

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).

Заместитель главного редактора

КСЕНОФОНТОВА Дарья Сергеевна кандидат юридических наук, старший преподаватель 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.
МОРОЗОВ Андрей Витальевич	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой информационного права, информатики и математики Всероссийского государственного университета юстиции (РПА Минюста России).
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».
СТАРИЛОВ Юрий Николаевич	доктор юридических наук, профессор, декан юридического факультета, заведующий кафедрой административного и административного процессуального права Воронежского государственного университета.
СТАРОСТИН Сергей Алексеевич	доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры административного права и процесса Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
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.

Deputy Editor-in-Chief of the Journal

KSENOFONTOVA Darya Sergeevna PhD in Law, Senior Lecturer of the Department of Civil Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

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.
- MOROZOV Andrey Vitalievich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Information Law, Informatics and Mathematics of the All-Russian State University of Justice (RLA of the Ministry of Justice of Russia).
- 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».
- STARILOV Yuriy Nikolaevich** Doctor of Law, Professor, Dean of the Faculty of Law, Head of the Department of Administrative Law and Administrative Procedural Law of the Voronezh State University.
- STAROSTIN Sergey Alekseevich** Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of Administrative Law and Procedure of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- 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

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА / NOVUS LEX

- Лютлов Н. Л. Трудовые отношения с коллективным работодателем: перспективы правового регулирования 9

ЧАСТНОЕ ПРАВО / JUS PRIVATUM

- Свириденко О. М. Актуальные вопросы субсидиарной ответственности контролирующих лиц при банкротстве должника 18
- Усольцева С. В. Проблемы правовой квалификации неправомерных действий по созданию произведений науки для третьих лиц 25

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО / JUS GENTIUM

- Ануфриева Л. П. Конституция РФ и международное право: теоретический взгляд на понятия «общепризнанные принципы и нормы международного права» и *jus cogens* 37
- Соколова Н. А. Международное сотрудничество в сфере науки, инноваций и образования Российской Федерации со странами Европейского Союза 48
- Осавелюк А. М. Конституция России в условиях глобализации 57

ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО / JUS PUBLICUM

- Лулева Е. В. Государственная политика в сфере обеспечения рационального природопользования 67
- Зубарев С. М. К вопросу об огосударствлении местного самоуправления 83

НАУКИ КРИМИНАЛЬНОГО ЦИКЛА / JUS CRIMINALE

- Корма В. Д., Образцов В. А. Следственное познание как объект междисциплинарного исследования 90
- Симоненко А. А. Уголовно-правовые средства противодействия незаконному уголовному преследованию: оценка эффективности 101

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ / COMPARATIVE STUDIES

- Chen Yanjung. *Is there fourth type of capital system: rethinking the classification of corporate capital systems* 109

БРИКС: КИТАЙСКАЯ НАРОДНАЯ РЕСПУБЛИКА / BRICS: PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA

- Пан Дунмэй, Гао Минсюань. Сравнительный анализ принципов уголовного права Китая и России 119

КИБЕРПРОСТРАНСТВО / CYBERSPACE

- Шахназаров Б. А. Территориальный принцип охраны интеллектуальной собственности и действие государственного суверенитета в цифровом пространстве 132

ИСТОРИЯ ПРАВА / HISTORIA LEX

- Демидов Н. В. Особенности реализации норм об увольнении работника по инициативе работодателя в 1990-е годы 145

РЕКОМЕНДУЕМЫЕ КНИГИ И РЕЦЕНЗИИ / INDEX LIBRORUM

- Баев В. Г., Крамской В. В. Кому не известен Ленин? Рецензия на книгу В. М. Сырых «Неизвестный Ленин: теория социалистического государства (без пристрастия и подбострастия)» (М.: Юрлитинформ, 2017. 520 с.) 157

НАУЧНЫЕ СОБРАНИЯ И МЕРОПРИЯТИЯ / CONVENTUS ACADEMICI

- Об итогах работы IX Пермского конгресса ученых-юристов «Правовое регулирование цифровизации общества: приоритетные задачи» 161
- Анонс всероссийского круглого стола «Методологические проблемы цивилистических исследований» 175

CONTENTS

IMPROVEMENT OF LEGISLATION / NOVUS LEX

- Lyutov N. L.** *Labor Relations with a Collective Bargaining Employer: Prospects of the Legal Regulation* 9

PRIVATE LAW / JUS PRIVATUM

- Sviridenko O. M.** *Topical Issues of Subsidiary Liability of Controlling Persons in Cases of Debtor's Bankruptcy* 18
- Usoltseva S. V.** *Problems of Legal Qualification of Illegal Actions Aimed at Creating Works of Science for Third Parties* 25

INTERNATIONAL LAW / JUS GENTIUM

- Anufrieva L. P.** *The Constitution of the Russian Federation and International Law: A Theoretical Approach to the Concept of "Generally Recognized Principles and Norms of International Law" and jus cogens* 37
- Sokolova N. A.** *International Cooperation in the Sphere of Science, Innovations and Education of The Russian Federation with the Countries of the European Union* 48
- Osavelyuk A. M.** *The Constitution of Russia in the Context of Globalization* 57

PUBLIC LAW / JUS PUBLICUM

- Luneva E. V.** *The State Policy in the Field of Efficient Environmental Management* 67
- Zubarev S. M.** *The Issue of Governmentalization of Local Self-Government* 83

CRIMINAL SCIENCES / JUS CRIMINALE

- Korma V. D., Obratsov V. A.** *Investigative Knowledge as Object of Interdisciplinary Research* 90
- Simonenko A. A.** *Criminal Legal Means of Combating Illegal Criminal Prosecution: Efficiency Evaluation* 101

COMPARATIVE LAW RESEARCH / COMPARATIVE STUDIES

- Chen Yanjing.** *Is There Fourth Type of Capital System? Rethinking the Classification of Corporate Capital Systems* 109

BRICS: PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA BRICS: PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA

- Pan Dongmei, Gao Minxuan.** *Comparative Analysis of Criminal Law Principles in China And Russia* 119

CYBERSPACE / CYBERSPACE

- Shakhnazarov B. A.** *Territorial Principle of Intellectual Property Protection and the Effect of State Sovereignty in the Digital Space* 132

HISTORY OF LAW / HISTORIA LEX

- Demidov N. V.** *Particularities of Implementation of the Rules on Dismissal at Employer's Initiative in the 1990s* 145

RECOMMENDED BOOKS AND REVIEWS / INDEX LIBRORUM

- Baev V. G., Kramskoy V. V.** *Who doesn't Know Lenin? Review of the Monograph by V. M. Syrykh "Unknown Lenin: the Theory of the Socialist State (Without Prejudice and Servility)" (Moscow: Yurlitinform, 2017. 520 p.)* 157

SCIENTIFIC MEETINGS AND EVENTS / CONVENTUS ACADEMICI

- On the Results of the IX Perm Congress of Jurists "Legal Regulation of Digitalization of Society: Priority Goals"* 161
- Announcement of the all-Russian Round Table "Methodological Problems of Civil Studies"* 175

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА NOVUS LEX

Н. Л. Лютов*

ТРУДОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ С КОЛЛЕКТИВНЫМ РАБОТОДАТЕЛЕМ: ПЕРСПЕКТИВЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ¹

Аннотация. В статье анализируются две формы так называемых новых, или нетипичных, трудовых отношений, в которых со стороны работодателя выступает сразу несколько юридических или физических лиц. В зарубежной практике эти формы принято называть *employee sharing* (совместное использование труда работника). Совместное использование труда работников может носить постоянный (стратегический) или разовый характер. Стратегическое совместное использование труда работников, при котором работодатели создают единую структуру, координирующую их взаимодействие при поручении выполнения трудовой функции работников, может приносить пользу как работникам, так и работодателям. Работодатели, не нуждающиеся в найме работника на условиях полного рабочего времени и не имеющие возможности точно предсказать, в течение какого именно времени им будет необходим труд этого работника, могут разделить использование его труда, снижая риски оплаты простоя. Работники, с другой стороны, снижают неустойчивость своей занятости, поскольку им предлагаются более стабильные условия труда и большая загруженность, чем если бы они имели дело с такими работодателями по отдельности. Кроме того, в случае, когда они работают для координируемой группы работодателей, снимается риск, существующий при работе по внешнему совместительству, когда задания нескольких работодателей необходимо выполнять в одно и то же время. Легализация этой формы занятости подразумевает необходимость закрепления в законе ряда аспектов, касающихся таких правоотношений: установление минимальной и максимальной суммарной продолжительности рабочего времени, очередность поручения работы, распределение ответственности и обязанностей в отношении заработной платы, социального страхования и т.д.

Разовое совместное поручение работы или прикомандирование может быть выгодно работникам и работодателям по сходным причинам. При легализации данной формы необходимо ограничить максимальное время прикомандирования работников, чтобы избежать превращения данной схемы в фактическое использование заемного труда. Кроме того, необходимо установление правовых гарантий для работников, аналогичных тем, что предоставляются им при заключении договоров о предоставлении труда работников (персонала). Введение этих форм занятости в законодательство, наряду с уже легализованными договорами о предоставлении труда работников (персонала), позволяет поставить вопрос о существовании нового субъекта трудового права — коллективного работодателя.

Ключевые слова: трудовые отношения, нетипичная занятость, коллективный работодатель, совместное использование труда работников, трудовые права.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.145.12.009-017

© 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)
nljutov@msal.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

1. СОВМЕСТНОЕ ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ТРУДА В СТРАНАХ ЕС

Трансформация трудовых отношений в современном мире приводит к появлению большого количества новых, нетипичных типов занятости, которые радикально отличаются от традиционных трудовых отношений, содержащих классические признаки, закрепленные в ст. 15 и 56 Трудового кодекса РФ, а также в Рекомендации МОТ 2006 г. о трудовом правоотношении (№ 198).

Некоторые нетипичные формы занятости уже нашли отражение в российском трудовом законодательстве, например дистанционный труд, занятость в рамках договоров о предоставлении труда работников (персонала), хотя качество правового регулирования этих форм вызывает у специалистов немало вопросов². Однако на практике существуют и такие формы трудовых отношений, правовых рамок для которых еще не установлено, что или затрудняет их реализацию сторонами, или выводит в нелегальную сферу. Среди таких форм можно назвать распределение роли работодателя между несколькими юридическими или физическими лицами, т.е. совместное использование труда работников.

Существование этой формы трудовых отношений было выявлено около 10 лет назад

в странах Европейского Союза. Совместное использование труда работников подразумевает, что несколько предприятий, как правило, относящиеся к мелкому или среднему бизнесу и расположенные в одной местности, создают структуру (с образованием юридического лица или без такового) для совместного найма работников и распределения их работы между собой³. Изначально данная схема использовалась для предоставления более стабильных условий найма для неустойчиво занятых работников, таких как сезонные. С течением времени такая занятость стала восприниматься как удобная схема именно для работодателей, поскольку позволяет мелким работодателям постоянно иметь доступ к труду работников в ситуациях, когда нет необходимости заключать трудовой договор с полным рабочим временем и нет определенности, сколько именно рабочего времени работника требуется каждому работодателю за учетный период.

В исследовании новых форм занятости, осуществленном в 2015 г. Европейским фондом по улучшению условий труда и жизни (Еврофонд)⁴, совместное использование труда работников (employee sharing) разделяется на две схемы совместного использования труда: *стратегическое* и *разовое (ad hoc)*.

При *стратегическом* совместном использовании труда группа работодателей образует

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

² См. об этом, например: *Бизюков П. В., Герасимова Е. С., Саурин С. А.* Заемный труд: последствия для работников. М., 2012 ; *Васильева Ю. В., Шуралева С. В., Браун Е. А.* Правовое регулирование дистанционной работы: проблемы теории и практики : монография. Пермь : Пермский гос. науч.-исслед. ун-т, 2016 ; *Коршунова Т. Ю.* Договоры о предоставлении труда персонала: некоторые проблемы // Журнал российского права. 2016. № 10. С. 134—144 ; *Лушников А. М., Лушников М. В.* Пределы заимствования международного и зарубежного опыта правового регулирования трудовых отношений в Российской Федерации: теоретические и прикладные проблемы // Евразийский юридический журнал. 2013. № 11 (66). С. 124—126 ; *Нуртдинова А.* Заемный труд: особенности организации и возможности правового регулирования // Хозяйство и право. 2004. № 9 ; *Цыпкина И. С.* Регулирование труда работников, направляемых работодателем к другим физическим или юридическим лицам по договору о предоставлении труда персонала // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 3. С. 160—167 ; *Чесалина О. В.* Юридическая природа договора о предоставлении труда работников // Журнал российского права № 4, 2015. С. 66—77.

³ *Baumfeld L.* Kompetenzen teilen durch Arbeitgeberzusammenschlüsse. Endbericht Teil 3: Handbuch: AGZ-Mehrwert-Check. Vienna : ÖAR, 2012 ; *CERGE (Centre Européen de Ressources des Groupements d'Employeurs).* Antwort auf die acht gemeinsamen Grundsätze für den Flexicurity-Ansatz der Europäischen Kommission. Brussels : CERGE, 2008 ; *Osthoff K., Langbein M., Hartmann T.* Verbindung von Stabilität und Flexibilität. Arbeitgeberzusammenschlüsse als regionales Instrument zur Fachkräftesicherung für KMU // Working Papers: Economic Sociology Jena. № 10/2011. Jena : Friedrich Schiller Universität, 2011.

⁴ 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.

сеть, нанимающую одного или нескольких работников для того, чтобы поручать им индивидуальные трудовые задачи, выполняемые для участвующих в сети компаний-работодателей. Эта схема похожа на труд в агентствах временной занятости⁵, которые в России действуют посредством заключения договоров о предоставлении труда работников (персонала), с тем отличием, что работники регулярно выполняют задачи то у одного работодателя, входящего в сеть, то у другого, работают исключительно для работодателей, входящих в сеть, а сама сеть не преследует целей извлечения прибыли. Самый большой опыт в отношении правовой регламентации данной схемы существует во Франции, где она легализована с 1985 г., причем сеть работодателей представляет собой некоммерческую ассоциацию или кооператив. С 2011 г. французское законодательство позволяет компаниям, осуществляющим стратегическое совместное использование труда, самостоятельно устанавливать правила в отношении того, как часто используется труд работников каждым членом группы, каков порядок взаиморасчетов внутри группы и т.д.⁶

2. СТРАТЕГИЧЕСКОЕ СОВМЕСТНОЕ ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ТРУДА: РОССИЙСКИЕ ПЕРСПЕКТИВЫ

По действующему российскому законодательству единственная возможность трудового отношения с участием более одного фактического работодателя — заключение договоров о предоставлении труда работников (персонала). Однако данная схема не тождественна договорам о совместном использовании труда работников. Легально создание сети заказчиков, заключающих гражданско-правовые договоры с исполни-

телями услуг или подрядчиками, однако если суд найдет в труде для любого из заказчиков признаки трудового отношения, заказчик или группа заказчиков будет признана работодателем (работодателями)⁷, причем за каждого привлеченного работника каждый работодатель будет нести ответственность в виде административного штрафа в размере до 100 тыс. руб.⁸

С точки зрения легализации данной формы трудовых отношений в России очень важно, что на практике широко распространена манипуляция корпоративной множественностью работодателя⁹: группа связанных между собой юридических лиц и/или индивидуальных предпринимателей, входящая в единую корпоративную группу либо неформально управляемая из единого центра, заключает трудовые договоры от одного или нескольких лиц, входящих в эту структуру. Схема используется не только для «оптимизации» налогообложения и социальных платежей, но и для уклонения от предоставления трудовых прав работникам. Они работают по «внешнему» совместительству, хотя фактически оно является внутренним, рабочее время оказывается фактически неограниченным, работники одного юридического лица могут быть дискриминированы по сравнению с работниками другого, несмотря на то что они работают на одних и тех же должностях и на тех же рабочих местах, но формально отношения оформлены с другим работодателем, в случае спора требования работников к такого рода работодателям чрезвычайно затруднены, а профсоюзные права фактически неосуществимы.

Таким образом, введение в российское законодательство правовых норм, позволяющих распределить функции работодателя между несколькими юридическими лицами или индивидуальными предпринимателями, может быть полезно и для работодателей, и для работни-

⁵ См.: *Schömann I., Guedes C.* Temporary agency work in the European Union Implementation of Directive 2008/104/EC in the Member States. Brussels : European Trade Union Institute, 2012. URL: <https://www.etui.org/Publications2/Reports/Temporary-agency-work-in-the-European-Union> ; *Countouris N., Deakin S., Freedland M., Koukiadaki A., Prassl J.* Report on temporary employment agencies and temporary agency work: A comparative analysis of the law on temporary work agencies and the social and economic implications of temporary work in 13 European countries. Geneva : ILO, 2016.

⁶ *Fadeuilhe P.* Les groupements d'employeurs: responsabilité solidaire et exigences égalitaires // *Droit social.* 2012. № 10. P. 899—905.

⁷ На основании ч. 2 ст. 15 и ст. 19.1 Трудового кодекса РФ.

