценным бумагам и инвестициям Австралии цифровая валюта (криптовалюта) не рассматривается как финансовый продукт, и криптовалютная деятельность, т.е. деятельность, прямо или опосредованно связанная с криптовалютами, например майнинг, или ее использование в качестве средства платежа или обмена не подлежат лицензированию³.

Согласно Австралийскому кодексу поведения для игроков индустрии цифровых валют (Australian Digital Currency Industry Code of Conduct), разработанному Ассоциацией цифровых валют и коммерции Австралии (Australian Digital Currency & Commerce Association)⁴, надлежащие стандарты ведения криптовалютного бизнеса установлены и являются обязательными к исполнению только для членов указанной Ассоциации. Сама организация в случае нарушения ее членами положений Кодекса может накладывать на них штрафные санкции⁵.

¹ Правовое регулирование криптовалютного бизнеса // URL: <http://axon.partners/wp-content/uploads/2017/02/Global-Issues-of-Bitcoin-Businesses-Regulation.pdf> (дата обращения: 10.05.2018).

² Information Paper for the Payments System Board // Reserve Bank of Australia. May 2013.

³ Australian Regulator: Bitcoin is Not a Financial Product // CoinDesk. 16.12.2014.

⁴ Правовое регулирование криптовалютного бизнеса.

⁵ Australian Digital Currency Industry Code of Conduct // Australian Digital Currency business association 02.12.2016.

В 2014 г. Налоговая служба Австралии (Australian Taxation Office) отметила возможность введения налогообложения криптовалютных операций⁶. В настоящее время операции с криптовалютой, криптовалютные транзакции⁷ в Австралии облагаются стандартным подоходным налогом и налогом на прибыль (Income Tax, Corporate Tax). В то же время при использовании криптовалюты как инвестиций не возникает необходимость уплаты налога на прирост капитала (Capital Gains Tax)⁸. При этом в Австралии существует легальная возможность выплачивать заработную плату в криптовалюте, но только при наличии договора между работником и работодателем⁹.

Кроме того, в Австралии с 2016 г. активно разрабатывается и законодательство в сфере противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма, регулирующее деятельность криптовалютных бирж¹⁰, которое являлось бы эффективным противодействием преступлениям, совершаемым с использованием криптовалюты. Однако до настоящего момента каких-либо нормативных правовых актов и уголовно-правовых запретов не введено.

Великобритания — лидер криптовалютной интеграции и наиболее благоприятная юрисдикция для ведения криптовалютного бизнеса — на государственном уровне оказывает поддержку криптовалютному сообществу и стартапам, связанным с криптовалютой.

Начиная с 2014 г. Банком Англии (Bank of England) проводились исследования гипотетических рисков для кредитно-денежной системы от цифровых валют, в частности от их использования в качестве основной платежной единицы, и был сделан вывод о том, что риски настолько минимальные, что возможное регулирование криптовалют предотвратит их преступное ис-

пользование и поддержит инновации в данной сфере¹¹.

Вместе с тем позиция правительства Великобритании в правовом регулировании криптовалютной деятельности не выработана, и деятельность, связанная с цифровыми деньгами, находится в серой зоне.

Тем не менее государство намерено упорядочить криптовалютные отношения.

В 2016 г. Управление по финансовому регулированию и контролю Великобритании опубликовало детальную информацию об инициативе под названием Project Innovate (Innovation Hub), согласно которой участники криптовалютных отношений имеют возможность обращаться в Управление для получения консультаций в сфере их деятельности, разрабатывать свои продукты и взаимодействовать с пользователями, не боясь при этом нарушить финансовое законодательство¹².

Управление по финансовому регулированию и контролю Великобритании указало, что криптовалюта — это и не деньги, и не валюта, поэтому не может регулироваться финансовым законодательством Великобритании. Таким образом, в настоящее время криптовалюту в Великобритании считают уникальной комбинацией цифр, полученной в результате сложных математических вычислений и алгоритмов. Соответственно, она не подпадает под действие Закона Великобритании о легализации (отмывании) доходов, полученных преступным путем (Money Laundering Regulations 2007)¹³.

Тогда же в 2016 г. в Управлении по финансовому регулированию и контролю Великобритании была зарегистрирована первая криптовалютная компания, систематически осуществляющая криптовалютную деятельность с целью получения прибыли, с которой согласился сотрудничать крупнейший банк Англии Barclays. Такие действия по совместной работе

⁶ ATO weighs Bitcoin rules // The Australian Financial Review. 09.02.2014.

⁷ Криптовалютная транзакция — подтвержденная цифровой подписью операция по перемещению цифровых токенов (монет), сведения о которой хранятся в блокчейне. См.: URL: [http://cryptowiki.net/index.php?title=Транзакция\(криптовалюта\)](http://cryptowiki.net/index.php?title=Транзакция(криптовалюта)) (дата обращения: 10.05.2018)

⁸ Правовое регулирование криптовалютного бизнеса.

⁹ Tax treatment of crypto-currencies in Australia — specifically bitcoin // Australian Taxation Office. 18.12.2014.

¹⁰ Криптовалютная биржа — платформа, оказывающая услуги по обмену одной криптовалютой на другую, а в некоторых случаях совершающая обмен криптовалюты на фиатные деньги (см.: Правовое регулирование криптовалютного бизнеса).

¹¹ Digital currencies: response to the call for information // The UK Government. March 2015.

¹² Project Innovate and Innovation Hub // Financial Conduct Authority. 01.11.2016.

¹³ Bitcoins and the law: what's the position? (2014). Lawyer 2B, 4.

были оценены Казначейством по экономическим вопросам в Великобритании (Economic Secretary to the Treasury) как наиболее прогрессивный и дальновидный регулирующий режим¹⁴. Однако при этом Казначейство предложило применять законодательство в сфере легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем, по отношению к биржам и другим криптовалютным компаниям, осуществляющим обмен валют. Вместе с тем к компаниям, которые предоставляют криптовалютные кошельки пользователям, то есть предоставляют специализированное программное обеспечение или платформу для хранения криптовалюты и производства криптовалютных транзакций, такое законодательство применяться не должно¹⁵.

По другому пути пошел **Европейский Союз** в правовом регулировании криптовалютного бизнеса, хотя государства — члены Европейского Союза традиционно считаются благоприятными для его ведения.

Ни один из регуляторов (органов) Европейского Союза не принял никаких специальных правил регулирования криптовалютной деятельности.

В 2012 г. Европейский центральный банк (European Central Bank) опубликовал отчет, в котором заявил, что традиционное регулирование финансового сектора неприменимо к биткоинам. Сам биткоин в документе был определен как конвертируемая децентрализованная виртуальная валюта¹⁶.

Европейская служба банковского надзора (European Banking Authority) обратила внимание на то, что криптовалютные биржи — не банки, а их деятельность в настоящее время не урегулирована, поэтому пользователи не защищены от денежных убытков в случае их закрытия¹⁷.

В 2016 г. Европейская комиссия объявила о планах по ужесточению стандартов отчетности для криптовалютных бирж и компаний,

предоставляющих криптовалютные кошельки пользователям. В частности, Еврокомиссия планировала обязать европейские криптовалютные биржи и провайдеров криптовалютных кошельков проводить обязательную идентификацию пользователей¹⁸.

В свою очередь, Комитет Европарламента по экономическим и монетарным вопросам (European Parliament's Committee on Economic and Monetary Affairs) указал, что следует воздержаться от прямого регулирования криптовалют, однако возможно приведение правового положения криптовалют в соответствие с существующими нормами по противодействию легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма¹⁹.

Тогда же Европейская комиссия предложила принять Директиву о предупреждении использования финансовой системы для целей отмывания преступных доходов и финансирования терроризма (2015/849/EC). Так, предлагается ввести обязательную регистрацию или лицензирование деятельности криптовалютных бирж, осуществляющих обмен криптовалюты на фиатные деньги и наоборот, и провайдеров криптовалютных кошельков. Проектом директивы также предусмотрено создание центральной базы данных с информацией о пользователях цифровых валют²⁰.

При этом под действие предложенной директивы подпадут лишь те компании — провайдеры криптовалютных кошельков, которые хранят хотя бы один персональный ключ пользователя на своем сервере (серверах)²¹.

В результате Европейский центральный банк указал на несовершенство криптовалюты как средства платежа и отметил, что цифровая валюта не является ни деньгами, ни валютой и широкое принятие цифровых валют может негативным образом отразиться на способности регуляторов контролировать находящуюся в обращении денежную массу²².

¹⁴ Bitcoin Start-Up Gets an Electronic Money License in Britain // The New York Times. 06.04.2016.

¹⁵ Action Plan for anti-money laundering and counter-terrorist finance // Gov.uk. April 2016.

¹⁶ Virtual currency schemes // European Central Bank. October 2012.

¹⁷ EU Banking Regulator Issues Warning on Virtual Currencies // CoinDesk. 13.12.2013.

¹⁸ Questions and Answers: Action Plan to strengthen the fight against terrorist financing // European Commission. 02.02.2016.

¹⁹ EU Parliament Approves Proposal for Digital Currency Task Force // CoinDesk. 26.05.2016.

²⁰ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council 2016/0208 (COD) // European Commission. 05.07.2016.

²¹ E.U. Representatives Clarify the Proposed Anti-Money Laundering Directive // Bitcoin Magazine. 03.08.2016.

²² Opinion of the European Central Bank CON/2016/49 // European Central Bank. 12.10.2016.

Вместо термина «криптовалюта» европейскими регуляторами используется термин «цифровая валюта». При этом она рассматривается в большей степени как средство обмена.

В ноябре 2015 г. Европейский суд (European Court of Justice) вынес решение, согласно которому биткоин необходимо считать именно валютой (средством платежа), а не товаром. По крайней мере с точки зрения налогообложения. Таким образом, операции по купле и продаже биткоина за традиционные фиатные валюты не должны облагаться налогом на добавленную стоимость²³. До этого национальные регуляторы по-разному относились к обложению криптовалюты этим налогом.

Порядок обложения криптовалюты и операций с ней другими налогами регулируется национальным законодательством государств-членов в зависимости от природы криптовалютной операции. При этом, как правило, цифровая валюта в целях налогообложения рассматривается как нематериальный актив или товар, а не как валюта или деньги.

Так, например, в **Норвегии, Финляндии и Германии** криптовалюта облагается налогом на прирост капитала (Capital Gains Tax) и налогом на богатство (Wealth Tax). В **Болгарии** цифровая валюта рассматривается как финансовый инструмент и облагается соответствующими налогами²⁴. В **Австрии** криптовалюта рассматривается налоговыми органами в качестве нематериального актива, а ее майнинг — как операционная деятельность. Следовательно, доход, полученный в результате ее отчуждения, облагается подоходным налогом (Income Tax)²⁵.

В целом правовое регулирование криптовалюты и операций с ней в Европейском Союзе осуществляется в рамках политики противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма.

Соединенные Штаты Америки в отношении криптовалют пошли по пути регулирования налогообложения в сфере криптовалютной торговли, заставив все американские криптовалютные биржи проводить верификацию своих

клиентов. При этом США — одна из наиболее удобных стран в мире для ведения криптовалютного бизнеса.

Но правовое регулирование цифровой валюты в США при этом не менее сложное, чем в Европе. В основном это обусловлено особенностями правовой системы государства (наличием как федерального права, так и права штатов) и отсутствием единой позиции среди регуляторов относительно правового статуса криптовалюты.

В 2012 г. Федеральное бюро расследований США (Federal Bureau of Investigation) выпустило отчет «Виртуальная валюта биткоин, уникальные особенности которой представляют отдельные затруднения сдерживания незаконной деятельности». В нем ФБР выразило свою обеспокоенность возможностью осуществления незаконной деятельности в анонимной платежной системе биткоин²⁶. В 2013 г. представители Федеральной резервной системы (Federal Reserve System) определили криптовалюту как «угрозу для банковской системы, экономической деятельности и финансовой стабильности»²⁷.

Однако в последующем криптовалютная биржа ItBit Trust, получив от Департамента финансовых услуг штата Нью-Йорк (Department of Financial Services) Хартию доверенной компании штата Нью-Йорк (New York State Trust Company Charter), стала первой официально регулируемой биткоин-биржей²⁸.

Конституция США закрепляет федеративное устройство государства. Соответственно, общественные отношения, связанные с криптовалютой, регулируются не только федеральным правом, но и правом штатов. Криптовалютная деятельность подлежит лицензированию, если такое требование установлено правом штатов.

Штат **Калифорния** первым на законодательном уровне разрешил использовать криптовалюту. Закон, позволяющий любой корпорации, ассоциации или частному лицу в Калифорнии участвовать в обороте денег, отличных от законных платежных средств США, вступил в силу в начале 2015 г.²⁹ Вместе с тем ведение криптовалютного бизнеса в штате не урегулировано.

²³ Judgement of the court in case C-264/14 // European Court of Justice. 22.10.2015.

²⁴ Bit Coins: Decrypting the Currency (Updated) // Lexology. 30.05.2016.

²⁵ The brave new world of Bitcoin — Austria // Lexology. 26.06.2016.

²⁶ Bitcoin Virtual Currency: Intelligence Unique Features Present Distinct Challenges for Detering Illicit Activity // Federal Bureau of Investigation. 24.04.2012.

²⁷ Record of meeting Federal Advisory Council and Board of Governors // Federal Reserve Board. 9.05.2014.

²⁸ ItBit стала «самой официальной» биткоин-компанией в США // ForkLog. 08.05.2015.

В штате **Нью-Йорк** ведение такого бизнеса было урегулировано в августе 2015 г., когда силами Департамента финансовых услуг штата Нью-Йорк (New York State Department of Financial Services) была введена BitLicense — лицензия на ведение криптовалютного бизнеса (Virtual Currency Business Activity)³⁰.

В штате **Вашингтон** цифровая валюта — объект денежных переводов (Money Transmission) в понимании Закона «Об унификации денежных услуг» (Uniform Money Services Act)³¹. Это значит, что компании могут осуществлять криптовалютные переводы жителю Вашингтона лишь после получения Вашингтонской лицензии оператора по переводу денежных средств (Washington Money Transmitter License). Это требование относится как к биржам, оказывающим услуги по обмену фиатных денег на криптовалюты, и наоборот, так и к осуществляющим обмен только цифровых денег. Подпадают под это регулирование и компании, которые предоставляют криптовалютные кошельки пользователям и выполняют операции по обмену или переводу цифровой валюты между ними. Компании, которые предоставляют криптовалютные кошельки, должны провести аудит безопасности компьютерной системы для того, чтобы получить соответствующую лицензию. Лица, осуществляющие транзакции в криптовалюте напрямую другим лицам, лицензию получать не должны³².

Аналогичное требование к некоторым криптовалютным компаниям предусмотрено и правом штата **Нью-Гэмпшир**. Биржи и компании, предоставляющие криптовалютные кошельки, рассматриваются как операторы по переводу денежных средств (Money Transmitters), а их деятельность подлежит соответствующему лицензированию³³.

Похожие требования к некоторым криптовалютным компаниям есть в большинстве штатов.

Особое место в правовой системе США занимает судебный прецедент. Если на федеральном уровне просматривается тенденция к унификации отношения к криптовалюте, то на уровне штатов судьи расходятся во мнениях³⁴. Еще в 2013 г. судья Окружного суда Восточного округа Техаса принял решение, в котором, по сути, признал биткоин валютой и определил финансовое законодательство в качестве применимого к операциям с криптовалютами³⁵. Одновременно судья Окружного суда Южного округа Нью-Йорка в судебном производстве по использованию и передаче нелегализованной криптовалюты подтвердил, что «словари, суды, а также уставы законодательной истории подтверждают — биткоин является деньгами»³⁶. Судья Окружного суда Майами, напротив, постановил, что биткоин не является валютой, что привело к снятию обвинений по делу относительно легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем³⁷.

На федеральном уровне компетенцией по регулированию криптовалютной деятельности (кроме вопросов налогообложения) обладает Сеть по борьбе с финансовыми преступлениями (Financial Crimes Enforcement Network), которая в 2013 г. опубликовала руководство, в котором определила компании, подлежащие регистрации в качестве операторов по переводу денежных средств в Сети по борьбе с финансовыми преступлениями. К ним относятся компании, оказывающие услуги по переводу, продаже или обмену цифровой валюты³⁸.

В сентябре 2015 г. Американская государственная комиссия, заведующая биржевыми фьючерсами (Commodity Futures Trading

²⁹ California Governor Grants Bitcoin 'Legal Money' Status // CoinDesk. 29.06.2014.

³⁰ New York Codes, Rules and Regulations. Virtual Currencies // New York State Department of Financial Services.

³¹ Virtual Currency Regulation // Washington State Department of Financial Institutions.

³² Uniform Money Services Act. Interim Regulatory Guidance // Washington State Department of Financial Institutions.

³³ State Regulation Changes the Game for Bitcoin Sellers in New Hampshire // CoinDesk. 19.03.2016.

³⁴ Porter S. Bitcoin is money, says US judge. What does that mean for business? // Christian Science Monitor. 2016, September 20: n/a.

³⁵ Memorandum opinion regarding the court's subject matter jurisdiction // United States District Court. 08.06.2013.

³⁶ Judge Rules Bitcoin is Money in Coin.mx cases // The Merkle. 2016.

³⁷ The State of Florida vs. Michell Abner Espinoza // Eleventh Judicial Circuit Court of Florida. 2016.

³⁸ Application of FinCEN's Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies (FIN-2013-G001) // The Financial Crimes Enforcement Network. 18.03.2013.

Commission), впервые приравнивала биткоин к биржевым товарам³⁹.

Вопросы налогообложения относятся к компетенции Службы внутренних доходов США (Internal Revenue Service), опубликовавшей в 2014 г. руководство, в котором криптовалюта определялась как собственность, операции с ней (в том числе и майнинг) должны облагаться налогами⁴⁰. В соответствии с руководством заработные платы, выплачиваемые работникам в криптовалюте, являются объектами федерального подоходного налога (Federal Income Tax Withholding) и налогов на заработную плату (Payroll Taxes); платежи за услуги контрагента по гражданско-правовому договору в цифровой валюте также облагаются налогами; характер прибыли или убытков от продажи или обмена криптовалюты зависит от того, является ли виртуальная валюта основным активом налогоплательщика; информация о платежах в криптовалюте должна подаваться в соответствующие органы. Доходы, полученные физическим лицом в криптовалюте, и другие объекты налогообложения должны быть задекларированы в долларах⁴¹.

Противоречивые нормы об ответственности за оборот криптовалюты в США привели к неоднозначной судебной практике в 2014 г. Так, федеральный прокурор Южного округа Нью-Йорка во время разбирательства по делу Silk Road⁴² подчеркнул, что изъятую криптовалюту следу-

ет рассматривать так же, как и любую другую валюту, полученную в рамках проведения незаконных операций⁴³. А в 2015 г. Сеть по борьбе с финансовыми преступлениями впервые приняла меры принудительного характера против обменного пункта виртуальной валюты Ripple⁴⁴.

Утверждение судьи и заключение эксперта относительно того, что биткоин не является валютой, стали причиной закрытия производства в Окружном суде Майами против лица, обвиняемого в незаконном обмене валют на биткоин. Также суд пришел к выводу, что простая продажа биткоина тому, кто планирует использовать его в преступных целях, не является достаточным основанием для обвинения в легализации (отмывании) доходов, полученных незаконным путем, даже если эта преступная цель очевидна во время продажи криптовалюты⁴⁵.

Таким образом, цифровая валюта в США рассматривается одновременно как деньги (их аналог), как собственность и как биржевые товары⁴⁶.

Канада занимает второе место в мире после США по количеству биткоин-банкоматов, что свидетельствует о высокой популярности криптовалюты в этой стране. С целью лучшего понимания технологии блокчейн государство разрабатывает цифровую версию канадского доллара на его основе⁴⁷.

Однако еще в 2013 г. некоторые крупные банки Канады закрывали счета криптовалютных

³⁹ CFTC Orders Bitcoin Options Trading Platform Operator and its CEO to Cease Illegally Offering Bitcoin Options and to Cease Operating a Facility for Trading or Processing of Swaps without Registering // The U. S. Commodity Futures Trading Commission. 17.09.2015.

⁴⁰ IRS Virtual Currency Guidance // The Internal Revenue Service. 25.03.2014.

⁴¹ IRS Notice 2014-21. IRS Virtual Currency Guidance // The Internal Revenue Service. 14.04.2014.

⁴² Silk Road (с англ. Шелковый путь) — анонимная торговая интернет-площадка, находившаяся в зоне .onion анонимной сети Tor и работавшая с 2011 по 2013 г. Большинство продаваемых товаров были нелегально, однако владельцами сайта запрещены к купле-продаже краденые реквизиты банковских карт, фальшивые деньги, детская порнография, персональные данные, услуги киллера и оружие. Сайт был наиболее известен как площадка по торговле запрещенными психоактивными веществами, которые составляли 70 % товаров, кроме них, продавались другие товары, включая легальные, например порнография или электронные копии незапрещенных книг. См.: URL: https://ru.wikipedia.org/wiki/Silk_Road (дата обращения: 10.05.2018).

⁴³ *Manhattan* U.S. Attorney Announces Forfeiture Of \$28 Million Worth Of Bitcoins Belonging To Silk Road // United States Department of Justice. 16.01.2014.

⁴⁴ FinCEN Fines Ripple Labs Inc. in First Civil Enforcement Action Against a Virtual Currency Exchanger // The Financial Crimes Enforcement Network. 05.05.2015.

⁴⁵ Virtual Currencies: Court Rules that Selling Bitcoin Is Not Money Transmitting and Selling Bitcoin to Criminals Is Not a Crime / Latham & Watkins While Collar Defense & Investigations Practice and Financial Institutions Group. August 31, 2016.

⁴⁶ Правовое регулирование криптовалютного бизнеса.

⁴⁷ Canada Has Been Experimenting With A Digital Fiat Currency Called CAD-COIN // Forbes. 16.06.2016.

бирж по причине отсутствия лицензии на оказание услуг в сфере денежного обращения, которая является необходимой для финансовых учреждений (Money Services Businesses)⁴⁸. А Банк Канады в 2014 г. указал, что криптовалюта не подпадает под современное определение денег⁴⁹.

Криптовалютные биржи подлежат регистрации в Канадском центре анализа финансовых операций и отчетности (Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada) и обязаны соблюдать законодательство в сфере противодействия легализации (отмыванию) доходов. Без соответствующей регистрации биржи не могут открыть счет в банке. В остальном деятельность компаний не регулируется.

Оплата товаров или услуг с помощью цифровых денег подлежит налогообложению как бартерная сделка. Кроме того, при продаже криптовалюты взимается подоходный налог (Income Tax), налог на прибыль (Corporation Income Tax) или же налог на прирост капитала (Capital Gains Tax)⁵⁰. Подлежит налогообложению и полученная в криптовалюте заработная плата работника⁵¹.

В 2015 г. был опубликован отчет Постоянного комитета сената по банковскому делу, торговле и коммерции (Senate Standing Committee Banking, Trade and Commerce), согласно которому лучшая стратегия взаимоотношений с криптовалютой — наблюдение за ситуацией по мере развития технологии. При этом регуляторная политика правительства в сфере цифровых валют и децентрализованных технологий должна сводиться лишь к «легкому касанию»⁵².

Государство продолжает наблюдать за развитием цифровой валюты и распределенных технологий, осуществляя регулирование криптовалютной деятельности лишь при необходимости.

Китай является одним из наиболее быстрорастущих финансово-технологических рынков в мире. Именно здесь располагается большинство майнинг-пулов, то есть специальных веб-

служб, использующихся для распределения вычислительных мощностей.

В 2013 г. Народный Банк Китая указал, что запрета на осуществление криптовалютных операций нет⁵³. При этом биткоин был определен как своего рода актив, а не валюта⁵⁴.

В 2016 г. 70 % транзакций в биткоин-сети проходило через китайские майнинг-пулы, при этом 40 % всех транзакций приходилось на расположенные в Китае криптовалютные биржи. Тогда же стало известно, что виртуальная собственность (включая и цифровые валюты) вскоре может быть признана «основным правом человека» в Китае. Соответствующие определения содержатся в новом проекте основных положений Гражданского кодекса страны⁵⁵.

Действующее законодательство Китая не содержит каких-либо специальных правил налогообложения и операций с ней. В то же время криптовалюта определена как виртуальный товар, а не валюта. Таким образом, продажа цифровых денег может облагаться налогом на добавленную стоимость, а доход и прибыль в криптовалюте подлежат обложению налогом на прибыль, подоходным налогом и налогом на прирост капитала⁵⁶.

С каждым годом количество инкорпорированного в Китае криптовалютного бизнеса растет. Вместе с тем подход к правовому регулированию криптовалютных отношений в Китае все еще не выработан.

В **Гонконге**, специальном административном районе Китая, ставшем независимым от Великобритании в 1997 г. (до 2047 г. здесь будет действовать и законодательство Гонконга, сформированное под влиянием Великобритании, и законодательство Китая) так же, как и в Великобритании, криптовалюта находится в правовом вакууме, а налоговое законодательство не предусматривает каких-либо специальных правил ее налогообложения.

В 2013 г. Управление денежного обращения Гонконга (Hong Kong Monetary Authority) указа-

⁴⁸ Canadian banks tell BTC exchanges, 'Take off' // CoinDesk. 29.04.2013.

⁴⁹ Decentralized E-Money (Bitcoin) // Bank of Canada. April 2014.

⁵⁰ Tax issues relating to Bitcoins // Canada Revenue Agency. 23.12.2013.

⁵¹ More Guidance from the CRA on Bitcoin Activities and Transactions // Tax litigation. 24.04.2015.

⁵² Digital Currency: You Can't Flip This Coin! // Senate of Canada. June 2015.

⁵³ Bitcoin Gets a Cautious Nod From China's Central Bank // The New York Times. 22.11.2013.

⁵⁴ China's Central Bank Governor: PBOC Won't Ban Bitcoin // Coin Desk. 11.04.2014.

⁵⁵ В Китае хотят приравнять биткоин к основным правам человека // ForkLog. 28.06.2016.

⁵⁶ China Releases First Regulatory Report on Bitcoin Businesses // Bitcoin Magazine. 05.12.2013.

ло, что биткоин — это виртуальный товар, а сам регулятор не планирует его регулировать⁵⁷.

В 2015 г. закрылась (заявила о банкротстве) гонконгская биткоин-биржа, инвесторы которой потеряли около 387 млн долл. США⁵⁸. После чего Бюро финансовых услуг и казначейства (Financial Services and the Treasury) отметило, что правительство не считает необходимым принимать новое законодательство для регулирования или запрета торговли криптовалютой⁵⁹.

Таким образом, налоговое законодательство Гонконга не содержит специальных норм относительно налогообложения криптовалюты и операций с ней. Нет и каких-либо разъяснений регуляторов по этому поводу.

В странах **Латинской Америки** цифровые валюты более популярны. Так, в 2015 г. был опубликован независимый отчет⁶⁰, согласно которому прирост количества криптовалютных транзакций в Латинской Америке составил 510 %, а ведение криптовалютного бизнеса было оценено как перспективное. В основном это обусловлено неблагоприятной экономической ситуацией во многих государствах региона.

Венесуэла — яркий тому пример. В 2018 г. с учетом высокого уровня инфляции (по данным оппозиции — 13 000 %) в государстве увеличилось количество транзакций в биткоин⁶¹ и удвоилось количество его пользователей⁶². При этом в Венесуэле биткоин рассматривается как собственность, а не валюта⁶³. В феврале 2018 г. в Венесуэле начался первый этап продажи национальной криптовалюты Венесуэлы — Petro. Ее стоимость обеспечена запасами природных ресурсов страны, а цена

привязана к баррелю нефти. С помощью Petro венесуэльское правительство рассчитывает в обход санкций США привлечь миллиарды долларов инвестиций и преодолеть экономический кризис⁶⁴. Национальная криптовалюта Венесуэлы построена на блокчейн-платформе. Ее можно использовать для расчетов внутри страны и обменивать на другие криптовалюты, сказано на официальном сайте Petro⁶⁵. Чтобы воспользоваться криптовалютой, надо завести электронный кошелек; он сгенерирует уникальный электронный адрес, с помощью которого можно будет проводить транзакции.

Венесуэла выпустила 100 млн Petro, но в продажу поступят только 82 млн — остальное будет хранить венесуэльское правительство. Власти пообещали, что национальная криптовалюта будет обеспечена нефтяными, газовыми и алмазными запасами Венесуэлы (хотя обменять Petro на нефть или алмазы нельзя), а ее стоимость будет привязана к цене барреля нефти и составит 60 долл. за токен⁶⁶. Таким образом, Венесуэла стала первой страной в мире, которая выпустила собственную национальную криптовалюту.

Центральный банк **Аргентины** в 2014 г. предупредил граждан о рисках, связанных с использованием криптовалюты⁶⁷. Несмотря на это, в том же году в Буэнос-Айресе была запущена первая криптовалютная биржа. А в 2015 г. президент Аргентины поддержал идею внедрения биткоина в стране⁶⁸. И уже с 2016 г. за услуги сервиса такси Uber в Аргентине можно рассчитаться в том числе и с помощью биткоина⁶⁹. Вместе с тем в соответствии с законодатель-

⁵⁷ Bitcoin not regulated by the Hong Kong Monetary Authority (HKMA) // Medium. 17.11.2013.

⁵⁸ Hong Kong's My Coin Disappears With Up To \$387 Million, Reports Claim // CoinDesk. 09.02.2015.

⁵⁹ Hong Kong Official: Bitcoin Legislation Not Necessary // Coin Desk. 25.03.2015.

⁶⁰ What Greece can learn from Bitcoin adoption in Latin America // IBT. 16.07.2015.

⁶¹ Биткоин в Венесуэле: непростое настоящее и туманное будущее // ForkLog. 18.08.2016.

⁶² Hyperinflation Leads the Number of Venezuelan Bitcoin Users to Double // CoinTelegraph. 12.06.2015.

⁶³ Venezuela Will Need a Bigger Chart for Its BTC Trading Volume. August 10, 2016.

⁶⁴ Венесуэла первой в мире выпустила национальную валюту // URL: <https://meduza.io/feature/2018/02/21/venezuela-pervoy-v-mire-vypustila-natsionalnuyu-kriptovalyutu-v-nee-pochti-nikto-ne-verit> (дата обращения: 10.05.2018).

⁶⁵ Petro // URL: <http://www.elpetro.gob.ve/index-en.html> (дата обращения: 10.05.2018).

⁶⁶ Венесуэла первой в мире выпустила национальную валюту URL: <https://meduza.io/feature/2018/02/21/venezuela-pervoy-v-mire-vypustila-natsionalnuyu-kriptovalyutu-v-nee-pochti-nikto-ne-verit> (дата обращения: 10.05.2018).

⁶⁷ Bitcoin in Argentina. If it can't make it there // The Economist. 12.06.2014.

⁶⁸ Why Latin American economies are turning to bitcoin // TechCrunch. 16.03.2016.

⁶⁹ Xapo Steps in to Help Argentine Citizens Use Uber // Bitcoin.com. 09.07.2016.

ством Аргентины криптовалюта не является национальной валютой, но может рассматриваться как деньги либо считаться товаром или вещью в соответствии с Гражданским кодексом⁷⁰.

В **Бразилии** Центральный банк также изначально предупреждал о рисках, связанных с использованием цифровых денег⁷¹. При этом с целью налогообложения криптовалютных транзакций Федеральная налоговая служба рассматривает цифровые деньги в качестве финансового актива⁷².

В **Колумбии** Центральный банк отметил, что цифровые валюты не являются валютой и законным средством платежа⁷³.

А в **Эквадоре**⁷⁴ и в **Боливии**⁷⁵ криптовалюты официально запрещены.

Кроме того, и в **Тайланде, Вьетнаме, Исландии** и **Бангладеш** сделки с биткоинами под запретом и являются незаконными⁷⁶.

В свою очередь, следует обратить внимание на опыт **Украины**, которая по числу пользователей биткоина входит в Топ-10 стран мира.

Изначально Национальный банк Украины приравнял криптовалюты к денежным суррогатам, не имеющим реальной стоимости и запрещенным к использованию физическими и юридическими лицами⁷⁷. Однако после длительных консультаций с биткоин-сообществами в 2016 г. на Украине был подписан меморандум о запуске системы децентрализованных онлайн-аукционов в государственных учреждениях на муниципальных и областных уровнях, созданной для приватизации и аренды государственного имущества, создания лицензий⁷⁸. Также была представлена концепция портала электронного правительства E-Ukraine с целью взаимодействия граждан, бизнеса и государства⁷⁹.

В 2016 г. Украинская биржа стала первой в мире площадкой, где осуществлялись торги фьючерсами (производными ценными бумагами) на криптовалюту⁸⁰.

Вместе с тем на Украине до сих пор не выработан подход к регулированию криптовалютной деятельности и определению правового статуса цифровых валют. Однако в судебной практике отмечается, что «биткоин не является вещью в понимании ст. 179 Гражданского кодекса Украины и не обладает признаками материального мира»⁸¹.

При этом к доходам физических и юридических лиц, полученным в виде цифровой валюты, применяются стандартные правила налогообложения.

Нормы об ответственности за оборот криптовалюты на Украине основываются на ч. 2 ст. 32 Закона Украины «О Национальном банке Украины», согласно которому выпуск и обращение других денежных единиц и использование денежных суррогатов как средства платежа на территории Украины запрещается.

В законодательстве некоторых государств, таких как **Малайзия** или **Южная Корея**, еще только планируется регулирование сферы оборота криптовалют и правил проведения ICO, при этом регуляторы этих стран решили идти по пути ужесточения свода нормативно-правовых норм, регламентирующих обращение криптовалют в целях противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, а также финансированию терроризма.

В заключение сто́ит обратиться к опыту мирового лидера инноваций и финансовых технологий — **Японии**, откуда, согласно псевдониму

⁷⁰ Regulation of Bitcoin in Selected Jurisdiction // Library of Congress. 2014.

⁷¹ Brazilian Central Bank Outlines Digital Currency Risks // CoinDesk. 20.02.2014.

⁷² Brazil to Tax Bitcoin Investors, Not Everyday Users // CoinDesk. 08.04.2014.

⁷³ Central Bank of Colombia Says 'Bitcoin is Not a Currency' // CoinDesk. 01.04.2014.

⁷⁴ Ecuador Reveals National Digital Currency Plans Following Bitcoin Ban // IBT. 01.09.2014.

⁷⁵ Resolucion De Directorio 044/2014 // Central Bank of Bolivia. May 2014.