⁸ На основании п. 4 ст. 5.27 Кодекса РФ об административных правонарушениях.

⁹ См. об этом подробнее: *Межотраслевая координация правового регулирования труда в корпоративных организациях* / под ред. Н. Л. Лютова. М., 2016 ; *Хаваяшхов А. А.* Множественность лиц на стороне работодателя: сравнительно-правовой анализ : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015.

ков¹⁰. Работодатели получают возможность использовать труд работников более «точечно» и дозированно — в той мере, в какой этот труд им нужен в данный момент. Работники получают возможность более полной и продуктивной занятости с соответствующей оплатой. Стабильность занятости в такой ситуации растет и, соответственно, падает уровень ее неустойчивости и с точки зрения простоя, и с точки зрения рисков увольнения. Поскольку в данной схеме снижается риск простоя работника, работающего у одного работодателя, ее использование должно позитивно сказываться и на уровне производительности труда в экономике в целом, что следует признать весьма важным фактором с учетом ее низкого уровня в России¹¹.

К рискам данной схемы следует отнести, во-первых, возможность ухода конкретного работодателя от ответственности перед работником и, во-вторых, недостаточную загруженность работника либо, наоборот, избыточную загруженность.

С учетом изложенного представляется целесообразным внести в законодательство нормы, в которых будет указываться, что:

- а) группа юридических лиц и/или индивидуальных предпринимателей может выступать в качестве единого «коллективного работодателя»;
- б) статус коллективного работодателя может быть приобретен двумя способами: 1) участники группы заключают специальное соглашение между собой; 2) координированно поручающие одну и ту же работу одному и тому же работнику юридические лица и индивидуальные предприниматели, независимо от наличия между ними формальной связи могут быть признаны судом коллективным работодателем. В качестве

доказательства того, что члены группы действуют в координации друг с другом, могут использоваться свидетельские показания, электронная переписка, аудио- и видеозапись и другие средства доказывания. Такой подход уже отражен в недавней позиции Пленума Верховного Суда РФ, указавшего в постановлении от 29 мая 2018 г. № 15 в отношении малого бизнеса¹², что такие доказательства применимы для доказывания трудового отношения. Очевидно, что такой подход корректно использовать и для доказывания трудовых отношений в целом;

- в) оплата труда осуществляется тем членом группы, который фактически поручил выполнение работы. Ставка оплаты труда работника должна определяться централизованно в рамках коллективного работодателя;
- г) при заключении трудовых договоров с коллективным работодателем работники должны быть проинформированы обо всех работодателях, входящих в группу. Если в состав коллективного работодателя включаются новые работодатели либо какие-то работодатели выходят из группы, работник должен информироваться о таких изменениях. Для случая отказа работника от продолжения работы в связи с изменением состава коллективного работодателя в ст. 77 ТК РФ должно быть предусмотрено специальное основание для увольнения и выплата выходного пособия при увольнении;
- д) должен быть предусмотрен минимум рабочего времени (и, соответственно, оплаты труда) в рамках трудового договора с коллективным работодателем. Оптимальным минимумом рабочего времени представляется 30 часов в неделю, т.е. 75 % от нормальной продолжительности. Непредоставление заданий в рам-

¹⁰ В российской литературе можно встретить предложения о легализации трудовых отношений, в которых в качестве работодателя выступает «кластер» из нескольких работодателей. См.: Головина С. Ю. О некоторых тенденциях развития трудового права России в современных экономических условиях // Пятый Пермский конгресс ученых-юристов : избранные материалы. М., 2015. С. 313.

¹¹ См. об этом, например: Organisation of Economic Cooperation and Development (OECD). OECD Economic Surveys: Russian Federation 2013 (Russian version). OECD Publishing, 2013. URL: https://read.oecd-ilibrary.org/economics/oecd-economic-surveys-russian-federation-2013-russian-version_9789264207660-ru#page1; Производительность труда в России и в мире. Влияние на конкурентоспособность экономики и уровень жизни // Аналитический вестник Совета Федерации, № 29 (628). 2016. URL: <http://council.gov.ru/media/files/CQNOp1HscHaTulPa5BYZesqLNqUSQeHw.pdf>.

¹² Постановление 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». П. 18 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2018. № 7.



- как этого минимума должно оплачиваться как простой по вине работодателя в равных долях всеми участниками группы;
- е) учет фактически отработанного времени должен вестись тем участником коллективного работодателя, который использует труд работника. Информация о фактически отработанном работником времени должна передаваться лицу, координирующему деятельность коллективного работодателя. Заключение договоров о работе в режиме ненормированного рабочего дня для данной категории работников должно быть запрещено. Повышение оплаты работы при привлечении к сверхурочной работе, предусмотренное ст. 152 ТК РФ, осуществляется за счет лица, в пользу которого выполняется работа;
- ж) договором между участниками коллективного работодателя может определяться приоритет или очередность поручения работы конкретному работнику. В том случае, если он уже выполняет работу для одного из участников группы, он не может быть привлечен к ответственности за отказ от выполнения работы для другого участника группы одновременно;
- з) материальную ответственность по основаниям, предусмотренным гл. 38 ТК РФ, несет конкретный член группы, виновный в причинении ущерба. В случае непогашения долга данным работодателем члены группы должны нести солидарную ответственность перед работником;
- и) ответственность за охрану труда несет тот член группы, у которого выполняется работа. При возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью работника, члены группы несут солидарную ответственность перед работником;
- к) компенсация за простой, связанный с неиспользованием коллективным работодателем минимума рабочего времени, должна взыскиваться с членов группы в порядке солидарной ответственности;
- л) оплата и другие условия труда работников, выполняющих работу для коллективного работодателя, должна быть не ниже и не хуже, чем у работников, работающих на членов группы по отдельности;
- м) коллективные трудовые права и обязанности работников и работодателей реализуются на уровне коллективного работодателя и/или каждого члена группы;
- н) участник коллективного работодателя, в пользу которого выполняется работа, обязан уплачивать страховые взносы и другие обязательные платежи в порядке и размерах, которые определяются федеральными законами. Коллективный работодатель обязан оформлять страховые свидетельства государственного пенсионного страхования для лиц, поступающих на работу впервые;
- о) поскольку коллективный работодатель не является юридическим лицом и не зарегистрирован в качестве индивидуального предпринимателя, он не должен вести трудовые книжки, но должен регистрировать трудовые договоры в органах местного самоуправления;
- п) в случае уменьшения количества участников коллективного работодателя до одного единственный участник коллективного работодателя становится правопреемником в качестве работодателя в трудовых отношениях с работником.

3. РАЗОВОЕ СОВМЕСТНОЕ ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ТРУДА (ПРИКОМАНДИРОВАНИЕ)

Вторая форма новых форм труда, выделенная Еврофондом, — это *разовое совместное использование труда (ad-hoc employee sharing)*. Разовое совместное использование труда заключается в том, что работодатель, который временно не может предоставить работу своим работникам, направляет их на работу в другую компанию. При этом сохраняет силу трудовой договор между изначальным работодателем и работником, в то время как работник включается в организационную структуру принимающего работодателя. Эта схема также похожа на труд через агентства временной занятости — с той разницей, что изначальный работодатель не является агентством занятости, предоставление труда работников не относится в сфере его деятельности, и его цель заключается именно во временном предоставлении труда работника, который в дальнейшем вернется к нему. Эта практика уже используется в России работодателями и чаще всего называется прикомандированием или секондментом (от англ. *secondment*)¹³.

Так же как и стратегическое совместное использование труда, данная схема незаконна по

¹³ См.: Головина С. Ю. Указ. соч. С. 313—314.

действующему законодательству. Только частные агентства занятости на основе договоров о предоставлении труда работников (персонала) имеют право предоставлять труд работников третьим лицам.

Данная схема могла бы помочь работодателям более оптимально использовать свои трудовые ресурсы и, соответственно, повысить прибыльность бизнеса и производительность труда. Помимо более эффективного использования рабочего времени, эта схема используется и для повышения квалификации работников, которые в процессе работы для других работодателей получают дополнительный опыт и навыки в своей сфере¹⁴.

Тем не менее следует иметь в виду, во-первых, что на практике такие схемы могут использоваться для налоговой «оптимизации», т.е. злоупотреблений со стороны предпринимателей в отношении налогов и обязательных платежей. Такого рода «оптимизации» осуществляются путем оформления работников в одном юридическом лице группы компаний и выполнения работ для другого юридического лица таким образом, что прибыль одного из юридических лиц «теряется» при оплате услуг другой компании. Во-вторых, что не менее важно, безусловная легализация этой схемы будет означать снятие всех барьеров для заемного труда, о проблемах которого в литературе по трудовому праву сказано очень много¹⁵.

С одной стороны, легализация этой схемы без каких-либо ограничений чревата теми же проблемами, что и заемный труд, и, как следствие, резким повышением неустойчивости занятости. С другой стороны, легализация с ограничениями, аналогичными действующим нормам о договорах о предоставлении труда работников (персонала), фактически оставит ситуацию в действующем виде, и работодатели не получат никаких преимуществ. В связи с этим оптимальным представляется путь легализации данной схемы в ограниченном объеме, таким образом, чтобы предоставлять персонал могли не только лицензированные агентства занятости и предо-

ставление персонала было для работодателей не профильным видом деятельности, а только способом более оптимального использования рабочего времени и сил своих работников.

Для легализации данной формы трудовых отношений следует принять изменения в ТК РФ, предусматривающие, что:

- а) работодатель имеет право командировать работника для выполнения работы в пользу третьего лица, но продолжительность рабочего времени при работе в пользу третьего лица не должна превышать 35 % от продолжительности рабочего времени в пользу основного работодателя за учетный период;
- б) такое направление требует согласия работника;
- в) оплата труда за всю работу должна осуществляться основным работодателем в размере не менее средней заработной платы за соответствующий период работы в пользу основного работодателя;
- г) запрещается направлять работников для выполнения работ, запрещенных для выполнения в рамках договоров о предоставлении труда работников (персонала) на основании п. 12 ст. 18.1 Закона «О занятости населения в Российской Федерации» (замена бастующих, замена в других случаях законной остановки работы по инициативе работников, замена работников при простое, банкротстве, при установленном неполном рабочем дне для избежания массового увольнения);
- д) работникам предоставляются те же гарантии, что и работникам, работающим по договорам о временном предоставлении труда работников (персонала).

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Наряду с уже введенными в российское правовое поле договорами о предоставлении труда работников (персонала), рассмотренные в статье новые формы трудовых отношений позволяют задуматься о том, что традиционный подход

¹⁴ Панфилова А. П. Наставничество и обучение на рабочем месте: терминологический анализ зарубежных методов // Современные технологии управления. 2016. № 12 (72). URL: <https://sovman.ru/article/7202/>. В других странах командирование тоже рассматривается в том числе в качестве одной из форм повышения квалификации. См., например: Antoine M., Rorive B. Job pools in Belgium, Monitoring Innovative Restructuring in Europe (MIRE) project. Liège, Belgium, 2006.

¹⁵ См. об этом, например: Бизюков П. В., Герасимова Е. С., Саурин С. А. Указ. соч. ; Коршунова Т. Ю. Указ. соч. ; Лушников А. М., Лушникова М. В. Указ. соч. ; Нуртдинова А. Указ. соч. ; Цыпкина И. С. Указ. соч. ; Чесалина О. В. Указ. соч.

к определению трудового правоотношения, при котором работнику противопоставлен единственный работодатель, при определенных условиях может быть пересмотрен. Представляется, что в случае легализации двух форм совместного использования труда работников вполне допустимо будет поставить вопрос о существовании нового субъекта трудового права — коллективного работодателя, совместно реализующего свои права и обязанности в отношении работника. Часть прав и обязанностей будет осуществляться коллективным работодателем как единым субъектом, а часть — отдельными

юридическими и физическими лицами, входящими в состав такого работодателя.

Как показано в статье, необходимость введения такого субъекта в трудовое право обусловлена не умозрительными теоретическими построениями, а реальными потребностями небольших работодателей в более эффективном использовании труда работников, и, что еще более важно, необходимостью защиты прав работников, уже фактически участвующих в таких правоотношениях либо становящихся жертвами злоупотребления работодателями своей корпоративной множественностью.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Бизюков П. В., Герасимова Е. С., Саурин С. А. Заемный труд: последствия для работников. — М., 2012.
2. 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.
3. Головина С. Ю. О некоторых тенденциях развития трудового права России в современных экономических условиях // Пятый Пермский конгресс ученых-юристов : избранные материалы. — М., 2015.
4. Коршунова Т. Ю. Договоры о предоставлении труда персонала: некоторые проблемы // Журнал российского права. — 2016. — № 10. — С. 134—144.
5. Лушников А. М., Лушникова М. В. Пределы заимствования международного и зарубежного опыта правового регулирования трудовых отношений в Российской Федерации: теоретические и прикладные проблемы // Евразийский юридический журнал. — 2013. — № 11 (66). — С. 124—126.
6. Межотраслевая координация правового регулирования труда в корпоративных организациях / под ред. Н. Л. Лютова. — М., 2016.
7. Нуртдинова А. Заемный труд: особенности организации и возможности правового регулирования // Хозяйство и право. — 2004. — № 9.
8. Панфилова А. П. Наставничество и обучение на рабочем месте: терминологический анализ зарубежных методов // Современные технологии управления. — 2016. — № 12 (72).
9. Производительность труда в России и в мире. Влияние на конкурентоспособность экономики и уровень жизни // Аналитический вестник Совета Федерации. — 2016. — № 29 (628).
10. Цыпкина И. С. Регулирование труда работников, направляемых работодателем к другим физическим или юридическим лицам по договору о предоставлении труда персонала // Актуальные проблемы российского права. — 2017. — № 3. — С. 160—167.
11. Хаваяшхов А. А. Множественность лиц на стороне работодателя: сравнительно-правовой анализ : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2015.
12. Чесалина О. В. Юридическая природа договора о предоставлении труда работников // Журнал российского права. — 2015. — № 4. — С. 66—77.
13. Antoine M., Rorive B. Job pools in Belgium, Monitoring Innovative Restructuring in Europe (MIRE) project. — Liège, Belgium, 2006.
14. Baumfeld L. Kompetenzen teilen durch Arbeitgeberzusammenschlüsse. Endbericht Teil 3: Handbuch: AGZ-Mehrwert-Check. — Vienna : ÖAR, 2012.
15. CERGE (Centre Européen de Ressources des Groupements d'Employeurs). Antwort auf die acht gemeinsamen Grundsätze für den Flexicurity-Ansatz der Europäischen Kommission. — Brussels : CERGE, 2008.
16. Countouris N., Deakin S., Freedland M., Koukiadaki A., Prassl J. Report on temporary employment agencies and temporary agency work: A comparative analysis of the law on temporary work agencies and the social and economic implications of temporary work in 13 European countries. — Geneva : ILO, 2016.
17. 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.

18. Fadeuilhe P. Les groupements d'employeurs: responsabilité solidaire et exigences égalitaires // Droit social. — 2012. — № 10. — P. 899—905.
19. Organisation of Economic Cooperation and Development (OECD). OECD Economic Surveys: Russian Federation 2013 (Russian version). OECD Publishing, 2013 // URL: https://read.oecd-ilibrary.org/economics/oecd-economic-surveys-russian-federation-2013-russian-version_9789264207660-ru#page1.
20. Osthoff K., Langbein M., Hartmann T. Verbindung von Stabilität und Flexibilität. Arbeitgeberzusammenschlüsse als regionales Instrument zur Fachkräftesicherung für KMU // Working Papers: Economic Sociology Jena. — № 10/2011. — Jena : Friedrich Schiller Universität, 2011.
21. Schömann I., Guedes C. Temporary agency work in the European Union Implementation of Directive 2008/104/EC in the Member States. — Brussels : European Trade Union Institute, 2012. — URL: <https://www.etui.org/Publications2/Reports/Temporary-agency-work-in-the-European-Union>.

Материал поступил в редакцию 17 сентября 2018 г.

LABOR RELATIONS WITH A COLLECTIVE BARGAINING EMPLOYER: PROSPECTS OF THE LEGAL REGULATION¹⁶

LYUTOV Nikita Leonidovich, Doctor of Law, Associate Professor, Head of the Department of Labor 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 paper analyzes the two forms of so-called new or atypical labor relations when several legal entities or individuals act on the part of an employer. In foreign practice, such forms of employment are called employee sharing. Employee sharing can be either permanent (strategic) or ad hoc. Strategic employee sharing when employers form a united network that coordinates their interaction in sending workers on their individual work assignments can be beneficial for both employees and employers. Employers who do not need to hire a full-time employee and are not able to predict precisely for how long they will need the employee's work can share employee's work reducing downtime risks. Workers, on the other hand, reduce instability of their employment by being offered more stable working conditions and higher workload than they would otherwise have with such employers separately. In addition, when they work for a co-ordinated group of employers, we eliminate the risk that exists when workers are employed to perform external part-time work assignments, when work assignments of several employers are to be completed at the same time. Legalization of this form of employment implies the need to consolidate legislatively a number of aspects relating to such legal relations: the minimum and maximum total working hours, the order of work assignment, the distribution of responsibilities and duties in respect of wages, social insurance, etc.*

A one-time shared assignment of work or secondment can be beneficial for both employees and employers for similar reasons. When legalizing this form of employment, it is necessary to limit the maximum time of employees' secondment to avoid turning this scheme into the actual use of outsourced labor. In addition, it is necessary to establish legal guarantees for employees similar to those that they are provided with when they make secondment contracts with employers.

The legislative consolidation of such forms of employment, along with the legalized secondment contracts made with employees (personnel), raises the issue of the existence of a new participant of relations regulated by labor law, namely: a collective bargaining employer.

Keywords: *Labor relationship, atypical employment, collective bargaining employer, employee sharing, labor rights.*

REFERENCES

1. Bizyukov P. V., Gerasimova E.S., Saurin S. A. Zaemnyy trud. posledstviya dlya rabotnikov [Outsourced labor: consequences for employees]. Moscow, 2012. (In Russian)
2. Vasilieva Yu. V., Shuraleva S. V., Brown E. A. Pravovoe regulirovanie distantsionnoy raboty: problemy teorii i praktiki monografiya [Legal regulation of remote work: the theory and practice problems : A monograph]. Perm, Perm State Science.-Research. University, 2016. (In Russian)

¹⁶ The paper was prepared within the framework of the RFFR supported scientific project No 18-011-00672.



3. Golovina S. Yu. O nekotorykh tendentsiyakh razvitiya trudovogo prava rossii v sovremennykh ekonomicheskikh usloviyakh [On some trends in the development of labor law in Russia in modern economic conditions]. 5th Perm Congress of Legal Scholars : Selected proceedings. Moscow, 2015. (In Russian)
4. Korshunova, T. Yu. Dogovory o predostavlenii truda personala: nekotorye problemy [Secondment Contracts: Several Problems]. *Zhurnal rossiyskogo prava [Journal of Russian Law]*. 2016. No. 10. P. 134—144. (In Russian)
5. Lushnikov A. M., Lushnikova M. V. Predely zaimstvovaniya mezhdunarodnogo i zarubezhnogo opyta pravovogo regulirovaniya trudovykh otnosheniy v rossiyskoy federatsii: teoreticheskie i prikladnye problemy [Limits of borrowing international and foreign experience of legal regulation of labor relations in the Russian Federation: theoretical and applied problems]. *Eurasian Law Journal*. 2013. No. 11 (66). P. 124—126. (In Russian)
6. Mezhotraslevaya koordinatsiya pravovogo regulirovaniya truda v korporativnykh organizatsiyakh [Intersectoral coordination of labor legal regulation in corporate organizations] Ed. by L. Lyutov. Moscow, 2016. (In Russian)
7. Nurtdinova A. Zaemnyy trud. posledstviya dlya rabotnikov [Outsourced labor: features of the organization and the possibility of legal regulation]. *Khozyaystvo i pravo [Business and Law]*. 2004. No. 9. (In Russian)
8. Panfilova A. P. Nastavnichestvo i obuchenie na rabochem meste: terminologicheskij analiz zarubezhnykh metodov [Mentoring and on-the-job training: The terminological analysis of foreign methods]. *Sovremennye tekhnologii upravleniya [Modern Management Technologies]*. 2016. No. 12 (72). (In Russian)
9. Proizvoditelnost truda v Rossii i v mire. Vliyanie na konkurentosposobnost ekonomiki i uroven zhizni [Labor productivity in Russia and in the world. The Impact on the competitiveness of the economy and living standards]. *Analiticheskiy vestnik Soveta Federatsii [Analytical Bulletin of the Federation Council]*. 2016. No. 29 (628). (In Russian)
10. Tsyapkina I. S. Regulirovanie truda rabotnikov, napravlyaemykh rabotodatelem k drugim fizicheskim ili yuridicheskim litsam po dogovoru o predostavlenii truda personala [Regulation of Labour of Employees Assigned by the Employer to Other Natural and Legal Persons Under the Provision of Personnel Agreement]. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava [Actual Problems of Russian Law]*. 2017. No. 3. P. 160—167. (In Russian)
11. Khavayashkhov A. A. Mnozhestvennost lits na storone rabotodatelya: sravnitel'no-pravovoy analiz : dis. ... kand. yurid. nauk A comparative legal analysis : PhD Thesis. Moscow, 2015. (In Russian)
12. Chesalina O. V. Yuridicheskaya priroda dogovora o predostavlenii truda rabotnikov [The legal nature of the labor contract]. *Zhurnal rossiyskogo prava [Journal of Russian Law]*. 2015. No. 4. P. 66—77 (In Russian)
13. Antoine M., Rorive B. Job pools in Belgium, Monitoring Innovative Restructuring in Europe (MIRE) project. Liège, Belgium, 2006.
14. Baumfeld L. Kompetenzen teilen durch Arbeitgeberzusammenschlüsse. Endbericht Teil 3: Handbuch: AGZ-Mehrwert-Check. Vienna : ÖAR, 2012.
15. CERGE (Centre Européen de Ressources des Groupements d'Employeurs). Antwort auf die acht gemeinsamen Grundsätze für den Flexicurity-Ansatz der Europäischen Kommission. Brussels : CERGE, 2008.
16. Countouris N., Deakin S., Freedland M., Koukiadaki A., Prassl J. Report on temporary employment agencies and temporary agency work: A comparative analysis of the law on temporary work agencies and the social and economic implications of temporary work in 13 European countries. Geneva : ILO, 2016.
17. 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.
18. Fadeuilhe P. Les groupements d'employeurs: responsabilité solidaire et exigences égalitaires . *Droit social*. 2012. No. 10. P. 899—905.
19. Organization of Economic Cooperation and Development (OECD). OECD Economic Surveys: Russian Federation 2013 (Russian version). OECD Publishing, 2013. URL: https://read.oecd-ilibrary.org/economics/oecd-economic-surveys-russian-federation-2013-russian-version_9789264207660-ru#page1.
20. Osthoff K., Langbein M., Hartmann T. Verbindung von Stabilität und Flexibilität. Arbeitgeberzusammenschlüsse als regionales Instrument zur Fachkräftesicherung für KMU. Working Papers: Economic Sociology Jena. No. 10/2011. Jena : Friedrich Schiller Universität, 2011.
21. Schömann I., Guedes C. Temporary agency work in the European Union Implementation of Directive 2008/104/EC in the Member States. Brussels. European Trade Union Institute, 2012. URL: <https://www.etui.org/Publications2/Reports/Temporary-agency-work-in-the-European-Union>.

АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ СУБСИДИАРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ КОНТРОЛИРУЮЩИХ ЛИЦ ПРИ БАНКРОТСТВЕ ДОЛЖНИКА

Аннотация. В статье анализируется судебная арбитражная практика применения норм ответственности лиц, контролирующих должника. Проведенное исследование показывает, что в последние годы сложилась позитивная тенденция привлечения к субсидиарной ответственности лиц, контролирующих должника.

Ключевые слова: банкротство, ответственность, кредиторы, суд, должник, субсидиарная ответственность, судебная практика.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.145.12.018-024

В последнее время законодательство о банкротстве претерпевает существенные изменения, находясь в стадии реформирования. К примеру, в 2017 г. в Федеральном законе от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — Закон о банкротстве) появилась новая глава III.2 «Ответственность руководителя должника и иных лиц в деле о банкротстве»¹, касающаяся развития института субсидиарной ответственности.

В продолжение реформы детализирована процедура распределения между кредиторами прав требования, полученных в результате привлечения к субсидиарной ответственности контролирующих должника лиц; введены нормы, материально стимулирующие арбитражных управляющих в случае привлечения ими к субсидиарной ответственности лиц, контролирую-

щих должника, в виде реального возмещения ущерба кредиторам и т.д.

Эти законодательные новеллы ставят перед практикующими юристами все более актуальные вопросы. В свою очередь, в судебной практике уделяется пристальное внимание соблюдению баланса интересов должников и кредиторов.

1. ПОНЯТИЕ СУБСИДИАРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ КАК СРЕДСТВА ДОСТИЖЕНИЯ БАЛАНСА ПРАВ И ОБЯЗАННОСТЕЙ КРЕДИТОРА И ДОЛЖНИКА

Для достижения баланса прав и обязанностей кредиторов и должника необходима выработка эффективного механизма привлечения к субсидиарной ответственности.

¹ Федеральный закон от 29.07.2017 № 266-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О несостоятельности (банкротстве)” и Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» // СЗ РФ. 2017. № 31 (ч. I). Ст. 4815.

© Свириденко О. М., 2018

* Свириденко Олег Михайлович, доктор юридических наук, заместитель Председателя Верховного Суда Российской Федерации — председатель Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации, заслуженный юрист Российской Федерации
<http://www.supcourt.ru/>
121260, Россия, г. Москва, ул. Поварская, д. 15

Основные тенденции судебной практики по делам о привлечении к субсидиарной ответственности закреплены в актах Верховного Суда РФ. Так, Пленумом Верховного Суда РФ в 2016 г. принят Обзор судебной практики с участием налоговых органов в рассмотрении дел о банкротстве, позволивший устранить многие спорные моменты.

Кроме того, в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2017 № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве» (далее — постановление № 53) решен ряд важнейших вопросов судебной практики.

Во-первых, акцентировано внимание судов на необходимости при применении данного механизма учитывать как сущность конструкции юридического лица, предполагающей имущественную обособленность этого субъекта, его самостоятельную ответственность, наличие у участников корпораций, учредителей унитарных организаций, иных лиц, входящих в состав органов юридического лица, широкой свободы усмотрения при принятии и согласовании деловых решений, так и запрет на причинение ими вреда независимым участникам оборота посредством недобросовестного использования института юридического лица.

Во-вторых, получила свое развитие новелла — **доктрина «прокалывания корпоративной вуали»**² при рассмотрении дел о привлечении к ответственности лиц, контролирующих должника.

Интересным в этой связи представляется дело, в рамках которого суды возложили субсидиарную ответственность на аффилированное лицо, признанное таковым вне рамок дела о банкротстве, отнесли задолженность по страховым взносам ко второй очереди текущих платежей, разрешили должнику во время конкурсного производства продолжать осуществлять хозяйственную деятельность³.

При этом процессе доказывания по делам о привлечении к субсидиарной ответственности сопутствуют объективные сложности, возникающие зачастую как в результате отсутствия у заявителей, в силу объективных причин, прямых письменных доказательств, подтверждающих

их доводы, так и в связи с нежеланием членом органов управления, иных контролирующих лиц раскрывать документы, отражающие их статус, реальное положение дел и действительный оборот, что влечет необходимость принимать во внимание совокупность согласующихся между собой косвенных доказательств, сформированную на основе анализа поведения упомянутых субъектов⁴.

В-третьих, в постановлении № 53 четко определены презумпции вины привлекаемых к ответственности лиц, основания их привлечения, возможности опровержения презумпций.

Нельзя забывать, что субсидиарная ответственность является экстраординарным механизмом защиты нарушенных прав кредиторов, то есть исключением из принципа ограниченной ответственности участников и правила о защите делового решения менеджеров, поэтому по названной категории дел не может быть применен такой же стандарт доказывания, как в рядовых гражданско-правовых спорах.

В частности, не каждое подтвержденное косвенными доказательствами сомнение в отсутствии контроля должно толковаться против ответчика. Такие сомнения должны быть достаточно серьезными, то есть ясно и убедительно, с помощью согласующихся между собой косвенных доказательств подтверждать факт возможности давать прямо либо опосредованно обязательные для исполнения должником указания. Согласно ч. 1 ст. 1080 Гражданского кодекса Российской Федерации лица, совместно причинившие вред, отвечают перед потерпевшим солидарно. Аналогичная позиция изложена в определении Верховного Суда РФ от 6 августа 2018 г. № 308-ЭС17-6757 (2, 3).

Статья 71 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации возлагает на арбитражный суд обязанность оценить относимость, допустимость и достоверность каждого доказательства в отдельности, а также достаточность и взаимную связь доказательств в их совокупности и отразить результаты оценки в судебном акте.

При привлечении контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности в части, не противоречащей специальным положениям Закона о банкротстве, подлежат применению

² Подробнее см.: Будылин С. Л., Иванец Ю. Л. Срывая покровы. Доктрина снятия корпоративной вуали в зарубежных странах и в России // Вестник ВАС РФ. 2013. № 7.

³ Дело № А22-941/2006 Арбитражного суда Республики Калмыкия.

⁴ Определение Верховного Суда РФ от 15.02.2018 № 302-ЭС14-1472 (4, 5, 7).

общие положения гл. 25 и 59 ГК РФ об ответственности за нарушение обязательств и об обязательствах вследствие причинения вреда.

2. КОНТРОЛИРУЮЩИЕ ЛИЦА В ДЕЛЕ О БАНКРОТСТВЕ

Привлечение контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности является исключительным механизмом восстановления нарушенных прав кредиторов в деле о банкротстве.

В постановлении № 53 закреплена сложившаяся в судебной практике тенденция к отходу от формального понимания контролирующего должника лица⁵.

Итак, по общему правилу необходимым условием отнесения лица к числу контролирующих должника лиц является наличие у него фактической возможности давать должнику обязательные для исполнения указания или иным образом определять его действия (п. 3 ст. 53.1 ГК РФ; п. 1 ст. 61.10 Закона о банкротстве).

Осуществление фактического контроля над должником возможно вне зависимости от наличия (отсутствия) формально-юридических признаков аффилированности (через родство или свойства с лицами, входящими в состав органов должника, прямое или опосредованное участие в капитале либо в управлении и т.п.). Суд устанавливает степень вовлеченности лица, привлекаемого к субсидиарной ответственности, в процесс управления должником, проверяя, насколько значительным было его влияние на принятие существенных деловых решений относительно деятельности должника.

Если сделки, изменившие экономическую и (или) юридическую судьбу должника, заключены под влиянием лица, определившего существенные условия этих сделок, такое лицо подлежит признанию контролирующим должника.

Лицо не может быть признано контролирующим должника только на том основании, что оно состояло в отношениях родства или свойства с членами органов должника, либо ему были переданы полномочия на совершение от имени должника отдельных ординарных сделок, в том числе в рамках обычной хозяйственной деятельности, либо оно замещало

должности главного бухгалтера, финансового директора должника (пп. 1—3 п. 2 ст. 61.10 Закона о банкротстве). Названные лица могут быть признаны контролируемыми должника на общих основаниях, в том числе с использованием предусмотренных законодательством о банкротстве презумпций, при этом учитываются преимущества, вытекающие из их положения.

При банкротстве юридического лица контролирующее должника лицо может быть привлечено к субсидиарной ответственности: за невозможность полного погашения требований кредиторов (п. 1 ст. 61.11 Закона о банкротстве); за неподачу (несвоевременную подачу) заявления должника в арбитражный суд о собственном банкротстве (п. 1 ст. 61.12 Закона о банкротстве).

В рассматриваемой ситуации ликвидатор может быть привлечен к субсидиарной ответственности за невозможность полного погашения требований кредиторов согласно п. 1 ст. 61.11 Закона о банкротстве только при наличии следующих условий:

1. Если действия (бездействие) ликвидатора привели к невозможности погашения требований кредиторов. Под действиями (бездействием) контролирующего лица, приведшими к невозможности погашения требований кредиторов (ст. 61.11 Закона о банкротстве), следует понимать такие действия (бездействие), которые явились необходимой причиной банкротства должника, то есть те, без которых объективное банкротство не наступило бы. Суд оценивает существенность влияния действий (бездействия) контролирующего лица на положение должника, проверяя наличие причинно-следственной связи между названными действиями (бездействием) и фактически наступившим объективным банкротством (п. 16 постановления № 53).

2. Если действия (бездействие) контролирующего лица стали необходимой причиной объективного банкротства при доказанности следующей совокупности обстоятельств (пп. 3 п. 2, п. 5 ст. 61.11 Закона о банкротстве; п. 26 постановления № 53):

2.1) должник привлечен к налоговой ответственности за неуплату или неполную уплату сумм налога (сбора, страховых взносов) в результате занижения налоговой базы (базы для исчисления страховых взносов), иного непра-

⁵ Определения Верховного Суда РФ от 29.01.2016 № 305-ЭС14-3834, от 15.02.2018 № 302-ЭС14-1472 (4, 5, 7).

вильного исчисления налога (сбора, страховых взносов) или других неправомерных действий (бездействия);

2.2) доначисленные по результатам мероприятий налогового контроля суммы налога (сбора, страховых взносов) составили более 50 % совокупного размера основной задолженности перед реестровыми кредиторами третьей очереди удовлетворения;

2.3) когда после наступления объективного банкротства контролирующее лицо совершило действия (бездействие), существенно ухудшившие финансовое положение должника.

При этом по общему правилу контролирующее лицо, создавшее условия для дальнейшего значительного роста диспропорции между стоимостью активов должника и размером его обязательств, подлежит привлечению к субсидиарной ответственности в полном объеме, поскольку презюмируется, что из-за его действий (бездействия) окончательно утрачена возможность осуществления в отношении должника реабилитационных мероприятий, направленных на восстановление платежеспособности, и, как следствие, возможность реального погашения всех долговых обязательств в будущем (п. 17 постановления № 53).