⁷⁶ Сорокина Я. С., Торжевский К. А. Биткоин: инновационная валюта или инструмент финансовых преступлений? // URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/bitkoin-innovatsionnaya-valyuta-ili-instrument-finansovyh-prestupleniy> (дата обращения: 10.05.2018).

⁷⁷ Роз'яснення щодо правомірності використання в Україні «віртуальної валюти/крипто валюти» Bitcoin // Національний банк України. 10.11.2014.

⁷⁸ В Киеве подписан исторический Меморандум о запуске блокчейн-платформы e-Auction 3.0 // ForkLog.

⁷⁹ В Украине создадут электронное правительство на Blockchain // Finance.ua. 21.03.2016.

⁸⁰ На Украинской бирже стартовали торги фьючерсами на биткоин // ForkLog. 19.12.2016.

⁸¹ Ухвала Апеляційного суду міста Києва від 12.10.2016 по справі № 753/599/16 // Єдиний державний реєстр судових рішень. 12.10.2016.

основателя биткоина Сатоши Накамото, берет начало криптовалютная идеология.

Отправной точкой в регулировании криптовалютных отношений в Японии считается обвал крупной биржи MtGox в 2014 г.⁸² В том же году была создана негосударственная Комиссия по цифровым активам Японии (The Japan Authority of Digital Asset), деятельность которой была направлена на защиту интересов представителей криптовалютного бизнеса⁸³. В 2015 г. правительство Японии начало рассматривать возможность принятия новых правил, направленных на противодействие легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма, а также на борьбу с другой незаконной деятельностью. Соответственно биржи, которые предоставляли возможность обмена криптовалюты, должны были быть зарегистрированы в Агентстве финансовых услуг⁸⁴.

В 2016 г. правительством был одобрен законопроект, определяющий биткоин как законную форму платежа, выполняющую функции валюты⁸⁵. Однако затем японский парламент принял другой закон, в котором криптовалюта была определена уже как ценность, подобная активам, и законное средство обмена, а не платежа⁸⁶.

В соответствии с опубликованным Либерально-демократической партией Японии заявлением, криптовалюта — это не валюта и не облигация, банки в Японии не могут открывать депозитные счета в биткоинах и выступать посредниками при покупке или продаже цифровой валюты или осуществлять ее обмен на фиатные деньги⁸⁷.

Налогообложение криптовалюты и операций с ней в Японии осуществляется по стандартным правилам, закрепленным в налоговом законодательстве⁸⁸. Так, доход, полученный физическим лицом в качестве криптовалюты, подлежит обложению подоходным налогом, а прибыль юридического лица в цифровой ва-

люте — налогом на прибыль. Более того, продажа криптовалюты облагается японским аналогом налога на добавленную стоимость⁸⁹.

Особо значимое событие в мировом регулировании криптовалют произошло в Японии в апреле 2017 г., когда вступил в силу закон, признающий криптовалюты (виртуальные валюты) законным способом оплаты⁹⁰. Новый закон делает возможным использование криптовалют для расчетов наравне с фиатными деньгами и перемещения цифровых активов между компаниями и физическими лицами. По сути, криптовалюта в Японии участвует в обороте вместе с официальной денежной единицей — йеной.

В то же время законодательством вводится ряд жестких требований относительно криптовалютной деятельности. Так, деятельность компаний подлежит лицензированию, за получение лицензии необходимо заплатить однократный взнос в сумме 300 тыс. долл. США, необходимо также иметь резервные средства в размере не менее 100 тыс. долл. США, регулярно отчитываться перед правительством и проходить внешний аудит в налоговой службе. При этом в случае отказа в лицензии деньги возвращены не будут.

Нам представляется, что японская модель регулирования наиболее эффективна в свете законодательного регулирования обращения криптовалюты. При этом в качестве одной из недоработок японского законодателя следует указать, что фактически им не отражена субъективная составляющая — идентификация участников криптовалютной деятельности.

Таким образом, обобщение существующих в международной практике позиций позволяет выделить четыре основных подхода к понятию криптовалюты:

- 1) как к денежному средству / валюте;
- 2) средству платежа или обмена;
- 3) товару / иному имуществу;
- 4) денежному суррогату.

⁸² Mt. Gox Files for Bankruptcy, Claims \$63.6 Million Debt // CoinDesk. 28.02.2014.

⁸³ Government-Backed Bitcoin Industry Association to Launch in Japan // Coin Desk. 10.07.2014.

⁸⁴ Japan to consider regulating cyber currency exchanges after Mt. Gox debacle // The Japan Times. 17.12.2015.

⁸⁵ Japan to adopt new safeguards for bitcoin users // Nikkei Asian Review. 05.03.2016.

⁸⁶ Diet OKs bill to regulate virtual currency exchanges // The Japan Times. 14.06.2016.

⁸⁷ Regulating bitcoins // The Japan Times. 13.03.2014.

⁸⁸ Regulating bitcoins // The Japan Times. 13.03.2014.

⁸⁹ Japan Could Drop 8 % Bitcoin Sales Tax By Mid-2017 // CoinDesk. 08.12.2016.

⁹⁰ В Японии вступил в силу закон, признающий криптовалюты (виртуальные валюты) законным способом оплаты // ForkLog.com. 01.04.2017.

По действующему отечественному законодательству криптовалюты в качестве денежного средства, валюты, средства платежа или обмена признаны быть не могут, поскольку будут противоречить законодательству о платежной системе Российской Федерации, а поскольку понятия и признаков денежных суррогатов законодателем не установлено, то и к ним криптовалюты отнесены быть не могут. В рамках российского правового поля наиболее оптимальным, на наш взгляд, представляется отнесение криптовалюты к иному имуществу в соответствии со ст. 128 Гражданского кодекса РФ, так как, безусловно, криптовалюты имеют определенную стоимость и могут быть включены (при соответствующем законодательном регулировании) в гражданский оборот.

Один взгляд на карту, высвечивающую статус криптовалют в мире, показывает, что большинство стран настроены позитивно-выжидательно, как, например, Венесуэла, США, Канада, Австралия, часть Евросоюза, а также такие гиганты финансово-технологической мысли, как Китай и Япония.

Нейтральная позиция ряда стран (Европейский Союз во главе с Германией, страны Латинской Америки) обусловлена отсутствием выра-

ботанного законодательства, регулирующего криптовалютные отношения.

Но при этом практически все государства мира, так или иначе столкнувшиеся с развитием оборота криптовалюты на своей территории, вынуждены реагировать в соответствии с тенденциями ведения бизнеса в своей стране и функционированием национальных стандартов налогообложения. Оставаясь в стороне от стремительной глобализации и информатизации, запрещая криптовалюты, государства рискуют оказаться на обочине мировой финансовой экономики.

Очевидно, что благодаря своим политическим, экономическим, гуманитарным и юридическим преимуществам криптовалюты и блокчейн-технологии превращаются в прорывную инновацию, способную коренным образом изменить большинство аспектов жизни мирового сообщества.

Соответственно, для России достаточный международный опыт в сфере регулирования криптовалютных отношений и определения статуса криптовалюты как таковой, на наш взгляд, обуславливает скорейшее принятие закона о регулировании криптовалютной деятельности в России и возможное появление национальной криптовалюты — крипторубля.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Сорокина Я. С., Торжевский К. А. Биткоин: инновационная валюта или инструмент финансовых преступлений? // Научный журнал КубГАУ. — 2017. — № 131 (07). — С. 1—10.
2. Application of FinCEN's Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies (FIN-2013-G001) // The Financial Crimes Enforcement Network. — 18.03.2013.
3. Bitcoins and the law: what's the position? (2014). Lawyer 2B, 4.
4. CFTC Orders Bitcoin Options Trading Platform Operator and its CEO to Cease Illegally Offering Bitcoin Options and to Cease Operating a Facility for Trading or Processing of Swaps without Registering // The U. S. Commodity Futures Trading Commission. — 17.09.2015.
5. Ecuador Reveals National Digital Currency Plans Following Bitcoin Ban // IBT. — 01.09.2014.
6. Judge Rules Bitcoin is Money in Coin.mx cases // The Merkle. — 2016.
7. IRS Notice 2014—21. IRS Virtual Currency Guidance // The Internal Revenue Service. — 14.04.2014.
8. IRS Virtual Currency Guidance // The Internal Revenue Service. — 25.03.2014.
9. Hyperinflation Leads the Number of Venezuelan Bitcoin Users to Double // CoinTelegraph. — 12.06.2015.
10. FinCEN Fines Ripple Labs Inc. in First Civil Enforcement Action Against a Virtual Currency Exchanger // The Financial Crimes Enforcement Network. — 05.05.2015.
11. *Manhattan* U.S. Attorney Announces Forfeiture Of \$28 Million Worth Of Bitcoins Belonging To Silk Road // United States Department of Justice. — 16.01.2014.
12. Memorandum opinion regarding the court's subject matter jurisdiction // United States District Court. — 08.06.2013.
13. Porter S. Bitcoin is money, says US judge. What does that mean for business? // Christian Science Monitor. 2016, September 20: n/a
14. Project Innovate and Innovation Hub // Financial Conduct Authority. — 01.11.2016.

15. Record of meeting Federal Advisory Council and Board of Governors // Federal Reserve Board. — 9.05.2014.
16. Regulation of Bitcoin in Selected Jurisdiction // Library of Congress. — 2014.
17. Resolucion De Directorio 044/2014 // Central Bank of Bolivia. — May 2014.
18. Mt. Gox Files for Bankruptcy, Claims \$63.6 Million Debt // CoinDesk. — 28.02.2014.
19. State Regulation Changes the Game for Bitcoin Sellers in New Hampshire // CoinDesk. — 19.03.2016.
20. Tax treatment of crypto-currencies in Australia — specifically bitcoin // Australian Taxation Office. — 18.12.2014.
21. The State of Florida vs. Michell Abner Espinoza // Eleventh Judicial Circuit Court of Florida. — 2016.
22. Venezuela Will Need a Bigger Chart for Its BTC Trading Volume. — August 10, 2016.
23. Virtual Currencies: Court Rules that Selling Bitcoin Is Not Money Transmitting and Selling Bitcoin to Criminals Is Not a Crime / Latham & Watkins While Collar Defense & Investigations Practice and Financial Institutions Group. — August 31, 2016.
24. What Greece can learn from Bitcoin adoption in Latin America // IBT. — 16.07.2015.
25. Why Latin American economies are turning to bitcoin // TechCrunch. — 16.03.2016.
26. Xapo Steps in to Help Argentine Citizens Use Uber // Bitcoin.com. — 09.07.2016.

Материал поступил в редакцию 18 мая 2018 г.

FOREIGN EXPERIENCE IN LEGAL REGULATION OF RELATIONS IN THE SPHERE OF CRYPTOCURRENCY TURNOVER

DOLGIEVA Madina Mussaevna — PhD in Law, Senior Prosecutor of the Department of Public Prosecutors of the Criminal Judicial Administration of the Prosecutor's Office for the Moscow Region
novator111@mail.ru
107996, Russia, Moscow, GSP-6, Maly Kiselny pereulok, d. 5

Abstract. *The article discusses the foreign experience of cryptocurrency regulation since the beginning of their widespread use on the example of the United Kingdom, the United States, Canada, Australia, Ukraine, Japan, China and Latin America countries. Most of the countries, such as Venezuela, the United States, Canada, Australia, some EU countries, as well as such financial and technological giants as China and Japan are positive-expectant concerning the status of cryptocurrencies. The neutral position of a number of countries (the European Union led by Germany, Latin American countries) is due to the lack of developed legislation regulating cryptocurrency relations. In Ecuador, Thailand, Vietnam, Iceland and Bangladesh cryptocurrencies are prohibited. Venezuela became the first country in the world to create its national cryptocurrency—Petro. Its value is substantiated by reserves of natural resources of the country, and the price equals to a barrel of oil. By Petro, the Venezuelan government expects to overcome the economic crisis caused by the USA sanctions and to attract billions of dollars in investments. Venezuela's national cryptocurrency is built on a blockchain platform. It can be used for payments in the country and exchanged for other cryptocurrencies. In Russia, international experience in the field of regulation of cryptocurrency relationships and determining its status resulted in early adoption of the law on the cryptocurrency and the possible emergence of a national cryptocurrency — cryptolabs.*

Keywords: *Cryptocurrency, money surrogate, international legal regulation of cryptocurrency, bitcoin, blockchain, cryptocurrency exchange, taxation, digital currency*

REFERENCES

1. Sorokina Ya.S., Torzhevskiy K.A. Bitkoin innovatsionnaya valyuta ili instrument finansovykh prestupleniy [BTC: Innovative Currency or Financial Crimes Instrument?]. *Nauchnyy zhurnal KubGAU [Scientific Journal of KubSAU]*. 2017. № 131 (07). P. 1—10.
2. Application of FinCEN's Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies (FIN-2013-G001). The Financial Crimes Enforcement Network. 18.03.2013.
3. Bitcoins and the law: what's the position? (2014). Lawyer 2B, 4.



4. CFTC Orders Bitcoin Options Trading Platform Operator and its CEO to Cease Illegally Offering Bitcoin Options and to Cease Operating a Facility for Trading or Processing of Swaps without Registering. The U. S. Commodity Futures Trading Commission. 17.09.2015.
5. Ecuador Reveals National Digital Currency Plans Following Bitcoin Ban. 01.09.2014.
6. Judge Rules Bitcoin is Money in Coin.mx cases. The Merkle. 2016.
7. IRS Notice 2014—21. IRS Virtual Currency Guidance. The Internal Revenue Service. 14.04.2014.
8. IRS Virtual Currency Guidance. The Internal Revenue Service. — 25.03.2014.
9. Hyperinflation Leads the Number of Venezuelan Bitcoin Users to Double // CoinTelegraph. 12.06.2015.
10. FinCEN Fines Ripple Labs Inc. in First Civil Enforcement Action Against a Virtual Currency Exchanger. The Financial Crimes Enforcement Network. 05.05.2015.
11. Manhattan U.S. Attorney Announces Forfeiture Of \$28 Million Worth Of Bitcoins Belonging To Silk Road. United States Department of Justice. 16.01.2014.
12. Memorandum opinion regarding the court's subject matter jurisdiction // United States District Court. 08.06.2013.
13. *Porter S.* Bitcoin is money, says US judge. What does that mean for business? // Christian Science Monitor. 2016, September 20: n/a
14. Project Innovate and Innovation Hub. Financial Conduct Authority. 01.11.2016.
15. Record of meeting Federal Advisory Council and Board of Governors. Federal Reserve Board. 9.05.2014.
16. Regulation of Bitcoin in Selected Jurisdiction. Library of Congress. 2014.
17. Resolucion De Directorio 044/2014. Central Bank of Bolivia. May 2014.
18. Mt. Gox Files for Bankruptcy, Claims \$63.6 Million Debt // CoinDesk. 28.02.2014.
19. State Regulation Changes the Game for Bitcoin Sellers in New Hampshire. CoinDesk. 19.03.2016.
20. Tax treatment of crypto-currencies in Australia — specifically bitcoin. Australian Taxation Office. 18.12.2014.
21. The State of Florida vs. Michell Abner Espinoza. Eleventh Judicial Circuit Court of Florida. 2016.
22. Venezuela Will Need a Bigger Chart for Its BTC Trading Volume. August 10, 2016.
23. Virtual Currencies: Court Rules that Selling Bitcoin Is Not Money Transmitting and Selling Bitcoin to Criminals Is Not a Crime. Latham & Watkins While Collar Defense & Investigations Practice and Financial Institutions Group. August 31, 2016.
24. What Greece can learn from Bitcoin adoption in Latin America. IBT. 16.07.2015.
25. Why Latin American economies are turning to bitcoin. TechCrunch. 16.03.2016.
26. Xapo Steps in to Help Argentine Citizens Use Uber. Bitcoin.com. 09.07.2016.

Д. В. Князев*

ДЕЙСТВИЯ СТОРОН ГРАЖДАНСКОГО СПОРА В СЛУЧАЕ ОБЯЗАТЕЛЬНОСТИ МЕДИАЦИИ: АНАЛИЗ ОПЫТА США¹

Аннотация. В случае учреждения обязательной медиации суд вынужден оценивать действия участников спора до и (или) в ходе медиативной сессии. Опыт США показывает, что выработка единых критериев надлежащего исполнения такой обязанности — трудная задача, судебной системе США пока не удалось ее решить. Требование о добросовестном участии (*good faith participation*) в медиации закреплено в законодательстве США и в локальных правилах судов. Поскольку стороны принимают участие в примирительной процедуре не по собственной воле, данное требование призвано стимулировать их относиться к ней взвешенно, исключить злоупотребления в ходе процедуры. Однако легального определения добросовестности не существует, оно не устоялось на уровне прецедентов, есть разногласия в доктрине. Судебная практика позволяет почти без оговорок признать в качестве признаков добросовестного участия наличие заблаговременно представляемых сторонами медиатору письменных пояснений по существу спора, явку на медиативную сессию и обеспечение участия такого представителя, который имеет достаточно полномочий для обсуждения и заключения соглашения. Такие аспекты, как участие в нескольких медиативных сессиях и продолжительность сессии, по-разному расцениваются судьями. Известны случаи, когда американские судьи квалифицировали односторонний отказ стороны от дальнейшего участия в медиации как основание для наложения санкций. По мнению большинства правоведов, требование о добросовестном участии лишь вредит медиативной процедуре, так как искажаются взаимоотношения между участниками медиации, усиливается состязательное начало, что противоречит природе медиации; наблюдается неявное принуждение сторон к заключению соглашения; появляется возможность для возникновения дополнительного судебного разбирательства — об ответственности за ненадлежащее поведение в ходе медиации; происходит размывание роли медиатора в связи с необходимостью оценивать действия сторон; неизбежен конфликт с принципом конфиденциальности процедуры.

Ключевые слова: обязательная медиация, судебное примирение, добросовестность, АРС, досудебный порядок, гражданский процесс США.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.143.10.130-145

Постановка проблемы. Медиативные процедуры в сфере гражданских правоотношений в России в настоящий момент осуществляются на основе принципа добровольности². Вместе с тем в российском юридическом сообществе идет дискуссия о возможности учреждения так

¹ Статья подготовлена при поддержке федерального государственного бюджетного учреждения «Российский фонд фундаментальных исследований» (выделен грант, проект № 17-03-50208).

² Федеральный закон от 27.07.2010 № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)». Ст. 3 // СЗ РФ. 2010. № 31. Ст. 4162. Далее — ФЗоМ.

© Князев Д. В., 2018

* Князев Дмитрий Владимирович, кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой гражданского процессуального права Западно-Сибирского филиала Российского государственного университета правосудия

kdv1979@inbox.ru

634050, Россия, г. Томск, пл. Ленина, д. 2

называемой обязательной медиации. В этом случае до обращения в суд на стороны гражданского спора будет возложена предусмотренная законом обязанность совершить некие действия по участию в медиативной процедуре. За введение обязательной медиации высказываются такие крупные специалисты, как Е. И. Носырева (в качестве эксперимента в ряде регионов страны с уже развитой инфраструктурой медиации)³, И. В. Решетникова (по некоторым

категориям дел)⁴, В. Ф. Яковлев⁵ и др.⁶ Впрочем, не менее представителен и лагерь оппонентов этой идеи⁷. Кроме того, не стоит сбрасывать со счетов и возможность введения в России обязательной судебной медиации на основании дискреции суда, когда судья *sua sponte* направляет дело на примирительную процедуру⁸.

Предусмотренное российским законодательством соглашение о применении процедуры медиации (медиативная оговорка в догово-

³ «Реальным является проведение эксперимента по внедрению судебной медиации, в том числе на основе обязательности, в ряде регионов страны, где действуют центры по подготовке профессиональных медиаторов и где уже складывается подобная практика» (*Носырева Е. И.* Становление института медиации в России // Развитие медиации в России: теория, практика, образование: сб. ст. / О. В. Аллахвердова, Р. Ю. Банников, О. И. Величкова [и др.]; под ред. Е. И. Носыревой, Д. Г. Фильченко. М.: Инфотропик Медиа; Берлин, 2012. Серия «Библиотека медиатора». Кн. 4. 320 с.).

⁴ *Решетникова И. В.* И снова о медиации. Какой ей быть в России? // Закон. 2014. № 1. С. 84—89.

⁵ *Яковлев В. Ф.* Перспективы развития медиации в России. Выступление на международной конференции «Использование примирительных процедур (медиации) для урегулирования коммерческих споров в современных экономических условиях» (3—4 декабря 2009 г.) // Третейский суд. 2010. № 1 (67).

⁶ См.: *Величкова О. И.* Совершенствование семейного законодательства по вопросам медиации // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 5. С. 50—55; *Головина С. Ю.* Медиация и посредничество в трудовых спорах: сравнительный анализ // Арбитражный и гражданский процесс. 2016. № 11. С. 55—59; *Зверева Н. С.* Взаимодействие альтернативных методов урегулирования споров и гражданского судопроизводства в праве России и Франции / под ред. В. В. Яркова. М.: Статут, 2017. 384 с.; *Ибрагимов А.* Медиация как способ разрешения коммерческих споров // Судебная защита прав инвесторов: сб. научн. ст. СПб.: Юридический центр-Пресс, 2010. С. 145; Коллективные трудовые конфликты: Россия в глобальном контексте: монография / П. В. Бизюков, П. Бирке, А. Ф. Вальковой [и др.]; под ред. Ю. П. Орловского, Е. С. Герасимовой. М.: Контракт, 2016. 320 с. (по коллективным трудовым спорам в организациях, в отношении которых установлен законодательный запрет на проведение забастовок); *Лисицын В.* Мирись, мирись, мирись... // ЭЖ-Юрист. 2013. № 21. С. 1, 3; *Лисицын В. В.* Судебное примирение — вектор совершенствования арбитражно-процессуального законодательства // Российский судья. 2012. № 5. С. 27—33; *Матросов Н. А.* Медиация на стадии подготовки к судебному разбирательству дел о расторжении брака // Российский судья. 2015. № 10. С. 15—17; *Михайлова Е. В.* Медиация как отдельный способ урегулирования правовых конфликтов в частно-правовой сфере // Арбитражный и гражданский процесс. 2012. № 4. С. 2—6; № 5. С. 2—5; Правосудие в современном мире: монография / под ред. Т. Я. Хабриевой, В. М. Лебедева. М.: Норма; Инфра-М, 2018. С. 748 (предлагается обязательная попытка досудебного урегулирования конфликтов, а также право судьи направлять стороны на обязательную информационную встречу с медиатором); *Серго А. Г.* Медиация в спорах об интеллектуальной собственности // ИС. Авторское право и смежные права. 2017. № 1. С. 17—25; *Филипова И. А.* Урегулирование трудового спора посредством медиации: современное состояние законодательства, практика его применения и перспективы развития // Журнал российского права. 2016. № 6. С. 93—99.

⁷ См.: *Аболонин В. О.* Коммерческая медиация в России: особый вектор развития // Закон. 2012. № 3. С. 57—67; *Борисова Е. А.* Российская процедура медиации: концепция развития // Вестник гражданского процесса. 2011. № 1. С. 66—78; *Зайцев А. И.* Обязательная медиация: аргументы «за» и «против» // Вестник гражданского процесса. 2012. № 6. С. 57—65; Саморегулирование в медиации: новый этап интегрирования примирительных процедур в российское общество (интервью с Ц. А. Шамликашвили, президентом Научно-методического центра медиации и права) // СПС «КонсультантПлюс»; *Севастьянов Г. В.* Современные тенденции развития АРС в России // Развитие медиации в России: теория, практика, образование: сб. ст. / О. В. Аллахвердова, Р. Ю. Банников, О. И. Величкова [и др.]; под ред. Е. И. Носыревой, Д. Г. Фильченко. М.: Инфотропик Медиа; Берлин, 2012. Серия «Библиотека медиатора». Кн. 4. 320 с.

⁸ Цель настоящего исследования не состоит в изучении вопроса возможности введения обязательной медиации в России, вместе с тем автор поддерживает идею Е. И. Носыревой о проведении прежде экс-

ре) в силу ч. 1 ст. 4 и ч. 3 ст. 7 ФЗОМ в настоящий момент фактически не носит обязывающий характер⁹. Вместе с тем некоторые зарубежные правовые порядки уже сейчас признают ее обязательной для сторон¹⁰. Российские правоведы, критикуя нормы ФЗОМ, также полагают возможным придать ей обязывающий характер. Так, В. В. Ярков предлагает признавать обязательным выполнение соглашения «в оговоренные сроки, если они не превышают, например, два или три месяца с запретом на обращение в суд в течение этого срока»¹¹. В. О. Аболонин рекомендует гибкий подход: суду следует проверить исполнение сторонами своих обязательств в рамках соглашения о применении процедуры медиации и принимать решение в зависимости от того, какие действия предпринимались сторонами для исполнения такого соглашения¹². Замминистра юстиции РФ Д. Новак на площадке Петербургского международного юридического форума 2018 г. высказался за обязательность медиативной оговорки в договоре: если одна из сторон возражает против рассмотрения

дела, при наличии такой оговорки суд оставляет исковое заявление без рассмотрения, если возражения нет, то дело рассматривается по существу¹³.

Как при введении обязательной медиации, так и в случае придания силы медиативной оговорке у сторон возникнет обязанность совершить некие действия, направленные на реализацию медиативной процедуры. Следовательно, суд столкнется с необходимостью установления и оценки тех шагов, которые были сделаны сторонами конфликта при выполнении этой обязанности. Вопрос состоит в том, при каких обстоятельствах можно говорить о надлежащем или ненадлежащем исполнении обязанности по участию в медиативной процедуре, какое поведение признавать в качестве надлежащего исполнения такой обязанности.

Конструкция «добросовестного участия» в медиативной процедуре в США. Известно, что США являются лидерами по внедрению альтернативных способов разрешения гражданских споров. Получила здесь широкое рас-

перимента по внедрению обязательных медиативных процедур в тех регионах страны, где уже нарабатан большой опыт в применении медиации, есть значительный штат профессиональных медиаторов, имеются ресурсы для профессионального обучения новичков. Кроме того, зарубежный опыт показывает, что медиативная процедура показана далеко не любому гражданскому спору. В качестве наиболее подходящих объектов видятся семейные и трудовые споры.

⁹ Здесь Россия имплементировала положения ст. 13 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре (2002 г.) (URL: https://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-conc/03-90955_Ebook.pdf (дата обращения: 05.06.2018)).

¹⁰ В частности, Высокий суд Лондона впервые по делу «Cable & Wireless plc v. IBM United Kingdom Ltd» поддержал силу (исполнимость) ADR-оговорки, хотя стороны не определили конкретный метод разрешения спора. Суд указал, что достаточно ссылки на обязательность (binding) и безальтернативность (non-optional) ADR-процедуры (URL: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2002/2059.html> (дата обращения: 05.06.2018)).

В Германии закон не содержит однозначного указания на признание и исполнение каких-либо соглашений о применении ADR. Однако Федеральный верховный суд Германии дал понять, что примирительная оговорка должна быть исполнена в том случае, когда она ясно выражает намерение сторон разрешить спор до суда с помощью этой формы ADR. См.: *Piers M. Europe's Role in Alternative Dispute Resolution: Off to a Good Start?* // *Journal of Dispute Resolution*. 2014. № 2. P. 288.

Во Франции, если в договоре имеется условие, устанавливающее обязательную процедуру консилиации, наличие данного условия составляет основание для прекращения производства по делу по формальным основаниям, несоблюдение сторонами условия о предварительной обязательной консилиации не может быть восполнено попыткой консилиации сторон в ходе производства по делу (см.: *Зверева Н. С. Взаимодействие альтернативных методов урегулирования споров и гражданского судопроизводства в праве России и Франции* / под ред. В. В. Яркова. М.: Статут, 2017. П. 96).

¹¹ Ярков В. В. Минимальные стандарты досудебного урегулирования и примирительных процедур (постановка вопроса) // *Закон*. 2012. № 3. С. 45—50.

¹² Аболонин В. О. Соглашение о применении процедуры медиации и односторонний отказ от его исполнения // *Арбитражный и гражданский процесс*. 2017. № 4. С. 43—49.

¹³ Предложение прозвучало в рамках панели «Альтернативные способы разрешения споров и цифровое правосудие» (URL: <https://pravo.ru/lf/story/202654/> (дата обращения: 05.06.2018)).

пространение и обязательная медиация (на основании прямого указания закона или по указанию суда) — как в федеральных судах, так и на уровне штатов¹⁴. Введению обязательных медиативных процедур сопутствуют специфические трудности, связанные с поведением участников медиативной процедуры. Фактор, который оказывает максимальное влияние на поведение стороны до и (или) в ходе медиации, — это необходимость участия стороны (или чаще одной из сторон) **против собственной воли**. В отличие от полностью добровольной медиативной процедуры, при обязательной медиации участники далеко не всегда настроены на медиацию. В таком случае они объяснимо участвуют с неохотой, воспринимая медиацию как еще одно препятствие перед судебным разбирательством.

Поведение участников спора в медиативных процедурах в США не регламентируется на уровне закона. Однако основой является Правило 16 Федеральных правил гражданского процесса (далее — ФПГП)¹⁵, которое регулирует подготовительную стадию процесса, в том числе участие сторон в различных досудебных заседаниях¹⁶. Оно допускает значительную гибкость для суда в вопросах контроля поведения сторон на досудебной стадии, наделяет судью правом требовать от сторон явиться на досудебное заседание для того, чтобы «улучшить качество судебного разбирательства и содействовать заключению соглашения»¹⁷. Закре-

пляется возможность применения к стороне санкций за то, что она «по существу, не готова участвовать в заседании или **не участвует добросовестно**»¹⁸ (does not participate in good faith). Несмотря на то, что медиация, а особенно медиация, проводимая частным медиатором, не является «досудебным заседанием» по смыслу приведенной нормы, суды толкуют ее таким образом, что она позволяет накладывать на стороны санкции за ненадлежащее поведение в рамках любой медиации, проводимой по спору, находящемуся на рассмотрении суда. Так, по делу «Nick v. Morgan's Foods, Inc.»¹⁹ апелляционный суд указал, что Правило 16 позволяет окружному судье приказать сторонам провести медиацию добросовестно, а также наложить санкции за неисполнение этого приказа. Ответчик, ad vocem, был наказан за то, что не направил на медиацию представителя, наделенного полномочиями по заключению соглашения, а также не представил до начала процедуры медиатору пояснения относительно своей позиции в споре, как того требовал приказ суда. В таких случаях суды (с точки зрения своей власти приказать участвовать в медиации, в том числе несудебной) не видят различия между досудебным совещанием по урегулированию спора²⁰, которое прямо предусмотрено Правилом 16, и медиацией²¹.

Концепция добросовестного участия в медиативной процедуре получила широкое распространение на уровне локальных правил окруж-

¹⁴ См. подробнее: Князев Д. В. Обязательные примирительные процедуры в гражданском судопроизводстве федеральных окружных судов США // Третейский суд. 2017. № 4. С. 127—141.

¹⁵ Судебная система США, по существу, состоит из системы федеральных судов и судов штатов при едином Верховном суде США. ФПГП напрямую регулируют деятельность лишь федеральных судов. При этом федеральные суды вправе принимать собственные локальные правила судопроизводства (отражающие особенности округа), которые однако не должны противоречить ФПГП. Отдельные штаты самостоятельно устанавливают порядок судопроизводства. Однако зачастую правила отдельных штатов принципиально не отличаются от федеральных, а иногда просто копируют их.

¹⁶ См. подробно: Князев Д. В. Урегулирование спора при посредничестве судьи в гражданском судопроизводстве США: генезис // Вестник гражданского процесса. 2015. № 2. С. 237; Он же. Изменения 1983 г. в Федеральных правилах гражданского процесса США как поворотный этап трансформации роли судьи в подготовительной стадии гражданского судопроизводства // Третейский суд. 2018. № 1.

¹⁷ Fed. R. Civ. P. 16(a)(4)-(5).

¹⁸ Fed. R. Civ. P. 16(f)(1)(b).

¹⁹ Nick v. Morgan's Foods, Inc. 270 F.3d 590 (8th Cir. 2001) // URL: <http://caselaw.findlaw.com/us-8th-circuit/1402417.html> (дата обращения: 05.06.2018).

²⁰ Settlement conference.

²¹ Thompson P. N. Good Faith Mediation in the Federal Courts // Ohio State Journal on Dispute Resolution. 2011. 26 (2—3). P. 382.

²² Например, в Южном округе Алабамы (SD ALA. LR 16.6. URL: <http://www.federaldefender.org/Courts/locrule.pdf>); Южном округе штата Калифорния (S. D. CAL. L. R. 16.1 (b). URL: <https://www.casd.uscourts>).

ных судов²², в федеральном законодательстве и законодательстве отдельных штатов²³, а также в локальных правилах судов штатов. Стоит отметить, что требование о добросовестном участии находит поддержку и в доктрине. Сторонники концепции добросовестного участия считают, что это требование заставляет участников медиации вести переговоры искренне. Появление в законодательстве требования о добросовестном участии, по мнению поборников этого требования, должно, во-первых, стимулировать стороны воспринимать ее и относиться к ней серьезнее²⁴, иными словами, избежать участия сторон в медиации *pro forma*. Во-вторых, необходимость установления требования о добросовестном участии зачастую объясняется потребностью исключения злоупотреблений сторон в ходе процедуры медиации²⁵, когда она воспринимается адвокатами как часть состязательного процесса. Более опытные участники медиации научились применять тактики, с помощью которых они получают преимущества по сравнению с новичками. В частности, используются следующие приемы: так называемые *fishing expeditions* — это «выуживание» нужной информации из противника, прощупывание сильных и слабых сторон оппонента;

умышленное искажение фактов с целью склонения противника к невыгодному соглашению; «изматывание» более слабой финансово стороны. С подобным поведением тяжело бороться даже юристу, для лица, самостоятельно представляющего свои интересы, это может быть особенно опасно. Таким образом, требование о добросовестном участии, как считают его приверженцы, направлено на то, чтобы исключить искажение сторонами медиативной процедуры превращение ее в лишь еще одно препятствие перед судебным разбирательством.