Здесь следует сказать о введении нового критерия «**объективное банкротство**», впервые примененного в определении от 20.07.2017 № 309-ЭС17-1801 по делу о банкротстве ООО «Каркас». Отменяя судебные акты нижестоящих инстанций при рассмотрении кассационной жалобы уполномоченного органа и направляя спор на новое рассмотрение, Верховный Суд РФ в указанном определении изложил следующие правовые позиции:

— если руководитель должника докажет, что само по себе возникновение признаков неплатежеспособности либо обстоятельств, названных в абз. 5, 7 п. 1 ст. 9 Закона о банкротстве, не свидетельствовало об объективном банкротстве (критическом моменте, в который должник из-за снижения стоимости чистых активов стал неспособен в полном объеме удовлетворить требования кредиторов, в том числе по уплате обязательных платежей), и руководитель, несмотря на временные финансовые затруднения, добросовестно рассчитывал на их преодоление в разумный срок, приложил максимальные усилия для достижения такого результата, выполняя экономически обоснованный план, такой руководитель, с уче-

том общеправовых принципов юридической ответственности (в том числе предполагающих по общему правилу наличие вины), освобождается от субсидиарной ответственности на тот период, пока выполнение его плана являлось разумным;

- не является экономически обоснованным план выхода из кризиса, при котором за период с даты возникновения признаков банкротства по день введения первой процедуры банкротства задолженность перед бюджетом многократно возросла;
- для определения признаков неплатежеспособности или недостаточности имущества правовое значение имеет совокупный объем возникших долговых обязательств, а не их структура. При анализе финансового состояния должника из общего числа его обязательств не исключаются те обязательства, которые не позволяют кредитору инициировать процедуру банкротства. Таким образом, выводы суда апелляционной инстанции, исключившего задолженность перед внебюджетным фондом, ошибочны;
- применяемый должником метод ведения бизнеса (погашение задолженности по тем гражданским обязательствам, которые непосредственно относятся к производственному процессу и реализации продукции, и одновременно непринятие каких-либо мер к исполнению фискальных обязательств) не отвечает принципу добросовестности.

Данные позиции были восприняты на практике нижестоящими судами.

Ликвидатор, как контролирующее должника лицо, не подлежит привлечению к субсидиарной ответственности в случае, когда его действия (бездействие), повлекшие негативные последствия на стороне должника, не выходили за пределы обычного делового риска и не были направлены на нарушение прав и законных интересов гражданско-правового сообщества, объединяющего всех кредиторов (п. 3 ст. 1 ГК РФ; абз. 2 п. 10 ст. 61.11 Закона о банкротстве; п. 18 постановления № 53).

Правом на подачу заявления о привлечении к субсидиарной ответственности по основаниям, предусмотренным ст. 61.11 Закона о банкротстве, в ходе любой процедуры, применяемой в деле о банкротстве, от имени должника обладает, в частности, арбитражный управляющий по своей инициативе либо по решению собрания кредиторов или комитета кредиторов (п. 1 ст. 61.14 Закона о банкротстве).

При соблюдении вышеуказанных условий арбитражный управляющий может привлечь ликвидатора к субсидиарной ответственности за невозможность полного погашения требований кредиторов.

В отношении **номинальных руководителей**, то есть тех, кто не осуществлял фактическое управление должником (например, полностью передоверив управление другому лицу на основании доверенности либо принимая ключевые решения по указанию или с согласия третьего лица, не имеющего формальных на то полномочий), Верховный Суд РФ указывает, что они не утрачивают статус контролирующих лиц и будут нести субсидиарную ответственность солидарно с фактическими руководителями (абз. 1 и 2 п. 6 постановления № 53). При этом размер ответственности номинального директора может быть уменьшен, если он раскроет недоступную третьим лицам информацию о фактическом директоре и о сокрытом имуществе должника или фактического директора (абз. 3 п. 6 постановления № 53).

3. СУБСИДАРИАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА НЕПОДАЧУ (НЕСВОЕВРЕМЕННУЮ ПОДАЧУ) ЗАЯВЛЕНИЯ ДОЛЖНИКА О СОБСТВЕННОМ БАНКРОТСТВЕ

При неисполнении руководителем должника, ликвидационной комиссией в установленный срок обязанности по подаче в суд заявления должника о собственном банкротстве решение об обращении в суд с таким заявлением должно быть принято органом управления, к компетенции которого отнесено разрешение вопроса о ликвидации должника (п. 3.1 ст. 9 Закона о банкротстве).

По смыслу п. 3.1 ст. 9, ст. 61.10, п. 1 ст. 61.12 Закона о банкротстве лицо, не являющееся руководителем должника, ликвидатором, членом ликвидационной комиссии, может быть привлечено к субсидиарной ответственности за неподачу (несвоевременную подачу) заявления должника о собственном банкротстве при наличии совокупности следующих условий:

— это лицо являлось контролирующим, в том числе исходя из не опровергнутых им презумпций о контроле мажоритарного участника корпорации (пп. 2 п. 4 ст. 61.10 Закона о банкротстве), о контроле выгодоприобретателя по незаконной сделке (пп. 3 п. 4 ст. 61.10 Закона о банкротстве) и т.д.;

- оно не могло не знать о нахождении должника в таком состоянии, при котором на стороне его руководителя, ликвидационной комиссии возникла обязанность по обращению в суд с заявлением о банкротстве и невыполнении ими данной обязанности;
- данное лицо обладало полномочиями по созыву собрания коллегиального органа должника, к компетенции которого отнесено принятие корпоративного решения о ликвидации, или обладало полномочиями по самостоятельному принятию соответствующего решения;
- оно не совершило надлежащим образом действия, направленные на созыв собрания коллегиального органа управления для решения вопроса об обращении в суд с заявлением о банкротстве или на принятие такого решения.

Соответствующее приведенным условиям контролирующее лицо может быть привлечено к субсидиарной ответственности по обязательствам, возникшим после истечения совокупности предельных сроков, отведенных на созыв, подготовку и проведение заседания коллегиального органа, принятие решения об обращении в суд с заявлением о банкротстве, разумных сроков на подготовку и подачу соответствующего заявления. При этом названная совокупность сроков начинает течь через 10 дней со дня, когда привлекаемое лицо узнало или должно было узнать о неисполнении руководителем, ликвидационной комиссией должника обязанности по обращению в суд с заявлением о банкротстве (абз. 1 п. 3.1 ст. 9 Закона о банкротстве).

Указанное лицо несет субсидиарную ответственность солидарно с руководителем должника (членами ликвидационной комиссии) по обязательствам, возникшим после истечения упомянутой совокупности предельных сроков (абз. 2 п. 1 ст. 61.12 Закона о банкротстве).

Участники корпорации, учредители унитарной организации, являющиеся контролирующими лицами по признаку аффилированности между собой, обладающие в совокупности количеством голосов, необходимым для созыва собрания коллегиального органа должника, не совершившие надлежащих действий для решения вопроса об обращении в суд с заявлением о банкротстве, несут субсидиарную ответственность за неподачу (несвоевременную подачу) заявления должника о банкротстве солидарно, если хотя бы один из них не мог не знать о нахождении должника в таком состоянии, при

котором на стороне его руководителя, ликвидационной комиссии возникла обязанность по обращению в суд с заявлением о банкротстве, и о неисполнении этой обязанности.

Согласно абз. 2 п. 2 ст. 61.12 Закона о банкротстве презюмируется наличие причинно-следственной связи между неподачей руководителем должника, ликвидационной комиссией заявления о банкротстве и невозможностью удовлетворения требований кредиторов, обязательства перед которыми возникли в период просрочки подачи заявления о банкротстве.

4. СУБСИДАРИЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА НЕВОЗМОЖНОСТЬ ПОЛНОГО ПОГАШЕНИЯ ТРЕБОВАНИЙ КРЕДИТОРОВ

Законом (пп. 2, 4 п. 2 ст. 61.11 Закона о банкротстве) установлены презумпции вины контролирующего должника лица в невозможности полного погашения требований кредиторов при отсутствии (непредставлении конкурсному управляющему) документов бухгалтерского учета и (или) отчетности или иных документов, хранение которых являлось обязательным в соответствии с законодательством Российской Федерации с возложением на него субсидиарной ответственности по обязательствам должника.

Ранее аналогичная ответственность контролирующего должника лица была установлена прежней редакцией п. 4 ст. 10 Закона о банкротстве⁶ и активно применялась в судебной практике (например, определение Верховного Суда РФ от 13.10.2017 по делу № 305-ЭС17-9683, А41-47860/2012).

В настоящее время, как разъяснено в п. 24 постановления № 53, лицо, обратившееся в суд с требованием о привлечении к субсидиарной ответственности, должно представить суду объяснения относительно того, как отсутствие документации (отсутствие в ней полной информации или наличие в документации искаженных сведений) повлияло на проведение процедур банкротства.

Применяя при разрешении споров о привлечении к субсидиарной ответственности презумпции, связанные с непередачей, сокрытием, утратой или искажением документации (пп. 2 и 4 п. 2 ст. 61.11 Закона о банкротстве), необ-

ходимо учитывать следующее: заявитель должен представить суду объяснения относительно того, как отсутствие документации (отсутствие в ней полной информации или наличие в документации искаженных сведений) повлияло на проведение процедур банкротства.

Привлекаемое к ответственности лицо вправе опровергнуть названные презумпции, доказав, что недостатки представленной управляющему документации не привели к существенному затруднению проведения процедур банкротства, либо доказав отсутствие вины в передаче, ненадлежащем хранении документации, в частности подтвердив, что им приняты все необходимые меры для исполнения обязанностей по ведению, хранению и передаче документации при той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась.

Под существенным затруднением проведения процедур банкротства понимается в том числе невозможность выявления всего круга лиц, контролирующих должника, его основных контрагентов, а также:

- невозможность определения основных активов должника и их идентификации;
- невозможность выявления совершенных в период подозрительности сделок и их условий, не позволившая проанализировать данные сделки и рассмотреть вопрос о необходимости их оспаривания в целях пополнения конкурсной массы;
- невозможность установления содержания принятых органами должника решений, исключившая проведение анализа этих решений на предмет причинения ими вреда должнику и кредиторам и потенциальную возможность взыскания убытков с лиц, являющихся членами данных органов.

К руководителю должника не могут быть применены презумпции, установленные пп. 2 и 4 п. 2 ст. 61.11 Закона о банкротстве, если необходимая документация (информация) передана им арбитражному управляющему в ходе рассмотрения судом заявления о привлечении к субсидиарной ответственности. Такая передача документации (информации) не исключает возможность привлечения руководителя к ответственности в виде возмещения убытков, вызванных просрочкой исполнения обязанности, или к субсидиарной ответственности по иным основаниям.

⁶ Утратившая силу в соответствии с Федеральным законом от 29.07.2017 № 266-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О несостоятельности (банкротстве)” и Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях».

Сама по себе непередача новому руководителю необходимых документов не освобождает его от ответственности и не свидетельствует об отсутствии вины. Добросовестный и разумный руководитель обязан совершить действия по истребованию документации у предыдущего руководителя (применительно к ст. 308.3 ГК РФ) либо по восстановлению документации иным образом (в частности, путем направления запросов о получении дубликатов документов в компетентные органы, взаимодействия с контрагентами для восстановления первичной документации и т.д.).

Если несколько руководителей, последовательно сменявших друг друга, осуществляли противоправные действия, связанные с ведением, хранением и восстановлением ими документации, презюмируется, что действий каждого из них было достаточно для доведения должника до объективного банкротства (п. 8 ст. 61.11 Закона о банкротстве).

Согласно пп. 2 и 4 п. 2, пп. 4 и 6 ст. 61.11 Закона о банкротстве, если лица, на которые возложена обязанность по ведению и хранению соответствующей документации (например, главный бухгалтер), также признаны контролирующими, то предполагается, что их совместные с руководителем должника действия стали необходимой причиной объективного банкрот-

ства при доказанности существенно затруднивших проведение процедур банкротства фактов непередачи, сокрытия, утраты или искажения документации; лица, не признанные контролирующими должника, на которые возложена обязанность по ведению и хранению соответствующей документации (например, главный бухгалтер), несут солидарно с бывшим руководителем субсидиарную ответственность за доведение до банкротства как соучастники, если будет доказано, что они по указанию бывшего руководителя или совместно с ним совершили действия, приведшие к уничтожению документации, ее сокрытию или к искажению содержащихся в ней сведений.

Подводя итог, следует отметить благоприятный характер сложившейся в судебной практике тенденции, позволяющей отказаться от формальных критериев при определении того, является ли лицо контролирующим, а также при оценке возможности лица влиять на принятие решений должником.

Данная тенденция может выступить определенным стимулом для руководителей осуществлять управленческую деятельность в рамках законодательства Российской Федерации с целью добросовестного исполнения юридическим лицом своих обязанностей и обязательств, возникающих в хозяйственном процессе.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Бudyлин С. Л., Иванец Ю. Л. Срывающая покровы. Доктрина снятия корпоративной вуали в зарубежных странах и в России // Вестник ВАС РФ. — 2013. — № 7.

Материал поступил в редакцию 1 ноября 2018 г.

TOPICAL ISSUES OF SUBSIDIARY LIABILITY OF CONTROLLING PERSONS IN CASES OF DEBTOR'S BANKRUPTCY

SVIRIDENKO Oleg Mikhailovich, Doctor of Law, Deputy Chairman of the Supreme Court of the Russian Federation, Chairman of the Judicial Board for Economic Disputes of the Supreme Court of the Russian Federation, Honored Lawyer of the Russian Federation
<http://www.supcourt.ru/>
121260, Russia, Moscow, ul. Povarskaya., d. 15

Abstract. *The paper analyzes the judicial arbitration practice of application of the rules of liability of persons controlling the debtor. The study shows that in recent years there has been a positive trend of bringing to subsidiary liability of persons controlling the debtor.*

Keywords: *Bankruptcy, liability, creditors, court, debtor, subsidiary liability, jurisprudence.*

REFERENCES

1. Budylin S. L., Iwaniets Yu. L. Sryvaya pokrovy.doktrina snyatiya korporativnoy vuali v zarubezhnykh stranakh i v Rossii [Tearing the Covers. The Doctrine of Piercing the Corporate Veil in Foreign Countries and in Russia]. *Vestnik VAS RF*. 2013. No. 7. (In Russian)

С. В. Усольцева*

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОЙ КВАЛИФИКАЦИИ НЕПРАВОМЕРНЫХ ДЕЙСТВИЙ ПО СОЗДАНИЮ ПРОИЗВЕДЕНИЙ НАУКИ ДЛЯ ТРЕТЬИХ ЛИЦ

Аннотация. В статье рассматриваются вопросы гражданско-правовой квалификации незаконных действий по созданию произведений науки для третьих лиц, доктринальные подходы и практические последствия отдельных вариантов такой квалификации, возможность применения к указанным действиям положений ст. 169 Гражданского кодекса РФ в рамках противодействия плагиату в науке. Обращается внимание на проблему выявления частнопроводного интереса, нарушаемого вышеуказанными действиями. С этой целью деятельность по созданию произведений науки для третьих лиц анализируется с использованием цивилистической конструкции недействительной сделки. Проблема определения объекта интеллектуальных прав в рамках концепции, положенной в основу ч. IV Гражданского кодекса РФ, рассматривается как теоретическая проблема, осложняющая практическую борьбу с плагиатом. В качестве промежуточного вывода исследования предлагается признать, что правовой инструментарий, содержащийся в действующем законодательстве Российской Федерации, в части противодействия плагиату в сфере науки не является эффективным и нуждается в совершенствовании.

Ключевые слова: плагиат, правовая квалификация действий по созданию произведений науки для третьих лиц, статья 169 Гражданского кодекса Российской Федерации.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.145.12.025-036

Творческая деятельность всегда занимала особое место среди различных видов деятельности, осуществляемых в социуме. В философии никогда не было недостатка в исследованиях на темы, связанные с понятием творчества, как не было и единства во взглядах на его природу. Здесь вообще многое зависит от мировоззренческих основ, которых придерживается исследователь. Например, Н. А. Бердяев считал, что «в творчестве есть два элемента — элемент благодати, то есть вдохновения свыше, и элемент свободы, ни из чего не выводимой и ничем не детерминированной»¹.

Современные исследователи, говоря о признаках постиндустриального общества, так-

же связывают воедино проблемы творчества и свободы: «...на первое место выходят интерес к творческому труду и возможность иметь больше свободного времени вместо престижа достатка — главного мотива индустриального общества»². Собственно, и в советский период существования нашего государства и общества утверждалось, что «в современных условиях... наука превращается в непосредственную производительную силу», а «освобождаясь от исполнения механических, технических функций, человек получает возможность посвятить себя более содержательному, творческому труду»³.

Свобода литературного, художественного, научного, технического и других видов творче-

¹ Бердяев Н. А. Философия свободного духа. М. : Республика, 1994. С.149.

² Честнов И. Л. Диалогическая онтология права в ситуации постмодернизма // Правоведение. 2001. № 3. С. 45.