Определение добросовестного участия. Итак, ключевое обстоятельство, подлежащее оценке судом при анализе исполнения сторонами обязанности по участию в медиативной процедуре, это добросовестность участия. Несмотря на то, что такое требование закреплено на законодательном уровне, в локальных правилах многих судов определение понятия добросовестного участия вызывает большие трудности. Невозможно уяснить его содержание ни из законодательных актов — ни один нормативный правовой акт не содержит понятия добросовестного участия, ни из судебной практики — единый подход не сформировался²⁶, нет его и в теории²⁷, что само по себе является

gov/Rules/SiteAssets/SitePages/LocalRules/Local%20Rules%202018.pdf); Северном округе Индианы (N. D. IND. L. R. 16.6 (c). URL: <http://www.innd.uscourts.gov/sites/innd/files/CurrentLocalRules.pdf>); Южном округе Индианы (S.D.IND. Local A. D. R. Rule 2.1. URL: <http://www.insd.uscourts.gov/sites/insd/files/ADR%20Rules.pdf>); Округе Канзаса (D. KAN. RULE 16.3 (c) (5). URL: http://www.ksd.uscourts.gov/wp-content/uploads/local_rules/local_rules.pdf); Восточном округе Миссури (E. D. Mo. L.R. 16-6.02 (B) (1). URL: <http://www.moed.uscourts.gov/sites/moed/files/documents/forms/moed-0031.pdf>); Округе Орегона (LR 16-4 (F)5(A). URL: <https://ord.uscourts.gov/index.php/rules-orders-and-notices/local-rules/civil-procedure/1202-2014-lr-16>); Северном округе Нью-Йорка (LR 83-8 (I). URL: http://www.nynd.uscourts.gov/sites/nynd/files/local_rules/2018_ADR_X.pdf) (дата обращения: 05.06.2018).

²³ Например, в штатах Аляска (медиация по спорам в сфере медицинского страхования) (URL: <http://www.touchngo.com/iglcnt/akstats/Statutes/Title21/Chapter07/Section010.html>); Аризона (в семенных спорах) (URL: <https://law.justia.com/codes/arizona/2011/title8/section8-11601/>); Калифорния (страховые споры) (URL: <http://codes.findlaw.com/ca/insurance-code/ins-sect-10089-81.html>); Колорадо (в медиации по направлению суда по всем делам) (URL: <https://law.justia.com/codes/colorado/2016/title-13/contracts-and-agreements/article-22/part-3/section-13-22-311/>); Коннектикут (в медиации по семейным спорам) (URL: <https://law.justia.com/codes/connecticut/2012/title-17a/chapter-319a/section-17a-112/>) (дата обращения: 05.06.2018).

²⁴ См.: *Zylstra A.* The Road from Voluntary Mediation to Mandatory Good Faith Requirements: A Road Best Left Untraveled // *Journal of American Academy of Matrimonial Law.* 2001. № 17. P. 81.

²⁵ См.: *Kovach K. K.* Good Faith in Mediation-Requested, Recommended, or Required? A New Ethic // *South Texas Law Review.* 1997. № 38. P. 604 ; *Weston M. A.* Checks on Participant Conduct in Compulsory ADR: Reconciling the Tension in the Need for Good Faith Participation, Autonomy, and Confidentiality // *Indiana Law Journal.* 2001. № 3 (76). P. 643.

²⁶ Попытки такие предпринимались. По одному делу судья указал, что «добросовестность» есть нечто нематериальное и абстрактное, без точного значения и законодательного определения, она включает в себя честную веру, отсутствие злого умысла, намерения обмануть и получить неосознанное преимуще-

большой проблемой для правоприменителей США (о чем будет сказано ниже). Вместе с тем вполне возможно назвать некоторые признаки, аспекты добросовестного участия, выработанные судебной практикой.

1. Обязанности сторон добросовестно участвовать в медиативной процедуре возникают еще до начала самой медиации. Наиболее распространенным является требование о подготовке каждой стороной до начала медиативной процедуры письменных пояснений (меморандума), в которых они излагают свои позиции по существу спора. Такое требование может быть выражено в приказе суда, которым стороны направляются на медиацию²⁸, в локальных правилах окружных судов²⁹. Заблаговременное предоставление сторонами подобных меморандумов закладывает основы для продуктивного обсуждения спорных вопросов в самой процедуре медиации. В частности, в пояснениях стороны отражают:

- 1) спорные вопросы факта и права;
 - 2) свою позицию по этим вопросам;
 - 3) требование истца, способ защиты права;
 - 4) ранее сделанные предложения и контрпредложения³⁰. Направление подобных меморандумов до медиации является распространенной практикой³¹.
2. Стороны обязаны явиться. Явка на медиативную процедуру является важнейшим аспектом добросовестного участия стороны. В большинстве случаев суды рассматривают неявку на медиативную процедуру как злоупотребление (*bad faith*) и накладывают на сторону санкции в том или ином виде³². Участие в медиации возможно по телефону. Согласно ФППП судья может потребовать, чтобы стороны или представитель были «достаточно доступны каким-либо иным способом» (кроме личной явки)³³. Поэтому некоторые судьи допускают «явку» на сессию по телефону³⁴. При этом имеется обширная практика, ког-

щество (см.: *Lande J. Using dispute system design methods to promote good-faith participation in court-connected mediation programs // UCLA Law Review* 69. 2002. № 50. P. 77 (дата обращения: 05.06.2018)). В другом знаменитом деле судья сравнил невыполнение требования о добросовестном участии с непристойностью и заявил: «Мы узнаем его, когда увидим» (*Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184 (1964) URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/378/184/case.html> (дата обращения: 05.06.2018)).

²⁷ Сторонница требования о добросовестном участии К. Ковач (K. Kovach) предлагает значительный список правил, при выполнении которых можно говорить о выполнении требования (см.: *Kovach K. K. Op. cit.* P. 671.)

²⁸ См., например, уже упомянутое дело «*Nick v. Morgan's Foods, Inc.*».

²⁹ В частности, такая обязанность предусмотрена в Центральном округе Калифорнии. Стороны обязаны передать судье конфиденциальные пояснения, в которых должны быть отражены видение дела стороной и условия для примирения, включая последнее предложение (требование), сделанное стороной, и предложение (требование), которое сторона готова сделать в ходе судебного урегулирования спора (см.: *L. R. 16-15.5(a) // URL: https://www.cacd.uscourts.gov/sites/default/files/documents/2017_December_LRs_Chap_1.pdf* (дата обращения: 05.06.2018)). В Восточном округе того же штата представление деклараций перед примирительной процедурой не обязательно, но желательно, так как они могут действовать достижению соглашения (см.: *Rule 270(c) // URL: http://www.caed.uscourts.gov/caednew/assets/File/EDCA%20Local%20Rules%20Effective%204-1-2017.pdf* (дата обращения: 05.06.2018)).

³⁰ См.: *Sherman E. F. Court-Mandated Alternative Dispute Resolution: What Form of Participation Should Be Required // SMU Law Review*. 1993. № 46. P. 2095.

³¹ См., например, Международные правила медиации, утвержденные Американской арбитражной ассоциацией («медиатор может запросить у сторон меморандумы по спорным вопросам, с описанием подлинных интересов стороны, истории взаимоотношений сторон») (URL: https://www.adr.org/sites/default/files/ICDR%20Rules_0.pdf (дата обращения: 05.06.2018)).

³² *Pueblo of San Ildefonso v. Ridlon*; *Scaife v. Associated Air Ctr. Inc.*; *Gen. Conference Corp. of Seventh-Day Adventists v. McGill*; *Pucci v. 19th Dist. Ct.* (Finde Law. URL: <http://lp.findlaw.com/> (дата обращения: 05.06.2018)).

³³ *FED. R. Civ. P. 16 (c) (1)*.

³⁴ См.: *Lienemann v. Glock, Inc.*, No. 08-2484 // URL: https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCOURTS-ksd-2_08-cv-02484/content-detail.html (дата обращения: 05.06.2018) (суд отклонил возмещение расходов на проезд, так как сторона имела возможность участвовать в медиации по телефону); *United States v. Lake*

да судьи не признают участие в медиации по телефону³⁵.

3. Явка лиц, имеющих полномочия на ведение переговоров и заключение соглашения. Суды требуют не только явку стороны, но обеспечение участия такого представителя, который имеет достаточно полномочий для обсуждения и заключения соглашения. Это требование касается в основном организаций корпоративного типа. Л. Рискин (L. Riskin) предлагает несколько атрибутов достаточности полномочий: полномочие принимать соответствующее решение в организации, достаточное знание интересов и потребностей организации, достаточное влияние внутри организации, чтобы принятое решение возымело силу, возможность обсуждать условия, которые, вероятно, будут приняты организацией³⁶. В деле «A. T. Reynolds & Sons, Inc.»³⁷ суд посчитал злоупотреблением со стороны банка то, что предложение об урегулировании спора было сделано вице-президентом лишь после консультации по телефону. Распространенным является мнение судов, согласно которому представитель организации корпоративного типа должен занимать в ней такую позицию, которая позволяла бы ему самостоятельно совершать необходимые действия от ее имени, это должно быть лицо, которому не требуется согласовывать свои действия с кем-то еще.

Стоит отметить, что приведенная практика вызывает критику: во-первых, указанное требование фокусирует внимание участников медиации на финансовой стороне спора, в то время

как медиация может быть полезна при обсуждении неденежных аспектов спора; во-вторых, это требование подразумевает однократную медиативную сессию, однако зачастую требуется множество встреч для выработки приемлемого результата³⁸. Наконец, явка подобного лица может быть вообще невыполнима, так как порядок распределения функций и реализации управленческих решений в организации корпоративного типа не позволяют соединить все эти полномочия в руках одного лица.

4. Участие в нескольких медиативных сессиях, продолжительность сессии. Вопрос состоит в том, насколько долго должна продолжаться медиация, в скольких сессиях должна участвовать сторона. Во многих локальных правилах закреплено, что продолжительность и количество медиационных сессий определяет конкретный медиатор. Так, типично правило о том, что медиатор определяет момент, когда дальнейшее проведение медиации нецелесообразно³⁹. При этом в значительном количестве округов этот вопрос вообще не урегулирован. В деле «Atlantic Pipe Corp.»⁴⁰ суд указал, что приказ суда участвовать стороне в неограниченном количестве медиационных сессий нарушает принцип процессуальной справедливости. Несмотря на то, что стандарты медиации, как правило, предусматривают возможность сторон в любой момент отказаться от участия в медиации⁴¹, в ряде случаев американские судьи расценивают односторонний отказ стороны от дальнейшего участия в медиации как основание для наложения санкций⁴². В месте с тем в деле «Longo v. Chao»⁴³ несмотря на воз-

County Bd. of Comm'rs // URL: <https://www.casemine.com/judgement/us/5914b5caadd7b04934774f1a> (дата обращения: 05.06.2018) (участие в медиации по телефону не создает препятствий для ее продуктивного проведения).

³⁵ Thompson, P. N. Op. cit. P. 398.

³⁶ Riskin L. L. The Represented Client in a Settlement Conference: The Lessons of G. Heileman Brewing Co. v. Joseph Oat Corp. // Washington University Law Quarterly. 1991. № 69. P. 1110.

³⁷ URL: <https://www.courtlistener.com/opinion/1851120/in-re-at-reynolds-sons-inc/> (дата обращения: 05.06.2018).

³⁸ Lande J. Op. cit. P. 98.

³⁹ Так закреплено, например, в Центральном и Южном округах Флориды, Северном округе Иллинойса, Восточном, Северном, Южном округах Нью-Йорка, Северном округе Огайо, Центральном и Восточном округах Пенсильвании.

⁴⁰ At. Pipe Corp., 304 F.3d 135, 147 (1st Cir. 2002) (URL: <https://www.leagle.com/decision/2002439304f3d1351427>) (дата обращения: 05.06.2018).

⁴¹ См.: ФЗОМ. П. 4 ст. 14 ; Европейский кодекс поведения для медиаторов. П. 3.3 ; Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре (2002 г.). Ст. 11.

⁴² Thompson P. N. Op. cit. P. 403.

ражения истца о том, что ответчик участвовал в медиации менее одного часа, суд не стал штрафовать ответчика, пояснив, что требовалась лишь явка стороны и нет оснований для наказания лица за слишком короткую медиативную сессию.

5. Должна ли сторона сделать какое-либо предложение противнику в отношении спора? Расценивается ли отсутствие предложения стороны об урегулировании спора на каких-либо условиях или *vice versa* отказ в принятии предложения противника как злоупотребление? Судебная практика свидетельствует о том, что попытки признать такое поведение неправомерным предпринимаются участниками спора, однако суды не рассматривают отсутствие предложения о примирении как злоупотребление⁴⁴. Также и в отношении отказа в принятии предложения противника: «сам по себе отказ заключить соглашение не составляет злоупотребления»⁴⁵.

Проблемы, которые вызывает требование о добросовестном участии. Неопределенность конструкции, трудность доказывания добросовестного участия (как и отступление от этого правила) вполне резонно позволяют специалистам критиковать само наличие такого требования⁴⁶. Так, У. Брейзил (W. D. Brazil) указывает, что неопределенность концепции добросовестного участия наносит только вред,

так как стороны процедуры медиации должны достаточно определенно понимать, что от них требует правовая норма, за что может последовать наказание⁴⁷. Имеет смысл назвать те проблемы, которые вызывает требование о добросовестном участии.

1. Искажение взаимоотношений участников медиации. Требование о добросовестном участии парадоксально порождает нечестность, обман в ходе медиативной процедуры⁴⁸: неопределенность добросовестного участия, использование судами категории злоупотребления правом при оценке поведения сторон приводит к тому, что стороны процедуры испытывают страх перед медиатором и друг перед другом. Более слабая сторона, столкнувшись с агрессией противника, боясь санкций со стороны суда, скорее сдастся, согласится на невыгодные для нее условия⁴⁹. Из-за того, что медиатор впоследствии может сообщить судье о поведении сторон в ходе медиации (что в итоге может привести к санкциям), сторонам приходится вести переговоры для вида, притворяясь. Боясь привлечения к ответственности за злоупотребление в процедуре медиации, сторона в ходе переговоров предлагает невыгодное условие примирения, изначально зная, что противник не согласится на него. Далее следует процесс обсуждения, отказ другой стороны. Затем лицо снова делает подоб-

⁴³ Longo v. Chao, No. E. P-06-CV-00307-KC, 2008 // URL: <https://www.leagle.com/decision/20081265536fsupp2d72911197> (дата обращения: 05.06.2018).

⁴⁴ Thompson P. N. Op. cit. P. 416.

⁴⁵ Апелляционный суд заключил, что суд первой инстанции не вправе был наказывать ответчика за то, что тот отказался заключить соглашение и настаивал на проведении судебного разбирательства, даже несмотря на то, что ответчик при этом руководствовался некими неясными и предположительно недолжными целями. См.: Triplett v. Farmers Ins. Exch. // URL: <https://www.courtlistener.com/opinion/2263705/triplett-v-farmers-ins-exchange/> (дата обращения: 05.06.2018).

⁴⁶ Sherman E. F. Good Faith Participation in Mediation: Aspirational, Not Mandatory // *Dispute Resolution Magazine*. Winter 1997. P. 31 ; Nelle A. Making Mediation Mandatory: A Proposed Framework // *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. 1992. № 7. P. 304-05 ; Winston D. S. Participation Standards in Mandatory Mediation Statutes: «You Can Lead a Horse to Water...» // *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. 1996. № 11. P. 197—98 ; Society of Professionals in Dispute Resolution, *Dispute Resolution as It Relates to the Courts: Mandated Participation and Settlement Coercion* // *ARB. J.* No. 1. 1991. № 46. P. 46 ; Sternlight J. R. Lawyers' Representation of Clients in Mediation: Using Economics and Psychology to Structure Advocacy in a Nonadversarial Setting // *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. 1999. № 14. P. 296 ; Crowne C. H. The Alternative Dispute Resolution Act of 1998: Implementing a New Paradigm of Justice // *New York University Law Review*. 2001. № 76. P. 1803.

⁴⁷ Brazil W. D. Continuing the Conversation About the Current Status and the Future of ADR: A View from the Courts // *Journal of Dispute Resolution*. 2000. № 1. P. 31.

⁴⁸ Lande J. Op. cit. P. 99.

⁴⁹ Lande J. Op. cit. P. 99.

- ное предложение, и так продолжается до тех пор, пока медиатор не объявит дальнейшую процедуру бесперспективной. Если стороны чувствуют, что медиатор оценивает их поведение, они пытаются им манипулировать. У стороны появляется соблазн подать заявление о привлечении противника к процессуальной ответственности в целях получения неких преимуществ в ходе судебного процесса. Страх того, что противник впоследствии, возможно, заявит о недобросовестности (злоупотреблении) в ходе медиации, разрушает доверие между сторонами, что, очевидно, не идет на пользу всему процессу. В итоге стороны менее открыты, чувствуют себя некомфортно, не верят в медиативную процедуру и медиатору. Таким образом, требование о добросовестном участии искажает взаимоотношения между всеми участниками медиации, усиливает состязательное начало в медиативной процедуре, что разлагает дух медиации, делает невозможным достижение поставленной перед ней цели⁵⁰.
2. Разрушение автономии сторон процесса, неявное принуждение к заключению соглашения⁵¹. В случае с обязательной медиацией у сторон есть обязанность сесть за стол переговоров с участием медиатора, не более того. *Ad notanda* существует мнение⁵², что уже сам факт понуждения к участию в медиативной сессии (обязательная медиация) подспудно влияет на волю ее участников в ходе обсуждения спорных вопросов, как бы «заставляет мириться». Однако требование о добросовестном участии существенно и до неопределенных пределов расширяет такую обязанность. По мнению американских правоведов, подобное расширение обязанности искажает начало автономии сторон (то, что российские процессуалисты называют принципом диспозитивности) — базовое право стороны самостоятельно решать, как представить и аргументировать свое дело, какую информацию раскрывать, предлагать ли условия для примирения⁵³. И здесь, по существу, речь идет о неявном принуждении к заключению соглашения, так как стороны понимают, что от них требуется нечто большее, чем простое участие в медиативной сессии, требование о добросовестном участии «стимулирует едва уловимые формы принуждения, что грозит разрушением целостности медиативной процедуры»⁵⁴.
 3. Возможность возникновения сателитного судебного процесса. Неопределенность с тем, что именно требуется от сторон для того, чтобы участие в медиации соответствовало требованию о добросовестности, приводит к тому, что участники медиации (в том числе медиатор) по-разному его понимают. Если одной из сторон кажется, что другая была недостаточно добросовестна в ходе медиативной сессии, она обращается к суду с жалобой на действия противника, что приводит к дополнительному судебному разбирательству. Мало того, что неразрешенным оказывается основной спор, возникает еще один, который еще сильнее обостряет отношения сторон⁵⁵.
 4. Отсюда следует опасность, которую таит в себе правило о добросовестном участии, — размывание роли медиатора⁵⁶. Требование предоставляет медиатору слишком большие полномочия в отношении участников медиации, так как позволяет ему под угрозой доклада судье о возможном злоупотреблении принуждать стороны к согла-

⁵⁰ *Brazil W. D.* Op. cit. P. 34.

⁵¹ *Nelle A.* Op. cit. P. 304—05 (1992) (выражаются опасения относительно того, что требование о добросовестном участии разрушит конфиденциальность, вызовет давление на стороны, подорвет добровольность соглашений).

⁵² *Князев Д. В.* Обязательные примирительные процедуры... С. 131.

⁵³ *Sherman E. F.* Good Faith Participation in Mediation... P. 14.

⁵⁴ *Alfini J. J., McCabe C. G.* Mediating in the Shadow of the Courts: A Survey of the Emerging Case Law // *Arkansas Law Review*. 2001. № 54. P. 205—06.

⁵⁵ *Hricik D.* Reflections of a Trial Lawyer on the Symposium: Dialogue with the Devil in Me // *South Texas Law Review*. 1997. № 38. P. 749—52 ; *Bullock S. G., Gallagher L. R.* Surveying the State of the Mediative Art: A Guide to Institutionalizing Mediation in Louisiana // *Louisiana Law Review*. 1997. № 57. P. 970 ; *Lomax L. A.* Alternative Dispute Resolution in Bankruptcy: Rule 9019 and Bankruptcy Mediation Programs // *American Bankruptcy Law Journal*. 1994. № 68. P. 81.

⁵⁶ См.: *Bullock S. G., Gallagher L. R.* Op. cit. P. 970 ; *Lomax L. A.* Op. cit. P. 81.

шению⁵⁷. Медиатор невольно превращается в судью, он должен оценивать действия сторон в ходе процедуры, взвешивать их с точки зрения соответствия требованиям о добросовестном участии. Медиатор вынужден опасаться того, что ему придется столкнуться с давлением суда (или стороны) в ходе рассмотрения вопроса о поведении участника спора в процедуре медиации, что ему придется выступить в качестве своеобразного свидетеля, когда судом будет решаться вопрос о привлечении участника медиации к ответственности. Обнаруживается глубокое противоречие между обязанностью медиатора оценивать поведение сторон и необходимостью выстраивания отношений между сторонами, что является основной функцией медиатора⁵⁸.

5. Разрушение конфиденциальности. Конфиденциальность медиации — краеугольный камень этой процедуры, является одним из основных и нормообразующих принципов не только медиации, но и других форм альтернативного разрешения спора (АРС) и в целом частного процессуального права⁵⁹. Сохранение конфиденциальности, столь необходимое при урегулировании некоторых споров, является одним из преимуществ медиации в сравнении с основанным на гласности судебным процессом⁶⁰. Это служит особой гарантией того, что при возможной передаче спора на рассмотрение в суд положение сторон не станет хуже, чем оно было до медиации, т.е. информация, переданная или озвученная стороной спора в ходе процедуры медиации, не будет направлена против нее в судебном процессе⁶¹. Здесь имеет значение само чувство защищенности, когда лицо, раскрывая некую информацию, важную для противника, знает, что она не выйдет за пределы медиативной процедуры⁶². Медиаторы используют принцип конфиденциальности на начальной стадии процеду-

ры: учитывая, что основная цель медиатора состоит в том, чтобы способствовать переговорам сторон, усилить конструктивное взаимодействие между ними, напоминание сторонам о том, что их переговоры конфиденциальны, дополнительно создает атмосферу доверия, позволяет сторонам быть более открытыми⁶³.

Принцип конфиденциальности, вслед за Типовым законом ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре, закреплен и в ФЗоМ (ст. 3, 5, 6). Российский закон предполагает несколько аспектов конфиденциальности медиации: негласность, закрытость самой процедуры; обязанность медиатора не разглашать информацию, относящуюся к процедуре медиации и ставшую ему известной при ее проведении, без согласия сторон; обязанность сторон, медиатора и других лиц, присутствовавших при проведении медиации, не разглашать информацию о предложении одной из сторон о применении процедуры медиации, равно как и о готовности одной из сторон к участию в проведении данной процедуры, о мнениях или предложениях, высказанных одной из сторон в отношении возможности урегулирования спора, признания, сделанных одной из сторон в ходе проведения процедуры медиации, готовности одной из сторон принять предложение медиатора или другой стороны об урегулировании спора (ст. 5 ФЗоМ); наконец, возможность для медиатора раскрыть информацию, относящуюся к процедуре медиации, а другой стороне — только с согласия стороны, предоставившей информацию (ст. 6 ФЗоМ).

В США на уровне федерального законодательства предусмотрено правило об обязательном закреплении в локальных правилах окружных судов конфиденциальности ADR-процедур и запрещении раскрытия конфиденциальных контактов сторон, направленных на урегулирование спора (28 U.S.C. § 652(d) (2003)). На основе этого окружные суды предусматри-

⁵⁷ Lande J. Op. cit. P. 106.

⁵⁸ Brazil W. D. Op. cit. P. 32.

⁵⁹ Севастьянов Г. В. О необходимости формирования собственных концептуальных основ альтернативного разрешения споров // Третейский суд. 2007. № 5. С. 4—5.

⁶⁰ Аболонин В. О. Судебная медиация: теория, практика, перспективы. М.: Инфотропик Медиа, 2014. Кн. 6. 408 с.

⁶¹ Аболонин В. О. Судебная медиация...

⁶² Johnson P. D. Jr. Confidentiality in Mediation: What can Florida Glean from the Uniform Mediation Act? // Florida State University Law Review. 2003. № 30. P. 489.

⁶³ См.: Медиация: учебник / под ред. А. Д. Карпенко, А. Д. Осинковского, 2016. С. 209.

вают в своих локальных правилах соответствующие положения: где-то путем простого упоминания конфиденциальности медиативной процедуры⁶⁴, где-то устанавливая комплекс правил о конфиденциальности⁶⁵. При этом большинство локальных правил судов не дают ясного ответа на вопрос о полномочиях судьи по контролю поведения участников процесса в медиативной процедуре. Вместе с тем часто в локальных правилах закрепляется право медиатора заявить рассматриваемому делу судье о нарушениях в ходе медиативной процедуры, в том числе: о нарушении требования о добросовестном участии в медиации⁶⁶ или о явке на сессию. Значительное количество локальных правил судов устанавливают обязанность медиатора доложить судье о каких-либо нарушениях в ходе медиативной сессии. В основном это касается неявки на сессию, реже — невыполнения требования участвовать добросовестно. Кроме того, зачастую от медиатора требуется, чтобы он предложил конкретные санкции за невыполнение стороной указанных требований.

Немногочисленные сторонники требования о добросовестном участии в медиативных процедурах указывают, что для целей его выполнения необходимо отступление от принципа конфиденциальности переговоров: требование о добросовестном участии ничего не означает, если конфиденциальность не позволяет выявлять нарушения в ходе медиации⁶⁷. Кроме того, указывается, что конфиденциальность вполне может быть защищена простым письменным удостоверением медиатором того факта, что стороны участвовали в процедуре добросовестно.

Суду в целях установления того, насколько поведение сторон в медиативной процедуре

соответствовало стандарту добросовестности, необходимо исследовать такое проведение в деталях, выяснить, что стороны делали, говорили в ходе медиации. Так, по одному из дел⁶⁸ после безуспешной медиации истец обратился с ходатайством о наложении на ответчика штрафа за нарушение им обязанности участвовать в медиации добросовестно. Судом было назначено слушание для допроса представителя страховой компании, принимавшего участие в медиации. В частности, суд выяснял степень знакомства представителя с делом, насколько хорошо представитель был готов к медиации, выяснялось содержание телефонных переговоров представителя с вице-президентом компании. В другом знаменитом деле — «Foxgate Homeowners' Ass'n v. Bramalea California, Inc.»⁶⁹ — суд констатировал: несмотря на то, что законодательство штата Калифорния содержит серьезные средства защиты конфиденциальности медиации, суд первой инстанции имел право запросить и исследовать доклад медиатора относительно того, что происходило в ходе медиативной процедуры, какие пояснения были даны сторонами в ходе медиации. Такая деятельность суда возможна в той мере, в какой это необходимо для установления, имело ли место нарушение требования о добросовестном участии.

Следовательно, проблема состоит в соотношении, примирении, конфиденциальности и контроле суда над поведением участников медиативной процедуры. Очевидно противоречие между принципом конфиденциальности и требованием о добросовестном участии. В связи с этим многие авторы уверены, что требование о раскрытии содержания переговоров сторон в медиации, особенно в случаях, когда

⁶⁴ Например, в Центральном округе Алабамы («медиация это процесс конфиденциальных переговоров...»); Айдахо («информация, полученная в ходе примирения, не должна быть раскрыта назначенному судье»).

⁶⁵ Так, в Центральном округе Калифорнии предусматривается, что для суда, сторон, медиатора и любых лиц, присутствующих на медиации, конфиденциальной является информация о содержании письменных сообщений, документов, подготовленных для целей, в ходе или в соответствии с медиацией, все, что случилось или сказано в ходе медиации, любая позиция, занятая любым участником процедуры.

⁶⁶ В окружном суде Монтаны предусмотрено право медиатора просить о применении санкций в отношении стороны за нарушение требования о добросовестном участии.

⁶⁷ *Weston M. A. Op. cit. P. 633.*

⁶⁸ *Acceptance Insurance Co., 33 S.W.3d 443 (Tex. Ct. App. 2000)* // URL: <https://www.leagle.com/decision/200047633sw3d4431433> (дата обращения: 05.06.2018).

⁶⁹ *Foxgate Homeowners' Ass'n v. Bramalea Cal., Inc., 78 Cal. App. 4th 653, 665—66, 668—69 (2nd Dist. 2000)* // URL: <https://caselaw.findlaw.com/summary/opinion/ca-supreme-court/2001/07/09/104418.html> (дата обращения: 05.06.2018).

медиатор принуждается к тому, чтобы раскрыть соответствующую информацию, способно нанести серьезный вред медиации в целом⁷⁰.

Заключение. При введении обязательной медиации возникает необходимость оценивать действия участников спора до и (или) в ходе медиативной сессии. В США эти действия не регламентируются непосредственно на уровне закона, однако Правило 16 ФПГП предусматривает возможность применения к стороне санкций за то, что она, «по существу, не готова участвовать в заседании или не участвует добросовестно». Требование о добросовестном участии в медиативной процедуре закреплено в локальных правилах окружных судов, в федеральном законодательстве и в законодательстве отдельных штатов, а также в локальных правилах судов штатов. Такое требование, по мнению его адептов, призвано стимулировать стороны относиться к медиации более взвешенно, а также исключить злоупотребления сторон в ходе процедуры медиации.

Однако понятие добросовестного участия в медиативной процедуре не получило в США закрепления на уровне нормативных актов, нет единого подхода в судебной практике, имеются значительные разногласия и в доктрине. Однако практика признает в качестве признаков добросовестного участия следующие: наличие заблаговременно представляемых медиатору письменных пояснений (меморандума), в котором сторона излагает свою позицию по существу спора; явка на медиативную сессию, неявка расценивается как злоупотребление, за что суды накладывают санкции; суды требуют не только явку стороны (представителя), но и обеспечение участия такого представителя, который имеет достаточно полномочий для обсуждения и заключения соглашения.

Неоднозначный подход судебной практики имеется в отношении требования об участии в нескольких медиативных сессиях, а также продолжительности участия в сессии. Типично правило о том, что медиатор самостоятельно определяет момент, когда дальнейшее проведение медиации нецелесообразно, однако в значительном количестве округов этот вопрос вообще не урегулирован. Известны случаи, когда американские судьи расценивают односторонний отказ стороны от дальнейшего участия в медиации как основание для наложения

санкций. Судебная практика свидетельствует о том, что предпринимаются попытки признать злоупотреблением отсутствие предложения стороны об урегулировании спора на каких-либо условиях или, наоборот, отказ в принятии предложения противника, однако суды не рассматривают подобный образ действий как злоупотребление.

Неопределенность конструкции, трудность доказывания добросовестного участия (как и отступление от этого правила) позволяют юридическому сообществу критиковать само требование о добросовестном участии. Называют следующие проблемы: 1) искажение взаимоотношений между всеми участниками медиации, усиливается состязательное начало, что «разлагает дух» медиации; 2) разрушение автономии воли сторон процесса, неявное принуждение к заключению соглашения, так как стороны понимают, что от них требуется нечто большее, чем простое участие в медиативной сессии; 3) возможность возникновения сателитного судебного процесса по жалобе одной из сторон с целью привлечения противника к ответственности за ненадлежащее поведение в ходе медиации; 4) размывание роли медиатора, он невольно превращается в судью, так как должен оценивать действия сторон в ходе процедуры, взвешивать их с позиции соответствия требованию о добросовестном участии, возникает глубокое противоречие между обязанностью медиатора оценивать поведение сторон и необходимостью выстраивать отношения между сторонами; 5) конфликт требования о добросовестном участии с необходимостью сохранения конфиденциальности процедуры; суду в целях установления того, насколько поведение сторон в медиативной процедуре соответствовало стандарту добросовестности, необходимо исследовать такое проведение в деталях, выяснить что стороны делали, говорили до и в ходе медиации, это прямо противоречит необходимости соблюсти конфиденциальность процедуры.

In summa опыт США показывает, что выработка единых, даже минимальных, критериев надлежащего исполнения обязанности по участию в обязательной медиативной процедуре — трудная задача, судебной системе США пока не удалось ее решить, а установление требования участвовать в медиации *добросовестно* приводит к сильному разладу в практике. В связи

⁷⁰ Lande J. Op. cit. P. 69 ; Brazil W. D. Op. cit. P. 26 ; Lomax L. A. Op. cit. P. 81.

с этим наиболее продуктивным представляется установление в законодательстве конкретных обязанностей, которые сторонам надлежит выполнить для того, чтобы попытка примирения с помощью медиативной процедуры была «засчитана» судом. В частности, от сторон, думается, разумно требовать, во-первых, заблаговременного представления медиатору письменных пояснений по существу спора с изложением факты дела. Это позволит сторонам еще раз

осмыслить свою позицию, сформулировать собственные интересы, претензии к противнику, что, по всей видимости, облегчит работу медиатору и ускорит всю процедуру. Во-вторых, обязательной стóит признать явку на медиативную сессию, а явившийся представитель должен обладать полномочиями на заключение соглашения, чтобы не возникало ситуации, когда он заявляет о невозможности обсуждать условия примирения за пределами некоторой суммы.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Аболонин В. О.* Судебная медиация: теория, практика, перспективы. — М. : Инфотропик Медиа, 2014. — Кн. 6. — 408 с.
2. *Борисова Е. А.* Российская процедура медиации: концепция развития // Вестник гражданского процесса. — 2011. — № 1.
3. *Величкова О. И.* Совершенствование семейного законодательства по вопросам медиации // Актуальные проблемы российского права. — 2017. — № 5.
4. *Головина С. Ю.* Медиация и посредничество в трудовых спорах: сравнительный анализ // Арбитражный и гражданский процесс. — 2016. — № 11.
5. *Зайцев А. И.* Обязательная медиация: аргументы «за» и «против» // Вестник гражданского процесса. — 2012. — № 6.
6. *Зверева Н. С.* Взаимодействие альтернативных методов урегулирования споров и гражданского судопроизводства в праве России и Франции / под ред. В. В. Яркова. — М. : Статут, 2017. — 384 с.
7. *Князев Д. В.* Обязательные примирительные процедуры в гражданском судопроизводстве федеральных окружных судов США // Третейский суд. — 2017. — № 4.
8. *Князев Д. В.* Урегулирование спора при посредничестве судьи в гражданском судопроизводстве США: генезис // Вестник гражданского процесса. — 2015. — № 2.
9. *Лисицын В. В.* Судебное примирение — вектор совершенствования арбитражно-процессуального законодательства // Российский судья. — 2012. — № 5.
10. *Михайлова Е. В.* Медиация как отдельный способ урегулирования правовых конфликтов в частно-правовой сфере // Арбитражный и гражданский процесс. — 2012. — № 4, 5.
11. *Носырева Е. И.* Становление института медиации в России // Развитие медиации в России: теория, практика, образование : сб. ст. / О. В. Аллахвердова, Р. Ю. Банников, О. И. Величкова [и др.] ; под ред. Е. И. Носыревой, Д. Г. Фильченко. — М. : Инфотропик Медиа ; Берлин, 2012. — Кн. 4. — 320 с.
12. *Решетникова И. В.* И снова о медиации. Какой ей быть в России? // Закон. — 2014. — № 1. — С. 84—89.
13. *Севастьянов Г. В.* Современные тенденции развития АРС в России // Развитие медиации в России: теория, практика, образование : сб. ст. / О. В. Аллахвердова, Р. Ю. Банников, О. И. Величкова [и др.] ; под ред. Е. И. Носыревой, Д. Г. Фильченко. — М. : Инфотропик Медиа; Берлин, 2012. — Кн. 4. — 320 с.
14. *Филипова И. А.* Урегулирование трудового спора посредством медиации: современное состояние законодательства, практика его применения и перспективы развития // Журнал российского права. — 2016. — № 6.
15. *Ярков В. В.* Минимальные стандарты досудебного урегулирования и примирительных процедур (постановка вопроса) // Закон. — 2012. — № 3.
16. *Alfini J. J., McCabe C. G.* Mediating in the Shadow of the Courts: A Survey of the Emerging Case Law // Arkansas Law Abstract. — 2001. — № 54.
17. *Johnson P. D., Jr.* Confidentiality in Mediation: What can Florida Glean from the Uniform Mediation Act? // Florida State University Law Abstract. — 2003. — № 30.
18. *Kovach K. K.* Good Faith in Mediation-Requested, Recommended, or Required? A New Ethic // South Texas Law Abstract. — 1997. — № 38.
19. *Lande J.* Using dispute system design methods to promote good-faith participation in court-connected mediation programs // UCLA Law Abstract. — 2002. — № 50.