³ Философский словарь / под ред. И. Т. Фролова. М. : Политиздат, 1987. С. 306.

© Усольцева С. В., 2018

* Усольцева Светлана Валерьевна, кандидат юридических наук, ведущий советник отдела гражданского законодательства Департамента экономического законодательства Министерства юстиции РФ
age21@yandex.ru
119991, Россия, ГСП-1, г. Москва, ул. Житная, д. 14

ства, преподавания гарантируются Конституцией Российской Федерации (ст. 44).

Иногда творческая и интеллектуальная деятельность отождествляются, что в известном смысле представляется оправданным: мышление человека всегда носит личностный отпечаток. Такая деятельность рассматривается философской, экономической и правовой науками в контексте разделения труда, который представляет собой естественно-исторический процесс постепенного обособления двух взаимосвязанных сторон человеческой деятельности: материальной (физической) и духовной (умственной).

Несмотря на объективно обусловленное противопоставление экономики как области «материально-предметного» духовной сфере, очевидно, что долгое время оно было основано лишь на разделении духовного и материального и практически полном игнорировании их взаимосвязи. Хрестоматийные положения отечественной науки советского периода о том, что экономика — это общественные отношения, связанные с производством, которые являются «базисными», то есть определяющими для всей системы общественных отношений, были искажены одной, но существенной деталью: «экономическое» стало пониматься как «материальное».

Вследствие этого сферы деятельности, которые не могут быть отнесены к материальному производству, в частности искусство, наука, культура, образование, стали рассматриваться как «надстроечные», характеризоваться как непроизводственная, или нематериальная, сфера, а деятельность занятых в указанной сфере работников — соответственно как «непроизводительный труд»⁴.

В современной литературе констатируется, что, «по марксистскому учению, соотношение права и экономики определяется общими законами соотношения экономического базиса и политико-правовой надстройки», при этом

отмечается: «Данный подход определял методологию исследований как в области права, так и в области политической экономии социализма»⁵. Далеко идущие последствия такого подхода можно наблюдать в самых разных проявлениях: от признания интеллигенции «прослойкой общества» до отсутствия точных критериев оценки интеллектуального труда и его результатов⁶.

Показательно определение интеллектуальной, творческой деятельности, сформулированное академиком Н. Я. Петраковым: «Это способность генерировать новую информацию, то есть информацию, никогда не существовавшую в системе, которой принадлежит данный интеллект»⁷. Здесь же дается оценка «непредсказуемости результатов интеллектуальной деятельности» в качестве главного феномена «существования человека как личности и как составляющей антропогенной структуры»⁸.

Право в определенном смысле следует за философской и экономической науками, отвечая на формирующиеся потребности, но в силу присущего ему консерватизма делает это с некоторым «опозданием».

Как замечает И. А. Покровский, «не только в правовых системах примитивных народов, но даже еще в праве римском духовная деятельность... не давала никаких субъективных прав на ее продукты их авторам и не пользовалась никакой правовой защитой. Всякий мог опубликовать или воспроизвести без согласия автора его произведение, осуществить его техническое изобретение»⁹.

Проблема борьбы с плагиатом не нова, но актуальна и, вероятнее всего, в полном объеме нерешаема. Плагиат, то есть присвоение авторства, относится к таким явлениям негативного характера, искоренение которых в полном объеме практически невозможно, однако это не означает, что нужно отказаться от поиска эффективных средств и методов противодействия масштабам распространения таких явлений.

⁴ См.: Шишков Г. Б. Духовное производство и интеллектуальная собственность: теория, методология, практика. М. : Изд-во МИНХ, 1991. С. 9.

⁵ Орехова Т. Р. Право и экономика: методологические подходы к исследованию // Теоретико-методологические проблемы права / под ред. М. Н. Марченко. Вып. 2. М. : Зерцало-М, 2007. С. 251, 252.

⁶ Подробнее см., например: Шишков Г. Б. Указ. соч. С. 9 и далее.

⁷ Козырев А. Н. Оценка интеллектуальной собственности. М. : Экспертное-бюро, 1997 / Вст. Н. Я. Петракова. С. 7—8.

⁸ Козырев А. Н. Указ. соч. С. 7.

⁹ Цит. по: Покровский И. А. Проблема нематериальных интересов // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2017. № 6 (34). С. 125.

Как любое сложное явление, плагиат имеет много граней, и правовое воздействие на него представляет лишь одну из его сторон.

В условиях рынка, когда закон спроса и предложения определяет предлагаемые товары, работы, услуги, проявилась такая сторона плагиата, как создание «заказных» произведений. По сути, речь главным образом идет о научных произведениях, — спрос на них определяется теми благами, которые возможно «обрести» вследствие представления указанных произведений в соответствующие инстанции. Самые яркие примеры: написание диссертаций, дипломных (выпускных квалификационных) работ. Несомненно, такие действия посягают на публичный интерес; в отношении интереса частного ответ не столь однозначен.

Научные произведения имеют свою специфику: в отличие от произведений литературы и искусства, их ценность определяется, прежде всего, содержанием (научными идеями), воплощаемым в определенную концепцию и облакаемым в определенную литературную форму. Создание таких произведений для другого лица имеет ярко выраженную коммерческую цель. Вместе с тем трудно представить, что исследователь, ученый по каким-либо соображениям, в том числе коммерческого характера, решит передать результаты своего труда другому лицу. Иначе говоря, такое лицо (создающее научное произведение для другого лица) нельзя назвать ученым, подобное действие само по себе дискредитирует его как профессионала, лишает его интеллектуальную, творческую деятельность принципиально важных свойств. «Псевдонаука», разумеется, вредна для общества, но в чем конкретно выражается урон, наносимый интересам частного характера?

Здесь сделаем небольшое отступление, обратим внимание на одну законотворческую инициативу, изначально исходившую от Федеральной антимонопольной службы (ФАС России). В ходе борьбы с недобросовестной рекламой (в частности, «услуг по написанию научных работ») специалисты ФАС России справедливо обратили внимание на то, что борьба *только* с рекламой такого рода не решает самой про-

блемы, корни которой гораздо глубже. Очевидно, осознание этого обстоятельства привело в дальнейшем к передаче реализации соответствующей инициативы Министерству образования и науки РФ¹⁰, которым по состоянию на декабрь 2017 г. был подготовлен законопроект «О внесении изменений в статью 7 Федерального закона “О рекламе” и статью 59 Федерального закона “Об образовании в Российской Федерации”»¹¹ (далее — законопроект).

В соответствии с законопроектом, направленным на рассмотрение в заинтересованные федеральные органы исполнительной власти, устанавливался запрет на рекламу услуг по подготовке и написанию выпускных квалификационных работ, научных докладов об основных результатах подготовленных научно-квалификационных работ (диссертаций) и иных работ, предусмотренных государственной системой научной аттестации или необходимых для прохождения промежуточной или итоговой аттестации обучающимися, а также сделок по отчуждению или иному способу перехода от одного лица к другому права на такие результаты интеллектуальной деятельности и материальные носители, содержащие результаты интеллектуальной деятельности. Согласно редакции законопроекта, внесенной в Государственную Думу ФС РФ, запрет устанавливается лишь для рекламы соответствующих услуг¹².

Будет ли работать механизм, предложенный в законопроекте? В качестве примера рассмотрим следующую ситуацию: лицо, создающее произведение науки, действует с целью получения выгоды, а лицо, желающее «стать автором» данного произведения, обеспечивает получение такой выгоды (например, путем выплаты денежного вознаграждения, как правило, заранее обусловленного). Возможно ли противодействие соответствующим деяниям, которые нередко производятся неоднократно, с целью систематического извлечения прибыли стороной, предлагающей свои «услуги»? Реклама, конечно, «двигатель торговли», однако одним запретом побороть «теневой бизнес», основанный на нелегальном обороте научных произведений, явно невозможно. Как справед-

¹⁰ В соответствии с п. 2 Указа Президента РФ от 15 мая 2018 г. № 214 «О структуре федеральных органов исполнительной власти» преобразовано в Министерство просвещения Российской Федерации и Министерство науки и высшего образования Российской Федерации.

¹¹ Законопроект № 449281-7 принят Государственной Думой ФС РФ в первом чтении 04.07.2018.

¹² Законопроект приводится здесь исключительно в информационных целях, а его критический анализ не является предметом настоящей статьи.

ливо отмечалось в неофициальных, но публичных обсуждениях законопроекта, в случае его принятия будут рекламироваться не услуги по подготовке и написанию научных работ, а, например, консультационные услуги, при этом незаконная составляющая останется прежней.

В связи с несомненной общественной опасностью¹³ действий лиц, как предлагающих, так и пользующихся услугами по нелегальному «приобретению» произведений науки, в законопроекте выделены именно услуги по подготовке и написанию *научных работ, предусмотренных государственной системой научной аттестации*. Очевидно, что аналогичные действия, совершаемые в отношении, например, произведений литературы или искусства, хотя и являются неправомерными, однако не наносят столь серьезного ущерба интересам общественным. Во всяком случае, дифференцированный подход к установлению правовых последствий совершаемых деяний в данном случае представляется оправданным.

С гражданско-правовой точки зрения проблема прежде всего заключается в правильной правовой квалификации действий лиц, создающих вышеуказанные произведения науки, и лиц, впоследствии выдающих себя за авторов данных произведений.

Один из вариантов такой квалификации состоит в признании соответствующих деяний подпадающими под действие ст. 169 Гражданского кодекса Российской Федерации: сделка, совершенная с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности.

Вряд ли можно не согласиться с тем, что подобные деяния посягают на основы правопорядка или нравственности. Впрочем, обсуждения данного вопроса, периодически возникающие в социальных сетях, включая профессиональные юридические, показывают, что и с этим утверждением согласны далеко не все. Тем не менее примем это за данность.

Вопрос о том, есть ли вообще в данном случае сделка (недействительная сделка), можно считать частным случаем дискуссии о природе недействительных сделок вообще. Один из вопросов, обсуждаемых в рамках указанной дискуссии, как формулирует его, например, профессор Д. О. Тузов, состоит в следующем: «Являются ли они (недействительные сделки. — С. У.) сделками в собственном смысле или же их следует отнести к какой-либо иной категории юридических действий, например к правонарушениям?»¹⁴ Несмотря на отмеченный автором цитируемого исследования скепсис относительно практической и теоретической ценности дискуссий по вышеуказанному вопросу¹⁵, а также нейтральное отношение зарубежной цивилистики к этой его постановке, вызвавшей немалое количество исследований в цивилистике отечественной¹⁶, Д. О. Тузов полагает, что без решения данного вопроса «вряд ли возможно построение концепции не только недействительной сделки, но и юридической сделки как таковой»¹⁷, по сути, посвящая его детальному рассмотрению всю первую часть своего фундаментального исследования. Не разделяя полностью критической оценки, данной Д. О. Тузовым «распространенному в отечественной гражданско-правовой доктрине советского и постсоветского периодов подходу, признающему любую недействительную сделку правонарушением»¹⁸, отметим, что, по нашему мнению, дело здесь не только в «чрезмерной идеологизации», но и в сути вопроса. На наш взгляд, отчасти такой вывод подтверждает рассматриваемая Д. О. Тузовым идея «несуществования» сделки (в отечественной цивилистике — «несостоявшаяся сделка», «незаключенный договор»), а также сложность разграничения понятий «несуществование» и «недействительность»¹⁹.

Полагаем, что феномен недействительности сделок и правовую конструкцию недействи-

¹³ Оказание некачественной услуги, профессиональной помощи врачом, юристом или иным специалистом; документы, подтверждающие профессиональную квалификацию, полученные в результате незаконных действий, — все это можно считать примерами проявления указанной опасности.

¹⁴ Тузов Д. О. Теория недействительности сделок: опыт российского права в контексте европейской правовой традиции. М. : Статут, 2007. С. 19.

¹⁵ См., например: Иоффе О. С. Советское гражданское право. Курс лекций : Общая часть. Право собственности. Общее учение об обязательствах. Л. : Изд-во ЛГУ, 1958. С. 239.

¹⁶ Тузов Д. О. Указ. соч. С. 19 (сноска 6), с. 21 (сноска 11).

¹⁷ Тузов Д. О. Указ. соч. С. 19.

¹⁸ Тузов Д. О. Указ. соч. С. 56.

¹⁹ Тузов Д. О. Указ. соч. С. 64—76.

тельной сделки следует рассматривать такими, как они есть, — не упрощая и не усложняя. Проблема, составившая предмет данной статьи, является хорошей иллюстрацией этого тезиса.

Действие по созданию произведения, как и любого другого охраняемого результата интеллектуальной деятельности, рассматривается в отечественной цивилистике как юридический поступок²⁰, то есть действие, порождающее правовые последствия независимо от направленности воли лица, это действие совершающего²¹.

Одним из важнейших правовых последствий такого юридического поступка, как создание произведения, является возникновение у лица, его создавшего, права авторства и иных интеллектуальных прав (п. 2 ст. 1255 ГК РФ). Иными словами, данное лицо обретает статус автора, от которого нельзя даже отказаться (абз. 2 п. 2 ст. 1228 ГК РФ), невозможно и «передать» данный статус возмездно или безвозмездно (сама постановка вопроса о «передаче статуса» выглядит неуместной).

Согласно п. 4 ст. 129 ГК РФ оборотоспособны интеллектуальные (исключительные) права, а также материальные носители, в которых воплощены охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, но не сами эти результаты и средства. Очевидно, эту формулировку имели в виду разработчики законопроекта, указывая на «сделки по отчуждению права на результаты интеллектуальной деятельности и соответствующие материальные носители». Вместе с тем в рассматриваемой нами ситуации исключительные права на произведение не отчуждаются и не передаются иным способом. Что касается материального носителя, он является товаром, вещью. Как следует из ст. 1227 ГК РФ, юридическая судьба прав на вещь никак не связана с судьбой интеллектуальных прав. Таким образом, отчуждение материального носителя не способно оказать никакого влияния на переход прав на результат интеллектуальной деятельности, воплощенный в данном носителе.

Итак, что же передается при рассматриваемом — заведомо неправомерном — создании произведения для другого лица (заметим, что

в данном случае непринципиально, идет ли речь о произведении, специально созданном для «контрагента», либо о «передаче» готового, то есть ранее существовавшего, произведения)?

Материальный носитель (например, флеш-накопитель информации), даже будучи переданным, никак не влияет на судьбу интеллектуальных прав: переход вещных прав не влечет перехода интеллектуальных прав (п. 2 ст. 1227 ГК РФ). Передача имущественных прав требует соответствующего оформления, которое в рассматриваемых случаях отсутствует. Наконец, даже если бы переход имущественных прав на конкретное произведение был оформлен, передача личных неимущественных прав (права авторства и права автора на имя) юридически невозможна. Проводимая иногда аналогия с договором авторского заказа явно неуместна: заказчик по такому договору не претендует на то, чтобы именоваться автором соответствующего произведения, он приобретает лишь права на использование данного произведения (ст. 1288 ГК РФ).

Существенно, что никакое «исцеление» действий участников рассматриваемой здесь ситуации невозможно: даже если «стороны» вдруг облекут свои действия в форму, например, договора авторского заказа, этот факт никак не повлияет на принадлежность права авторства определенному лицу. С момента объективации — выражения вовне — конкретного произведения лицо, его создавшее (независимо от целей, мотивов и прочего), становится автором данного произведения. Ни одна из возможных договорных конструкций не способна перенести титул автора.

Сравнивая данную ситуацию с иными действиями, обычно квалифицируемыми в качестве недействительных по ст. 169 ГК РФ сделок, можно отметить следующее.

Согласно абз. 2 п. 85 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» в качестве сделок, совершенных с указанной целью, могут быть квалифицированы сделки, которые нарушают

²⁰ Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. М. : Госюриздат, 1958. С. 157 и др.

²¹ Вместе с тем существует и иное мнение. Так, по замечанию Д. О. Тузова, «М. М. Агарков, который ввел в научный оборот сам термин “юридический поступок”, не рассматривал в качестве юридических поступков “действия, создающие указанные в законе объективированные результаты” (литературное

основополагающие начала российского право-порядка, принципы общественной, политической и экономической организации общества, его нравственные устои. К названным сделкам могут быть отнесены, в частности, сделки, направленные на производство и отчуждение объектов, ограниченных в гражданском обороте (соответствующие виды оружия, боеприпасов, наркотических средств, другой продукции, обладающей свойствами, опасными для жизни и здоровья граждан, и т.п.); сделки, направленные на изготовление, распространение литературы и иной продукции, пропагандирующей войну, национальную, расовую или религиозную вражду; сделки, направленные на изготовление или сбыт поддельных документов и ценных бумаг; сделки, нарушающие основы отношений между родителями и детьми.

Отметим, что из ст. 129 ГК РФ исключена формулировка «объекты, изъятые из оборота». Следовательно, речь идет о сделках, направленных на отчуждение объектов, ограниченных в обороте. Применительно к материально-вещественным объектам (например, определенным видам оружия) данное утверждение выглядит вполне понятно: по экономическому содержанию действия лиц, приобретающих и отчуждающих данный объект (товар), подобны сделке купли-продажи (в случае возмездного отчуждения), по юридической форме — представляют собой недействительную (ничтожную) сделку.