20. *Nelle A.* Making Mediation Mandatory: A Proposed Framework // *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. — 1992. — № 7.
21. *Riskin L. L.* The Represented Client in a Settlement Conference: The Lessons of *G. Heileman Brewing Co. v. Joseph Oat Corp.* // *Washington University Law Quarterly*. — 1991. — № 69.
22. *Sherman E. F.* Good Faith Participation in Mediation: Aspirational, Not Mandatory // *Dispute Resolution Magazine*. — Winter 1997.
23. *Thompson P. N.* Good Faith Mediation in the Federal Courts // *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. — 2011. — № 26 (2—3).
24. *Weston M. A.* Checks on Participant Conduct in Compulsory ADR: Reconciling the Tension in the Need for Good Faith Participation, Autonomy, and Confidentiality // *Indiana Law Journal*. — 2001. — № 3 (76).
25. *Winston D. S.* Participation Standards in Mandatory Mediation Statutes: «You Can Lead a Horse to Water... // *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. — 1996. — № 11.

Материал поступил в редакцию 9 июля 2018 г.

ACTIONS OF THE PARTIES TO A CIVIL DISPUTE IN CASE OF MANDATORY MEDIATION: ANALYSIS OF THE U.S. EXPERIENCE⁷¹

KNYAZEV Dmitry Vladimirovich — PhD in Law, Associate Professor, Head of the Department of Civil Procedure Law of the Russian State University of Justice, West Siberian Branch (Tomsk)
kdv1979@inbox.ru
634050, Russia, Tomsk, pl. Lenina, d. 2

Abstract. *In case of compulsory mediation, the court has to assess the actions of the parties before and (or) during the mediation session. The U.S. experience demonstrates the difficulty in setting any common criteria. The USA judicial system has not yet managed to resolve the issue. The requirement of good faith participation in mediation is enshrined in the U.S. legislation and local court rules. The requirement is intended to encourage the parties to exclude abuses during the procedure provided they participate unwillingly. However, since there is no legal definition of good faith, it has not been determined at the level of case law. The doctrine contains different points of view. Jurisprudence sets forth the following prerequisites of good faith participation: the presence of written explanations on the merits of the dispute submitted by the parties to the mediator in advance, the appearance at the mediation session and the participation of a representative who has sufficient authority to discuss and conclude an agreement. The judges assess the participation in several mediation sessions and continuance of the session independently. There are cases when the American judges qualified unilateral refusal of the party to participate in mediation as a basis for imposing sanctions.*

According to most legal scholars, the requirement of good faith participation inhibits the mediation procedure, as the relationship between the parties to the mediation is distorted. The adversarial principle is strengthened, which contradicts the nature of mediation. There is an implicit coercion of the parties to conclude an agreement. It gives an opportunity for additional judicial proceedings concerning responsibility for improper behavior during mediation. Thus, the conflict with the principle of confidentiality of the procedure is inevitable.

Keywords: *Mandatory mediation, judicial conciliation, good faith, pre-trial order, US civil procedure.*

⁷¹ The article was prepared with the support of the Federal State Budgetary Institution “Russian Foundation for Fundamental Research” (grant project No. 17-03-50208).

REFERENCES

1. Abolonin V. O. Sudebnaya mediatsiya teoriya praktika perspektivy [Mediation: theory, practice, prospects developments]. *Infotropik Media [Infotropik Media]*, 2014. In. 6. 408 p.
2. Borisova E. A. Rossiyskaya protsedura mediatsii kontseptsiya razvitiya [Russian mediation procedure: the concept of development]. *Vestnik grazhdanskogo protsesssa [Herald of Civil Procedure]*. 2011. № 1.
3. Velichkova O. I. Sovershenstvovanie semeynogo zakonodatelstva po voprosam mediatsii [Improvement of the Family Legislation on Mediation]. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava. [Actual Problems of Russian Law]*. 2017. № 5.
4. Golovina S. Yu. Mediatsiya i posrednichestvo v trudovykh sporakh sravnitelnyy analiz [Mediation and In-Labor Disputes: Comparative Analysis]. *Arbitrazhnyy i grazhdanskiy protsess [Arbitrazh and Civil Procedure]*. 2016. № 11.
5. Zaitsev A. I. Obyazatel'naya mediatsiya argumenty «za» i «protiv» [Mandatory Mediation: Arguments «For» and «Against»]. *Vestnik grazhdanskogo protsesssa [Herald of Civil Procedure]*. 2012. № 6.
6. Zvereva N. S. Vzaimodeystvie alternativnykh metodov uregulirovaniya sporov i grazhdanskogo sudoproizvodstva v prave Rossii i Frantsii [Interaction of alternative methods of dispute settlement and civil proceedings in the law of Russia and France]. Ed. by V. V. Yarkov. Moscow, Statut, 2017. 384 p.
7. Knyazev D. V. Obyazatelnye primiritelnye protsedury v grazhdanskom sudoproizvodstve federalnykh okruzhnykh sudov SShA [Mandatory settlement proceedings in civil procedure of the United States district courts]. *Tretyeskiy sud [Arbitration]*. 2017. No. 4.
8. Knyazev D. V. Uregulirovanie spora pri posrednichestve sudi v grazhdanskom sudoproizvodstve SShA: genezis [Settlement of the Dispute with the Mediation of the Judge in Civil Proceedings of the United States: Genesis]. *Vestnik grazhdanskogo protsesssa [Herald of Civil Procedure]*. 2016. № 2.
9. Lisicyan V. V. Sudebnoe primirenienie — vektor sovershenstvovaniya arbitrazhno-protsessualnogo zakonodatelstva [Court conciliation is a vector of improving the arbitration-procedural legislation]. *Rossiyskiy sudya [Russian Judge]*. 2012. No. 5.
10. Mikhajlova E. V. Mediatsiya kak otdelnyy sposob uregulirovaniya pravovykh konfliktov v chastnopravovoy sfere [Mediation as a separate way of settlement of legal conflicts in private law sphere]. *Arbitrazhnyy i grazhdanskiy protsess [Arbitrazh and Civil Procedure]*. 2012. No. 4, 5.
11. Nosyreva E. I. Stanovlenie instituta mediatsii v Rossii [Formation of Mediation Institute in Russia]. *Razvitie mediatsii v Rossii teoriya, praktika, obrazovanie [Development of mediation in Russia: theory, practice, education : collection of articles]* O. V. Allahverdov, R. Y. Bannikov, O. I. Velichkov [et al.]. Ed. By E. I. Nosyreva, D. G. Filchenko. Infotropic Media; Berlin. Moscow, 2012. In. 4. 320 p.
12. Reshetnikova I. V. I snova o mediatsii kakoy ey byt v Rossii [Again about mediation. What should it be in Russia?]. *Zakon*. 2014. No. 1. P. 84—89.
13. Sevastyanov, G. V. Sovremennyye tendentsii razvitiya ARS v Rossii [Current trends in the development of ADR in Russia]. *Razvitie mediatsii v Rossii teoriya, praktika, obrazovanie sb. st. [Development of mediation in Russia: theory, practice, education : collection of articles]* O. V. Allahverdov, R. Y. Bannikov, O. I. Velichkov [et al.]. Ed. By E. I. Nosyreva, D. G. Filchenko. Infotropic Media; Berlin. Moscow, 2012. In. 4. 320 p.
14. Filipova I. A. Uregulirovanie trudovogo spora posredstvom mediatsii sovremennoe sostoyanie zakonodatelstva praktika ego primeneniya i perspektivy razvitiya [Settlement of Labour Disputes through Mediation: Current Status of Legislation, its Practical Application and Development Perspectives]. *Zhurnal rossiyskogo prava [Journal of Russian Law]*. 2016. No. 6.
15. Yarkov V. V. Minimalnye standarty dosudebnogo uregulirovaniya i primiritelnykh protsedur (postanovka voprosa) [Minimum standards of pre-trial settlement and conciliation procedures (question)]. *Zakon*. 2012. No. 3.
16. Alfini J. J., McCabe C. G. Mediating in the Shadow of the Courts: A Survey of the Emerging Case Law // *Arkansas Law Abstract*. 2001. No. 54.
17. Johnson P. D., Jr. Confidentiality in Mediation: What can Florida Glean from the Uniform Mediation Act? *Florida State University Law Abstract*. 2003. No. 30.
18. Kovach K. K. Good Faith in Mediation-Requested, Recommended, or Required? A New Ethic // *South Texas Law Abstract*. 1997. No. 38.
19. Lande J. Using dispute system design methods to promote good-faith participation in court-connected mediation programs. *UCLA Law Abstract*. 2002 No. 50.



20. *Nelle A.* Making Mediation Mandatory: A Proposed Framework. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. 1992. No. 7.
21. *Riskin L. L.* The Represented Client in a Settlement Conference: The Lessons of *G. Heileman Brewing Co. v. Joseph Oat Corp.* *Washington University Law Quarterly*. 1991. No. 69.
22. *Sherman E. F.* Good Faith Participation in Mediation: Aspirational, Not Mandatory. *Dispute Resolution Magazine*. Winter, 1997.
23. *Thompson P. N.* Good Faith Mediation in the Federal Courts. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. 2011. No. 26 (2—3).
24. *Weston M. A.* Checks on Participant Conduct in Compulsory ADR: Reconciling the Tension in the Need for Good Faith Participation, Autonomy, and Confidentiality. *Indiana Law Journal*. 2001. No. 3 (76).
25. *Winston D. S.* Participation Standards in Mandatory Mediation Statutes: «You Can Lead a Horse to Water... // *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. 1996. No. 11.

Н. А. Коломытцев*,
Л. Н. Одинцова**

ЭТИКА ПРАВА И ПРОБЛЕМЫ ЖЕНСКОЙ ПРЕСТУПНОСТИ В РОССИИ

Аннотация. В статье рассматриваются актуальные проблемы женской преступности и права. Отражены особенности женщин-преступниц, связанные с исторически обусловленным местом женской преступности в системе общественных отношений, социальными ролями и функциями, биологической и психологической спецификой. Раскрыты динамика и тенденции развития женской преступности, в частности в конце прошлого столетия. Перечислены виды преступлений, совершаемых женщинами, к числу которых относятся насильственные деяния (убийство, и убийство матерью новорожденного ребенка в частности, причинение вреда здоровью различной степени тяжести, заражение венерической болезнью); хищения в форме краж чужого имущества, простые грабежи, мошенничество, присвоение и растрата; деяния в сфере незаконного оборота наркотических средств, психотропных веществ и их аналогов; разбойные нападения и вымогательство в составе соучастия. Выявлено новое преступление женщин — киллерство, т.е. убийство по заказу. Проводится сравнительный анализ женской и мужской преступности. Приводятся точки зрения специалистов в рассматриваемой сфере, а также собственная авторская позиция. Теоретические положения и собственные исследования подтверждены примерами из следственно-судебной практики.

Проанализированы нормативные правовые акты, регулирующие борьбу с указанным социальным явлением. Установлено, что женщины в состоянии алкогольного и наркотического опьянения значительно чаще совершают преступления, чем в трезвом состоянии. Обоснованы предложения по совершенствованию деятельности правоохранительных органов и общественности в противодействии женской преступности посредством совершенствования норм уголовно-исполнительного законодательства.

Ключевые слова: государство, женская преступность, криминальное поведение, личность, наркотики, общество, преступления, психологические особенности, рецидив, хищения.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.143.10.146-156

В русской дореволюционной юридической литературе содержались публикации, касающиеся женской преступности. Во время формирования криминологической науки многие исследователи рассматривали преступность женщин с биологических позиций. Позднее

© Коломытцев Н. А., Одинцова Л. Н., 2018

* Коломытцев Николай Алексеевич, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовного права и процесса Юридического института (Санкт-Петербург), почетный сотрудник МВД России, заслуженный юрист РФ

kolomyttseva.olga@yandex.ru

600023, Россия, г. Владимир, Судогодское ш., д. 27ж, кв. 61

** Одинцова Любовь Николаевна, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовно-исполнительного права и криминологии Кузбасского института ФСИН России, полковник внутренней службы lyizka77@mail.ru

654066, Россия, г. Новокузнецк, пр. Октябрьский, д. 49

ученые стали учитывать не только биологические особенности, но и социальное положение, и социальную роль женщин в этой сфере.

Известно, что женская преступность имеет свои особенности. Как отмечает Ю. М. Антонян, преступность женщин отличается от преступности мужчин своими масштабами, характером преступлений и их последствиями, способами и орудиями совершения, выбором жертвы преступного посягательства, влиянием на правонарушения семейно-бытовых и сопутствующих им обстоятельств¹. Эти особенности связаны с исторически обусловленным местом женщины в системе общественных отношений, ее социальными ролями и функциями, биологической и психологической спецификой. Верно и высказывание о том, что структура женской преступности не повторяет мужскую, она специфична и в значительной мере определяется теми видами преступлений, которые наиболее присущи женщинам². Такие формулировки обоснования женской преступности у нас не вызывают вопросов.

Длительное время соотношение женской и мужской преступности оставалось устойчивым и составляло примерно 1 : 9 и 1 : 8. В начале 90-х гг. XX в. число преступлений, совершенных женщинами, стало возрастать. При этом увеличилась доля женщин, которые совершали тяжкие и насильственные преступления.

Рассматривая названную проблему, И. И. Карпец утверждал, что женщины нередко совершают насильственные преступления. Однако среди женщин более распространены хищения, присвоение, растрата, заражение венерической болезнью и уклонение от лечения. Немалое место занимали так называемые дела частного обвинения в части клеветы³. Несложно заметить, что значительную часть преступлений в тот период женщины совершали в рамках своей профессиональной деятельности.

Россия, отказавшись от прежнего политического курса и экономической концепции социализма, с трудом перешла на путь развития

рыночного типа, т.е. свободного предпринимательства в условиях равенства всех форм собственности. Нельзя умолчать и о том, что этот процесс оказался достаточно болезненным, повлекшим наряду с другими отрицательными последствиями и рост женской преступности.

В. А. Серебрякова справедливо писала, что за последнее три года число выявленных женщин, совершивших тяжкие преступления, выросло более чем в 4 раза. Удельный вес женщин, совершивших тяжкие преступления, в 1995 г. составил 39 % от всех зафиксированных женщин-преступниц⁴.

Но изменения в женской и мужской преступности совпадают не всегда, а зачастую бывают различными, в том числе и по своей структуре. Такие изменения можно объяснить психологическими особенностями личности женщин с преступным поведением.

Известный интерес в изучении этого вопроса представляют следующие данные. В течение 1996—1999 гг. выросло число женщин, совершивших вымогательство (почти в 3 раза), обман покупателя (в 2 раза), умышленное повреждение или уничтожение имущества (в 2 раза), мошенничество (в 5 раз), кражи (в 2,5 раза). Параллельно темпы роста количества женщин, совершивших кражи чужого имущества, превысило практически в 2 раза аналогичные преступления у мужчин⁵.

Мы выявили, что увеличилась на 4,6 % доля женщин, совершающих преступления под воздействием наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов. Просматриваются усиление агрессивности, жестокости, цинизма у 28,5 % женщин-преступниц. Это позволяет констатировать тревожную нравственную и психологическую атмосферу, формирующуюся в обществе.

Детальный анализ показывает, что изменения в преступности женщин происходят неодинаково в субъектах РФ. Между тем существует одна закономерность, которая заключается в том, что в тех регионах, где общий коэффици-

¹ См.: Криминология : учебник / под ред. В. Н. Кудрявцева, В. Е. Эминова. М. : Юрист, 2006. С. 299.

² *Одинцова Л. Н.* Современный портрет преступниц женщин, осужденных к наказаниям, не связанным с лишением свободы // Уголовно-исполнительная система сегодня: взаимодействие науки и практики : материалы Всероссийской научно-практической конференции, 25—26 октября 2017 г. / отв. ред. А. Г. Чириков. Новокузнецк : Кузбасский институт ФСИН России, 2017. С. 118.

³ См.: *Карпец И. И.* Преступность: иллюзии и реальность. М. : Российское право, 1992. С. 309.

⁴ См. об этом: Криминология : учебник для вузов / под общ. ред. А. И. Долговой. 4-е изд., перераб. и доп. М. : Норма, 2013. С. 669.

⁵ См.: Криминология : учебник для вузов / под общ. ред. А. И. Долговой. С. 669—670.

ент преступности выше, выше и коэффициент женской преступности. В связи с этим более высокий уровень женской преступности в конце 1990-х гг. фиксировался в Красноярском, Пермском краях, Свердловской области и Республике Хакасия.

Рецидив преступлений как сложное социально-правовое явление представляет особую угрозу для интересов и безопасности общества. Опасность рецидива обусловлена тем, что в статистике он на протяжении многих десятилетий проявляет завидную устойчивость.

По данным А. И. Алексеева, за годы реформ среди преступниц возросло число ранее судимых женщин, совершивших преступления в группах, включая организованные сообщества. В числе многократно судимых женщин все чаще встречаются опустившиеся, спившиеся лица, утратившие социально значимые связи и жизненные перспективы. Процесс социально-нравственной деградации указанной категории преступниц происходит по общему правилу гораздо интенсивнее, чем у неоднократно судимых мужчин. Возраст, образование, социальное положение и некоторые другие признаки личности женщин-преступниц большими отклонениями от среднестатистических показателей не отличается⁶.

Сказанное выше наглядно демонстрирует необходимость учета обстоятельств, имеющих место до первой судимости, знания личности преступниц и важности комплексного подхода в противодействии рецидиву преступлений.

В начальный период XXI в. в России наблюдался рост преступности в целом. Это отрицательное социально-правовое явление существенно осложняло криминогенную обстановку и социальный фон в обществе.

Т. Н. Волкова отмечает, что закономерным событием в тех условиях был рост женской преступности. Среди особо опасных тенденций женского криминального поведения выделялись такие, как интенсивный рост тяжких деяний, устойчивый удельный вес рецидива (фактически до 32 %), омоложение преступниц, увеличение количества женщин пожилого возраста, а также инвалидов, осужденных⁷ к уголовному наказанию.

В числе нового вида преступлений, используемых женщинами, выделяется киллеровство,

т.е. убийство по заказу. Одной из разновидностей преступлений стало убийство по найму, совершенное женщинами-снайперами на территории Чеченской Республики, а позднее — Украины.

Изучение 120 личных дел и опрос 30 женщин, осужденных за совершение убийств, показывают следующее. Лишь 8 % убийств совершено лицами женского пола из корыстных побуждений, 20 % стали результатом мести сожителю/мужу/родственникам. 32 % убийств совершены женщинами из ревности, почти столько же — 35 % убийств — совершаются на бытовой почве и вызваны различными причинами. 5 % этих особо тяжких преступлений приходится на убийство матерью новорожденного ребенка.

Заметим, что заранее обдуманый характер большинства убийств определял и выбор женщинами орудий преступлений. Ими, как правило, стали кухонные ножи.

Значительная часть женщин, совершивших убийство, относится к возрастам 20—24 гг. и 25—29 лет. Более 60 % этих лиц не состояли в браке или были разведены.

Указанные криминологические факторы необходимо учитывать в следственно-судебной практике и для совершенствования предупреждения убийств.

Результаты нашего исследования подтверждают негативное влияние криминализации общественных отношений в стране на преступное поведение ряда социальных слоев, в том числе женщин. Незначительное снижение количественных показателей современной женской преступности не изменило ее качественных параметров. Так, росла доля тяжких и особо тяжких преступлений, в противоправных посягательствах просматривались организованность и криминальный профессионализм.

С учетом вышесказанного приведем следующий пример. Булатова, гражданка РФ, ранее судимая, совершила мошенничество в особо крупном размере в отношении 52 потерпевших путем злоупотребления доверием. Суксунский районный суд Пермского края признал Булатову виновной в совершении преступления, предусмотренного ч. 4 ст. 159 УК РФ, и назначил ей наказание в виде лишения свободы на срок 4 года с отбыванием в исправительной колонии

⁶ См.: Алексеев А. И. Криминология : курс лекций. М. : Щит-М, 1998. С. 221—222.

⁷ См.: Волкова Т. Н. Криминологические и правовые проблемы женской преступности в современной России : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Рязань : Академия права и управления Минюста России, 2001. С. 3.

общего режима со штрафом в размере, указанном в приговоре.

В данном случае злоупотребление доверием как способ мошенничества состояло в использовании доверительных отношений, которые имелись у субъекта преступления и потерпевших. Доверие базировалось на определенных юридических или фактических основаниях.

Изучая рассматриваемые вопросы, Е. Г. Телегина выяснила, что наибольший прирост женской преступности отмечен в 2006 г. — 205 000 человек. Наряду с этим вызывает озабоченность рост рецидивной преступности лиц женского пола, представляющей повышенную общественную опасность⁸. В этой связи сотрудникам правоохранительных органов следует анализировать специфику рецидива преступлений, совершенных женщинами, и эффективно использовать такую информацию.

Среди иных негативных социальных явлений, влияющих на состояние женской преступности, стали алкоголизация и наркомания. Полученные нами данные свидетельствуют, что 52 % женщин совершили преступления в состоянии алкогольного опьянения, 23 % — в трезвом состоянии, 25 % — после употребления наркотических веществ. Однако суды накладывают обязанность пройти лечение от алкоголизма и наркомании женщинам, соответственно, лишь в 27 и 18 %.

В монографии «Женские лики наркопреступности: состояние проблемы, законодательство, практика» содержится анализ преступности женщин, употребляющих наркотические средства, психотропные вещества или их аналоги.

В частности, авторы прослеживают распространенность преступлений, совершаемых рассматриваемой категорией лиц⁹. Авторы этой работы подчеркивают: «Если в начале 90-х годов прошлого столетия отмечалось, что “важным в криминологическом аспекте обстоятельством представляется незначительная, по сравнению с мужчинами, доля насильственных преступлений, совершаемых женщинами-наркоманками”¹⁰, то сегодня этого сказать уже нельзя, ибо в новых условиях женщины-наркоманки, если можно так выразиться, как бы с утроенной энергией наверстывают упущенное и все чаще совершают насильственные, агрессивные и другие общеуголовные (не выражающиеся в наркообороте — ст. 228—233 УК РФ) преступления.

По экспертным оценкам, уровень немедицинского употребления наркотиков за последние годы вырос в 20 раз¹¹. Примерно треть всех преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотиков, совершаются в состоянии наркотического опьянения, а среди женщин этот показатель составляет около 50 %¹². Ежегодно совершается около 18 000 преступлений в состоянии наркотического и токсического опьянения, в том числе почти 2 000 женщинами. Годовой темп прироста таких преступлений составляет 12,4 %. Количество лиц, их совершивших, превышает 14 000¹³. Свыше 12 000 — мужчины и около 1 500 — женщины».

Следовательно, для противодействия незаконному обороту наркотических средств, психотропных веществ и их аналогов нужны программы сбалансированного подхода, привлечение

⁸ Телегина Е. Г. Проблемы предупреждения повторных преступлений, совершенных лицами женского пола : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов : Саратовский юридический институт МВД России, 2010. С. 3.

⁹ Грязнов И. М., Кириллов М. А., Панченко П. Н. Женские лики наркопреступности: состояние проблемы, законодательство, практика. Н. Новгород : Нижегородская академия МВД России, НФ ГУ ВШЭ, 2006. С. 57.

¹⁰ Алферов Ю. А., Калманов Г. Б., Козюля В. Г., Шипилов Ю. А. Особенности воспитательной работы в ИТУ с женщинами-наркоманками. Домодедово : Всесоюзный институт повышения квалификации МВД СССР, 1991. С. 128.

¹¹ Гришко А. Я. О незаконном обороте наркотиков // Российский криминологический взгляд. 2005. № 3. С. 88 ; Киркина Н. В. Основные направления воздействия на женскую наркопреступность // Вестник МГОУ. Серия «Юриспруденция». 2015. № 3. С. 120—127.

¹² По данным В. М. Данилова, эти показатели по состоянию на 2000 г. составили соответственно 30 и 43 % (см.: Данилов В. М. Криминальная наркомания женщин : анализ и предупреждение : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 46). И. Н. Дружинин применительно к такому преступлению, как хищение наркотиков, говорит о 35 и 50 % (см.: Дружинин И. Н. Ответственность за хищение наркотических средств по советскому уголовному праву : дис. ... канд. юрид. наук. Харьков, 1980. С. 134).

¹³ Гришко А. Я. Указ. соч. С. 89.

специалистов различных отраслей знаний, использование позитивного зарубежного опыта и др. Эта деятельность должна осуществляться на принципах уважения прав и основных свобод человека и международных правовых актов.

Можно согласиться с мнением К. А. Деминной, которая отмечает проявившиеся в последние годы нестабильность и неоднозначность отдельных показателей женской преступности. С одной стороны, с 2008 г. в ней наметилась тенденция снижения абсолютного числа, а с 2009 г. — и удельного веса женщин в общем числе преступников. Значение коэффициента преступности женщин в стране, рассчитанного на 100 000 человек, в период 2008—2010 гг. также снизилось с 303,7 до 259,1¹⁴. Этот показатель преступности женщин проявляется в определенной степени и в настоящее время.

Сравнительный анализ статистических данных и изучение существующей практики свидетельствуют, что динамика женской преступности, как и преступности в целом, носит достаточно волнообразный характер. Так, например, доля женщин среди всех совершивших преступления в 2000 г., составила 16,3 %, в 2001 г. — 17 %, в 2002 г. — уже 17,8 %¹⁵.

В 2003 г. в Российской Федерации удельный вес зарегистрированных преступлений, совершенных женщинами, был равен 11,8 %, в 2004 г. — 13,4 %. В течение 2005—2006 гг. количество зафиксированных преступлений резко возрастает, их удельный вес составляет соответственно 13,9 % и 15,3 %. Еще более высокий удельный вес женской преступности наблюдался в 2007 г. — он поднялся до 16 %.

В последующие шесть лет удельный вес женской преступности незначительно снизился и составлял в 2008 г. 15,5 %, в 2009 — 15,4 %, в 2010 — 15,3 %, в 2011 — 15,4 %, в 2012 — 15,4 %, в 2013 г. — 15,7 %.

Однако в 2014 г. последовал прирост женской преступности, сохранялась ее общественная опасность, в совершение преступлений вовлеклись представительницы различных социальных групп. За указанный период удельный вес совершенных женщинами преступлений

поднялся до 16,2 %. В 2015 г. этот показатель составил 14,5 %, а в течение 2016 г. — 14,4 %¹⁶.

Эти данные имеют важное значение для изучения характера, общественной опасности совершенных женщинами преступлений и их личности. Именно показатели преступности и личность преступника дают представление о факторах и тех чертах, которые привели к противоправному поведению.

В число насильственных преступлений входят разные уголовно-наказуемые деяния. Это предполагает определенные различия между лицами, совершающими такие преступления, и формирование отдельных категорий правонарушителей.

В настоящей статье мы ограничиваемся анализом лишь одной категории преступников: тех, кто совершает такие наиболее опасные посягательства, как убийство. Указанная проблема не раз становилась предметом научных исследований. Их результаты учитывались авторами при подготовке настоящей работы.

Длительное время удельный вес женщин среди лиц, осужденных за убийство, достигал 16,2 %. В конце 1990-х гг. этот показатель снизился, но оставался достаточно высоким в 2000—2016 гг. В числе этих преступлений значительную долю составляют убийства матерью новорожденного ребенка.

Довольно незначительно участие женщин в убийстве, совершенном при превышении пределов необходимой обороны либо при превышении мер, необходимых для задержания лица, совершившего преступление. Это объясняется совокупностью причин различного плана. Так, например, редкое совершение женщинами убийств из хулиганских побуждений и с превышением пределов необходимой обороны связано с особенностями женского поведения в социуме.

Вторым объяснением этого факта является меньшая распространенность употребления женщинами алкогольных напитков. Общеизвестно, что именно для убийства из хулиганских побуждений особенно характерно состояние опьянения при отсутствии других причин.

¹⁴ Демина К. А. Криминологическая характеристика и детерминанты современной женской преступности (на материалах Кемеровской, Новосибирской и Томской областей) : дис. ... канд. юрид. наук. Томск : Томский государственный университет, 2011. С. 3.

¹⁵ См.: Криминологическая характеристика корыстной женской преступности на территории Российской Федерации : аналитический материал. М., 2006. С. 2—3.

¹⁶ Состояние преступности в России за январь — декабрь 2003—2016 годов. М. : Главный информационно-аналитический центр МВД России, 2004—2017. С. 31, 34.

Еще одна, третья, причина состоит в том, что абсолютное большинство женщин (95 %) во много раз больше, чем мужчины, находятся в семейной домашней обстановке. Они связаны с уходом за детьми, родственниками, тратят время на приготовление еды и другие заботы. Поэтому женщины намного реже мужчин оказываются в условиях, в которых, как правило, совершаются различные виды убийств.

Сформулированный вывод подтверждается и тем, что в числе потерпевших по уголовным делам об убийствах, совершенных женщинами, незнакомые составляют малую часть, причем в этих случаях женщины оказывались соучастниками преступления. При этом незнакомые потерпевшие от убийств мужчины зачастую становятся жертвами хулиганов и лиц, совершающих разбойные нападения.

Основную часть иных убийств, совершаемых женщинами, составляют убийства любовника/сожителя и мужа. По некоторым данным, этот вид убийства у женщин встречается почти в шесть раз чаще, чем у мужчин убийство жены или сожительницы. Это обстоятельство сотрудниками уголовного розыска и следствия целесообразно учитывать в своей служебной деятельности.

Нравственные качества и психологические особенности женщин, которые совершают хищения чужого имущества, прежде всего зависят от сформировавшихся у них потребностей, ориентирующих на совершение преступлений для их удовлетворения. Изучение уголовных дел лиц рассматриваемой категории показывает, что часть этих потребностей сами по себе не являются предосудительными и свойственны весьма широкому кругу граждан.

Но у преступниц они перестают быть общественно оправданными, гипертрофируются, как бы наращиваются, приобретают порочный характер. Поэтому потребности во вкусной еде и алкогольных напитках, участие в сомнительных компаниях нередко перерастают в привычку к массовому пьянству. Половые связи превращаются в разгулы, разврат и уже в этом своем качестве постепенно определяют преступное поведение указанных женщин.

Совершение грабежа и разбоя не связано с определенной формой доступа виновной к похищаемому имуществу, как это проявляется при должностном хищении. Женщины — субъекты названных преступлений по своей соци-

ально-правовой характеристике существенно отличаются от лиц, совершающих хищения с использованием своего должностного положения. Вместе с тем женщины-преступницы, совершающие грабежи и разбои, имеют общее с лицами, совершающими кражи. Эта общность не зависит от принадлежности похищенного имущества. Зачастую данные преступления совершает один и тот же человек. Преобладание корысти во время совершения грабежа и разбоя значительно отличает женщин — субъектов этих преступных деяний от субъектов преступлений, посягающих только на личность. Эта особенность не позволяет в полной мере изучать женщин, осужденных за кражи, грабежи и разбои. Криминологический подход здесь отличается от уголовно-правовой классификации.

Нельзя при этом не отметить следующий факт. Около 21 % женщин, занятых трудом в сфере торговли, чаще, чем в иных отраслях деятельности, подвержены алкоголизму. Данному негативному социальному явлению способствуют доступность спиртных напитков, необходимость поддерживать деловые отношения с «нужными людьми». Эта склонность проявляется и у официанток ресторанов, баров, кафе, где существует интимная, а иногда и сексуальная атмосфера, начинающаяся с шампанского. Разумеется, не все женщины подвержены таким соблазнам и ведут преступный образ жизни. Тем не менее объективно все сказанное — условия, которые способствуют совершению преступлений.

Знание личности женщин-преступниц имеет большое значение в следственно-судебной практике, деятельности уголовно-исполнительной системы и при вынесении обоснованного приговора, выборе методов воздействия в ходе исполнения наказания. Данные о качествах и свойствах личности указанной категории женщин могут быть использованы и в профилактике криминальных действий. Поэтому авторы уделили определенное внимание психологическим особенностям женщин, совершающих преступления.

Рассматривая отдельные виды преступлений, совершаемых женщинами, следует учитывать особенности их организма. Отечественные ученые-психологи и юристы пишут, что на поведение женщин влияют месячные циклы, наступление климакса, психологические свойства — взгляды, убеждения, оценки, отношения к сторонам нашей жизни и т.п.¹⁷

¹⁷ Краткий психологический словарь / сост. Л. А. Карпенко, под общ. ред. В. А. Петровского, М. Г. Ярошевского. М. : Политиздат, 1985. С. 163—164 ; Исправительно-трудовая психология : учеб. пособие / под

По сведениям департаментов здравоохранения ряда регионов, около 97 % женщин отличаются впечатлительностью, чувствительностью, сентиментальностью, что проявляется в жизненных и криминальных ситуациях.

Процесс женской акселерации происходит более заметно, чем у мужчин, и чаще сопровождается приобретением негативного опыта половых связей. На психологию 89 % женщин воздействуют случаи внебрачной беременности, перенесение венерических заболеваний и ВИЧ-инфекции. Свыше 74 % женщин отличаются повышенной возбудимостью, легко поддаются под влияние авторитарных знакомых и отрицательных групповых настроений. Эти и другие причины тоже способствуют совершению преступлений.

Острота ситуации заключается в том, что рецидивная преступность женщин остается самостоятельным явлением с характерной для нее спецификой. Рецидивная преступность женщин в определенной степени совпадает с общими показателями женской преступности. Но в то же время она приближается к мужской преступности. По оценкам многих криминологов, рецидив преступлений женщин достаточно устойчив и колеблется в пределах 25—30 %.

Таким образом, необходимы учет особенностей личности ранее судимых женщин, дифференцированный подход сотрудников правоохранительных органов к профилактической работе с ними. Профилактика аморального поведения, пьянства и наркомании являются важным звеном в системе борьбы с рецидивной преступностью.

Общеизвестно, что подозреваемые и обвиняемые женского пола содержатся под стражей в местах принудительной изоляции. Данное обстоятельство существенно изменяет правовое положение указанных категорий лиц.

В соответствии с действующим законодательством подозреваемые и обвиняемые женщины пользуются бесплатно коммунально-бытовыми услугами, имеют гарантированное трехразовое горячее питание, право на получение посылок, передач и бандеролей, медицинское обеспечение и т.д. При этом заключенные

под стражу женщины практически не привлекаются к труду.

Поэтому для реализации социальной справедливости представляется уместным дополнить п. 10 ст. 16 Федерального закона РФ от 15 июля 1995 г. № 103-ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» следующим текстом: «Подозреваемые и обвиняемые в совершении преступления женщины не старше 55 лет, кроме подозреваемых и обвиняемых беременных женщин, подозреваемых и обвиняемых кормящих матерей, подозреваемых и обвиняемых женщин, имеющих детей в возрасте до трех лет, привлекаются к общественно полезному труду по уборке территории места содержания под стражей без оплаты.

Порядок и условия уборки территории, прилагающей к месту содержания под стражей, охрана и надзор за подозреваемыми и обвиняемыми женщинами во время их работы регулируются нормативными правовыми актами уголовно-исполнительной системы».

Эти нормы, по нашему мнению, должны укрепить дисциплину, повысить ответственность подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений женщин, приобщить их к социально значимой деятельности, создать определенные предпосылки для ресоциализации после освобождения из мест лишения свободы.

На основании приговора суда, вступившего в законную силу, осужденные женщины отбывают уголовное наказание в исправительных колониях общего режима (п. «б» ч. 1 ст. 58 УК РФ). Как одно из основных средств исправления осужденных режим в этих исправительных учреждениях (ст. 82 Уголовно-исполнительного кодекса РФ, далее — УИК РФ) является наиболее концентрированным способом выражения принуждения. Наше исследование подтверждает, что в ряде исправительных учреждений уголовно-исполнительной системы накоплен положительный опыт применения режима исполнения и отбывания наказания¹⁸. При этом ключевые параметры этой деятельности регулируются законодательством и нормативными правовыми актами Министерства юстиции РФ

ред. К. К. Платонова, А. Д. Глоточкина, К. Е. Игошева. Рязань : РВШ МВД СССР, 1985. С. 192 ; *Одинцова Л. Н.* Личность преступника: понятие и криминологическая характеристика : монография. Саарбрюккен : Lambert Academic Publishing, 2016. С. 19—20.

¹⁸ Подробнее см.: *Коломытцев Н. А., Одинцова Л. Н.* Уголовно-правовые и уголовно-исполнительные проблемы борьбы с преступностью в России // Вестник Владимирского юридического института. 2017. № 3 (44). С. 95—100.

и ФСИН России. Последние создали правовую модель режима в колониях, где содержатся осужденные женщины.

Тем не менее действующий закон лишь предполагает использование технических средств надзора и контроля за поведением осужденных к лишению свободы. Поэтому мы предлагаем ввести правило в ч. 1 ст. 83 УИК РФ, обязывающее администрацию исправительных учреждений повсеместно использовать технические средства надзора и контроля, особенно возможности видеонаблюдения и иных новых технологий за поведением осужденных в местах лишения свободы. Такая новация создает предпосылки для более эффективного предупреждения нарушений режима со стороны осужденных, совершения ими побегов¹⁹ и других преступлений.

Нельзя не обратить внимание еще на одно из основных средств исправления осужденных, которым является воспитательная работа. Однако она в меньшей мере (в этом состоит ее отличие от режима) урегулирована законом. Практика настоятельно требует научного подхода и действенного использования в воспитательной работе с лишенными свободы совершенствования законодательства с учетом международных обязательств.

Заметим, что в наименовании гл. 15 УИК РФ термин «воспитательная работа» отсутствует. Вместо указанной дефиниции введено название «воспитательное воздействие на осужденных к лишению свободы». Наряду с этим в законе сформулированы задачи воспитательной

работы с осужденными к лишению свободы, а также ее основные формы и методы (ст. 109, 110 УИК РФ).

Название главы действующего законодательства не ориентирует администрацию исправительных учреждений на организацию и проведение воспитательной работы с осужденными разного пола, хотя именно воспитательная работа входит в число основных средств их исправления (ч. 2 ст. 9 УИК РФ). Как видим, в данном законодательном нормативном акте имеется существенная правовая коллизия, нуждающаяся в устранении.

Представляется, что изменение названия гл. 15 УИК РФ и более последовательная формулировка задач воспитательной работы с осужденными обеспечит правильную оценку назначения учреждений уголовно-исполнительной системы, установку на исправление, изменение отношения к совершенному преступлению.

Гуманизация назначения и исполнения наказания в отношении осужденных женщин неразрывно связана с устранением нравов, противоречащих законопослушному образу жизни в обществе. Эта центральная линия государства находит свое отражение в основных средствах исправления осужденных, которые должны применяться с учетом современных условий. Преступная деятельность женщин создает и изменяет правовые отношения среди их участников. Правоотношения прекращаются после освобождения женщин от уголовной ответственности или по истечению сроков снятия/погашения судимости.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Алексеев А. И.* Криминология : курс лекций. — М. : Щит-М, 1998. — 340 с.
2. *Алферов Ю. А., Калманов Г. Б., Козюля В. Г., Шипилов Ю. А.* Особенности воспитательной работы в ИТУ с женщинами-наркоманками. — Домодедово : Всесоюзный институт повышения квалификации МВД СССР, 1991. — 108 с.
3. *Волкова Т. Н.* Криминологические и правовые проблемы женской преступности в современной России : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — Рязань, 2001. — 53 с.
4. *Гришко А. Я.* О незаконном обороте наркотиков // *Российский криминологический взгляд.* — 2005. — № 3. — С. 86—93.
5. *Данилов В. М.* Криминальная наркомания женщин : анализ и предупреждение : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2002. — 252 с.

¹⁹ В частности, см.: *Одинцова Л. Н.* Побег из мест лишения свободы, из-под ареста или из-под стражи: уголовно-правовой и криминологический аспекты : учеб. пособие. Новокузнецк : Кузбасский институт ФСИН России, 2018.

6. Демина К. А. Криминологическая характеристика и детерминанты современной женской преступности (на материалах Кемеровской, Новосибирской и Томской областей) : дис. ... канд. юрид. наук. — Томск, 2011. — 194 с.
7. Дружинин И. Н. Ответственность за хищение наркотических средств по советскому уголовному праву : дис. ... канд. юрид. наук. — Харьков, 1980. — 166 с.
8. Женские лики наркопреступности: состояние проблемы, законодательство, практика / И. М. Грязнов, М. А. Кириллов, П. Н. Панченко. — Н. Новгород : Нижегородская академия МВД России ; НФ ГУ ВШЭ, 2006. — 372 с.
9. Исправительно-трудовая психология : учеб. пособие / под ред. К. К. Платонова, А. Д. Глоточкина, К. Е. Игошева. — Рязань : РВШ МВД СССР, 1985. — 360 с.
10. Карпец И. И. Преступность: иллюзии и реальность. — М. : Российское право, 1992. — 432 с.
11. Киркина Н. В. Основные направления воздействия на женскую наркопреступность // Вестник МГОУ. — Серия : Юриспруденция. — 2015. — № 3. — С. 120—127.
12. Коломытцев Н. А., Одинцова Л. Н. Уголовно-правовые и уголовно-исполнительные проблемы борьбы с преступностью в России // Вестник Владимирского юридического института. — 2017. — № 3 (44). — С. 95—100.
13. Краткий психологический словарь / сост. Л. А. Карпенко ; под общ. ред. В. А. Петровского, М. Г. Ярошевского. — М. : Политиздат, 1985. — 431 с.
14. Криминологическая характеристика корыстной женской преступности на территории Российской Федерации : аналитический материал. — М., 2006. — 48 с.
15. Криминология : учебник / под ред. В. Н. Кудрявцева, В. Е. Эминова. — М. : Юристъ, 2006. — 734 с.
16. Криминология : учебник для вузов / под общ. ред. А. И. Долговой. — 4-е изд., перераб. и доп. — М. : Норма, 2013. — 1088 с.
17. Одинцова Л. Н. Личность преступника: понятие и криминологическая характеристика : монография. — Саарбрюккен : Lambert Academic Publishing, 2016. — 249 с.
18. Одинцова Л. Н. Побег из мест лишения свободы, из-под ареста или из-под стражи: уголовно-правовой и криминологический аспекты : учебное пособие. — Новокузнецк : Кузбасский институт ФСИН России, 2018. — 100 с.
19. Одинцова Л. Н. Современный портрет преступниц-женщин, осужденных к наказаниям, не связанным с лишением свободы // Уголовно-исполнительная система сегодня: взаимодействие науки и практики : материалы Всероссийской научно-практической конференции, 25—26 октября 2017 г. / отв. ред. А. Г. Чириков. — Новокузнецк : Кузбасский институт ФСИН России, 2017. — С. 117—122.
20. Состояние преступности в России за январь — декабрь 2003—2016 годов. — М. : Главный информ.-аналит. центр МВД России, 2004—2017.
21. Телегина Е. Г. Проблемы предупреждения повторных преступлений, совершенных лицами женского пола : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Саратов, 2010. — 228 с.

Материал поступил в редакцию 6 марта 2018 г.

ETHICS OF LAW AND PROBLEMS OF FEMALE CRIME IN RUSSIA

KOLOMYTTSEV Nikolay Alekseevich — Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of Criminal Law and Procedure of the Law Institute (St. Petersburg), Honorary Officer of the Ministry of the Interior of Russia, Honored Lawyer of the Russian Federation
kolomyttseva.olga@yandex.ru
600023, Russia, Vladimir, Sudogodskoye Shosse, d. 27zh, kv. 61

ODINTSOVA Lyubov Nikolaevna — PhD in Law, Docent, Associate Professor of the Department of Penal Law and Criminology of the Kuzbass Institute of the Federal Penal Service of Russia, Internal Service Colonel
lyizka77@mail.ru
654066, Russia, Novokuznetsk, Oktyabrsky prospect, d. 49

Abstract. *The article deals with the topical problems of women's crime and law. The features of female criminals associated with the historically determined place of female crime in the system of social relations, social roles and functions, biological and psychological specifics are reflected. Dynamics and tendencies of development of female crime, in particular at the end of the last century are revealed. The authors list the types of crimes committed by women, which include violent acts (murder and murder of a newborn child in particular, causing harm to health of varying severity, infection with venereal disease); theft in the form of theft of someone else's property, simple robberies, fraud, embezzlement; acts in the field of illegal trafficking in narcotic drugs, psychotropic substances and their analogues; robbery and extortion as part of complicity. A new crime that women commit has been identified, that is a contract murder.*

A comparative analysis of female and male crimes is conducted. Experts' standpoints in the field under consideration, as well as the author's own position are given. Theoretical standings and own researches are confirmed by examples from investigative and court practice.

The author analyses the regulatory legal acts dealing with the fight against specified social problem. The influence of alcohol and drug addiction on legal relations with the state is highlighted. It is established that women in a state of alcoholic and narcotic intoxication are much more likely to commit crimes than in a sober state. Proposals to improve the activities of law enforcement agencies and the public in combating women's crime by improving the norms of penal legislation are substantiated.

Keywords: *state, female crime, criminal behavior, personality, drugs, society, crimes, psychological characteristics, repeated crime, theft.*

REFERENCES

1. Alekseev A. I. *Kriminologiya : kurs lektsiy* [Criminology : A Lecture Course]. Moscow : Shchit-M Publ., 1998. 340 p.
2. Alferov Yu. A., Kalmanov G. B., Kozyulya V. G., Shipilov, Yu. A. *Osobennosti vospitatel'noy raboty v ITU s zhenshchinami-narkomankami* [Features of educational work in ITU with female drug addicts]. Domodedovo: Vsesoyuznyy institut povysheniya kvalifikatsii MVD SSSR [Domodedovo: All-Union Institute of Continuous Education of the Ministry of Internal Affairs], 1991. 108 p.
3. Volkova T. N. *Kriminologicheskie i pravovye problemy zhenskoy prestupnosti v sovremennoy Rossii: avtoref. dis ... d-ra yurid. nauk* [Criminological and legal problems of female crime in modern Russia : Abstract of the Doctoral Dissertation]. Ryazan, 2001. 53 p.
4. Grishko A.Ya. *O nezakonnom oborote narkotikov* [On drug trafficking]. *Rossiyskiy kriminologicheskiy vzglyad* [Russian Criminological Outlook]. 2005. No. 3. Pp. 86—93.
5. Danilov V. M. *Kriminal'naya narkomaniya zhenshchin: analiz i preduprezhdenie: dis. ... kand. yurid. nauk* [Criminal drug addiction among women : analysis and prevention : PhD Thesis]. Moscow, 2002. 252 p.
6. Dyomina K. A. *Kriminologicheskaya kharakteristika i determinanty sovremennoy zhenskoy prestupnosti (na materialakh kemerovskoy novosibirskoy i tomskoy oblastey): dis. ... kand. yurid. nauk* [Criminological characteristics and determinants of modern female crime (case study of Kemerovo, Novosibirsk and Tomsk regions) : PhD Thesis]. Tomsk, 2011. 194 p.
7. Druzhinin I. N. *Otvetstvennost za khishchenie narkoticheskikh sredstv po sovetskomu ugolovnomu pravu; dis. ... kand. yurid. nauk* [Responsibility for theft of drugs under Soviet criminal law : PhD Thesis]. Kharkiv, 1980. 166 p.
8. *Zhenskie liki narkoprestupnosti: sostoyanie problem, zakonodatel'stvo, praktika* [Female faces of drug crime: state of the problem, legislation, practice]. I. M. Gryaznov, M. Kirillov, P. N. Panchenko. N. Novgorod : Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of the Interior of Russia, HSE, 2006. 372 p.
9. *Ispravitel'no-trudovaya psikhologiya: ucheb. posobie* [Correctional labor psychology : A Study Guide]. Edited by K. K. Platonov, A. D. Potochkin, K. E. Igoshev. Ryazan : Ryazan Higher School of the USSR Ministry of Internal Affairs, 1985. 360 p.
10. Karpets I. I. *Prestupnost: illyuzii i realnost* [Crime: illusions and reality]. Moscow : Russian law, 1992. 432 p.
11. Kirkina N.V. *Osnovnye napravleniya vozdeystviya na zhenskuyu narkoprestupnost* [Main directions of impact on women's drug crime]. *Vestnik MGOU. Seriya: yurisprudentsiya* [Bulletin of Moscow Region State University. Series : Jurisprudence]. 2015. No. 3. Pp. 120—127.

12. Kolomyttsev N.A., Odintsova L.N. *Ugolovnopravovye i ugolovnoispolnitelnye problemy borby s prestupnostyu v Rossii* [Criminal legal and penal issues of combating crime in Russia]. *Vestnik Vladimirskogo yuridicheskogo instituta* [Bulletin of the Vladimir Law Institute]. 2017. No. (44). Pp. 95—100.
13. *Kratkiy psikhologicheskii slovar* [Concise psychological dictionary]. Compiled by L. A. Karpenko. V. A. Petrovsky, M. G. Yaroshevskiy (eds.). Moscow : Politizdat Publ., 1985. 431 p.
14. *Kriminologicheskaya kharakteristika korystnoy zhenskoy prestupnosti na territorii Rossiyskoy Federatsii: analiticheskii material* [Criminological characteristics of mercenary female crime in the territory of the Russian Federation : analytical review]. Moscow, 2006. 48 p.
15. *Kriminologiya: uchebnik* [Criminology : Textbook]. V. N. Kudryavtsev, V. E. Eminova (eds.). Moscow: Yurist Publ., 2006. 734 p.
16. *Kriminologiya: uchebnik dlya vuzov* [Criminology : Course Book for universities]. Edited by Doctor of Law, Professor A.I. Dologova. 4th ed., suppl. Moscow: Norma Publ., 2013. 1088 p.
17. Odintsova L. N. *Lichnost prestupnika ponyatie i kriminologicheskaya kharakteristika: monografiya* [Identity of the offender: concept and criminological characteristics : monograph]. Saarbrucken : Lambert Academic Publishing, 2016. 249 p.
18. Odintsova L. N. *Pobeg iz mest lisheniya svobody, izpod aresta ili izpod strazhi: ugolovnopravovoy i kriminologicheskii aspekty: uchebnoe posobie* [Escape from places of confinement, from under arrest or from-under guards: penal and criminological aspects : Study Guide]. Novokuznetsk : Kuzbass Institute of the Federal Penal Correction Service of Russia, 2018. 100 p.
19. Odintsova L. N. *Sovremennyy portret prestupnits-zhenshchin, osuzhdennykh k nakazaniyam, ne svyazannym s lisheniem svobody* [Contemporary portrait of women-criminals sentenced to punishments not connected with deprivation of freedom]. *Ugolovno-ispolnitelnaya sistema segodnya: vzaimodeystvie nauki i praktiki: materialy Vserossiyskoy nauchnoprakticheskoy konferentsii 25—26 oktyabrya 2017 g.* [Penal system today: interaction of science and practice : Proc. of the All-Russian Scientific and Practical Conference, 25—26 October 2017]. Edited by A. G. Chirikov. Novokuznetsk: Kuzbasskiy institut FSIN Rossii [Novokuznetsk : Kuzbass Institute of the Federal Penal Correction Service of Russia], 2017. Pp. 117—122.
20. *Sostoyanie prestupnosti v Rossii za yanvar-dekabr 2003—2016 godov* [The state of crime in Russia in January-December 2003—2016]. Moscow: Glavnyy informanalit tsentr MVD Rossii [The main information analysis center of the Ministry of the Interior of Russia], 2004—2017.
21. Telegina E. G. *Problemy preduprezhdeniya povtornykh prestupleniy, sovershennykh litsami zhenskogo pola: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk* [Problems of prevention of repeated crimes committed by women : Abstract of the PhD Thesis]. Saratov, 2010. 228 p.

ИЗ ИСТОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

В. А. Авдеев*,
Е. В. Авдеева**

МЕХАНИЗМ УГОЛОВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЙ ПРОТИВ ЖИЗНИ И ЗДОРОВЬЯ В ИСТОРИИ РОССИЙСКОГО ПРАВА

Аннотация. В статье рассматриваются формирование и развитие отечественной уголовно-правовой политики в сфере охраны жизни и здоровья человека. В основу исследования положены сравнительно-правовой и формально-юридический методы, позволившие на основе соотношения формулы правовой регламентации составов преступлений против жизни и здоровья проследить становление механизма уголовно-правовой защиты жизни и здоровья человека. На основе ретроспективного подхода сформулированы выводы о целях наказания, назначаемых за преступления против жизни и здоровья. Сделан вывод об особенностях уголовно-правовой политики государства в период его становления. С учетом происходящих в социально-экономической и политико-правовой сферах изменений прослежена эволюция уголовно-правовой политики, дан анализ факторов, детерминирующих механизм уголовно-правовой охраны жизни и здоровья. Отражен процесс последовательного нормативно-правового оформления в ходе развития российской государственности составов преступлений против жизни и здоровья. Определены методологические принципы охраны в России неприкосновенности жизни и здоровья личности. Обозначены проблемы реализации уголовно-правовой политики в сфере охраны жизни и здоровья, обусловленные адекватизацией мер уголовного наказания. Высказано мнение о принципах реализации уголовного наказания, сопряженных с необходимостью учета совокупности факторов: общественной опасности совершенного преступления и личности преступника, обстоятельств, влияющих на меру государственного принуждения, порядка и условия содержания осужденных. Эффективность уголовно-правовой политики в сфере обеспечения права человека на жизнь и здоровье требует совершенствования законодательной формулы, предполагающей согласованность критериев оценки и квалификации уголовно-правовых норм, дифференциацию наказания исходя из степени причиненного человеку, обществу и государству данными видами преступлений ущерба.

Ключевые слова: уголовно-правовая политика, уголовный закон, преступления против жизни и здоровья, убийство, доведение до самоубийства, телесные повреждения, наказание.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.143.10.157-165

© Авдеев В. А., Авдеева Е. В., 2018

* Авдеев Вадим Авдеевич, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовного права и уголовного процесса Юридического института Югорского государственного университета
vadim.avdeevich@mail.ru

664047, Россия, г. Иркутск, ул. Советская, д. 45

** Авдеева Екатерина Вадимовна, кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного процесса, Восточно-Сибирского института МВД России

e_v_avdeeva@bk.ru

664047, Россия, г. Иркутск, ул. Лермонтова, д. 110

ВВЕДЕНИЕ В ПРОБЛЕМАТИКУ ВОПРОСА УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ ОХРАНЫ ЖИЗНИ И ЗДОРОВЬЯ ЛИЧНОСТИ

Правовая политика РФ по обеспечению национальной безопасности актуализирует разработку приоритетных направлений охраны личности, общества и государства посредством мер уголовно-правового характера¹. Стратегическую роль приобретает институционализация в национальном законодательстве норм, обеспечивающих защиту естественных прав человека². Актуализация проблемы обеспечения личной безопасности человека предопределила ключевую роль уголовно-правовой политики РФ в контексте нормативно-правового регулирования общественных отношений в сфере противодействия насильственной преступности. Необходимо подчеркнуть, что современная уголовно-правовая политика РФ по противодействию насильственной преступности базируется на взаимодействии норм международного и национального законодательства. Вместе с тем национальный механизм охраны жизни и здоровья личности характеризуется последовательным нормативно-правовым оформлением в процессе эволюции российской государственности. В основу поэтапной законодательной регламентации были положены принципы государственно-правового механизма по обеспечению основных прав и свобод человека. Формирование правовой политики в области реализации естественных прав и свобод человека становится определяющим в оформлении методологических принципов неприкосновенности жизни и здоровья личности. Анализ развития отечественной государственности позволяет проследить процесс оформления национальной правовой политики, раскрыть особенности формирования национального механизма уголовно-правовой охраны жизни и здоровья человека.

СТАНОВЛЕНИЕ ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ В СФЕРЕ ОХРАНЫ ЖИЗНИ И ЗДОРОВЬЯ ЛИЧНОСТИ

Появление человеческой цивилизации, сопряженное с формированием государственности, сталкивается с проблемой свободы человека, характеризующейся, начиная с первобытного общества, поведением человека, выступающего индивидуумом, лично определяющим по собственному волеизъявлению линию и меру дозволенного поведения. В результате свобода одних индивидов становится реальной угрозой безопасности жизни и здоровью других членов общества.

Регулирование уголовных правоотношений с возникновением Древнерусского государства базировалось на языческих обычаях, закрепляющих приоритетную роль кровной мести по принципу «око за око, зуб за зуб». Данный правовой обычай, реализуя цель возмездия и устрашения, предоставлял потерпевшему лицу либо его родственникам право на осуществление расправы с преступником. Постепенно законодатель ограничивает перечень «мстителей», ограничивая его по принципу ближайшего родства кругом родственников потерпевшего в лице отца, сыновей, братьев и племянников (ст. 1 Краткой Правды). В случае нежелания «мстить» или отсутствия ближайших родственников предоставлялось право назначения судом уголовного штрафа — «выкупной цены».

Законодательное оформление преступлений против жизни и здоровья наметилось с появлением Русской Правды³. Одной из ключевых предпосылок зарождения насильственной преступности в России являются возникшие в условиях становления отечественной государственности социально-экономические и политико-правовые противоречия в обществе, детерминированные конфликтом личных и имущественных интересов, разрешаемых преимущественно путем осуществления посягательств на жизнь и здоровье человека.

К категории особо тяжких преступлений относили посягательства на жизнь и здоровье

¹ Савин П. Т. Особенности уголовной ответственности за преступления против жизни и здоровья по законам брегонов // Расследование преступлений: проблемы и пути их решения. 2017. № 2 (16). С. 84—87.

² Авдеев В. А., Авдеева О. А. Конституционализация уголовного закона в сфере обеспечения права человека на жизнь // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия «Юридические науки». 2014. № 4. С. 207—216.

³ Артюшина О. В. Вопросы квалификации умышленных преступлений против жизни и здоровья // Правовое применение. 2017. № 3. С. 135.

представителей административно-княжеского аппарата. По данным летописного материала, глава государства и представляющие его интересы органы администрации и суда обладали правом без предварительного расследования применять к лицам, обвиняемым в совершении посягательств на жизнь и здоровье княжеских бояр и слуг, самые суровые виды наказания.

С ростом феодальных противоречий и социальной поляризацией общества вносятся изменения в последующие редакции Русской Правды. Подробная законодательная регламентация убийства была дана в ст. 1—21 Пространной Правды (далее — также ПП). Статьи 23—31, 65, 67—68, 78 Пространной Правды содержат составы преступлений, сопряженных с телесной неприкосновенностью личности. Так, Пространная Правда разграничивает два вида преступлений против здоровья — нанесение увечий, ран, побоев и членовредительство. При этом Пространная Правда подразделяет преступление, связанное с нанесением увечий, ран и побоев, с учетом предмета преступления, в качестве которого признавали — «необнаженный меч, палку, жердь, чашу, рог и руку». Состав преступления против здоровья, связанный с членовредительством, предусматривал повреждение или усечение части тела — руки, ноги, носа, глаз или пальцев.

Исходя из дифференциации степени причиненного общественного вреда, эволюционируются цели уголовного наказания. Вследствие этого охрана жизни и здоровья главы государства и членов его административно-судебного аппарата сопровождалась детальной регламентацией уголовной ответственности. Система мер уголовно-правового характера предусматривала основные и дополнительные наказания. Для устрашения подданного населения и превенции посягательств на жизнь и здоровье главы государства и представителей административно-судебного аппарата стала массово назначаться смертная казнь. Летописные сказания восточных славян, сочинения арабских путешественников, «Поучение» Владимира Мономаха и жития святых свидетельствуют о разграничении простой и квалифицированной смертной казни, осуществляемой на торговой площади при публичном скоплении народа посредством утопления, повешения, сожжения и убиения камнями.

Древнерусское уголовное право, принимая во внимание имущественную дифференциацию общества, разграничивает цели уголов-

но-правового воздействия в виде возмездия и исправления и устанавливает такие виды наказания, как «поток и разграбление», лишение свободы, телесные и членовредительские наказания и уголовный штраф.

«Поток и разграбление» назначались за совершение тяжких преступлений, связанных с убийством в разбое. Основным видом наказания выступал «поток», предусматривающий лишение преступника социального статуса (чина) и права проживать с женой и детьми на прежнем месте жительства, сопряженного с изгнанием на «чужбину» (ст. 7, 35, 83 ПП). Дополнительным к «поток» наказанием являлось «разграбление», представляющее собой полную конфискацию имущества.

Если посягательства против жизни и здоровья были осуществлены непосредственно представителями великокняжеской власти, то суд вправе был назначить наказание в виде лишения свободы путем помещения в тюрьмы (порубы или погребы), которые сооружали на перекрестке торговых путей в силу того, что при отсутствии финансирования государством содержание заключенных возлагалось на родственников или проезжих лиц.

С учетом необходимости создания разветвленного государственного административно-судебного аппарата уголовная политика в сфере назначения наказания характеризуется законодательной детализацией уголовного штрафа. Пространная Правда устанавливает назначение двойного уголовного штрафа, размер которого варьировался в зависимости от состава преступления и социального статуса преступника и потерпевшего. В случае убийства в пользу Великого киевского князя назначалась «вира», в пользу родственников убитого — «головничество». Так, например, при убийстве «княжа муж» размер «виры» достигал 80 гривен серебра (ст. 3 ПП). За убийство иных лиц мужского пола, имеющих статус свободы, назначалась вира в размере 40 гривен серебра (ст. 1, 11 ПП). Убийство свободной женщины каралось вирой в 20 гривен серебра (ст. 88 ПП). В случае убийства феодально-зависимых смердов и лично-зависимых челядинов вира не превышала 6 гривен серебра (ст. 14, 16 ПП). Размер «головничества» определялся усмотрением суда.

При совершении преступления против здоровья, сопряженного с нанесением ран, побоев и других увечий или совершением членовредительства, устанавливался уголовный штраф в пользу князя — «продажа» и в пользу потер-

певшего — «урок». Например, при нанесении ран мечом «продажа» составляла 3 гривны серебра, «урок» — 1 гривну серебра (ст. 30 ПП); за «выбитие зуба до крови» взыскивалась «продажа» в размере 12 гривен серебра, «урок» — 1 гривны серебра.

Летописный материал свидетельствует о распространении в судебной практике вотчинных квазисудов телесных болезненных наказаний, осуществляемых посредством розг и клеймения. Так, согласно ст. 65 Пространной Правды регламентируется применение «сечения» к холопу, ударившему свободного человека.

ЭТАПЫ РАЗВИТИЯ ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ В СФЕРЕ ОХРАНЫ ЖИЗНИ И ЗДОРОВЬЯ ЛИЧНОСТИ

Социально-экономические и политические преобразования, происходившие на территории Древнерусского государства в XII—XIV вв., отразились на основных направлениях реализации уголовно-правовой политики. Псковская судная грамота (далее — ПСГ) предусматривает разграничение преступлений против жизни и здоровья⁴. К преступлениям против жизни и здоровья причисляли убийство и побои. Убийство («головшина») заключалось в причинении смерти другому человеку (ст. 96 ПСГ). Закон стал разграничивать составы отцеубийства и братоубийства (ст. 97 ПСГ).

Регламентируя понятие побоев, псковское законодательство предусматривало совершение насильственных действий посредством нанесения ударов, не нарушающих анатомическую целостность тканей организма человека, но сопровождающихся причинением физической боли (ст. 20, 27, 80, 105, 111 ПСГ). «Учение боя на торгу, улицах Пскова или пригородах», завершившееся до суда «прощением» сторон, влекло освобождение виновного лица от уголовной ответственности (ст. 80 ПСГ).

Основные тенденции уголовно-правовой политики Русского централизованного государства в сфере регламентации преступлений против жизни и здоровья получили отражение в Судебнике 1497 г. К числу преступлений против жизни и здоровья относили убийство и побои. Квалифицирующим признаком «душегубства» признавалось причинение приписными крестьянами и горожанами смерти своим го-

сподам. Наказанием «государскому убойце» служила смертная казнь (ст. 9). Совершение убийства лицом, имеющим судимость за ранее реализованное преступление («ведомым лихим человеком»), также имело квалифицирующее значение.

Необходимо заметить, что нанесение побоев не всегда сопровождалось назначением виновному лицу наказания. Такой подход был обусловлен позицией законодателя, предусматривающего возможность примирения сторон. Исходя из частного-публичного характера обвинения, суд взыскивал с участников процесса «езд и хоженое». В свою очередь, несостоявшееся примирение сторон требовало назначения осужденному уголовного штрафа («продажи»). Массовое антикрепостническое движение в период централизации Русского государства потребовало изменения действовавшей системы наказаний. Устрашению социальных низов прежде всего способствовало широкое распространение смертной казни. В этой связи увеличивается перечень преступлений, предусматривающих в качестве меры наказания смертную казнь. Смертная казнь назначалась, в частности, за «душегубство» господина и иное «лихое дело», реализованное «ведомым лихим человеком».

Анализ правовых источников показывает разнообразие способов осуществления смертной казни. Указанный вид наказания, как правило, исполнялся посредством повешения либо отсечения головы. В отдельных случаях использовалось утопление, четвертование, включая иные квалифицированные виды смертной казни.

Помимо смертной казни к осужденным применялись телесные наказания. Наиболее распространенным телесным наказанием считалась «торговая казнь». Процесс ее исполнения сопровождался причинением физических страданий путем «бития кнутом». По свидетельству летописцев, подобное истязание кнутом, «сопровождающееся сдиранием кожи и мяса», нередко приводило к смерти осужденного лица.

Распространенным видом наказания в период централизации признавался уголовный штраф, размер которого определялся личным усмотрением судьи. Невыполнение судебного решения, вынесенного в отношении лица, приговоренного к уголовному штрафу, влекло назначение наряду с основным и допол-

⁴ Авдеева О. А. Правовая политика России в XII—XIV вв.: учебное пособие. Иркутск, 2002. С. 46.

нительного вида наказания («правежа»). Под «правежом» понимали телесные наказания, исполняемые прутом на торговой площади. Тяжесть назначенного наказания была поставлена в зависимость от размера взыскиваемого судом штрафа.

Избрание меры государственного принуждения осужденному лицу в отдельных случаях предопределялось его социальным статусом. К лицам, нарушившим правовой запрет, входящим в число приближенных к трону родовитой аристократии, применялись и иные виды наказания. Таковыми являлись лишение и ограничение свободы. Лишение свободы исполнялось посредством тюремного заключения и тюремного заточения. Ограничение свободы осуществлялось путем ссылки на поселение.

Определяя меры уголовно-правового характера, судьи учитывали обстоятельства, смягчающие и отягчающие ответственность. Обстоятельством, влияющим на меру ответственности, признавался социальный статус подсудимого. Наличие присвоенных монархом титулов, званий и классовых чинов при совершении особо тяжких преступлений влекло замену смертной казни на более мягкое наказание в виде лишения или ограничения свободы. Обстоятельством, отягчающим меру ответственности, признавалось повторное совершение преступления. Лицу, повторно нарушившему установленный законом правовой запрет, судья назначал более суровое наказание вследствие признания его «лихим» человеком.