Сравним с действиями — «сделкой» по «купле-продаже» произведений. Если следовать концептуальным воззрениям разработчиков ч. IV ГК РФ, результат интеллектуальной деятельности в силу своего нематериального характера в оборот не вовлекается, передаются лишь права на него. Тогда что же является предметом сделки (недействительной сделки)? Ведь интерес сторон явно не заключается в предоставлении/получении услуги? Даже если предположить, что какая-то услуга действительно оказывается (например, подбирается произведение на нужную тему, с определенными характеристиками), цель одной из

взаимодействующих сторон не будет достигнута, если ей физически не передадут результат интеллектуальной деятельности (произведение науки). Конечно, этот результат будет зафиксирован на определенном материальном носителе, — в любом случае объективирован, так как иначе просто невозможно восприятие данного результата интеллектуальной деятельности. Но интерес одного из участников данной «сделки» состоит в получении именно научного произведения, а не материального носителя, равно как и прав на произведение. Оставаясь в рамках концепции исключительных прав, положенной в основу ч. IV ГК РФ, оказывается невозможным ответить на поставленный вопрос, а значит, и найти адекватный правовой механизм противодействия.

В целях настоящей статьи отметим два момента в указанной концепции: результаты интеллектуальной деятельности признаются самостоятельным видом объектов гражданских прав, однако являются необоротоспособными; оборотоспособны исключительные права на данные результаты и материальные носители, в которых они воплощены.

Отсутствие легального определения результата интеллектуальной деятельности как такового можно объяснять по-разному: отсутствием ясного представления о нем в гражданско-правовой науке, отсутствием необходимости в таком определении ввиду очевидности самого понятия и др. Тем не менее доктринальное определение базовых понятий всегда полезно, так как позволяет правильно выбрать «исходную точку» (в частности, когда создаются соответствующие правовые нормы). В качестве основных признаков результата интеллектуальной деятельности обычно указываются: 1) идеальный (нематериальный) характер; 2) объективная форма (любое выражение вовне, допускающее восприятие другими лицами); 3) новизна и (или) оригинальность (творческий характер). Данные признаки могут быть названы устоявшимися, признанными в отечественной гражданско-правовой науке. Поскольку интеллектуальная деятельность присуща лишь

произведение, изобретение и т.д.), не требующие, в отличие от юридических актов и юридических поступков, дееспособности совершающего их лица (см.: *Агарков М. М.* Понятие сделки по советскому гражданскому праву // Сов. гос-во и право. 1946. № 3—4. С. 51, 55)» (*Тузов Д. О.* Указ. соч. С. 19 (сноска 5)). Отметим, что, поскольку целью настоящей статьи не является теоретический анализ конструкции недействительной сделки и существующих классификаций юридических фактов, будем придерживаться «хрестоматийной» позиции, согласно которой создание результатов интеллектуальной, творческой деятельности является юридическим поступком.

человеку, всегда должен существовать конкретный субъект, физическое лицо, через сознание которого конкретный результат данной деятельности переходит в сферу объективного. Этот объект не может не быть материальным, так как идея должна быть осуществлена, реализована, выражена в какой-либо объективной форме (материализована). Отсюда следует, что различие между материальными благами и результатами интеллектуальной деятельности нельзя проводить по линии «материальное — нематериальное». Полагаем, что и иные объекты (не результаты интеллектуальной деятельности) представляют собой единство материального и идеального, однако приоритет здесь отдается «форме», в то время как в случае с результатами интеллектуальной деятельности приоритетным является «содержание»²².

В силу изложенного правовое воздействие на результаты интеллектуальной деятельности и объекты, не относящиеся к таковым, конечно, не может быть абсолютно одинаковым. Когда законодатель регламентирует операции, связанные, например, с вещами, он имеет в виду прежде всего форму объекта. Иными словами, здесь всегда предполагаются действия, связанные с «трехмерной реальностью» (объемно-пространственными пределами). Отсюда — возможность и необходимость правовой регламентации физического воздействия на вещь, что, в частности, находит выражение в существовании таких правомочий, как владение и пользование в их традиционной трактовке. В отношении результата интеллектуальной деятельности важна правовая регламентация именно содержания. Сложность состоит в том, что осуществлять воздействие на него возможно пока только через форму. Вероятно, по этой причине правовое регулирование в сфере интеллектуальной деятельности не всегда достигает желаемого результата, и развитие соответствующего правового сегмента как в России, так и в зарубежных странах, как представляется, происходит именно в направлении преодоления указанной опосредованности.

Признавая оборотоспособным объектом только исключительные права, как представляется, законодатель пытается следовать двум тезисам: 1) результаты интеллектуальной дея-

тельности нематериальны; 2) оборот в сфере интеллектуальной собственности не может регулироваться аналогично обороту в сфере вещей. Первый тезис, на наш взгляд, не является бесспорным, второй основан на ошибочной посылке. Разве купля-продажа вещи не означает передачу прав на вещь? Гражданский оборот, будучи юридической формой товарного обмена, не может не включать передачу права (прав), а уже на этой основе — передачу соответствующих имущественных ценностей. Когда мы говорим о заключении сделки в отношении самого объекта, это всегда означает одновременную передачу права, закрепляющего принадлежность данного объекта конкретному субъекту (при этом неважно, идет ли речь о вещи или результате интеллектуальной деятельности). Иная ситуация складывается при передаче не самого объекта, а только права на него. Например, если в отношении запатентованного объекта заключен лицензионный договор, по которому передаются права на использование объекта, пусть даже в полном объеме и исключительные по характеру, — такая уступка всегда ограничена определенным временем. Таким образом, в лицензионном договоре объектом сделки является право (права) на объект интеллектуальной собственности. Полагаем, лишь стремление любой ценой уйти от аналогий с вещественной сферой может объяснить позицию законодателя.

В силу несовпадения формы и содержания при приоритетности последнего вновь используется тезис о передаче идеи как таковой. Действительно, при сообщении конкретной идеи одним субъектом другому содержание остается известным первому и становится известным второму. Но ведь объект интеллектуальной собственности — это не просто информация (идея как таковая), это ее (идеи) конкретное объективное воплощение. Если рассматривать любой объект права как единство материальной формы и идеального содержания, то допустимо утверждение, что и при передаче вещи идеальный образ последней может быть сохранен передающим и при необходимости воссоздан. Например, после того, как продавец произвел отчуждение вещи, он — гипотетически — может изготовить точно такую же вещь. Конечно,

²² С учетом диалектичности определения понятий «форма» и «содержание» они заключены в кавычки. Формат статьи не позволяет детально рассмотреть этот вопрос, но для более точного понимания излагаемых здесь соображений представляется допустимым сказать, что «форма» — характеристика материи, а «содержание» — идеи.

это будет другой объект права собственности, но, по сути, он будет копией проданной вещи.

На примере борьбы с плагиатом в сфере незаконного создания и использования научных работ в форме «купли-продажи» таких работ можно наблюдать, как теоретические несовершенства осложняют решение практических вопросов. Допускаем, впрочем, что и изменение концепции не изменит ситуацию кардинально: могут поменяться способы «обхода» действующего законодательства.

Возвращаясь к законопроекту, можно отметить, что это важный, но далеко не единственно необходимый шаг на пути борьбы с плагиатом. Помимо очевидных мер неправового характера (нетерпимость к проявлениям плагиата в научной среде, формирование устойчивого общественного осуждения такого рода действий, следование высоким требованиям на индивидуальном уровне в силу внутреннего убеждения), возможно, необходимы разъяснения высшего судебного органа в части правовой квалификации действий лиц, участвующих или соучаствующих в плагиате как системе.

Требуются ли изменения законодательства?

Предположим, мы остановились на ст. 169 ГК РФ как оптимальном варианте правовой квалификаций действий по созданию и передаче произведений науки. Как отмечает А. В. Егоров, «отечественная практика применения ст. 169 ГК РФ в арбитражных судах крайне незначительна, и в большинстве своем судебная практика является отрицательной, т.е. суды отказывают в удовлетворении соответствующих требований»²³. Впрочем, здесь же высказывается мнение о том, что «этот неудовлетворительный этап развития отечественного права... следует пройти как можно скорее»²⁴. Отвечая на вопрос о причинах сложившегося положения, А. В. Егоров приходит к выводу о том, что главным препятствием к применению ст. 169 ГК РФ следует считать конфискационную санкцию (взыскание в доход Российской Федерации всего полученного по сделке сторонами, действовавшими умышленно). Справедливо отмечается, что «в некоторых случаях применение

данной санкции является просто абсурдным»²⁵. Попробуем представить, как бы такая санкция могла быть реализована применительно к отношениям по созданию произведения науки для другого лица с неправомерной передачей такового за определенную плату. Умысел в данном случае, как представляется, доказывать не требуется: он налицо. Также очевидна возможность обращения в доход государства денежной суммы, полученной лицом, создавшим и (или) передавшим произведение науки в рассматриваемой ситуации. Но как данная санкция может быть применена ко второму участнику — лицу, «получившему» произведение? Обратить в доход государства материальный носитель, в котором воплощено произведение, или даже весь тираж, например, книги «лжеавтора», уже напечатанной? Возможно. Как быть с правом авторства? Оно неотчуждаемо, и государству, естественно, перейти не может. Тогда какова его судьба? Оно остается за реальным автором. Достаточна ли такая санкция для удержания от повторения соответствующих действий в будущем? Думается, нет.

Анализируя зарубежную практику, А. В. Егоров выделяет пять групп действий, которые во всех или большинстве стран Европы рассматриваются как «аморальные, асоциальные, противоречащие добрым нравам»²⁶. Рассматриваемые в рамках данной статьи действия по предложенной классификации, на наш взгляд, можно отнести к пятой группе: «недопустимая коммерциализация определенного поведения, в том числе высоколичных действий»²⁷. Здесь надо отметить, что ни сам А. В. Егоров, ни цитируемые им источники не обращаются к примерам, связанным с созданием произведения для другого лица в нарушение действующего законодательства. Как известно из сообщений средств массовой информации, случаи плагиата, в том числе в отношении произведений науки, в зарубежных странах бывают. Но вот существует ли в этих странах «бизнес» такого рода? Если нет, то это приводит к весьма неутешительным выводам относительно состояния научной сферы в тех странах, где такой

²³ Егоров А. В. Сделки, противные основам правопорядка и нравственности: в России и за рубежом // Трансграничный торговый оборот и право. Liber Amicorum в честь 50-летия А. Н. Жильцова : сб. статей / сост. и науч. ред. А. И. Муранов, В. В. Плеханов. М. : Инфотропик Медиа, 2013.

²⁴ Егоров А. В. Указ. соч.

²⁵ Егоров А. В. Указ. соч.

²⁶ Егоров А. В. Указ. соч.

²⁷ Егоров А. В. Указ. соч.

«бизнес» процветает. Однако вне зависимости от социально-экономических условий применение ст. 169 ГК РФ представляется не самым подходящим вариантом для предотвращения распространения рассматриваемых незаконных действий.

К. И. Скловский, анализируя пределы действия ст. 169 ГК РФ, отмечает, что «в большинстве случаев само по себе исполнение антисоциальной сделки является преступлением»²⁸. Применима ли с этой точки зрения к плагиату ст. 169 ГК РФ?

Согласно п. 1 ст. 146 Уголовного кодекса Российской Федерации присвоение авторства (плагиат), если это деяние причинило крупный ущерб автору или иному правообладателю, наказывается штрафом в размере до 200 тыс. руб. или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до 18 месяцев, либо обязательными работами на срок до 480 часов, либо исправительными работами на срок до 1 года, либо арестом на срок до 6 месяцев. Как видим, для привлечения к уголовной ответственности необходимо, чтобы данное деяние причинило крупный ущерб автору. В рассматриваемом же случае лицо, создавшее произведение, извлекает доход и, конечно, совсем не заинтересовано в изобличении «плагиатора».

В противоположность А. В. Егорову, К. И. Скловский полагает «весьма важным вернуться на практике к тому предельно узкому пониманию нормы ст. 169 ГК, требующему ее крайне осторожного применения, которое всегда было присуще отечественной цивилистике»²⁹. Примеров — как реальных, так и гипотетических, — связанных с созданием и передачей произведений науки, в работе К. И. Скловского также не приводится.

Таким образом, шаткие теоретические основы в сочетании с уязвимостью самой ст. 169 ГК РФ в системе гражданского права приводят к мысли о том, что, даже будучи примененным на практике, этот механизм вряд ли способен выполнить задачу пресечения и предотвращения незаконных действий по созданию и использованию произведений науки.

Возникает парадоксальная ситуация: иных механизмов, кроме ст. 169 ГК РФ, в гражданско-правовом инструментарии вроде бы и нет,

однако применение данного механизма явно неэффективно.

Ход рассуждений, основанный на анализе формально-юридических признаков плагиата, в данном случае представляется некорректным: например, суждение о том, что если плагиат есть *присвоение* авторства, а в рассматриваемой ситуации участники согласны на «передачу» авторства, следовательно, плагиата здесь нет, — можно назвать казуистикой, искажающей суть возникающих в данном случае общественных отношений. Представляется, что в плагиате юридически значимо не присвоение как самовольное действие, а искажение факта: лицо, знающее, что не является автором данного произведения, сознательно идет на сокрытие данного факта, а также на распространение ложной информации о том, кто является автором.

Итак, асоциальный характер действий налицо. Общественный интерес нарушается. Возвращаемся к вопросу об интересе частном, ведь если таковой не будет обнаружен, данную сферу следует полностью отнести к публично-правовому праву, не пытаясь воздействовать на нее средствами частного права.

Как представляется, «ключом» в данном случае может стать формулировка «высоколические действия». «Всякое творческое мышление есть мышление личное»³⁰. Требования к наличию научной новизны в работах, предусмотренных государственной системой научной аттестации, прямое указание на обязательность личного творческого вклада подтверждают, что действия по созданию произведения науки для другого лица (в рассматриваемом в настоящей статье случае) искажают саму природу творческой деятельности. Вопрос о том, какой интерес — общественный или частный — нарушается в данном случае, оказывается прямо связанным с решением вопроса о том, какова природа права, опосредующего создание и использование результатов интеллектуальной деятельности. Являет ли последнее собой некое «частно-публичное», «двойственное» образование? Отметим, что речь идет здесь именно о праве, а не о законодательстве. Если при этом иметь в виду какое-то «особое» (как иногда утверждают, «комплексное») право, то ответ будет отрицательным. Думается, любое право-

²⁸ Скловский К. И. О пределах действия нормы ст. 169 ГК РФ // Вестник гражданского права. 2007. № 3.

²⁹ Скловский К. И. Указ. соч.

³⁰ Бердяев Н. А. Указ. соч. С. 241.

вое образование содержит в себе как частные, так и публичные элементы, поскольку право как социальный регулятор предназначено для того, чтобы обеспечить разумный компромисс между интересами личности и общества. Решая вопрос о частноправовой либо публично-правовой природе той или иной отрасли (подотрасли) права, мы, по существу, должны решить только одно: что является приоритетным для данного правового образования — интересы отдельного человека, автономной личности или общества, государства.

Если посмотреть с этой точки зрения на право, регулирующее отношения, связанные с результатами интеллектуальной деятельности, то данный вопрос формулируется следующим образом: что важнее — право личности на результат своего умственного труда, творчества либо право общества на использование этого результата?

Подчеркнем: речь не идет об объективном сравнении или противопоставлении указанных прав (интересов); необходимо определить приоритетность именно в отношении сферы создания и использования результатов интеллектуальной деятельности.