Законодательная регламентация смертной и «торговой» казни и уголовного штрафа указывает на определенные тенденции развития уголовно-правовой политики Русского государства периода централизации⁵. Широкое применение смертной казни и разнообразных способов ее реализации раскрывают одно из приоритетных направлений уголовно-правовой политики — предупреждения совершения новых преступлений путем публичного устрашения населения.

Уголовно-правовая политика периода условно-представительной монархии находит свое отражение в Соборном уложении 1649 г., которое, сохраняя преемственность прежнего законодательства, осуществляет дальнейшую детализацию институтов уголовного права. К преступлениям против жизни и здоровья относили убийство, причинение смерти по не-

осторожности и нанесение вреда здоровью. Соборное уложение дифференцирует ответственность за убийство в зависимости от объекта посягательства. Так, совершение «убойства смертного умышлением» каралось смертной казнью (ст. 72 гл. XXI). «Смерти без какой-либо пощады» подлежали сын или дочь, умышленно причинившие смерть «своим отцу или матери». Между тем «смертное убийство», реализованное отцом или матерью в отношении детей, наказывалось тюремным заключением сроком на один год (ст. 3 гл. XXII). Мера государственного принуждения при причинении смерти по неосторожности избиралась с учетом социального статуса виновного лица.

Причинение вреда здоровью предполагало отсечение руки, ноги, носа, ушей, губ и выкалывание глаз. Наказание виновному лицу назначалось по принципу талиона. Так, при «учинении мучительных надругательств» осужденного приговаривали к членовредительским наказаниям и штрафу (ст. 12 гл. XXII). Нанесение вреда здоровью женщины, умышленно «изувеченной лошадью», требовало «нешадно бить кнутом» виновное лицо и отправить его в тюрьму сроком на три месяца, компенсировав причиненный потерпевшей ущерб. При наступлении смерти потерпевшей в результате совершения данного деяния осужденному назначалась смертная казнь.

Анализируемый нормативный правовой акт, преследуя такие цели наказания, как устрашение и возмездие, подробно регламентирует условия назначения и способы приведения в исполнение смертной казни (гл. XXII). Закон различает простую и квалифицированную смертную казнь. Квалифицированными видами смертной казни признавались сожжение, заливание горла раскаленным металлом и закапывание живым в землю.

Телесные наказания занимают вторую позицию в системе мер государственного принуждения, способствующих достижению целей уголовного наказания. Телесные наказания делились на два вида: болезненные и членовредительские. Болезненные наказания осуществлялись путем сечения осужденного на торгу кнутом или батогами. Членовредительские наказания назначали по принципу талиона и производили посредством урезания конечности тела, ушей, губ, ноздрей и выкалывания глаз.

Следующей мерой в системе наказания по Соборному уложению 1649 г. являлась ли-

⁵ Авдеева О. А. Правовая система России в XVI—XVII вв. Иркутск, 2004. С. 47—55.

шение свободы в виде ссылки и тюремного заключения. Ссылка использовалась для изоляции виновного лица от общества. Этому способствовали «труднодоступные места» в виде монастырей, крепостей и острогов, где отбывали наказание осужденные. В свою очередь, тюремное заключение назначалось, как правило, в качестве дополнительного вида наказания на срок от трех дней до трех месяцев.

К основному виду наказания законодатель относил лишение чести и прежних прав и привилегий осужденных, принадлежащих к социальным верхам. Дело в том, что исполнение данной меры государственного принуждения сопровождалось отстранением осужденного от занимаемой должности в органах государственной власти. Представители социальных низов, которым назначался указанный вид наказания, «выдавались исцу с головой», обращались в «обельных» холопов. Социальный статус обвиняемого и потерпевшего учитывался при использовании системы штрафов. В качестве дополнительного вида наказания предусматривалась конфискация имущества в пользу «государевой казны»⁶.

Уголовно-правовая политика подвергается радикальным изменениям в период становления в России абсолютистских начал (XVII—XVIII вв.). Этому способствуют социально-экономические и политико-правовые преобразования, происходящие на территории Российской империи⁷. Поступательное развитие экономики, проведение активной внешнеполитической деятельности детерминировало необходимость разработки уголовно-правовой стратегии, отражением которой становится Артикул воинский 1715 г. Преступления против личности включают посягательства на жизнь и здоровье и иные составы преступлений, характеризующиеся другими непосредственными объектами уголовно-правовой охраны. К преступлениям против жизни и здоровья причисляли убийство, убийство матери или отца, убийство офицера, убийство новорожденного ребенка, самоубийство, причинение смерти по неосторожности, нанесение вреда здоровью и побои. Убийство каралось смертной казнью в различных ее вариациях. Смертная казнь исполнялась посред-

ством отсечения головы, колесования и повешения. Причинение смерти по неосторожности предусматривало наказание более мягкое, «по судейскому разсуждению» (арт. 163).

Под побоями понимали нанесение насильственных действий в виде «ударов по щеке» (арт. 145). Причинение побоев влекло назначение наказания по принципу талиона. Так, за нанесение удара по щеке виновного полагалось ударить профосу «пред всею ротою». Тяжесть наступивших последствий при причинении вреда здоровью определяла меру государственного принуждения виновному лицу. Например, причинение вреда здоровью путем нанесения ударов «с сердцов и злости тростию или иным чем» наказывалось отсечением руки (арт. 146).

Законодательная новеллизация преступлений против жизни и здоровья связана с выделением в Своде законов Российской империи 1832 г. самостоятельного раздела — «О смертоубийстве умышленном», в котором дополнительной регламентации подлежали преступления против жизни и здоровья человека и виды наказаний, предусмотренные за их совершение⁸. Так, главный виновник умышленного смертоубийства подвергался лишению всех прав состояния, наказанию кнутом и каторжной работой. Степень неосторожного смертоубийства учитывается при выборе вида наказания — тюремного заключения, денежного штрафа или телесного наказания. Однако во всех случаях виновный подлежал церковному покаянию. Характерной особенностью является идентификация мер ответственности за убийство в драке и неосторожное смертоубийство (ст. 332—337).

Свод законов Российской империи дифференцирует особые виды смертоубийства, выделяя следующие виды убийства: а) родственное; б) начальников подчиненными и наоборот; в) господ слугами и наоборот; г) лиц при отправлении должностей (ст. 341). В качестве неблагоприятного последствия для самоубийц предусматривалось лишение их возможности христианского погребения (ст. 347). Осуждению подвергались как ослушники закона учинившие вызов на поединок и обнажившие оружие. Секунданты рассматривались в качестве участников поединка, подлежали осуждению в зависи-

⁶ Зубкова В. И. Преступления против личности по законодательству России: история, законодательство и практика : монография. М., 2016. С. 28.

⁷ Авдеева О. А. Правовое регулирование уголовных правоотношений в России (IX—XVIII вв.) : монография. Иркутск, 2012. С. 56.

⁸ Долголенко Т. В. Преступления против жизни и здоровья. М., 2016. С. 26.

мости от характера наступивших последствий. При убийстве они становились соучастниками убийства и т.п. (ст. 349—354). Свод законов Российской империи суть телесных повреждений сводит к ранам и увечьям. Причинение легких ран влекло обезглавливание виновного, заключение в тюрьму, денежный штраф либо телесное наказание. Нанесение тяжелых ран обуславливало отсечение руки, ноги, уха и т.д. Кроме того, осужденный лишался всех прав состояния, наказывался плетью и подлежал ссылке на поселение (ст. 361—362).

Новый этап законодательной регламентации посягательств на жизнь и здоровье сопряжен с разграничением в разд. X Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. преступлений против жизни, здоровья, свободы и чести частных лиц. В главе I — «О смертоубийстве» дифференциации подлежала ответственность за: 1) умышленное убийство отца или матери; 2) повторное смертоубийство; 3) предумышленное убийство; 4) предумышленное убийство жены или мужа, сына либо дочери и т.д. В главе II «О самоубийстве» в ст. 1943—1947 устанавливалась ответственность за лишение себя жизни, покушение на лишение себя жизни, склонение к самоубийству, побуждение вверенного или подчиненного лица к самоубийству. В главе III «О нанесении увечья, ран и других повреждений здоровью» подробно раскрывалась специфика таких посягательств на здоровье человека, как: а) тяжкое увечье; б) менее тяжкое увечье. Более того в гл. V «О произвольном оставлении человека в опасности и неоказании помощи погибающему» нашли отражение иные составы преступлений, угрожающие жизни или здоровью личности.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Анализ механизма охраны жизни и здоровья человека позволяет отметить неоднозначные подходы к законодательному оформлению уголовно-правовых запретов и наказаний, предусмотренных за их нарушение. В процессе эволюции государственности наметились основополагающие принципы уголовно-правовой политики, предусматривающие законодательную регламентацию составов преступ-

лений и мер уголовно-правового характера. Государственная политика России по противодействию посягательствам на жизнь и здоровье предусматривала поэтапную законодательную детализацию составов насильственных преступлений, связанных с убийством, доведением до самоубийства или склонением к нему, причинением увечий, оставлением человека в опасности и неоказании помощи погибающему и т.д. Эффективной мерой противодействия насильственной преступности являлось уголовное наказание, влекущее через лишение сословных и имущественных прав телесные наказания и лишение свободы реализацию принципа справедливости, неотвратимости и соразмерности ответственности.

Вместе с тем ретроспективный анализ отечественной уголовно-правовой политики продемонстрировал актуализацию проблемы назначения справедливого и соразмерного наказания, а также вопросы юридической квалификации преступления и отграничения данных преступлений от сходных составов⁹. Специфика регламентации преступлений против жизни, связанных с причинением смерти, состоит в законодательной формуле, признающей как неосторожное, так и умышленное убийство. Детальной регламентации требовало разграничение признаков, характеризующих: убийство из личных неприязненных отношений и корыстных побуждений; основной состав убийства и убийство, сопряженное с разбоем; убийство при отягчающих обстоятельствах и при превышении пределов необходимой обороны; убийство, совершенное в соучастии, пособничество в убийстве и убийство, совершенное группой лиц; умышленное причинение тяжкого вреда здоровью, повлекшее по неосторожности смерть человека.

В заключение следует отметить, что проблемы реализации уголовно-правовой политики в сфере охраны жизни и здоровья predeterminedены адекватизацией мер уголовного наказания. Реализация уголовного наказания предусматривает учет совокупности факторов, в том числе категорию совершенного преступления, общественную опасность личности виновного, совокупность иных обстоятельств, подлежащих учету при выборе меры государственного принуждения, порядок и условия содержания осужденных. Таким образом, эффективность

⁹ *Рарог А. И. Проблемы квалификации преступлений по субъективным признакам : монография. М., 2015. С. 89.*

уголовно-правовой политики в сфере обеспечения права человека на жизнь и здоровье инспирирует законодательную формулу, балансирующую правовые критерии оценки и квалификации уголовно-правовых норм и дифференцирующую наказание исходя из степени причиненного человеку, обществу и государству данными видами преступлений ущерба.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Авдеев В. А., Авдеева О. А. Актуальные вопросы реализации уголовно-правовой политики РФ в сфере обеспечения права человека на жизнь // Российский судья. — 2017. — № 6. — С. 19—23.
2. Авдеев В. А., Авдеева О. А. Конституционализация уголовного закона в сфере обеспечения права человека на жизнь // Вестник Российского университета дружбы народов. — Серия «Юридические науки». — 2014. — № 4. — С. 207—216.
3. Артюшина О. В. Вопросы квалификации умышленных преступлений против жизни и здоровья // Правоприменение. — 2017. — № 3. — С. 135—142.
4. Долголенко Т. В. Преступления против жизни и здоровья. — М., 2016. — 126 с.
5. Зубкова В. И. Преступления против личности по законодательству России: история, законодательство и практика : монография. — М., 2016. — 280 с.
6. Преступления против личности и против собственности в уголовном законодательстве России, Казахстана и Монголии: сравнительно-правовое исследование : монография. — Барнаул, 2015. — 260 с.
7. Рарог А. И. Проблемы квалификации преступлений по субъективным признакам : монография. — М., 2015. — 232 с.
8. Савин П. Т. Особенности уголовной ответственности за преступления против жизни и здоровья по законам брегонов // Расследование преступлений: проблемы и пути их решения. — 2017. — № 2 (16). — С. 84—87.

Материал поступил в редакцию 21 июня 2018 г.

MECHANISM OF CRIMINAL LEGAL REGULATION OF CRIMES AGAINST LIFE AND HEALTH IN THE HISTORY OF RUSSIAN LAW

AVDEEV Vadim Avdeevich — Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of Criminal Law and Criminal Procedure of the Law Institute of Ugra State University
vadim.avdeevich@mail.ru
664047, Russia, Irkutsk, ul. Sovetskaya, d. 45

AVDEEVA Ekaterina Vadimovna — PhD in Law, Associate Professor of the Department of Criminal Procedure, East-Siberian Institute of the Ministry of the Interior of Russia
e_v_avdeeva@bk.ru
664047, Russia, Irkutsk, ul. Lermontov, d. 110

Abstract. *The article deals with the formation and development of domestic criminal law policy in the field of human life and health. The study is based on comparative legal and formal legal methods, which made it possible to trace the formation of the mechanism of criminal legal protection of life and health on the basis of the formula of legal regulation of crimes against life and health. Following the retrospective approach, conclusions about the purposes of punishment imposed for crimes against life and health are formulated. The conclusion about the features of the criminal law policy of the state in the period of its formation is made. Taking into account the changes taking place in the socio-economic and political legal spheres, the evolution of criminal legal policy is traced, the analysis of the factors determining the mechanism of criminal legal protection of life and health is provided. The article reflects the process of consistent legal registration of component elements of a crime against life and health in the development of the Russian State. Methodological principles of protection of inviolability of life and health of the person in Russia are defined. The problems of implementation of criminal law policy in the sphere of life and health protection, due to the adequacy of criminal penalties are reflected. The authors provide their opinion on*

the principles of implementation of criminal punishment associated with the need to take into account a set of factors: public danger of the committed crime and the personality of the criminal, the circumstances influencing a measure of the state coercion, an order and conditions of the maintenance condemned. The effectiveness of the criminal law policy in the sphere of ensuring the human right to life and health requires the improvement of the legislative formula, which implies the consistency of criteria for the assessment and qualification of criminal law norms, the differentiation of punishment based on the degree of damage caused to a person, society and the state by these types of crimes.

Keywords: criminal law policy, criminal law, crimes against life and health, murder, incitement to suicide, bodily harm, punishment.

REFERENCES

1. Avdeev V. A., Avdeeva O. A. *Aktualnye voprosy realizatsii ugovolno-pravovoy politiki RF v sfere obespecheniya prava cheloveka na zhizn* [Topical issues of implementation of the criminal law policy of the Russian Federation in the field of ensuring the human right to life]. *Rossiyskiy sudya* [Russian Judge]. 2017. No. 6. Pp. 19—23.
2. Avdeev V. A., Avdeeva O. A. *Konstitutsionalizatsiya ugovolnogo zakona v sfere obespecheniya prava cheloveka na zhizn* [Constitutionalization of criminal law in the sphere of human right to life]. *Vestnik Rossiyskogo universiteta druzhby narodov* [RUDN Journal of Law]. 2014. No. 4. Pp. 207—216.
3. Artyushina O.V. *Voprosy kvalifikatsii umyshlennykh prestupleniy protiv zhizni i zdorovya* [Questions of qualification of intentional crimes against life and health]. *Pravoprimerenie* [Law Enforcement Review]. 2017. No. 3. Pp. 135—142.
4. Dolgolenko T.V. *Prestupleniya protiv zhizni i zdorovya* [Crimes against life and health]. Moscow, 2016. 126 p.
5. Zubkova V. I. *Prestupleniya protiv lichnosti po zakonodatelstvu Rossii: istoriya, zakonodatelstvo i praktika : monografiya* [Crimes against the person under the legislation of Russia: history, legislation and practice : monograph]. Moscow, 2016. 280 p.
6. *Prestupleniya protiv lichnosti i protiv sobstvennosti v ugovolnom zakonodatelstve Rossii, Kazakhstana i Mongolii: sravnitelno pravovoe issledovanie : monografiya* [Crimes against person and against property in the criminal legislation of Russia, Kazakhstan and Mongolia: comparative legal research : monograph]. Barnaul, 2015. 260 p.
7. Rarog A. I. *Problemy kvalifikatsii prestupleniy po subektivnym priznakam : monografiya* [Problems of classification of crimes on subjective grounds : monograph]. Moscow, 2015. 232 p.
8. Savin P. T. *Osobennosti ugovolnoy otvetstvennosti za prestupleniya protiv zhizni i zdorovya po zakonam bregonov* [Features of criminal responsibility for crimes against life and health under the laws of bregon]. *Rassledovanie prestupleniy: problemy i puti ikh resheniya* [Investigation of crimes: problems and ways to solve them]. 2017. No. 2 (16). Pp. 84—87.

А. В. Скоробогатов*,
Н. Н. Рыбушкин**

СТАНОВЛЕНИЕ СИСТЕМЫ УГОЛОВНО-ПРАВОВЫХ ЗАПРЕТОВ В СОВЕТСКОМ ЮРИДИЧЕСКОМ ДИСКУРСЕ

Аннотация. Статья посвящена исследованию роли запрещающих норм уголовного права в правовом регулировании в первые годы после установления в России советской власти. На основе анализа нормативных правовых актов, регулирующих уголовные правоотношения, и правовой доктрины этого периода авторы доказывают, что, несмотря на революционный характер советского уголовного права, большое место в нем занимает элемент преемственности. Это выражается как в формально-догматическом методе конструирования запретительных норм, так и в правоприменительной практике, где было разрешено использовать законы свергнутых правительств в случае их соответствия революционному правосознанию. В статье подчеркивается, что сочетание правовых традиций и инноваций — традиционное для России явление. Большевики не смогли сконструировать совершенно новое право. В своей основе советское уголовное право опирается на традиционный для российской цивилизации запретительный тип правового регулирования. Запретительный характер советского уголовного права периода «военного коммунизма» одновременно соответствовал архетипу патриархально-патерналистского государства, сформированному еще в Киевской Руси, и большевистской идее о необходимости разрушить «буржуазное» право и сформировать социалистическое, применение которого в переходный к коммунизму период будет обеспечиваться принудительной силой государства.

Ключевые слова: уголовное право, уголовно-правовой запрет, юридический дискурс, советское право, разрешительный тип правового регулирования, Руководящие начала по уголовному праву РСФСР.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.143.10.166-172

Россия как пограничная цивилизация характеризуется сочетанием традиционных (в целом восточных) черт ментальности и инновационного нормативного (западного по характеру) средства их выражения. Это определяет приоритетное значение государства в правовом

регулировании. Стремясь создать и обеспечить поддержание правопорядка, необходимого для поступательного развития, государство конструирует юридические нормы, реализация которых должна гарантировать наличие у индивида «правообязанностей» и стимулировать его

© Скоробогатов А. В., Рыбушкин Н. Н., 2018

* Скоробогатов Андрей Валерьевич, доктор исторических наук, доцент, профессор кафедры теории государства и права и публично-правовых дисциплин Казанского инновационного университета имени В. Г. Тимирязова (ИЭУП)
av.skorobogatov@mail.ru

420111, Республика Татарстан, г. Казань, ул. Московская, д. 42

** Рыбушкин Николай Николаевич, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного права Казанского (Приволжского) федерального университета, заслуженный юрист РФ, депутат Государственного Совета Республики Татарстан
i_naughty@mail.ru

420008, Республика Татарстан, г. Казань, ул. Кремлевская, д. 18

к исполнению публичного долга. На первом месте среди таковых юридических норм стоят запрещающие, устанавливающие границы дозволенного поведения человека и определяющие его ответственность в случае нарушения этих пределов.

Эта тенденция полностью соответствует патриархально-патерналистской концепции мироустройства, характерной для российской правовой ментальности. Человек готов полностью подчинить свои действия и интересы государству (выступающему как непререкаемый авторитет), которое обеспечит его материальное и социальное существование на минимально достойном уровне в долгосрочной перспективе.

Цивилизационный характер запретительного правового регулирования способствовал тому, что, несмотря на политические изменения, происходящие в нашей стране и влияющие на содержание юридических норм, методологические основы правовой реальности сохраняются. Это можно проследить на примере анализа эволюции советского уголовного права: от его истоков, формально означавших создание нового социалистического права, до завершения при распаде СССР и провозглашения ориентации на модернизацию правовой системы в соответствии с мировыми цивилизационными стандартами.

Запрещающие нормы мы рассматриваем как систему установленных (санкционированных) и обеспеченных государством общеобязательных правил и связанных с ними общих велений, призванных в своем единстве вытеснить вредные общественные отношения (существующие и предполагаемые) сообразно с материально обусловленной волей и социальными целями советского народа. «Запрещающие правовые нормы указывают на полную недопустимость и наказуемость того или иного поведения в рамках регулируемого общественного отношения»¹. В силу специфичной природы уголовного права именно для этой отрасли наиболее характерно наличие запретительных юридических норм. Поэтому совершенно не

случайно задачей советского уголовного права было объявлено «посредством репрессии охранять систему общественных отношений, соответствующую интересам трудящихся масс, организовавшихся в господствующий класс в переходный от капитализма к коммунизму период диктатуры пролетариата» (ст. 3 Руководящих начал по уголовному праву РСФСР 1919 г.²).

Великая революция 1917 г. и приход к власти большевиков ознаменовались сменой идеологической парадигмы. Однако применительно к праву это проявилось в значительно меньшей степени. С одной стороны, первые советские декреты означали формирование нового, советского права, с другой — в издаваемых нормативных правовых актах использовалась старая терминология, а в судебной практике разрешалось применять законы свергнутых правительств, если они не противоречат революционному правосознанию (п. 5 Декрета о суде № 1³). Фактически это должно было означать формирование новой правовой системы на прежних формально-догматических началах. Как отмечают современные исследователи, советское законодательство этого периода характеризуется сочетанием преемственности и революционности⁴. При этом последнюю можно рассматривать как своеобразную интерпретацию правовых заимствований в форме аккультурации, когда за основу берутся не господствующая правовая доктрина, а отдельные теории, соответствующие интересам правящей элиты. Аналогичная ситуация была в России, например, при Екатерине II или Александре II.

В руководстве советских органов власти, и прежде всего Народного комиссариата юстиции, сосредоточились люди, хотя и имевшие юридическое образование, но активно выступавшие против «буржуазного права» не только из-за его классового сущности, но и с методологических позиций. Своей важнейшей задачей они считали решение проблемы соотношения социалистической революции и права. Дискуссия, развернувшаяся по этой проблеме в первые послереволюционные годы, хотя и отража-

¹ Рыбушкин Н. Н. Запрещающие нормы в советском праве. Казань : Изд-во Казанского ун-та, 1990. С. 21.

² Постановление Народного комиссариата юстиции от 12 декабря 1919 г. «Руководящие начала по уголовному праву РСФСР» // Собрание узаконений РСФСР. 1919. № 66. Ст. 590.

³ Декрет о суде от 22 ноября 1917 г. // Газета Временного рабочего и крестьянского Правительства. 1917. 24 нояб. № 17.

⁴ См., например: Борисова Т. Ю. Революционное законодательство в 1917—1918 гг.: выбор языка // Новое литературное обозрение. 2011. № 2 (108). С. 100—115; Рыбаков В. А. Советское право: преемственный аспект // Современное право. 2010. № 9. С. 13—17.

ла политические и идеологические установки, не носила лишь абстрактный характер. Ликвидация государственного механизма Временного правительства и трансформация механизма правового регулирования привели к тому, что значительная часть норм как публичного, так и частного права были не отменены, а отмерли объективно в связи с прекращением существования соответствующих правоотношений. Начиная с первых советских декретов, каждый новый закон, ликвидируя прежние политические и социальные институты, одновременно приводил к отрицанию и уничтожению институтов и отраслей прежнего «буржуазного» права. П. И. Стучка, стоявший у истоков советского права, в том числе и уголовного, по этому поводу писал: «Для меня с первого дня революции не было сомнений в том, что только на развалинах этого храма буржуазной справедливости нам удастся возвести здание социалистической справедливости, более скромное по своему внешнему виду, но бесконечно более прочное по своему содержанию»⁵.

На фоне растущего правового нигилизма остро встал вопрос о необходимости создания нового правопорядка, основанного на иных принципах и правилах. Одной из первых попыток сформировать новое право стало издание Декрета о суде № 1, в котором впервые в качестве источника права было провозглашено революционное правосознание. Ликвидацию буржуазной системы права авторы Декрета рассматривали как двуединый процесс слома старого «буржуазного» права и создания нового революционного. Революционные суды должны были руководствоваться «в своих ре-

шениях и приговорах не писаными законами свергнутых правительств, а декретами Совета Народных Комиссаров, революционной совестью и революционным правосознанием»⁶. Использование же дореволюционного законодательства было возможно лишь в случае его непротиворечия революционному правосознанию.

Эти идеи применительно к уголовному праву были развиты в постановлении Наркомата юстиции «О революционном трибунале печати»⁷ и Инструкции революционным трибуналам⁸. Последняя, в частности, определяла, что «меру наказания революционный трибунал устанавливает, руководствуясь обстоятельствами дела и революционной совестью».

Эти идеи были обстоятельно рассмотрены одним из ведущих марксистских теоретиков А. В. Луначарским в статье «Революция и суд»⁹. Обосновывая необходимость установления нового пролетарского права, которое должно заменить прежнее буржуазное, он указывал на классовый характер права и формирование его на основе классового правосознания. Однако формирование нового права, основанного на новом правосознании, возможно только после того, как угнетенный класс захватит власть и получит материальную возможность трансформировать свое правосознание в правовые формы.

Возможность использования дореволюционного законодательства в судебной деятельности была воспроизведена в Декрете о суде № 2¹⁰ и Положении о народном суде РСФСР¹¹. Однако, стремясь избежать неправильного толкования судами этих норм, законодатель запретил ссылки на них в судебных решениях

⁵ Стучка П. И. Избранные произведения по марксистско-ленинской теории права / сост. Г. Я. Клява. Рига : Латв. гос. изд-во, 1964. С. 229.

⁶ Первоначальный проект первого декрета о суде // Материалы Народного комиссариата юстиции. Вып. 2. М., 1918. С. 104. См. также: Остроумов Г. С. Проблемы социалистического правосознания в работах П. И. Стучки // Советское государство и право. 1963. № 7. С. 121—126.

⁷ Постановление о революционном трибунале печати // Собрание узаконений и распоряжений Правительства за 1917—1918 гг. М. : Управление делами Совнаркома СССР, 1942. Ст. 156.

⁸ Инструкция Революционному Трибуналу. О революционном Трибунале, его составе, делах, подлежащих его ведению, налагаемых им наказаниях и о порядке ведения его заседаний // Собрание узаконений и распоряжений Правительства за 1917—1918 гг. М. : Управление делами Совнаркома СССР, 1942. Ст. 170.

⁹ Луначарский А. Революция и суд // Правда. 1917. 1 дек. (18 нояб.).

¹⁰ Декрет ВЦИК от 7 марта 1918 г. № 2 «О суде» // Собрание узаконений РСФСР. 1918. № 26. Ст. 420.

¹¹ Декрет Всероссийского Центрального исполнительного комитета советов «О Народном Суде Российской Социалистической Федеративной Советской Республики (Положение)» // Собрание узаконений и распоряжений Правительства за 1917—1918 гг. М. : Управление делами Совнаркома СССР, 1942. Ст. 889.

(примечание к ст. 22 Положения о народном суде). Главным при этом было не использование законов свергнутых правительств, а непротиворечивость их норм революционному правосознанию. Именно последнее в период военного коммунизма становится основным источником права, главным критерием принятия любого правового решения¹².

Дальнейшим развитием этих идей стало принятие Руководящих начал по уголовному праву в 1919 г., которые в значительно большей степени, чем Конституция РСФСР¹³ и изданные в 1918 г. Кодекс законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве¹⁴ и Кодекс законов о труде¹⁵, носили идеологический характер и были ориентированы на смену правовой парадигмы.

12 декабря 1919 г. Народный комиссариат юстиции РСФСР, обобщив двухлетнюю практику судов и революционных трибуналов и основываясь на большевистском варианте психологической теории права, издал Руководящие начала по уголовному праву РСФСР. В отличие от первых советских кодексов, издание которых диктовалось потребностями правового регулирования, Начала в большей степени связаны с идеологическими задачами, имеющими не столько нормативный, сколько ментальный характер¹⁶. Их принятие было обусловлено принятием новой Программы РКП(б) и господствовавшей в период военного коммунизма тенденцией на свертывание правовых отношений¹⁷. Исходя из этого, в Руководящих началах присутствуют лишь нормы общей части уголовного права. Предполагалось, что судьей может быть лишь человек с высоким уровнем революционного правосознания, который спо-

собен на основе указаний общей части не только квалифицировать деяние, но и определить наказание за него. Однако это не означало полного разрыва с традиционными правовыми основами: для России, начиная с древности, было характерно, что создание норм частного права вызвано социально-экономическими потребностями, а конструирование уголовных норм обусловлено необходимостью обеспечения государственных интересов.

Это обусловило совершенно новое определение права: «Право — это система (порядок) общественных отношений, соответствующая интересам господствующего класса и охраняемая организованной его силой» (ст. 1). Это определение отразило социологическую доктрину права, проводником которой в Наркомате юстиции был П. И. Стучка¹⁸.

В соответствии с Руководящими началами пространство действия уголовного права определялось прежде всего территорией РСФСР, но потребности защиты завоеваний революции и Советского государства потребовали расширить принцип экстерриториальности и распространить пространство действия Кодекса и на территорию иностранных государств в случае совершения здесь деяния, затрагивающего интересы РСФСР (ст. 27). При этом речь шла не только о бывшей территории Российской империи, где в это время были созданы «белые» государственные образования, но и о любом другом государстве. Хотя текстуально Руководящие начала упоминают лишь территорию РСФСР, но фраза «совершивших преступление на территории иного государства, но уклонившихся от суда и наказания в месте совершения преступления и находящихся в пределах РСФСР» должна быть

¹² Мясников А. А. Регламентация института смягчения наказания в некодифицированном отечественном уголовном законодательстве постреволюционного периода (1917—1919 гг.) // Юридический вестник Кубанского государственного университета. 2010. № 5. С. 59—63.

¹³ Конституция РСФСР: принята V Всероссийским съездом Советов в заседании от 10 июля 1918 г. // Собрание узаконений РСФСР. 1918. № 51. Ст. 582.

¹⁴ Кодекс законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве (принят ВЦИК 16.09.1918) // Собрание узаконений РСФСР. 1918. № 76—77. Ст. 818.

¹⁵ Кодекс законов о труде (принят ВЦИК 16 декабря 1918 г.) // Собрание узаконений РСФСР. 1918. № 87—88. Ст. 905.

¹⁶ Зайнутдинов Д. Р. Правовая идеология как часть правосознания (в аспекте гражданской войны и белого движения) // Альманах современной науки и образования. 2011. № 10 (53). С. 20—22.

¹⁷ Подробнее см.: Скибина О. А. Государство и право как идеологические формы в учении М. А. Рейснера // Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики. 2012. № 11 (25) : в 2 ч. Ч. 2. С. 170—174.

¹⁸ Подробнее см.: Плотниекс А. А. Становление и развитие марксистско-ленинской общей теории права в СССР. 1917—1936 гг. Рига : Зинатне, 1978. 295 с.

истолкована не буквально, а в социально-политическом контексте: любой индивид, совершивший преступное деяние, независимо от того, на какой территории это сделано, в период пребывания в РСФСР может быть подвергнут уголовному преследованию. С учетом положений ст. 3 о цели уголовного права речь идет не о любом преступлении, а лишь о деянии, не соответствующем «интересам трудящихся масс, организовавшихся в господствующий класс в переходный от капитализма к коммунизму период диктатуры пролетариата».

С этим связана и интерпретация Руководящими началами действия закона по кругу лиц. С одной стороны, возраст наступления уголовной ответственности повышен до 14 лет, и для лиц в возрасте от 14 до 18 лет, действовавших «без разума» предусмотрены лишь меры педагогического воздействия (ст. 13); с другой — уголовная ответственность распространяется не только на граждан РСФСР, но и на иностранцев, в том числе тех, кто совершил преступление за пределами России (ст. 27).

Под преступлением понималось нарушение общественных отношений, охраняемых уголовным правом (ст. 5). Наказание определялось как мера принудительного воздействия, посредством которой власть обеспечивает сохранение данного порядка общественных отношений от преступников (ст. 7). Анализ этого определения показывает, что государственное принуждение выступает определяющей характеристикой наказания¹⁹. Такой подход характерен для запретительного способа правового регулирования, который традиционно характерен для российской правовой реальности.

Система наказаний включала: внушение, общественное порицание, принудительное изучение курса политграмоты, бойкот, исключение из коллектива, возмещение ущерба, отстранение от должности, конфискацию имущества, лишение политических прав, объявление «врагом народа», принудительные работы, лишение свободы, объявление вне закона,

расстрел (ст. 25). Смертная казнь как высшая мера наказания была «основным средством борьбы с контрреволюцией, мерой возмездия за неподчинение, превентивной мерой против “преступной” деятельности инакомыслящих, мощным средством реализации уголовной политики Советского государства»²⁰.

Ряд положений Руководящих начал носили не юридический, а социальный характер, отражая социологические воззрения их авторов, прежде всего Ю. М. Козловского²¹. Так, ст. 10 указывала, что при выборе наказания необходимо учитывать не только личность преступника, но и общественные отношения, в которых формировалась и развивалась личность преступника.

При определении меры наказания суд учитывал социальное положение преступника, политический или личный характер мотивов преступления, степень осознания преступником своего деяния, соучастие, профессионализм преступника, наличие насилия, характер объекта преступления, а также другие обстоятельства (ст. 11, 12). Этот перечень свидетельствует, что законодатель учитывал не только юридическую характеристику преступного деяния, но и социальную.

Таким образом, советское уголовное право с момента возникновения носило запретительный характер, будучи ориентированным на защиту советского строя и социалистической собственности от преступных посягательств. Возможность использования дореволюционного законодательства определялась неразвитостью новой правовой системы. Однако главным при этом являлась непротиворечивость революционному правосознанию правоприменителей. Нормативное закрепление уголовно-правовых запретов определило общий характер советского юридического дискурса, призванного доказать необходимость и целесообразность именно таких средств охраны общественных и государственных интересов в период построения коммунизма.

¹⁹ Маликов Б. З., Салимова А. М. Мера государственного принуждения — правовое свойство наказания // Вестник Кузбасского института. 2016. № 1. С. 30—36.

²⁰ Тоскин Г. Н. Эволюция института смертной казни в РСФСР и СССР (1917—1926 гг.) // Lex Russica. 2016. № 12 (121). С. 109.

²¹ Упоров И. В. Законодательное регулирование института уголовного наказания в кодифицированных актах Советской России в период до середины 1920-х гг. // Социально-экономические исследования, гуманитарные науки и юриспруденция: теория и практика. 2016. № 10. С. 71—78.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Борисова Т. Ю. Революционное законодательство в 1917—1918 гг.: выбор языка // Новое литературное обозрение. — 2011. — № 2 (108). — С. 100—115.
2. Зайнутдинов Д. Р. Правовая идеология как часть правосознания (в аспекте гражданской войны и белого движения) // Альманах современной науки и образования. — 2011. — № 10 (53). — С. 20—22.
3. Луначарский А. Революция и суд // Правда. — 1917. — 1 дек. (18 нояб.).
4. Маликов Б. З., Салимова А. М. Мера государственного принуждения — правовое свойство наказания // Вестник Кузбасского института. — 2016. — № 1. — С. 30—36.
5. Мясников А. А. Регламентация института смягчения наказания в некодифицированном отечественном уголовном законодательстве постреволюционного периода (1917—1919 гг.) // Юридический вестник Кубанского государственного университета. — 2010. — № 5. — С. 59—63.
6. Остроумов Г. С. Проблемы социалистического правосознания в работах П. И. Стучки // Советское государство и право. — 1963. — № 7. — С. 121—126.
7. Плотниекс А. А. Становление и развитие марксистско-ленинской общей теории права в СССР. 1917—1936 гг. — Рига : Зинатне, 1978. — 295 с.
8. Рыбаков В. А. Советское право: преемственный аспект // Современное право. — 2010. — № 9. — С. 13—17.
9. Рыбушкин Н. Н. Запрещающие нормы в советском праве. — Казань : Изд-во Казанского ун-та, 1990. — 111 с.
10. Скибина О. А. Государство и право как идеологические формы в учении М. А. Рейснера // Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики. — 2012. — № 11 (25) : в 2 ч. — Ч. 2. — С. 170—174.
11. Стучка П. И. Избранные произведения по марксистско-ленинской теории права / сост. Г. Я. Клява. — Рига : Латв. гос. изд-во, 1964. — 748 с.
12. Тоскин Г. Н. Эволюция института смертной казни в РСФСР и СССР (1917—1926 гг.) // Lex Russica. — 2016. — № 12 (121). — С. 106—109.
13. Упоров И. В. Законодательное регулирование института уголовного наказания в кодифицированных актах Советской России в период до середины 1920-х гг. // Социально-экономические исследования, гуманитарные науки и юриспруденция: теория и практика. — 2016. — № 10. — С. 71—78.

Материал поступил в редакцию 19 марта 2018 г.

FORMATION OF THE SYSTEM OF CRIMINAL LEGAL PROHIBITIONS IN THE SOVIET LEGAL DISCOURSE

SKOROBOGATOV Andrey Valerievich — Doctor of Historical Sciences, Associate Professor of the Department of Theory of State and Law and Public Law Disciplines of the Kazan

Innovative University named after V. G. Timiryasov (IEML)

av.skorobogatov@mail.ru

420111, Republic of Tatarstan, Kazan, ul. Moskovskaya, d. 42

RYBUSHKIN Nikolay Nikolaevich — PhD in Law, Docent, Associate Professor of the Department of Criminal Law of the Kazan Federal University (Volga region), Honored Lawyer of the Russian Federation, Deputy of the State Council of the Republic of Tatarstan

i_naughty@mail.ru

420008, Republic of Tatarstan, Kazan, ul. Kremlevskaya, d. 18

Abstract. *The article is devoted to the study of the role of prohibiting norms of criminal law in legal regulation in the first years after the establishment of the Soviet authorities in Russia. Based on the analysis of normative legal acts regulating criminal legal relations and the legal doctrine of this period, the authors prove that despite the revolutionary nature of the Soviet criminal law, the element of continuity takes a large place in it. This is expressed both in the formal-dogmatic method of constructing prohibitive norms and in law enforcement practice, where it was allowed to use the laws of overthrown governments in case of their compliance with the revolutionary*

legal consciousness. The article emphasizes the fact that the combination of legal traditions and innovations is a traditional phenomenon in Russia. The Bolsheviks were not able to construct an entirely new law. At its core, Soviet criminal law is based on the traditional for the Russian civilization prohibitive type of legal regulation. The prohibitive nature of the Soviet criminal law of the period of “war communism” corresponded both to the archetype of the patriarchal-paternalistic state, formed in the Kievan Rus, and the Bolshevik idea of the need to destroy the “bourgeois” law and form a socialist one, the use of which in the transition to communism period could be provided by the coercive force of the state.

Keywords: *criminal law, criminal law prohibition, legal discourse, Soviet law, permissive type of legal regulation, guiding principles of criminal law of the RSFSR.*

REFERENCES

1. Borisova T. Yu. *Revoljutsionnoe zakonodatelstvo v 1917—1918 gg.: vybor yazyka* [Revolutionary legislation in 1917—1918: language selection]. *Novoe literaturnoe obozrenie* [New literary review]. 2011. No. 2 (108). Pp. 100—115.
2. Zaynutdinov D. R. *Pravovaya ideologiya kak chast pravosoznaniya (v aspekte grazhdanskoj vojny i belogo dvizheniya)* [Legal ideology as part of the legal consciousness (in the aspect of the civil war and the white movement)]. *Almanakh sovremennoj nauki i obrazovaniya* [Almanac of modern science and education]. 2011. No. 10 (53). Pp. 20—22.
3. Lunacharsky A. *Revoljutsiya i sud* [Revolution and justice]. *Pravda* [Truth]. 1917. Dec 1. (18 November).
4. Malikov B. Z., Salimova A. M. *Mera gosudarstvennogo prinuzhdeniya – pravovoe svoystvo nakazaniya* [Measure of coercion - legal aspect of punishment]. *Vestnik Kuzbasskogo instituta* [Kuzbass Institute Bulletin]. 2016. No. 1. Pp. 30—36.
5. Myasnikov A. A. *Reglamentatsiya instituta smyagcheniya nakazaniya v nekodifitsirovannom otechestvennom ugolovnom zakonodatelstve postrevoljutsionnogo perioda (1917—1919 gg.)* [Regulation of mitigation of punishment in the non-codified domestic criminal legislation of the post-revolutionary period (1917—1919)]. *Yuridicheskij vestnik Kubanskogo gosudarstvennogo universiteta* [Law Gazette of the Kuban State University]. 2010. No. 5. Pp. 59—63.
6. Ostroumov G. S. *Problemy sotsialisticheskogo pravosoznaniya v rabotakh P.I. Stuchki* [Problems of socialist legal consciousness in the works of P.I. Stuchka]. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* [Soviet state and law]. 1963. No. 7. Pp. 121—126.
7. Plotnieks A.A. *Stanovlenie i razvitie marksistsko-leninskoy obshchey teorii prava v SSSR. 1917—1936 gg.* [Formation and development of Marxist-Leninist general theory of law in the USSR. 1917—1936]. Riga : Zinatne Publ., 1978. 295 p.
8. Rybakov V. A. *Sovetskoe pravo: preemstvennyy aspekt* [Soviet law: succession aspect]. *Sovremennoe pravo* [Modern law]. 2010. No. 9. Pp. 13—17.
9. Rybushkin N.N. *Zapreshchayushchie normy v sovetskom prave* [Prohibiting rules in Soviet law]. Kazan : Kazan University Publishing House, 1990. 111 p.
10. Skibina O. A. *Gosudarstvo i pravo kak ideologicheskie formy v uchenii M.A. Reysnera* [State and law as ideological forms in the study of M.A. Reisner]. *Istoricheskie, filosofskie, politicheskie i yuridicheskie nauki, kulturologiya i iskusstvovedenie. Voprosy teorii i praktiki* [Historical, philosophical, political and legal sciences, cultural studies and art. Problems of theory and practice]. Tambov : Gramota Publ., 2012. No. 11 (25) : in 2 parts. Part. 2. Pp. 170—174.
11. *Stuchka P.I. Izbrannye proizvedeniya po marksistsko-leninskoy teorii prava* [Selected works on Marxist-Leninist theory of law]. Comp. by G. Ya. Klyava. Riga : Latv. State Publishing House, 1964. 748 p.
12. Toskin G. N. *Evoljutsiya instituta smertnoj kazni v RSFSR i SSSR (1917—1926 gg.)* [Evolution of the death penalty Institute in the RSFSR and the USSR (1917—1926)]. *Lex Russica*. 2016. No. 12 (121). Pp. 106—109.
13. Uporov I. V. *Zakonodatelnoe regulirovanie instituta ugolovnogo nakazaniya v kodifitsirovannykh aktakh Sovetskoy Rossii v period do serediny 1920-kh gg.* [Legislative regulation of the Institute of criminal punishment in the codified acts of the Soviet Russia in the period up to the mid-1920s]. *Sotsialno-ekonomicheskie issledovaniya, gumanitarnye nauki i yurisprudentsiya: teoriya i praktika* [Socio-economic research, humanities and law: theory and practice]. 2016. No. 10. Pp. 71—78.

ПРОБЛЕМЫ ОЦЕНКИ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ СЛОЖНООРГАНИЗОВАННЫХ СИСТЕМ

Аннотация. Оценка деятельности работника, коллектива, всей сложноорганизованной системы, к которой относится любой федеральный орган власти, является непростой проблемой. В последние годы становится все очевиднее, что существующие системы показателей не отражают объективную картину в анализируемой системе. Эффективность функционирования органов власти нередко вызывает у граждан множество вопросов, а законность деятельности отдельных должностных лиц, в том числе и руководителей, — сомнение. Все это не способствует повышению их имиджа, укреплению доверия. Органы власти периодически становятся объектом критики, коррупционных скандалов. Одной из причин является неэффективность критериев и показателей оценки деятельности как отдельных лиц, так подразделений в целом. Это предопределяется практикой формирования критериев и показателей оценки деятельности самими оцениваемыми структурами. В таких условиях закладывается ведомственная заинтересованность, ряд показателей неоднозначны — при определенных условиях они могут рассматриваться и как положительные, и как отрицательные. Вполне объективно ставится вопрос о совершенствовании данного инструментария. Ведомственная замкнутость и разобщенность государственных органов предопределяет и нормативно закрепляет дискретность статистических данных, оценивающих анализируемую структуру, отсутствие преемственности решаемых задач. Нет зависимости между эффективностью служебной деятельности работников и размером их материального стимулирования. Нередко критерии оценки создают иллюзию положительной динамики, показывают необъективную картину, тем самым усиливают риски и опасности, повышают степень латентности негативных процессов, что ведет к неправильным управленческим решениям. Отмечаются проблемы контроля деятельности органов власти по решению ими государственных задач, неинтегрированности их в общество. В статье в теоретическом и практическом плане рассматриваются основные подходы к оценке деятельности, обозначаются проблемы, обуславливающие неэффективность критериев и показателей, формулируются направления совершенствования правового и организационного обеспечения данной деятельности.

Ключевые слова: критерии, показатели, подходы, оценка деятельности, уровни оценки, эффективность, проблемы, интегрированность в общество, составляющие, сложноорганизованная система, система оценки.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.143.10.173-181

© Антипов А. Н., 2018

* Антипов Алексей Николаевич, кандидат юридических наук, доцент, ведущий научный сотрудник Научно-исследовательского института Федеральной службы исполнения наказаний России (ФКУ НИИ ФСИН России)

Aleksant1@mail.ru

125130, Россия, г. Москва, ул. Нарвская, д. 15а

Оценка деятельности любой сложноорганизованной системы¹ всегда была и остается непростой проблемой. При этом она чрезвычайно важна, так как позволяет определить уровень эффективности, стабильности и безопасности ее функционирования, зафиксировать имеющиеся отклонения, обозначить тенденции, при необходимости скорректировать направления дальнейшего развития.

Определяя оценку деятельности как некую систему упорядочения, представленную в виде определенного перечня качества оцениваемых объектов, формируемых на основе совокупности показателей, или рейтинговых оценок, приведем в целях единообразного понимания дефиниции таких терминов, как показатель и критерий.

Показатель — некая характеристика какого-либо объекта, процесса или его результата, получаемая на основе выбранных критериев (обычно выраженная в численной форме).

Критерий — признак (основание, правило) принятия решения по оценке чего-либо на соответствие предъявленным требованиям (мере).

Многочисленные попытки по выработке критериев и показателей оценки деятельности различных сложноорганизованных систем² через некоторое время показывали в лучшем случае неполноту и необъективность отдельных сведений об исследуемой системе, в худшем

свидетельствовали об их несостоятельности³. В очередной раз, соответственно, принимались меры, вносились изменения и дополнения. Данный процесс отличался постоянством совершенствования, свидетельствовал о необходимости принятия кардинальных мер, проведения реформ (например, реформа органов внутренних дел, образования, уголовно-исполнительной системы и т.д.), но в итоге далеко не всегда приводил к желаемому результату, и мог ли привести вообще, за исключением очередных организационно-штатных изменений. Обозначенные подходы характерны не только для рассматриваемой сферы. Определенный, часто ничем не обоснованный динамизм стремления к совершенствованию отмечается в перманентных процессах изменения законодательства Российской Федерации. Об этом пишут ученые⁴, эту «необыкновенную легкость», с которой в России меняется действующее законодательство, критикует премьер-министр Д. А. Медведев⁵. Возможно, в том числе и по этой причине сформировалась тенденция принятия документов концептуального, стратегического, доктринального характера, весьма пространных, не обремененных сроками исполнения и, соответственно, не более конкретно раскрывающихся в подзаконных актах. Установленные сроки (если они существуют) в разрабатываемых ведомственных планах, актах не являются доступными для

¹ Под сложноорганизованной системой будем понимать различные министерства, ведомства и т.д.

² См., например: приказ Минздрава России от 28 июня 2013 г. № 421 «Об утверждении Методических рекомендаций по разработке органами государственной власти субъектов Российской Федерации и органами местного самоуправления показателей эффективности деятельности подведомственных государственных (муниципальных) учреждений, их руководителей и работников по видам учреждений и основным категориям работников» // *Здравоохранение*. № 8. 2013 ; приказ МВД России от 31 декабря 2013 г. № 1040 «Вопросы оценки деятельности территориальных органов Министерства внутренних дел Российской Федерации» // Система ГАРАНТ. URL: <http://base.garant.ru/70693384/#ixzz5SESOdWQT> ; приказ ФСИН от 15 апреля 2005 г. № 262 «О совершенствовании рейтинговой оценки деятельности территориальных органов Федеральной службы исполнения наказаний» // Система ГАРАНТ. URL: <http://base.garant.ru/5754066/#ixzz5SET9b9pa> ; проект приказа Минюста РФ «О показателях и критериях оценки эффективности деятельности федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования «Всероссийский государственный университет юстиции (РПА Минюста России)» для установления выплат стимулирующего характера его руководителю» (подготовлен Минюстом России 06.04.2017) // Гарант.ру. URL: <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/56607338/#ixzz5SETk02aC>.

³ Уместно заметить, что определенный ряд показателей постепенно стал превращаться в удобный инструмент манипулирования, создание желаемой картины состояния дел, порой весьма далекой от реальной.

⁴ *Голик Ю. В., Коробеев А. И.* Реформа уголовного законодательства России: быть или не быть? // *Lex Russica*. 2014. № 12. С. 1399—1408.

⁵ Д. А. Медведев призвал сделать порядок изменения законов «более консервативным» // URL: <http://svcomercio.info/104957-medvedev-podverg-kritike-legkost-izmeneniya-zakonov-v-rf.html>.

широкого круга лиц, то есть контролируются исключительно самими структурами и координирующими их деятельность министерствами и ведомствами. Общественность исключена из этого процесса, что в условиях демократии представляется не совсем правильным. Принижается роль принципов гласности, прозрачности и т.п. Можно в данном случае констатировать в определенных случаях лишь некую имитацию деятельности как законодательных, так и исполнительных органов.

Сложившаяся ситуация, как представляется, помимо объективных и субъективных факторов, стала результатом ошибок, обусловленных в том числе и неправильным (не совсем правильным) определением критериев, лежащих в основе выработки показателей оценки положения дел в той или иной сложноорганизованной системе. Соответственно, немало вопросов возникает относительно существующих подходов оценки деятельности, учитывая то обстоятельство, что они нередко представляются диаметрально противоположными. С одной стороны, имеет место попытка минимизации, то есть выработки неких общих критериев и показателей оценки деятельности системы, которая приводит к тому, что в результате возникает понимание того, что приходится довольствоваться недостаточным количеством показателей, основываясь на которые невозможно провести качественный анализ системы. С другой стороны, наблюдается излишняя детализация, когда за избытком цифр, их комбинаций нередко весьма сложно рассмотреть происходящие в оцениваемой системе процессы, формируется возможность манипулировать ими (основные тенденции подменяются второстепенными, возникает необходимость интерпретации ввиду неоднозначности как самих многообразных процессов, так и получаемых выводов. Кроме того, отдельные показатели отражают количественные изменения их самих, но никак не процессы, происходящие в системе (например, аналогичный период прошлого года). В итоге все это приводит к ненадлежащим результатам.

В данном контексте необходимо учитывать еще и то обстоятельство, что большинство показателей выражаются в количественных значениях (для удобства и возможного сравнения) и далеко не всегда адекватно отражают (могут отразить) качественную составляющую. Попытки их перевода (количества в качество) зачастую предполагают не только высокую степень погрешности, но и объективно в итоге нередко отражают негативные стороны происходящих процессов, тем самым предопределяя незаинтересованность в такой модификации.

Разберемся в данном вопросе более детально.

Оценка деятельности сложноорганизованной системы осуществляется для определения реального положения дел в заданный промежуток времени в целях понимания происходящих в ней процессов, определения необходимости принятия мер по внесению коррективов, обоснования возможных направлений дальнейшего развития, а также подтверждения валидности применяемых средств и методов⁶.

Так, оценка конкретного работника проводится для понимания его соответствия занимаемой должности в целях принятия решения о его поощрении или необходимости коррекции осуществляемой им деятельности. Оценка конкретного подразделения осуществляется для понимания степени и эффективности решения им поставленных задач, необходимости внесения коррективов, определения направлений развития и т.д.

Необходимо заметить, что система оценки зависит от формы собственности системы⁷ (в основном вопросов финансирования, соответственно, разной мотивации на выполнение функций (должностных обязанностей), уровня стабильности и т.д.). Сформируем вытекающие из данного критерия возможные, как нам представляется, показатели.

В организациях с частной формой собственности система оценки деятельности строится на основании принципов эффективности и стабильности⁸. Эффективность — достижение

⁶ Антипов А. Н. Мониторинг как средство контроля состояния внешней и внутренней среды // *Lex Russica*. 2017. № 3 (134). С. 133—141.

⁷ См., напр.: Герасименко Д. А. Специфика оценки результативности профессиональной служебной деятельности государственных служащих // *Электронный Вестник Ростовского социально-экономического института*. 2014. № 1. С. 146—150.

⁸ См., напр.: Чегемова Д. Ч., Велибекова Д. М. Критерии и показатели оценки деятельности предприятий малого бизнеса в сфере услуг. Дагестанский государственный технический университет г. Махачкала. 2006. № 56. /С. 149—155.

намеченной цели с наименьшими затратами, в кратчайшие сроки и соответствующим качеством. Стабильность — способность системы функционировать, находиться в состоянии равновесия. В отсутствие бюджетного финансирования главной задачей, кроме обеспечения существования данной структуры, является рентабельность. Данные организации, как правило, не обременены излишней системой критериев и показателей, их число минимально. Все они сводятся, с одной стороны, к формам, предусмотренным статистической (государственной) отчетностью, представляемой в соответствующие органы, с другой — к оценке выполнения сотрудниками своих должностных обязанностей. В качестве критерия такой оценки выступает в большинстве случаев выполнение указаний руководства, эффективность решения поставленных задач.

В условиях государственной собственности (бюджетного финансирования) картина меняется, что вполне обусловлено задачами, стоящими перед государственной структурой⁹. Бюджетное финансирование делает систему более стабильной, актуализируя достижение основных целей и решение задач, ради которых та или иная система была создана. Меняется и система оценки данных структур, формируясь на двух уровнях. Первый уровень — система показателей (внешних), характеризующих эффективность выполнения государственных задач, стоящих перед оцениваемой структурой. Второй уровень — система показателей (внутренних), детализирующих оценку структуры по направлениям деятельности¹⁰. Внутренняя оценка (второй уровень) опосредованно и непосредственно формирует показатели первого уровня. Здесь, как представляется, и возникают определенные проблемы.

Система показателей первого (государственного, федерального) уровня устанавливается соответствующими документами (норматив-

ными правовыми актами), как правило, Правительства РФ.

Заметим, что таких показателей не может и не должно быть много. При этом большинство этих показателей должны носить межведомственную, преемственную в ряде случаев направленность. Например, для уголовно-исполнительной системы (УИС) России система первого уровня может включать следующие блоки показателей:

1) первый блок, показывающий интегрированность системы в общество¹¹, например:

- количество преступлений, допущенных в учреждениях и органах УИС (с учетом предотвращенных), в общем числе преступлений, зарегистрированных в стране;
- динамика постпенитенциарного рецидива лиц, освобожденных от отбывания наказания, в том числе досрочно;
- динамика обращений в Европейский Суд по правам человека по вопросам ненадлежащего содержания и обращения в учреждениях УИС России;
- соотношение сумм погашенных осужденными исков о возмещении вреда, причиненного в результате совершения преступления, к общей сумме исков;
- число не ресоциализируемых лиц, освободившихся из исправительных учреждений, и др.;

2) второй блок, характеризующий внутренние процессы в системе¹², например:

- состояние законности;
- эффективность освоения бюджетных средств и т.д.

Так, принятие в качестве одного из показателей «динамики постпенитенциарного рецидива лиц, досрочно освобожденных от отбывания наказания», покажет эффективность реализации ст. 43, 79 УК РФ, направления возможного

⁹ Геппа Т. А., Меденков А. А., Соломонова А. А. Показатели и критерии оценки профессиональной деятельности государственных гражданских служащих // Российская академия народного хозяйства и государственной службы, Министерство экономического развития Российской Федерации. 2012. /N 2 (61). С. 67—72.

¹⁰ См., напр.: Бородуля Е. Б., Жирнов А. В. Финансовые показатели как критерии оценки деятельности предприятия // Международный технико-экономический журнал. 2015. № 4. С. 28—31.

¹¹ Интегрированность — насколько та или иная система работают согласно общим для них, разделяемым ими и внутренне взаимосвязанным ценностям, насколько сохраняют и (или) изменяют человеку представление о его значимой роли, его социальные ориентиры и референтные группы, насколько обеспечено взаимодействие с иными органами власти при решении государственных задач.

¹² См., например: Сенатов А. В., Чайковский А. А. Критерии оценки эффективности профилактической работы, осуществляемой в уголовно-исполнительной системе // Вестник Владимирского юридическо-

совершенствования и, как представляется, окажет влияние на состояние безопасности и правопорядка в стране, будет свидетельствовать об интегрированности УИС в общество. Определенной составляющей данного показателя выступит показатель «постпенитенциарный рецидив лиц, досрочно освобожденных от отбывания наказания среди иностранных граждан». В складывающихся условиях это представляется весьма актуальным.

Как видно, ряд показателей отражает качественную сторону функционирования УИС, что накладывает определенные сложности оценки и требует разработки механизма их определения. В качестве варианта можно предложить их раскрытие через некую совокупность количественных показателей. Например, интегрированность УИС в общество (качественный показатель) может быть, кроме обозначенных, представлен совокупностью следующих показателей: динамика отношения к уголовно-исполнительной системе граждан страны (определяется на основании специальных независимых социологических исследований). Реализация и достижение целей исправления (качественный показатель) раскрывается аналогично по отдельной схеме: динамика профессионального обучения осужденных по востребованным в обществе специальностям; степень участия общественных организаций в контроле деятельности УИС и т.д. Возможны более сложные комбинации, в частности качественный показатель раскрывается через совокупность неких количественных показателей и качественных, которые, в свою очередь, раскрываются через количественные показатели и т.п.

Вполне очевидно, что система оценки должна строиться на принципах законности, объективности, открытости и прозрачности, в определенной степени коррелировать с оценочными показателями иных федеральных органов власти, что требует пересмотра сложившихся подходов-стереотипов к оценке деятельности, соответственно, переработке различных нормативных правовых актов. Поэтому показатели оценки представляется целесообразным обсудить на этапе их формирования с заинтересованными структурами (например, аппаратом

уполномоченного по правам человека, генеральной прокуратурой, правозащитными организациями и т.п.).

Система показателей оценки на втором уровне (внутреннем) закрепляется соответствующим документом (нормативным правовым актом) самого министерства, ведомства, службы или при необходимости вышестоящего органа. Система показателей формируется из потребности получения объективной картины функционирования оцениваемой структуры. Количество показателей может варьироваться в зависимости от направления деятельности. Построение оценочной системы возможно по восходящей или нисходящей линии. То есть от конкретного человека к наиболее крупному структурному формированию (работник — группа — отделение — отдел и т.д.) или наоборот.

Независимо от этого все оцениваемые объекты могут быть условно подразделены на несколько составляющих. Например, формируя систему оценки работника, можно дискретно разложить ее:

- на формальную составляющую (пол, возраст, семейное положение и т.д.);
- уровень подготовки (образование, наличие ученой степени, звания, прохождение переподготовки, повышения квалификации, знание иностранных языков и т.д.);
- профессиональную составляющую (опыт, компетентность, умение быстро принимать решение, умение работать в многозадачном режиме, нахождение в резерве на замещение вышестоящей должности и т.д.);
- результативную составляющую (достигнутые результаты, имеющиеся поощрения и взыскания и т.д.);
- личностную составляющую (стрессоустойчивость, обучаемость, нацеленность на результат, толерантность и т.д.);
- потенциал (возраст, эффективность достижения поставленных целей, стремление к продвижению по карьерной лестнице, инициативность и т.д.).

Синтез обозначенных составляющих позволит сформировать определенную картину, которая ляжет в основу оценки конкретного

го института. 2017. № 4 (45). С. 37—39 ; *Артемьев Н. С.* Критерии эффективности работы сотрудников уголовно-исполнительной системы по профилактике пенитенциарной преступности // Уголовно-исполнительное право. 2010. № 1 (09). С. 40—45 ; *Данилин Е. М., Давыдова Н. В., Евдокимов И. В., Махибова Н. И.* Как оценить деятельность воспитательных колоний // Прикладная юридическая психология. 2014. № 3. С. 120—125.

сотрудника. В сравнении с базовыми значениями полученные данные позволят оценить существующие негативные или позитивные стороны. Базовые значения определяются исходя из средних по подразделению, отклонения от которых рассчитываются с учетом поправочных коэффициентов. В качестве примера рассмотрим такой показатель, как трудопотери. За базу (основу), исходя из практики, целесообразно принять 14 дней (условно обозначим данное значение — 1). То есть предполагается, что каждый сотрудник в среднем в течение года временно нетрудоспособен 14 дней. Далее, вводя поправочные коэффициенты, получаем: в случае временной нетрудоспособности в течение от 15 до 30 дней применяем коэффициент — 0,8; от 31 до 60 дней — 0,6; от 61 до 100 дней — 0,4; более 100 дней — 0,2.

Аналогичные схемы конструируются и для других показателей. Сводя полученные результаты в единую таблицу, получаем средний показатель оценки деятельности некоего абстрактного работника и оценки деятельности всех оцениваемых работников относительно базовой. В дальнейшем, анализируя полученные данные, можно вырабатывать рекомендации по совершенствованию, формировать прогнозы на краткосрочную и среднесрочную перспективу. При этом необходимо понимать, что это не догма. Работник, будучи временно освобожден по нетрудоспособности, может выполнять свои обязанности на дому. Эффективность его работы может быть настолько велика, что данным показателем можно будет пренебречь. Что еще раз подтверждает, что одними количественными показателями не всегда можно оценить качественную сторону деятельности. Нередко должностные обязанности, основанные на расплывчатых и неоднозначно интерпретируемых регламентирующих нормативных правовых актах, могут создавать иллюзию деятельности, подменять реальные задачи мнимыми. В этих случаях весьма проблематично соотносить качественные и количественные показатели. Для оценки деятельности необходимо вводить некие стандарты. Например, в виде нормативов, определяющих в некоторых системах организационно-штатную структуру, в других — некие перечни оценки деятельности, вырабатываемые исходя из

целей и задач для их достижения, поставленных перед конкретным подразделением. Неким стандартом могут стать квалификационные требования, конечно, при условии их соблюдения.

Оценка структурного подразделения строится как совокупность оценок работников и руководителей¹³. В данных случаях оценка выходит на более обобщенный уровень. Например, выполнение возложенных на оцениваемое подразделение задач (в этом случае конкретный исполнитель или коллектив могут не представлять интереса).

Как показывает практика, основными проблемами, характерными для формирования и осуществления оценки, являются:

- отсутствие надлежащих критериев и показателей оценки;
- недостаточный уровень подготовки работников, формирующих систему показателей;
- замкнутость системы, в которой планируется осуществлять оценку деятельности;
- несовпадение целей оценки и деятельности (судят по достигнутым показателям, которые не всегда объективно отражают происходящие процессы);
- догматичность определенного вида показателей (одна оценка для «хороших» и «плохих»);
- отсутствие базовых показателей, с которыми можно было бы проводить сравнение (как правило, это осуществляется с АППГ, но объективно нельзя постоянно уменьшить вес того или иного показателя, объективно ниже нуля показатели не рассматриваются);
- латентность ряда происходящих процессов;
- неадекватность (несоразмерность) определения соответствия количества и качества (нередко достижение одной цели в одном проекте по затратности может превышать достижение нескольких целей в нескольких проектах);
- оценка только за последний период (неделя, день) работы;
- оценка по одному фактору (придание ему излишнего веса);
- предвзятость, когда особенности личности заменяют результаты. Например, замкнутому человеку может быть занижена оценка, тогда как коммуникабельный, установивший

¹³ См., например: *Копылова Е. Н.* Применение комплексной оценки деятельности государственных служащих при отборе в управленческую команду // *Электронный Вестник Ростовского социально-экономического института.* 2014. № 1. С. 121—126.

- хорошие отношения в коллективе работник получит завышенные оценки;
- «группинг», то есть недостаточный диапазон разброса оценок работников за выполненную работу (в группе, достигшей плохих результатов, не обязательно все работники работали плохо, и наоборот — в группе, достигшей хороших результатов, не обязательно все работники работали хорошо);
 - избегание крайних оценок;
 - стереотипы: пол, возраст, семейное положение, наличие «покровителей» и т.д.;
 - «гало-эффект», то есть влияние общего впечатления о чем-либо (явлении, человеке, вещи) на восприятие иных особенностей;
 - аналогия и др.

Представленный перечень не является исчерпывающим. В последнее время некоторые руководители пытаются использовать в помощь к существующим методам оценки инструментарию более высокого уровня. Например, нейронные сети, которые могут существенно повлиять на принятие управленческих решений, прогнозировать развитие ситуации и т.д., а с учетом ее обучаемости привести к весьма интересным результатам. Однако это требует привлечения специалистов, которые не всегда имеются в штате подразделения, что неминуемо ведет к финансовым расходам.

Подобного рода эксперименты имеют место в США¹⁴, где исследуется возможность применения неких машинных алгоритмов при прогнозировании рисков дальнейшего противоправ-

ного поведения отдельных лиц (например, при освобождении под залог, принятии решения по различным вопросам, в частности, применения института условно-досрочного освобождения).

В заключение необходимо отметить, что не существует и не может существовать универсальной системы оценки. Вполне очевидно, что она должна отражать реальное положение дел в исследуемой системе (объекте) и подразumeвает как временной срез (месяц, квартал, полугодие, год) состояния определенного объекта, так и непрерывный процесс контроля, обусловленный в том числе необходимостью модификации самих критериев и показателей. Система оценки является мощным инструментарием, с одной стороны, способствующим эффективному достижению намеченных целей, повышению безопасности функционирования сложноорганизованной структуры, позволяющим неоднозначность интерпретаций происходящих процессов в оцениваемой системе адаптировать к реалиям существования, определять направления совершенствования в целях позитивного и наступательного интегрирования оцениваемой структуры в общество. С другой стороны, при определенных условиях, приводящих к иному, кардинально противоположному результату, оценить осуществляемую оценку, возможно, с помощью контроля и надзора за своевременностью, эффективностью и объективностью как проведения самой оценки, так и принимаемых в случае необходимости мер.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Антипов А. Н. Мониторинг как средство контроля состояния внешней и внутренней среды // *Lex Russica*. — 2017. — № 3 (134).
2. Артемьев Н. С. Критерии эффективности работы сотрудников уголовно-исполнительной системы по профилактике пенитенциарной преступности // *Уголовно-исполнительное право*. — 2010. — № 1 (09).
3. Бородуля Е. Б., Жирнов А. В. Финансовые показатели как критерии оценки деятельности предприятия // *Международный технико-экономический журнал*. — 2015. — № 4.
4. Герасименко Д. А. Специфика оценки результативности профессиональной служебной деятельности государственных служащих // *Электронный вестник Ростовского социально-экономического института*. — 2014. — № 1.
5. Голик Ю. В., Коробеев А. И. Реформа уголовного законодательства России: быть или не быть? // *Lex Russica*. — 2014. — № 12.
6. Данилин Е. М., Давыдова Н. В., Евдокимов И. В., Махиборода Н. И. Как оценить деятельность воспитательных колоний // *Прикладная юридическая психология*. — 2014. — № 3.

¹⁴ Machine learning of prediction and policy // *The Economist Newspaper Ltd*. Aug. 20th 2016.

7. Копылова Е. Н. Применение комплексной оценки деятельности государственных служащих при отборе в управленческую команду // Электронный вестник Ростовского социально-экономического института. — 2014. — № 1.
8. Медведев Д. А. призвал сделать порядок изменения законов «более консервативным» // URL: <http://svcomercio.info/104957-medvedev-podverg-kritike-legkost-izmeneniya-zakonov-v-rf.html>.
9. Сенатов А. В., Чайковский А. А. Критерии оценки эффективности профилактической работы, осуществляемой в уголовно-исполнительной системе // Вестник Владимирского юридического института. — 2017. — № 4 (45).
10. Чегемова Д. Ч., Велибекова Д. М. Критерии и показатели оценки деятельности предприятий малого бизнеса в сфере услуг // Известия вузов Северо-Кавказского региона. Технические науки. Приложение. — 2006. — № 6.
11. Machine learning of prediction and policy // The Economist Newspaper Ltd. — Aug. 20th 2016.