Вывод — ответ на поставленный вопрос, безусловно, будет предопределен философскими воззрениями и в этом смысле останется дискуссионным. Полагаем, что интеллектуальная деятельность, являясь способом познания и преобразования мира, присущим лишь человеку, предполагает приоритет частного интереса над публичным. Являясь видом производительной деятельности, интеллектуальная деятельность завершается созданием потребительных стоимостей, способных быть предметом рыночного обмена, и порождает стоимостные, или имущественно-стоимостные, отношения. Правовое опосредование интеллектуальной деятельности должно осуществляться в рамках частной (гражданско-правовой) сферы. Субъективное

право, как и отдельная отрасль права, соединяя в себе два элемента: частноправовой и публично-правовой, всегда предполагает выделение только одного из них в качестве приоритетного. Не может быть смешанных («частно-публичных» или «публично-частных») субъективных прав. Если конструкция субъективного права свидетельствует о приоритете частного интереса над публичным, то это право относится к частным, и наоборот. Полагаем, что действия, по форме являющиеся реализацией субъективного права (здесь — интеллектуального права), но по существу представляющие собой искажение существа (природы) данного права, несомненно, нарушают интерес, обеспечиваемый данным субъективным правом. В рассматриваемом случае логическая цепочка выглядит так: интеллектуальные права — частные права, нарушение (в том числе в форме осуществления в противоречии с их природой и назначением) данных прав — нарушение частного интереса. Теоретическую и практическую проблему составляет определение конкретного лица, которое должно защищать указанный интерес. Образно говоря, в отсутствие правонарушений в данной ситуации заинтересованы все авторы (или все ученые, если мы говорим о сфере создания научных произведений) вообще. Обнаружить конкретное лицо, которое выступало бы в защиту нарушенного интереса, таким образом, оказывается затруднительным. Формулировки «все и каждый», «любое заинтересованное лицо», иногда используемые в законодательстве, только подтверждают этот вывод. Данное — теоретическое — доказательство следует рассматривать как «возвращающее» нас к применимости в этом случае ст. 169 ГК РФ. Взвешивая все «за» и «против», следует признать, что на сегодня такой вариант правовой квалификации является основным, но, возможно, нуждающимся в разъяснении на уровне высшей судебной инстанции.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Агарков М. М.* Понятие сделки по советскому гражданскому праву // Советское государство и право. — 1946. — № 3—4.
2. *Бердяев Н. А.* Философия свободного духа. — М.: Республика, 1994.
3. *Егоров А. В.* Сделки, противные основам правопорядка и нравственности: в России и за рубежом // Трансграничный торговый оборот и право. Liber Amicorum в честь 50-летия А. Н. Жильцова: сб. статей / сост. и науч. ред. А. И. Муранов, В. В. Плеханов. — М.: Инфотропик Медиа, 2013.
4. *Иоффе О. С.* Советское гражданское право. Курс лекций: Общая часть. Право собственности. Общее учение об обязательствах. — Л.: Изд-во ЛГУ, 1958.

5. Козырев А. Н. Оценка интеллектуальной собственности / вст. Н. Я. Петракова. — М. : Экспертное бюро, 1997.
6. Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. — Госюриздат, 1958.
7. Орехова Т. Р. Право и экономика: методологические подходы к исследованию // Теоретико-методологические проблемы права / под ред. М. Н. Марченко. — Вып. 2. — М. : Зерцало-М, 2007.
8. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — Петроград, 1917.
9. Покровский И. А. Проблема нематериальных интересов // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — 2017. — № 6 (34).
10. Скловский К. И. О пределах действия нормы ст. 169 ГК РФ // Вестник гражданского права. — 2007. — № 3.
11. Тузов Д. О. Теория недействительности сделок: опыт российского права в контексте европейской правовой традиции. — М. : Статут, 2007.
12. Философский словарь / под ред. И. Т. Фролова. — М. : Политиздат, 1987.
13. Честнов И. Л. Диалогическая онтология права в ситуации постмодернизма // Правоведение. — 2001. — № 3.
14. Шишков Г. Б. Духовное производство и интеллектуальная собственность: теория, методология, практика. — М. : Изд-во МИНХ, 1991.

Материал поступил в редакцию 30 июля 2018 г.

PROBLEMS OF LEGAL QUALIFICATION OF ILLEGAL ACTIONS AIMED AT CREATING WORKS OF SCIENCE FOR THIRD PARTIES

USOLTSEVA Svetlana Valeryevna, PhD in Law, Leading Adviser at the Civil Legislation Department of the Department of Economic Legislation of the Ministry of Justice of the Russian Federation
age21@yandex.ru
119991, Russia, GSP-1, Moscow, ul. Zhitnaya, d. 14

Abstract. *The paper deals with the issues of civil qualification of illegal actions aimed at creating works of science for third parties, doctrinal approaches and practical consequences of some types of such qualification, the possibility of applying provisions of Article 169 of the RF Civil Code to such actions within the framework of combating plagiarism in science. Attention is drawn to the problem of identifying a private interest infringed by the actions described above. To this end, creation of works of science for third parties is analyzed using the civil design of an invalid transaction. The problem of determining the object of intellectual rights within the framework of the concept underlying Part IV of the RF Civil Code is considered as a theoretical problem that complicates actual fight against plagiarism. As an interim conclusion of the study, it is proposed to admit that the legal tools existing in the current legislation of the Russian Federation in terms of combating plagiarism in the field of science are not effective and need to be improved.*

Keywords: *Plagiarism, legal qualification of actions aimed at creating works of science for third parties, Article 169 of the RF Civil Code*

REFERENCES

1. Agarkov M. M. Ponyatie sdelki po sovetскому grazhdanskomu pravu [The Concept of transactions under Soviet Civil Law]. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo [The Soviet State and Law]*. 1946. No. 3—4. (In Russian)
2. Berdyaev N. A. Filosofiya svobodnogo dukha [The philosophy of the free spirit]. Moscow. Respublika publ., 1994. (In Russian)
3. Egorov A. V. Sdelki, protivnye osnovam pravoporyadka i pravostvennosti: v Rossii i za rubezhom [Transactions contradicting the principles of law and order and morality: in Russia and abroad]. *Transgranichnyy torgovyy oborot i pravo. Liber amicorum v chest 50-letiya a. n. zhiltsova : sb. statey [Transboundary trade and law. Liber*

- Amicorum in honor of the 50th A.N. Zhiltsov Anniversary : collection of articles*. A. I. Muranov, V. V. Plekhanov (eds). Moscow. Infotropic Media publ., 2013. (In Russian)
4. Ioffe O. S. Sovetskoe grazhdanskoe pravo. Kurs lektsiy : obshchaya chast. pravo sobstvennosti. Obshchee uchenie ob obyazatelstvakh [Soviet Civil Law. Course of lectures : The General Part. Ownership. The General Doctrine of Obligations]. Leningrad. The LSU Publishing House, 1958. (In Russian)
 5. Kozyrev A.N. Otsenka intellektualnoy sobstvennosti [Intellectual property valuation]. Forward: N. I. Petrakov. Moscow. Expert Bureau, 1997. (In Russian)
 6. Krasavchikov O. A. Yuridicheskie fakty v sovetskom grazhdanskom prave [Legal facts in the Soviet civil law]. Gosyurizdat publ., 1958. (In Russian)
 7. Orekhova T. R. Pravo i ekonomika: metodologicheskie podkhody k issledovaniyu [Law and Economics: methodological approaches to research]. Theoretical and methodological problems of law. Ed. by M. N. Marchenko. Issue 2. Moscow. Zertsalo-M publ., 2007. (In Russian)
 8. Pokrovskiy I. A. Osnovnye problemy grazhdanskogo prava [The main problems of Civil Law]. Petrograd, 1917. (In Russian)
 9. Pokrovskiy I. A. Problema nematerialnykh interesov [The problem of intangible interests]. *Vestnik universiteta imeni o.e. kutafina (MGUA) [The Courier of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)]*. 2017. No. 6 (34). (In Russian)
 10. Sklovsky K. I. O predelakh deystviya normy st. 169 GK RF [Applicability of the rule of Art. 169 of the RF Civil Code]. *Vestnik grazhdanskogo prava [Civil Law Review]*. 2007. No. 3. (In Russian)
 11. Tuzov D. O. Teoriya nedeystvitelnosti sdelok: opyt rossiyskogo prava v kontekste evropeyskoy pravovoy traditsii [The doctrine of invalidity of transactions: The experience of Russian law in the context of the European legal tradition]. Moscow. Statut publ., 2007. (In Russian)
 12. Filosofskiy slovar [Philosophy Dictionary]. Ed. by I. T. Frolov. Moscow. Politizdat publ., 1987.
 13. Chestnov I. L. Dialogicheskaya ontologiya prava v situatsii postmodernizma [Dialogic Ontology of the Law in the Post-Modern Situation]. *Pravovedenie*. 2001. No. 3. (In Russian)
 14. Shishkov G. B. Dukhovnoe proizvodstvo i intellektualnaya sobstvennost: teoriya, metodologiya, praktika [Intellectual Property and Spiritual Production: The theory, methodology, practice]. Moscow. MINCh Publishing House, 1991. (In Russian)

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО JUS GENTIUM

Л. П. Ануфриева*

КОНСТИТУЦИЯ РФ И МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО: ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ ВЗГЛЯД НА ПОНЯТИЯ «ОБЩЕПРИЗНАННЫЕ ПРИНЦИПЫ И НОРМЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА» И JUS COGENS¹

Аннотация. Данная статья теоретическую проблему содержания понятия «общепризнанные принципы и нормы международного права», используемого Конституцией РФ, разворачивает в сторону его сопоставления с явлением, обозначаемым распространенным в западной теории и практике термином *jus cogens*. Особое направление в их рассмотрении составляет сравнительно-правовой подход к результатам прошедшего и современного этапов в разработке данного понятия Комиссией международного права ООН. Указанные два термина соседствуют в настоящее время в международно-правовой науке и практике с другими, также входящими в разряд обозначений принципов, — «основными принципами», «общими принципами права», «принципами общего международного права» и др., что требует соответствующего в них ориентирования.

Настоящая публикация не ставит амбициозной цели предложить окончательное решение возникающих в связи с этим проблем, но делает попытку хотя бы продемонстрировать соответствующие точки разъединения и/или совпадения научных школ в исследовании объекта, равно как и осмысления отдельных затрагиваемых темой аспектов, которые могли бы быть приняты во внимание при дальнейшем изучении принципов международного права в целом, включая и такое явление, как «общепризнанные принципы и нормы международного права», с учетом сопоставления последних с понятием *jus cogens*, особенно в части их применения и толкования в рамках национальной судебной практики, включая и Россию.

Ключевые слова: принципы международного права, основные принципы, общепризнанные принципы и нормы международного права, *jus cogens*, императивные нормы, Комиссия международного права ООН, кодификация, Конституция Российской Федерации, внутригосударственное право, международное право, соотношение международного и внутригосударственного права, общее международное право, общие многосторонние договоры, «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями», право международных договоров, естественное право, позитивное право, международные судебные учреждения, национально-правовые системы, национальные суды.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.145.12.037-047

¹ Статья подготовлена при финансовой поддержке РФФИ научного проекта № 18-011-01060 А с использованием информационных материалов СПС «КонсультантПлюс».

© Ануфриева Л. П., 2018

* Ануфриева Людмила Петровна, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры международного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

lyu-anufrieva@yandex.ru

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

Следуя Конституции РФ, категорию общепризнанных принципов и норм международного права активно применяет в своей деятельности Конституционный Суд Российской Федерации². При этом необходимо отметить новые характерные черты и тенденции правоприменения в рамках обращения КС РФ к определенным аспектам международного права. Речь идет как об общем восприятии и интерпретации им соответствующих международно-правовых понятий, так и о его явных попытках «сказать свое слово» в вопросе дифференциации и уточнения содержания международно-правовых терминов, используемых больше даже не в российской, а в зарубежной юридической действительности, — в частности, понятия *jus cogens*. Конечно, этому есть свое объяснение, заключающееся в том, что ни до, ни после Конституции 1993 г. позитивное право и даже доктрина не предложили удовлетворительного определения понятия «общепризнанные принципы и нормы международного права», которое, помимо всего прочего, не выступает единственным в арсенале международно-правовой теории и практики. Очевидно, вследствие этого судебные инстанции, призванные осуществлять деятельность в сфере правоприменения, вынуждены заниматься интерпретацией закрепленного в законодательстве понятия.

Неординарным в этом отношении является постановление КС РФ от 19.01.2017 № 1-П «По делу о разрешении вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией Российской Федерации по делу “ОАО ‘Нефтяная компания ЮКОС’ против России” в связи с запросом Министерства юстиции Российской Федерации». Решая, равно как и ранее в своем постановлении 2015 г., главный вопрос — о до-

пустимости исполнения Россией постановления ЕСПЧ, — Конституционный Суд и в части позиции большинства судей, и в особых мнениях проявляет нетривиальный подход к общепризнанным принципам и нормам международного права, рассматривая их через призму *jus cogens*. Между тем, оценивая это, следует исходить из ключевого обстоятельства, связанного с тем, что различия в подходах к понятию *jus cogens* не исчезли, но, напротив, вызывают споры даже в процессе работы Комиссии международного права ООН (далее также Комиссия, КМП ООН). В частности, иллюстративна негативная реакция прежде всего Франции в отношении *jus cogens*, заявленная в свое время в ходе подготовки Венской конвенции 1969 г., возражения которой против темы не исчерпаны и сохраняют действительность также и на нынешнем этапе. Актуальные материалы КМП ООН свидетельствуют о том, что есть государства, настаивающие на иной формулировке темы — «императивные нормы международного права (*jus cogens*)», а другие против этого не возражают³.

Следовательно, это должно было бы заставить проявить некоторую долю осторожности при подходе и оперировании рассматриваемым термином. Так, в особом мнении судьи К. В. Арановского, которое служит неотъемлемой частью материалов рассмотрения дела, имеется ряд тезисов, которые трудно игнорировать в научном плане, ибо они являются по крайней мере небесспорными или требуют уточнения. Во-первых, к ним относится, с одной стороны, ничем не подкрепленный перенос на конструкцию «общепризнанных принципов и норм международного права» дефиниции, зафиксированной в Венской кон-

² См.: постановление Конституционного Суда РФ от 14.07.2015 № 21-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 1 Федерального закона “О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней”, пунктов 1 и 2 статьи 32 Федерального закона “О международных договорах Российской Федерации», частей первой и четвертой статьи 11, пункта 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 13, пункта 4 части 3 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 15, пункта 4 части 1 статьи 350 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации и пункта 2 части четвертой статьи 413 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2015. № 6 ; постановление КС РФ от 19.01.2017 № 1-П «По делу о разрешении вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией Российской Федерации по делу “ОАО ‘Нефтяная компания ЮКОС’ против России” в связи с запросом Министерства юстиции Российской Федерации» // Там же. 2017. № 2.

³ См., в частности, заявление Австрии на 71-й сессии ГА ООН, 6-й Комитет (Official Records of the General Assembly, Seventy-first session, Sixth Committee, 25th meeting (A/C.6/71/SR.25), para. 87).

венции о праве международных договоров 1969 г., касающейся императивных норм (*jus cogens*), а с другой — механическое присоединение к этому элементов определений общепризнанных принципов и норм, представленных в постановлении Пленума ВС РФ от 10 октября 2003 г. № 5: «Под общепризнанными принципами международного права следует понимать основополагающие императивные нормы международного права, принимаемые и признаваемые международным сообществом государств в целом, отклонение от которых недопустимо. К общепризнанным принципам международного права, в частности, относятся принцип всеобщего уважения прав человека и принцип добросовестного выполнения международных обязательств. <...> Под общепризнанной нормой международного права следует понимать правило поведения, принимаемое и признаваемое международным сообществом государств в целом в качестве юридически обязательного... Содержание указанных принципов и норм международного права может раскрываться, в частности, в документах Организации Объединенных Наций и ее специализированных учреждений». Здесь обращает на себя внимание текстуальное воспроизведение соответствующих положений как международного договора — Венской конвенции, так и постановления Пленума ВС РФ 2003 г. без анализа их содержания, особенно последнего фрагмента. Разграничение между «общепризнанным принципом» и «общепризнанной нормой» в акте высшей судебной инстанции России строится, как видно, по вектору юридической обязательности. Однако «принцип» — это «принимаемое и признаваемое международным сообществом» правило, отклонение от которого недопустимо, а «норма» — правило, «принимаемое и признаваемое международным сообществом» в качестве юридически обязательного. В чем, спрашивается, разница? Раз-

ве от предписания, имеющего «юридически обязательный характер», можно отступить? Ответ не дается ни в самом особом мнении, ни в аналитических материалах, включая и постулаты доктрины.

Во-вторых, в ссылке на ст. 53 Венской конвенции, содержащую дефиницию императивной нормы — *jus cogens*, упускаются существенные моменты, о которых говорят либо сама Конвенция, либо дебаты в КМП ООН в ходе работы над темой. Первый момент состоит в том, что идентификация норм *jus cogens* — это сложный процесс. В комментариях к проекту статей Венской конвенции о праве договоров 1966 г. (ст. 50) Комиссия отмечала, что не существует единичного критерия, с помощью которого можно определить норму *jus cogens*⁴.

Второй момент связан с функциональной природой определения, подразумевающей, что закрепленный подход диктуется целями и потребностями международного договора. «Служебный» характер признаков и содержания *jus cogens*, данных Конвенцией, сохраняет свое значение и сегодня, так как более общей дефиниции, пригодной не только для права международных договоров, но и для международного права в целом, не выработано по сию пору. Вместе с тем сказанное отнюдь не означает, что если предмет выходит на масштабы всей системы международного права, стоит игнорировать то, что зафиксировано в упомянутой дефиниции⁵. В то же время в подлежащих случаях непременно нужно принимать в расчет определенную ее ограниченность. Таким образом, моделирование общепризнанных принципов и норм международного права по алгоритму их тождественности *jus cogens* на базе положений Венской конвенции по меньшей мере должно было бы осуществляться именно подобным образом, причем с учетом указанных тонкостей понимания соответствующих явлений, *mutatis mutandis* дифференцируемых,

⁴ Yearbook of the International Law Commission, 1966. Vol. II. United Nations publication, Sales No. 67.V.2. Part II, chap. II. Sect. C.