Материал поступил в редакцию 3 августа 2018 г.

PROBLEMS IN EVALUATING ACTIVITIES OF COMPLEX SYSTEMS

ANTIPOV Aleksey Nikolaevich — PhD in Law, Docent, Leading Researcher of the Research Institute of the Federal Enforcement Service of Russia (FSIN of Russia)
Aleksant1@mail.ru
125130, Russia, Moscow, ul. Narvskaya, d. 15A

Abstract. *Evaluation of the activities of the employee, the team, the whole complex system, which includes any federal authority, is a difficult problem. In recent years, it has become increasingly clear that the existing systems of indicators do not reflect an objective picture in the system under analysis. The effectiveness of the functioning of the authorities often raises many questions among citizens, and the legality of the activities of individual officials, including managers, is in doubt. All this does not contribute to improving their image and confidence. The authorities periodically become the object of criticism, corruption scandals.*

One of the reasons is the ineffectiveness of criteria and indicators for assessing the performance of both individuals and departments as a whole. This is predetermined by the practice of formation of criteria and indicators of performance evaluation by the evaluated structures. In such conditions, the departmental interest is laid, a number of indicators are ambiguous and, under certain conditions, they can be considered both positive and negative. Quite objectively the question of improvement of this tool is raised. Departmental isolation of the state bodies determines and normatively establishes the discreteness of statistical data, evaluating the analyzed structure, the lack of continuity of tasks. There is no correlation between the efficiency of employees' performance and the size of their financial incentives. Often, the evaluation criteria create the illusion of positive dynamics, show a biased picture, thereby increasing the risks and dangers, increasing the degree of latency of negative processes, which leads to wrong management decisions.

There have been problems controlling the activities of authorities by the decision of the state tasks, their non-integration into society.

The article considers, in theoretical and practical terms, the main approaches to the assessment of activity, specifies the problems causing inefficiency of criteria and indicators, formulates the directions of improvement of legal and organizational support of this activity.

Keywords: *criteria, indicators, approaches, performance evaluation, evaluation levels, efficiency, problems, integration into society, components, complex system, evaluation system.*

REFERENCES

1. Antipov A.N. *Monitoring kak sredstvo kontrolya sostoyaniya vneshney i vnutrenney sredy* [Monitoring as a means of monitoring the state of the external and internal environment]. Lex Russica. 2017. No. 3 (134).
2. Artemyev N.S. *Kriterii effektivnosti raboty sotrudnikov ugolovno-ispolnitelnoy sistemy po profilaktike penitentsiarnoy prestupnosti* [Criteria for the effectiveness of the staff of the penitentiary system in the prevention of penitentiary crime]. *Uglovno-ispolnitelnoe pravo* [Penal Law]. 2010. No. 1 (09).
3. Borodulya E. B., Zhirnov A. V. *Finansovye pokazateli kak kriterii otsenki deyatel'nosti predpriyatiya* [Financial indicators as criteria for assessing the activities of the enterprise]. *Mezhdunarodnyy tekhniko-ekonomicheskyy zhurnal* [The international technical-economic journal]. 2015. No. 4.
4. Gerasimenko D.A. *Spetsifika otsenki rezul'tativnosti professional'noy sluzhashchikh gosudarstvennykh sluzhashchikh* [The specifics of assessing the effectiveness of professional performance of civil servants]. *Elektronnyy vestnik Rostovskogo sotsialno-ekonomicheskogo instituta* [E-Bulletin of the Rostov Socio-Economic Institute]. 2014. No. 1.
5. Golik Yu. V., Korobeev A. I. *Reforma ugolovnogo zakonodatel'stva Rossii: byt ili ne byt?* [The Reform of the Criminal Legislation of Russia: to be or not to be?]. Lex Rustica. 2014. No. 12.
6. Danilin E. M., Davydova N. V., Yevdokimov I. V., Makhiboroda N. I. *Kak otsenit deyatel'nost vospitatel'nykh koloniy* [How to evaluate the activities of juvenile correctional facilities]. *Prikladnaya yuridicheskaya psikhologiya* [Applied legal psychology]. 2014. No. 3
7. Kopylova E. N. *Primenenie kompleksnoy otsenki deyatel'nosti gosudarstvennykh sluzhashchikh pri otbore v upravlencheskuyu komandu* [Application of a comprehensive assessment of the activities of civil servants in the selection of the management team]. *Elektronnyy vestnik Rostovskogo sotsialno-ekonomicheskogo instituta* [E-Bulletin of the Rostov Socio-Economic Institute]. 2014. No. 1.
8. *Medvedev D.A. prizval sdelat' poryadok izmeneniya zakonov «bolee konservativnym»* [Medvedev D.A. urged to make the order of changing the laws “more conservative”]. URL: <http://svcomercio.info/104957-medvedev-podverg-kritike-legkost-izmeneniya-zakonov-v-rf.html>.
9. Senatov A. V., Tchaikovsky A. A. *Kriterii otsenki effektivnosti profilakticheskoy raboty, osushchestvlyаемoy v uglovno-ispolnitelnoy sisteme* [Criteria for assessing the effectiveness of preventive work carried out in the penal system]. *Vestnik Vladimirskogo yuridicheskogo instituta* [Bulletin of Vladimir Law Institute]. 2017. No. 4 (45).
10. Chegesova D. Ch., Velibekova D. M. *Kriterii i pokazateli otsenki deyatel'nosti predpriyatiy malogo biznesa v sfere uslug* [Criteria and indicators of evaluation of activities of small business enterprises in the sphere of services]. *Izvestiya vuzov Severo-kavkazskogo regiona. Tekhnicheskie nauki. Prilozhenie* [Journal of the universities of the North Caucasus region. Technical sciences. Appendix]. 2006. No. 6.
11. Machine learning of prediction and policy. The Economist Newspaper Ltd. Aug. 20th 2016.

РЕЦЕНЗИЯ НА МОНОГРАФИЮ П. П. СЕРКОВА «ПРАВООТНОШЕНИЕ (ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА СОВРЕМЕННОГО ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ)» (В 3 Ч. М. : НОРМА, 2018)

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.143.10.182-188

Монография доктора юридических наук, профессора, заслуженного юриста Российской Федерации Петра Павловича Серкова¹ представляет собой комплексный и относительно новый подход к пониманию правоотношения как явления общественной жизни, основанный на критическом исследовании теории права и правовой действительности. Вызывает удовлетворение тот факт, что автор, решая восполнить недостаточность исследования административных правоотношений в своей докторской диссертации, пошел значительно дальше, не остановился на этом и решил заняться изучением этого системообразующего элемента юридической науки.

В результате получился основательный и фундаментальный труд, в котором сугубо теоретическая тема приобрела еще и практическую направленность, что, несомненно, дает импульс к дальнейшему исследованию этой проблемы. Рецензент отмечает, что в такой постановке и в таком объеме теория и практика современного правового регулирования правоотношений после известной монографии Р. О. Халфиной² не исследовалась.

Но заслуживающее одобрения желание автора максимально глубже и подробнее исследовать проблему привело к чрезмерному увлечению аргументами, подтверждающими его рассуждения и выводы. Это выразилось в значительном увеличении объема монографии (1 200 с.), что усложняет ее восприятие, а также постоянном чувстве, по крайней мере возникшем у рецензента, что автор рассчитывал на очень широкий круг читателей, которым требуется многократное подтверждение судебной практикой его мыслей и соображений. Но едва ли книга будет востребована всеми студентами юридических вузов, слишком сложные научные представления о правоотношениях в ней подвергнуты критическому анализу. Необходимо ли использовать практические примеры, в том числе примеры судебной практики, в монографии? Да, необходимо. Но вот по поводу достаточности — большой вопрос — таких примеров в монографии более чем достаточно.

Правоотношение как явление общественной жизни представляет собой основную категорию юридической науки. Без глубокого теоретического и практического исследования

¹ Серков П. П.: Правоотношение (Теория и практика современного правового регулирования) : монография : в 3 ч. М., 2018.

² Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении : монография. М. : Юрид. лит., 1974. 352 с.

© Старостин С. А., 2018

* Старостин Сергей Алексеевич, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры административного права и процесса Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

grot.starostin@gmail.com

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

этой категории сложно говорить о возможности всестороннего рассмотрения его производных — правового регулирования отдельных видов правоотношений в различных областях общественной жизни. Это та основа, без которой юриспруденция не может обойтись. В этом смысле предложенная для рецензирования работа представляет особую актуальность и значимость для современных исследователей и для будущих научных изысканий.

Трехтомный труд П. П. Серкова поражает количеством затронутых тем, проблем и вопросов, связанных с теорией и практикой правоотношений. В целом же исследование можно охарактеризовать как масштабный критический анализ научных подходов к изучению правоотношений в различных отраслях российского права на основе примеров судебной практики. В целях выявления закономерностей возникновения и развития правоотношения автор использует специфичный метод исследования, заключающийся в наблюдении за механизмом воздействия законодательства на протекание правоотношений.

Каждый вид правоотношений предлагается исследовать на основе последовательного отслеживания динамики конкретных правоотношений путем изучения процедуры воздействия норм законодательства, которыми они урегулированы³. Согласно позиции автора, такой подход способствует уяснению механизма административного правоотношения, который универсален для всех правоотношений⁴.

Оценивая использованный метод, следует отметить, что в процессе прикладного исследования появляются дополнительные возможности для выявления механизма правового регулирования. Подробный правовой анализ примеров из судебной практики путем препарирования фактов и преломления их на основе права выглядит привлекательно. Вместе с тем проведение всего исследования на основе единственного указанного метода представляется незавершенным. Для обоснования данного тезиса необходимо привести следующие примеры.

После изложения содержания правовых норм, регулирующих статус субъектов кон-

кретного правоотношения из судебной практики⁵, автор резюмирует: «Приведенные доводы весьма четко раскрывают закономерность формирования правовых статусов на основании идейного содержания соответствующей совокупности правовых норм под воздействием их государственного психического принуждения»⁶.

Под доводами, по-видимому, подразумеваются перечисленные нормы законодательства. Вместе с тем представляется, что для подобного вывода необходимы теоретические изыскания, без которых у читателя возникают неразрешенные вопросы и возражения.

Во-первых, представляется необходимым уяснить, позволяет ли качество российского законодательства говорить о наличии идейного содержания у совокупности норм, закрепленных различными правовыми актами и регулирующих отдельные аспекты правового статуса определенных хозяйствующих субъектов. В исследовании часто используется формулировка «идейное содержание совокупности правовых норм», но, к сожалению, не поясняется, что следует понимать под идейным содержанием.

Во-вторых, остается не ясным, каким образом автору удалось выявить закономерность, основываясь только на перечислении норм законодательства, актуальных для конкретного правоотношения. При этом не рассматривается возможность влияния на правовой статус субъектов правоотношения решения суда (например, вступление в законную силу решения суда об ограничении дееспособности лица), локального акта субъекта правоотношения, являющегося юридическим лицом (например, устава акционерного общества), соглашения, одним из участников которого является субъект правоотношения (например, заключение группой компаний договора о совместной деятельности), и т.д.

Аналогичная ситуация наблюдается при установлении статуса субъектов административного правоотношения. Все то же развернутое перечисление содержания норм законодательства, регулирующих статус субъектов конкретных отношений, без каких-либо выводов по теме⁷.

³ См., например: Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 10—56, 119—262, 362—479.

⁴ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 159.

⁵ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 22—27.

⁶ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 27.

⁷ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 167—172.

Подобное изложение напоминает лекцию в университете, где автор демонстрирует превосходное знание норм законодательства, например о том, как регулируется правовой статус политической партии, избирательной комиссии, кандидата в депутаты⁸. Но при этом отсутствует теоретическая составляющая исследования с доказыванием авторской позиции, установлением причинно-следственных связей, формулированием выводов.

После описания положений законодательства, регулирующих статус субъектов пяти конкретных правоотношений⁹, следует единственный вывод: «По результатам проведенного анализа можно однозначно констатировать факт того, что в системе правовых норм всегда находятся такие нормы, идейное содержание которых обслуживает правовые статусы субъектов административных правоотношений. Напрашивается вполне рациональное предположение о том, что для других целей эти нормы, очевидно, не пригодны»¹⁰. И все, это весь вывод. Почему для другого такие нормы не пригодны, не поясняется.

Более того, заявленное первоначально утверждение о том, что правовой статус органа публичной власти служит подтверждением «объективной невозможности» их «возвышения» во взаимоотношениях с физическими и юридическими лицами¹¹, не раскрывается. После изложения содержания правовых норм не следует пояснений авторского видения: в чем же заключается подтверждение выдвинутого тезиса?

Характеристика механизма административных правоотношений сводится к пересказу содержания правовых норм законодательства, используемых в конкретных случаях судебной практики¹². Завершая главу, автор лишь отмечает: сложно отрицать, что в каждом из приведенных примеров «имеет место наличие конкретных субъективных потребностей-целей субъектов, наделенных правовыми статусами, а также их взаимных и паритетных прав и обязанностей в целях достижения объекта»¹³.

Метод исследования понятен и специфичен одновременно, но для использования его потенциала более эффективно, на наш взгляд, было бы привести теоретическую составляющую в обоснование взаимосвязей, выявленных путем анализа законодательства. Примечательно, что сам П. П. Серков придерживается позиции о том, что «детальное обоснование научных суждений выступает важнейшим требованием к авторским точкам зрения»¹⁴. Представляется, что изложение содержания норм права без теоретической составляющей исследования нельзя признать детальным обоснованием научных суждений.

В работе предлагается оригинальная классификация видов правоотношений: общерегулятивные; административные; правоотношения в связи с юридической ответственностью; процессуальные; конституционные.

Выделение категории общерегулятивных отношений путем объединения гражданских, трудовых, семейных и жилищных правоотношений основано на выявленной автором общей черты таких правоотношений. Каждое из них «включает в себя субъективные потребности-цели, материализация которых не предполагает дополнительного участия государства»¹⁵.

Автор обособляет административное правоотношения и правоотношения в связи с юридической ответственностью, что также вызывает возражение. Можно было бы с этим утверждением согласиться, если бы административные правоотношения были бы им названы управленческими, а квазисудебные функции исполнительной власти были бы названы недопустимыми и противоречащими конституционным нормам.

Вызывает беспокойство и даже тревогу высказанная автором позиция о недопустимости многообразия научных взглядов¹⁶. По мнению П. П. Серкова, полемизирование на научные темы свидетельствует о недостатках науки. Более того, заявляется, что теоретическая множественность и дискуссионность по многим во-

⁸ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 172—192.

⁹ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 154—192.

¹⁰ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 192.

¹¹ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 154.

¹² Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 119—263.

¹³ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 262.

¹⁴ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 268.

¹⁵ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 11.

¹⁶ См., например: Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 295, 320.

просам привели к тому, что «доктрина административного правового регулирования в первую очередь не позволяет реально и системно развивать “современное законодательство”»¹⁷.

Представляется, что такой подход вреден для науки. Плюрализм научных идей и гипотез, имеющих шанс быть признанными теориями, — залог развития научного знания. В научных дискуссиях исследователи получают импульс для дальнейших научных изысканий. Чем больше образованных и опытных представителей науки и практики участвуют в исследованиях определенных проблем, тем выше вероятность приблизиться к их решению, а в конечном счете — к истине. При этом следует признать, что истоки несовершенства российского законодательства кроются в том числе и в удручающем состоянии законотворческого процесса, который не предполагает участия в нем на постоянной и системной основе экспертов и представителей юридической науки.

Автором анализируются некоторые подходы к научному пониманию государственного управления¹⁸. Критикуя существующие в науке мнения за отсутствие в исследованиях характеристик и признаков публичных потребностей, автор не формулирует собственных предложений.

В работе делается сомнительный вывод относительно статуса избирательных комиссий, утверждается, что раз деятельность избирательных комиссий «не может признаваться аналогичной деятельности органов законодательной и судебной власти» ее следует рассматривать применительно к деятельности органов исполнительной власти¹⁹.

В работе подвергаются критике наиболее общепризнанные наукой административного права признаки и определение административного правоотношения²⁰.

Не соглашаясь ни с одним из подходов к определению понятия административного правоотношения, автор не делает попыток сформулировать более точное определение или выявить дополнительные признаки, свойственные административному правоотношению. Вместо

этого на основе анализируемых ранее примеров делается следующий вывод: «Конкретика возникновения и развития многообразных административных правоотношений не предполагает каких-то обобщенных правовых признаков»²¹.

Таким образом, автор не находит возможным выявить признаки административных правоотношений в силу их многообразия. В этой связи возникают закономерные вопросы: а чем тогда являются административные правоотношения и существуют ли они вообще? Можно ли в принципе выявлять виды правоотношений, если у них нет специфических признаков?

Административные правоотношения как правовая категория, объединяющая определенные явления общественной жизни, не могут не обладать характерными признаками, иначе их не существует. Вывод автора не выдерживает критики. Рассуждения по формуле: «раз это не совершенно, значит — не нужно вообще», не могут быть приняты.

Вместе с тем в работе делается акцент на то, что налоговые и финансовые правоотношения являются видами административных правоотношений²². Соглашаясь в этом с автором, отметим, что не вполне ясно, как можно отнести какие-либо правоотношения к категории административных без выявления самой категории административных правоотношений.

Автор критически высказывается по поводу характеристики административных правоотношений «с помощью иерархической конструкции: власть — подчинение»²³: «до наших дней остается неизвестным, на каких доказательствах основывается вера в то, что указанные субъекты (т.е. органы публичной власти и их должностные лица. — С. С.) должны доминировать во взаимоотношениях с физическими и юридическими лицами». Автор доказывает юридическое равенство субъектов административных правоотношений, ссылаясь на наличие взаимных субъективных прав и обязанностей между субъектами²⁴.

На основе анализа приведенных в работе примеров делается вывод о том, что каж-

¹⁷ Серков П. П. Указ. соч. С. 355—356.

¹⁸ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 289—295.

¹⁹ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 1. С. 149.

²⁰ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 268—274.

²¹ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 274.

²² Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 285, 288.

²³ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 297.

²⁴ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 298—301.

дый субъект административных правоотношений имеет первичные и вторичные права и обязанности во взаимоотношении с другим субъектом. Это свидетельствует о выявлении устойчивой взаимосвязи, возникающей между субъектами правоотношений.

Вместе с тем в исследовании не делается попытки проанализировать влияние на административные правоотношения властных полномочий, которыми наделены органы публичной администрации. А ведь именно это определяет траекторию развития административного правоотношения и определяет потребность в защите прав и интересов граждан во взаимоотношениях с органами государственной власти и их должностными лицами. Вместо признания очевидного доминирования органов государственной власти и их должностных лиц в отношениях с гражданами автор занимает позицию отрицания властных полномочий первых, поскольку «власть, принадлежащая государству, им лишь доверена»²⁵. Представляется, что такая позиция не в силах опровергнуть подхода о властном характере административных правоотношений.

Остается неясным, почему автор полагает, что научные представления об административных правоотношениях как об отношениях власти — подчинения подразумевают наличие односторонней конструкции административных правоотношений²⁶. Такое понимание не соответствует теории административного права.

В монографии утверждается, что путем описания правового регулирования конкретных административных правоотношений удалось выявить механизм административных правоотношений, который «выступает единственным связующим звеном между идейным содержанием правовых норм, регулирующих государственное и муниципальное управление, осуществляемое указанными органами, и воплощением этого регулирования в общественную жизнь»²⁷. Выявив на эмпирическом уровне данный факт, автор не делает попытки его теоретического осмысления: в работе не

предлагается определения механизма административного правоотношения.

Вместе с тем механизм административных правоотношений назван одним из центров административного правового регулирования²⁸. Настаивая на универсальности механизма административных правоотношений, автор предлагает положить его в основу обособления административных правоотношений от иных видов, а также использовать его для научного организационного структурирования и оптимизации деятельности органов государственной власти и их должностных лиц, т.е. в целях осуществления административной реформы²⁹. Вместе с тем попытки обособить административные правоотношения предложенным способом в работе не предпринимаются.

Работа включает в себе новый подход к осмыслению элементов правоотношения: объекте, субъектах и их правах и обязанностях, а также потребностях и интересах, реализуемых в правоотношении.

Критически оценивая предыдущий опыт научного определения объекта правоотношения³⁰, автор приходит к выводу, что в объекте правоотношения находят свое отражение субъективные потребности³¹. Представляется, что установленная автором связь потребностей субъектов правоотношения и объектом правоотношения оправдана и не противоречива.

Однако далее П. П. Серков вносит в теорию правоотношения новую категорию, которую называет «потребность-цель» субъекта правоотношения. Эта категория призвана отразить двойное содержание объекта правоотношения, образующегося «тогда, когда потребность одного субъекта предстает частью потребности другого»³². Разделяя позицию о наличии собственных интересов у каждого субъекта правоотношения, зададимся вопросом о целесообразности создания новой правовой категории. Кроме того, когда автор говорит о парной зависимости субъектов правоотношения друг от друга³³, создается впечатление, что, по его

²⁵ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 312.

²⁶ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 301.

²⁷ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 296.

²⁸ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 358.

²⁹ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 357—361.

³⁰ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 1. С. 96—114.

³¹ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 1. С. 124.

³² Серков П. П. Указ. соч. Ч. 1. С. 136—137.

³³ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 1. С. 137.

мнению, правоотношения могут быть только двусторонними.

В монографии утверждается, что объект административного правоотношения формируется исходя из самостоятельных для каждого субъекта правоотношения субъективных потребностей-целей и из правовых норм, которые формируют объект правоотношения своим идейным содержанием³⁴. В данном случае к потребностям-целям добавляются правовые нормы, которые не встречаются при характеристике объекта правоотношения в первой части исследования.

В другом месте работы встречается и третья позиция: «субъективные потребности-цели и объекты административных правоотношений формируются идейным содержанием не одной, а совокупности правовых норм, подчас предусмотренных в различных правовых актах»³⁵. То есть потребности-цели уже не признаются частью объекта правоотношения и являются самостоятельным элементом правоотношения?

На указанном примере неточности в изложении материала показан теоретический недостаток исследования, выражающийся в отказе автора от выявления системных признаков исследуемых правовых категорий, а также отказе от формулирования определений этих понятий.

Так, ссылаясь на факт того, что объект всегда представляет собой неотъемлемую часть правоотношения, автор считает нецелесообразным формулирование понятия объекта правоотношения, «неволью создающего иллюзию его автономности»³⁶.

Однако, как показывает рассматриваемое исследование, отсутствие четко сформулированных признаков и понятий правовой категории влечет за собой размытое его понимание, что вряд ли способствует развитию теории правоотношений.

К достижениям работы следует отнести выделение категории субъективного правового статуса субъекта правоотношения, а также выявление возможности его определения только в контексте двусторонних или более правоотно-

шений. Это объясняется тем, что «в реальности субъективные правовые статусы всегда соподчиняются принципам соотносимости и сопоставимости субъективных потребностей-целей не менее чем двух субъектов»³⁷.

Ключевая роль в механизме правоотношения отводится потребностям-целям субъектов правоотношения, материализация возможна только с помощью идейного содержания соответствующей совокупности правовых норм³⁸.

Кроме того, на основе проанализированных примеров из судебной практики в работе делается вывод о том, что «для материализации субъективных потребностей-целей востребуются правовые нормы без учета отраслевой принадлежности». На этой основе автор усматривает необходимость пересмотра научных положений о соотношении публичного и частного права, поскольку нормы, традиционно относимые к нормам частного права, оказывают не менее активное воздействие на участников административных правоотношений, чем нормы административного права³⁹. Проведенное эмпирическое исследование демонстрирует неразрывную связь и постоянное взаимодействие публичного и частного права. Это позволяет согласиться с точкой зрения автора относительно урегулирования административных правоотношений нормами не только административного права, но и других отраслей, в зависимости от специфики конкретного правоотношения.

Интерес рецензента вызвал авторский подход к наличию первичных и вторичных прав и обязанностей субъектов правоотношений с последующей их иллюстрацией конкретными примерами, анализируя которые автор определяет, «кому из субъектов принадлежит первичное субъективное право, а кому первичная субъективная обязанность и, соответственно, кто из них наделяется вторичным субъективным правом, а кто — вторичной субъективной обязанностью»⁴⁰. При этом «вторичность субъективных прав не означает их качественных недостатков»⁴¹.

³⁴ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 151.

³⁵ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 153.

³⁶ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 1. С. 141.

³⁷ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 34.

³⁸ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 343.

³⁹ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 343.

⁴⁰ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 193.

⁴¹ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 193.

Представляется необходимым более подробно изучить вопрос о значении разделения прав и обязанностей на первичные и вторичные. Правоотношение не сможет достигнуть своей цели, пока субъектами правоотношения не будут реализованы их права и обязанности вне зависимости от их условной значимости.

Кроме того, автор указывает, что между субъектами правоотношения «закладывается конкретика обоюдности, взаимности и паритетности субъективных прав и обязанностей для материализации конкретных субъективных потребностей-целей»⁴². В чем же тогда заключается цель предлагаемой классификации и как она соотносится с «обоюдностью, взаимностью и паритетностью прав и обязанностей субъектов»?

Автор называет проблему административного усмотрения «следствием научного придания в административном правоотношении односторонней властности органам публичной власти и их должностным лицам»⁴³. Бесспорно, представителям юридической науки будет приятно мнение об обладании практически безграничными возможностями влияния на общество и государство, однако вряд ли такое лестное для ученых предположение соответствует действительности.

Автор многократно усматривает необходимость выявления «признаков, критериев и параметров» административного усмотрения, как, впрочем, и иных правовых категорий, указывая на отсутствия подобных исследований в прошлом, но, к сожалению, не делает попытки выявить их в рассматриваемом исследовании⁴⁴. При этом позиция автора, согласно которой административное усмотрение должно заключаться в том, как «исполнить идейное содержание правовых норм»⁴⁵, представляет интерес для дальнейшего рассмотрения в рамках административно-правовых исследований.

Таким образом, подводя итог, следует сделать некоторые обобщающие выводы.

Автором заявлена фундаментальная тема исследования, к познанию которой предлагается приблизиться через описание нормативно-правового регулирования частных случаев из судебной практики. Отмеченное ранее достоинство работы, заключающееся в прикладном характере исследования, соединяется и с ее недостатками.

Представляется крайне затруднительным установить теоретическую правовую категорию, имеющую ключевое значение для юридической науки, исключительно через практику. Вряд ли такой подход отражает существо и глубинную суть правоотношения как основополагающей категории правовых отношений в обществе. В работе не предпринимается попыток выявления признаков и формулирования определений исследуемых правовых категорий: правоотношения и его видов, а также элементов правоотношения.

Учитывая отмеченную автором важность обеспечения возможности использования работы практикующими юристами, можно сделать предположение о будущей востребованности исследования в части использования подробного анализа влияния правовых норм на те или иные правоотношения. В этой связи следует заметить, что исследование является выдающейся работой практика. Однако приходится признать, что использованного метода недостаточно для проведения глубокого анализа в области теории права.

Хотелось бы отметить вклад П. П. Серкова в развитие теории правоотношений, который будет только возрастать вместе с появлением новых научных работ, вдохновленных рассматриваемым глубоким исследованием. Учитывая количество выявленных автором проблем теоретического и прикладного характера, можно утверждать, что исследованию суждено лечь в основу будущих научных изысканий в различных отраслях права.

Материал поступил в редакцию 7 октября 2018 г.

REVIEW OF THE MONOGRAPH BY P.P. SERKOV "LEGAL RELATIONSHIP (THEORY AND PRACTICE OF MODERN LEGAL REGULATION)" (IN 3 PTS. MOSCOW: NORMA PUBL., 2018)

STAROSTIN Sergey Alekseevich — Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of Administrative Law and Procedure of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
grot.starostin@gmail.com
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

⁴² Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 222.

⁴³ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 308—309.

⁴⁴ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 301—309.

⁴⁵ Серков П. П. Указ. соч. Ч. 2 и 3. С. 354.

УСЛОВИЯ ОПУБЛИКОВАНИЯ И ТРЕБОВАНИЯ К ПРЕДОСТАВЛЯЕМЫМ В ЖУРНАЛ МАТЕРИАЛАМ И ИХ ОФОРМЛЕНИЮ

Более подробная информация содержится на сайте журнала lexrussica.ru

1. В журнале публикуются результаты научных исследований и научные сообщения авторов, изложенные в форме научных статей или рецензий в соответствии с тематикой журнала (далее — статья).
2. К сотрудничеству приглашаются авторы — ведущие специалисты, ученые и практики.
3. Направление автором статьи для опубликования в журнале считается акцептом, то есть согласием автора на заключение лицензионного договора о передаче права использования статьи в журнале «Lex Russica». Содержание договора опубликовано на сайте журнала.
4. Автор направляет в редакцию журнала статью согласно условиям и порядку предоставления и опубликования статей, а также требованиям к оформлению статей, размещенным на сайте журнала. При несоблюдении указанных требований редакция оставляет за собой право вернуть статью автору без рассмотрения.
5. Требования к содержанию и объему статьи:
 - объем статьи должен составлять от 25 до 50 тыс. знаков (с пробелами, с учетом сносок) или 20–30 страниц А4 (шрифт — Times New Roman, высота шрифта — 14 пунктов; межстрочный интервал — полуторный, абзацный отступ — 1,25 см, поля: левое — 3 см, правое — 1,5 см, верхнее и нижнее — 2 см). Опубликование материалов меньшего или большего объема должно согласовываться с редакцией журнала;
 - статья должна быть написана на актуальную тему, отвечать критерию новизны, содержать определенное новаторство в подходе к изучаемой теме/проблеме;
 - статья должна содержать структуру изложения;
 - в статье должны быть отражены результаты научного исследования, основанного на анализе теоретических конструкций, нормативных актов, материалов правоприменительной практики;
 - материал, содержащийся в статье, не должен быть только описательным, констатировать существующее положение вещей (статьи, значительная часть которых содержит воспроизведение нормативного материала, будут отклоняться);
 - в материале должна быть соблюдена фактологическая и историческая точность;
 - необходимо обращать внимание на аккуратное использование заимствованного материала, точность цитирования.
6. Все аббревиатуры и сокращения, за исключением заведомо общеизвестных, должны быть расшифрованы при первом употреблении в тексте.
7. Следует точно указывать источник приводимых в рукописи цитат, цифровых и фактических данных.
8. При оформлении ссылок необходимо руководствоваться библиографическим ГОСТом 7.0.5-2008. Ссылки оформляются в виде постраничных сносок (размещаются в тексте как подстрочные библиографические ссылки), нумерация сплошная (например с 1-й по 32-ю). Сноски набираются шрифтом Times New Roman. Высота шрифта — 12 пунктов; межстрочный интервал — одинарный.

Знак сноски в тексте ставится перед знаком препинания (точкой, запятой, двоеточием, точкой с запятой). Пример оформления смотрите на сайте журнала.

Ссылки на иностранные источники следует указывать на языке оригинала, избегая аббревиатур и по возможности максимально следуя таким же требованиям, как и при оформлении библиографии на русском языке.

Ссылки на электронные ресурсы следует оформлять в соответствии с библиографическим ГОСТом 7.82–2001. Необходимо указывать заголовок титульной страницы ресурса, полный адрес местонахождения ресурса и в круглых скобках дату последнего посещения веб-страницы.
9. При оформлении списка литературы (библиографии) необходимо руководствоваться библиографическим ГОСТом 7.1-2003. В библиографическом списке не указываются правовые источники (нормативные акты, судебные решения и иная правоприменительная практика). Пример оформления смотрите на сайте журнала.

Журнал зарегистрирован Федеральной службой по надзору в сфере связи,
информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор)

ПИ № ФС77-58927 от 5 августа 2014 г.

ISSN 1729-5920

Свободная цена.

Подписка на журнал возможна с любого месяца.

Распространяется через объединенный каталог «Пресса России»
и интернет-каталог агентства «Книга-Сервис».

Подписной индекс в объединенном каталоге «Пресса России» — 11198.

При использовании опубликованных материалов журнала ссылка на «Lex Russica» обязательна.

Перепечатка допускается только по согласованию с редакцией.

Точка зрения редакции не всегда совпадает с точкой зрения авторов публикаций.

Ответственность за достоверность информации в рекламных объявлениях несут рекламодатели.

Учредитель —

Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Адрес издателя: г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Телефон редакции: (8-499)244-88-88 (доб. 556).

Почтовый адрес редакции: 125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

E-mail: lex-russica@yandex.ru

Объем: 22,08 усл.-печ.л. (13,92 а. л.), формат 60x84¹/₈. Тираж 150 экз. Дата выхода в свет 26.10.2018.

Редактор *М. В. Баукина.*

Корректор *А. Б. Рыбакова.*

Компьютерная верстка *Д. А. Беляков.*

Печать цифровая. Гарнитура «Calibri».

Типография Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

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 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.



KUTAFIN UNIVERSITY LAW REVIEW

Мультиотраслевой научный юридический журнал, который издается на английском языке с сентября 2014 г. и выходит два раза в год. Журнал нацелен на интеграцию российской правовой науки в мировое юридическое сообщество, организацию диалога правоведов по актуальным проблемам теоретической и практической юриспруденции, расширение кругозора и интеллектуальных горизонтов представителей российского правоведения, повышение узнаваемости и авторитета наших ученых-юристов.

Журнал публикует статьи известных и начинающих ученых, юристов-практиков, а также студентов и аспирантов. Главный критерий отбора публикаций — это качество содержания, которое отражает талант автора, его эрудицию и профессионализм в исследуемой сфере, добросовестность и глубину проведенного анализа, использование богатого арсенала научной методологии, актуальность проблематики и новизну результатов проведенного исследования.

Данное издание создает уникальную возможность писать и публиковать научные статьи на английском языке в целях существенного расширения профессиональной читательской аудитории, повышения индекса цитирования, выхода на международный научный уровень.

В качестве авторов, членов редакционного совета и редакционной коллегии с журналом Kutafin University Law Review сотрудничают выдающиеся российские и зарубежные специалисты в различных областях юриспруденции.

The best ideas are always welcomed!



Редакционная подписка на журналы Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Журналы Университета распространяются через объединенный каталог «Пресса России» и интернет-каталог агентства «Книга-Сервис».

Подписаться на журнал можно с любого месяца. Подписные индексы журналов:

«Актуальные проблемы российского права» – 11178, Lex Russica – 11198, «Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)» – 40650.

Будем рады видеть Вас в числе подписчиков!

LR

ISSN 1729-5920



9 771729 592008