⁵ Уместно в свете этого указать, что проблема охвата темы *jus cogens*, стоящей в планах деятельности КМП ООН на текущий период, и ныне характеризуется расхождениями во мнениях делегаций государств: часть из них высказывается за ограничение темы правом международных договоров (Франция), другие (Кипр, Греция, Южная Корея, Португалия, Российская Федерация) считают целесообразным выход за рамки права международных договоров. Это, в свою очередь, показывает неоднозначность трактовки качеств, масштабов и роли понятия *jus cogens* в международном праве. Вместе с тем Комиссия признает ст. 53 Венской конвенции о праве международных договоров в качестве «отправной точки для любого исследования *jus cogens*» (см.: Official Records of the General Assembly, Sixty-Ninth Session, Supplement No. 10 (A/69/10), annex, para. 7).

но этого не было сделано в рассматриваемом особом мнении⁶.

В дополнение к сказанному отметим наличие в нем расширительной интерпретации квалификации как *jus cogens*, так и «общеизвестных принципов и норм» международного права. В частности, К. В. Арановский считает, что существует такой частный случай «общеизвестных принципов», как принципы «справедливого правосудия», которым Россия должна следовать как *нормам jus cogens*. Спрашивается: чем доказывается, что а) есть такой принцип в международном праве и б) он составляет норму *jus cogens*; о каких нормах *jus cogens* идет речь — внутригосударственного права или международного? Нелишне будет также заметить, что приведенное суждение оставляет за рамками главный момент, если, конечно, подразумевается *jus cogens* в международно-правовом смысле: в каких конкретных источниках международного права (ведь вопрос касается именно «общеизвестных принципов международного права»!) объективированы указанные принципы? К тому же центральным пунктом выступает «общий ответ», сформулированный в особом мнении судьи КС РФ, который не может быть принят в качестве надлежащего, поскольку в нем предполагается, что «эти принципы действительно безотносительно к тому, как они изложены и в каких источниках — конституционных или международных, основных или вспомогательных...» (выделено мной. — Л. А.). Фактически же наивысшая юридическая сила принципов международного права зависит не просто от иерар-

хического уровня источника права, в котором воплощены соответствующие нормы, — договоры либо обычаи (о так называемых «вспомогательных» источниках международного права говорить попросту не приходится ввиду отсутствия в последнем деления их на «основные» и «вспомогательные» согласно «классической» теории международного права⁷), но, как свидетельствует доктрина и практика позитивного права, от множества иных факторов. На первом месте в этом ряду стоят важность для мира и международного сообщества благ, защищаемых предписаниями принципов, всеобщее (англ. *general* — общее) признание и согласие субъектов международного права в отношении их существования, а также заинтересованность в их поддержании и дальнейшем развитии в этом качестве. В связи с этим требуется подчеркнуть важный момент, состоящий в том, что порой в публикациях на тему принципов международного права отсутствует разграничение и надлежащее понимание «классических» опорных категорий науки права в части понятия «принцип» (норма и форма/источник права, соотношение нормативного и идейного в юридическом содержании и др.), а иногда присутствует бездумное воспроизведение некоторых «утверждений-мифов» (о сущности принципов и «принципах-нормах и принципах-идеях», о юридическом значении, месте, об эволюции и о соотношении с договором обычая в международном праве и т.д.): «...формальное разделение между принципами-нормами и принципами-идеями в международном праве отсутствует, тем более что значительная

⁶ Между тем из-за различий в позициях государств при выработке Венской конвенции 1969 г. о праве международных договоров не удалось достичь консенсуса по существенным смежным вопросам, прояснение которых содействовало бы полноте представлений о явлении *jus cogens*, императивных нормах и т.п. К таковым относятся, например, понятия «общее международное право» или «общие многосторонние договоры», без которых понимание *jus cogens* как предмета изучения оказывается купированным. Все это стало причиной умолчания в соглашении об указанных аспектах, хотя, например, Г. И. Тункин считал, что, скажем, «общие многосторонние договоры» как раз и выступают «средством установления или изменения общеизвестных принципов и норм, или, иначе говоря, принципов и норм общего международного права...» (см.: Тункин Г. И. Теория международного права / под ред. Л. Н. Шестакова. М.: Зерцало, 2009. С. 182—183). О других концептуальных направлениях понятия *jus cogens*, возникших в связи с решениями, принятыми в рамках процесса кодификации норм права международных договоров и подготовки Венской конвенции, см.: Исполинов А. С. Нормы *jus cogens* в решениях национальных и международных судов // Российский юридический журнал. 2014. № 6 (99). С. 7—14.

⁷ Подробнее см.: Ануфриева Л. П. Понятие «источник права в международно-правовой науке»: догма «классики» и современная доктрина // Современное международное право: теория и практика = Contemporary international law: theory and practice / под ред. Б. М. Ашавского. М.: Оригинал-макет, 2015. С. 39—53.

часть правил международно-правового обычая рано или поздно воспринимается договорами, заключаемыми государствами... Таким образом, под общепризнанными принципами и нормами международного права следует понимать конкретные идеи, получившие признание большинства государств, предназначенные для использования всеми государствами мира и являющиеся нормативной основой их взаимодействия»⁸. Разумеется, представленные позиции неприемлемы вследствие прежде всего противоречия основополагающему тезису: принципы в международном праве — всегда нормы, к тому же руководящие, основополагающие, определяющие строй всей его системы.

Дальнейшие соображения, формулируемые особым мнением судьи КС РФ, не «рассеивают туман» в отношении и прочих теоретических сторон затронутого предмета. Так, в тексте значится: «Отступление от *jus cogens* может нарушать не только основы международного права, но и конституционные положения, которые эти основы признают» (— Л. А.). Нет нужды повторять, что системы международного и внутригосударственного права суть разные самостоятельные правовые системы, обладающие не только различными юридическими нормами, но и природой регулируемых общественных отношений (значит, и методами регулирования), а также субъектами права. Следовательно, данные системы в силу указанного не могут располагать одними и теми же принципами. Текстуальная (словесная) тождественность не ведет к юридической идентичности! Во внутригосударственном праве могут существовать (и из-

давна, кстати, существуют) свои императивные («когентные») нормы, *jus cogens* в национальном праве не совпадает с *jus cogens* в международном праве. Является безусловным, что нарушение конституционной нормы не влечет автоматической квалификации этого как отклонения от *jus cogens* в смысле международного права, ибо последнее не компетентно регулировать внутригосударственные отношения, а конституционное право и основной закон государства — его конституция — как раз и имеет своим предметом данный тип общественных отношений. В то же время в международном праве возникает вопрос не только о «горизонтальном» (внутри самой системы международного права — по отношению к нормам международных договоров), но и о «вертикальном» (по отношению к нормам национального права) распространении влияния (преклюзивного значения) международно-правовых норм *jus cogens*⁹. Как пишет Т. Кляйнляйн, «императивные нормы *jus cogens* могут делегитимировать внутренний законодательный или административный акт, разрешающий запрещенное поведение»¹⁰. Однако обратный эффект не предусматривается — национально-правовое предписание (даже и конституционно-правовое) не может легитимировать поведение, если с точки зрения императивной нормы международного права (*jus cogens*) оно противоправно. Излишне подчеркивать, что приведенные положения анализируемого особого мнения, будучи весьма прямолинейными, не учитывают всей сложности предмета, коим выступают нормы *jus cogens*.

⁸ См.: Ордина О. Н. Указ. соч. С. 65.

Любопытными в этом отношении покажутся авторам некоторых суждений позиции западных юристов-международников, в том числе весьма авторитетных (Дж. Пауста, Р. Аго). Так, Р. Аго настаивал на том, что «даже если норма *jus cogens* проистекает из договора, свой характер она получает не от договора как такового, а благодаря тому факту, что <...> она уже стала нормой общего международного права» (см.: Yearbook of the International Law Commission 1966. Vol. I (Part I). United Nations publication, Sales No. 67.V.1. Para. 15).

⁹ Подробнее см.: Исполинов А. С. Нормы *jus cogens* в решениях национальных и международных судов // Российский юридический журнал. 2014, № 6 (99). С. 7—14. См. также: Wet E. de The Prohibition of Torture as an International Norm of Jus Cogens and Its Implications for National and Customary Law // European Journal of International Law. 2004. № 15. P. 98—99.

¹⁰ См.: Kleinlein Th. Jus Cogens as the 'Highest Law'? Peremptory Norms and Legal Hierarchies // Netherlands Yearbook of International Law 2015: Jus Cogens — Quo Vadis? / M. den Heijer, H. van der Wilt (eds). Vol. 46. Amsterdam : Springer, T.M.C. Asser Press, 2016. P. 175 et ff. URL: https://books.google.me/books?id=RLLLDAAAQBAJ&pg=PA324&lpg=PA324&dq=http://www.oas.org/dil/esp/3%2520-%2520cancado.LR.CV.3-30.pdf.&source=bl&ots=IMeI2-BPYZ&sig=k345PWwLKTE1roAQnfBg3N92F6c&hl=ru&sa=X&ved=2ahUKEwi_4aKrtP7cAhUKJJoKHcSvB0UQ6AEwAXoECAkQAQ#v=onepage&q=http%3A%2F%2Fwww.oas.org%2Fdil%2Fesp%2F3%2520-%2520cancado.LR.CV.3-30.pdf.&f=false (дата обращения: 22.08.2018).

Между тем в Конвенции 1969 г. о праве международных договоров, чему следует и нынешняя разработка темы Комиссией международного права ООН, предусматривается не один, а несколько важнейших критериев данного понятия: 1) императивные нормы — это нормы *общего международного права*; 2) императивные нормы признаются международным сообществом государств в целом; 3) отклонение от императивных норм недопустимо, но их изменение возможно исключительно в силу последующей нормы такого же характера (ст. 53). Все перечисленное нуждается в конкретизации с юридических позиций. Вместе с тем необходимо заметить, что проблема *jus cogens* носит самостоятельный характер, очевидно превосходящий рамки одной статьи, в пользу чего говорит растущий объем юридических изданий, посвященных ей¹¹. Следует сразу подчеркнуть также и сложность решения задачи: недаром за всю историю своей деятельности Комиссия международного права ООН неоднократно обращалась к предмету, причем поэтапно, что не только доказывает неисчерпаемость темы, но и свидетельствует о юридических трудностях исследования. Последний из этапов — целенаправленная разработка ею одноименной темы в современный период.

Небольшой экскурс в результаты работы КМП ООН полезен во многих отношениях, но особенно для настоящего, поскольку позволяет увидеть некоторые неточности или схематизм в подходах к общепризнанным принципам и нормам международного права, его принципам вообще и к императивным нормам международного права в целом. Дело в том, что зачастую между общепризнанными принципами и нормами и *jus cogens*, с одной стороны, и между основными принципами международного права и *jus cogens* — с другой, безоговорочно ставится знак равенства¹². Тем самым подразумевается синонимичность терминов и, в свою очередь, выводится заключение о тождественности понятий «обще-

признанные принципы и нормы» и «основные принципы» международного права¹³. Но каковы подтверждения подобной гипотезы? Пожалуй, своеобразным ответом будет служить признание, что редко кто в науке международного права занимался этим специально.

В данном случае приведена далеко не полная картина разнообразия, встречающегося в международно-правовой теории и практике применительно к понятиям, предназначенным опосредствовать руководящий характер предписаний. В этом плане целесообразно упомянуть не только об «общих принципах права», но и об «общем международном праве», «общих многосторонних договорах», а вместе с ними и о «принципах общего международного права», которые так или иначе в разное время стояли в кругу внимания как отдельных ученых¹⁴, так и всей Комиссии международного права ООН.

Что касается определений отдельных понятий, то А. Х. Абашидзе, например, так подходит к некоторым из позиций, присутствующих в перечне: «Под “общепризнанными принципами международного права” в доктрине международного права, как в западной, так и в отечественной, понимаются “общие принципы международного права” или “общие принципы права, признанные цивилизованными нациями”, которые нередко именуются основополагающими»¹⁵. Думается, в приведенном выводе вполне очевиден элемент преувеличения и неточности или даже искажения состояния дел как в науке, так и в практике. Прежде всего следует сказать, что в отношении этого нет единства ни в отечественной, ни в западной науке. Показательно в этом плане сравнение цитируемого определения с соображением, высказанным еще Х. Лаутерпахтом, который рассматривал *jus cogens* «как конституирующие принципы международной политики и публичного порядка и формирующие часть таких принципов права, которые являются общепризнанными со-

¹¹ См.: Netherlands Yearbook of International Law 2015: Jus Cogens — Quo Vadis?

¹² См.: Тункин Г. И. Теория международного права. М.: Междунар. отношения, 1970. С. 56—100.

¹³ В этой связи скажем больше: иногда под «общепризнанными принципами и нормами международного права» понимают «общие принципы права» — в параллель упоминанию этой конструкции в ст. 38 Статута Международного суда, опуская добавление «признанные цивилизованными нациями» (см.: Shaw M.N. International Law. 6th ed. Cambridge University Press, 2008. P. 98).

¹⁴ Подробнее об этом см.: Абашидзе А. Х. Принципы международного права: проблемы понятийно-содержательного характера // Московский журнал международного права. 2017. № 4. С. 19—29.

¹⁵ Абашидзе А. Х. Указ. соч. С. 25.

стороны цивилизованных наций»¹⁶. Несмотря на кажущуюся схожесть, полагаем, что специалистам очевидны кардинальные различия между двумя позициями.

Во-вторых, соответствующим индикатором отсутствия совпадения позиций государств выступает продолжающаяся по сей день и с новой силой разворачивающаяся дискуссия в Комиссии международного права ООН, в рамках которой вопрос о *jus cogens* не переводится в плоскость ни «основных принципов», ни «общепризнанных принципов и норм» международного права, ни его «основополагающих» норм или принципов. Вместе с тем трудно обойти молчанием факт, что Венская конвенция о праве международных договоров 1969 г., не используя понятие «основные принципы», в ст. 52 говорит о *принципах международного права, воплощенных в Уставе Организации Объединенных Наций*.

В порядке общей кодификации международно-правовых норм в ходе работы над темой *jus cogens* КМП ООН недвусмысленно констатировала критерии *jus cogens*, уточнив при этом первый признак, отличительной чертой которого выступает принадлежность к «общему международному праву», отчетливо продемонстрированный в ст. 53 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. Вторым не менее существенным свойством норм *jus cogens* служит наличие у них такого объекта, который обладает фундаментальной ценностью. В частности, в решении Международного трибунала по бывшей Югославии по делу «Обвинитель против Фурунджия», а также в постановлении ЕСПЧ по жалобе «Аль-Адсани против Великобритании» подтверждается, что «существует очевидная связь между запретом пыток как нормы *jus cogens* с ценностью того блага, которую она защищает»¹⁷. При этом ни в одном из своих документов КМП ООН не ограничивала выводы, относящиеся к *jus cogens*, которые формулировались ею на основе анализа правового регулирования прав человека и основных свобод, в том числе и практики ЕСПЧ (ранее Комиссии), «локализацией» имен-

но в пределах сферы международной защиты прав человека. Напротив, вышеприведенное со всей убедительностью свидетельствует об универсальности выкладок Комиссии, особенно в части, касающейся уровня ценности защищаемого блага. Запрет пыток, к примеру, является нормой *jus cogens* не как отраслевой принцип международной защиты прав человека, но входит неотъемлемой частью в универсальный (основополагающий, «уставный») принцип всей системы международного права — защиты прав человека. В то же время из этого следует, что не все и не всегда нормы *jus cogens* обладают необходимыми качествами, требующимися для выполнения функций принципов международного права, безоговорочно служащих особым структурным элементом системообразующего характера — *всеобщими принципами*, т.е. руководящими нормами для всей системы. Однако данный аспект, в свою очередь, образует самостоятельный предмет.

* * *

В завершение рассмотрения такого объекта, как «общепризнанные принципы и нормы международного права», в ходе которого выявлено отсутствие в нем универсальности ввиду существования лишь в определенном сегменте международно-правовых отношений, следует констатировать: даже предвзятому взгляду, думается, очевидно, что этот термин и само понятие не воспринимаются (по крайней мере сегодня) как устоявшаяся, приемлемая для всего международного сообщества и используемая им в качестве таковой категория международного права, уникальным (единственным) образом отражая сущность действующего международного права, на которой основаны единство и целостность всей международно-правовой системы, и являясь бесспорной. В свете этого возникает следующий вопрос: может ли в таком случае понятие *jus cogens* составить исковую альтернативу? Он будет сопровождаться отрицательным результатом, поскольку далеко не все нормы *jus cogens*, как было показано ранее, располагают требующейся универсально-

¹⁶ См.: Report on the law of treaties by Sir Hersch Lauterpacht, Special Rapporteur, A/CN.4/63 // Yearbook of the International Law Commission. 1953. Vol. II. United Nations publication, Sales No. 59. V. 4. Para 4.

¹⁷ См.: Prosecutor v. Furundžija, Judgement, Case No. IT-95-17/1-T, T. Ch., 10 December 1998, paras. 153 and 154; Al-Adsani v. United Kingdom (Application No. 35763/97). Judgement of 21 November 2001, para. 30. См. также: Soering v. United Kingdom, Judgment of the European Court of Human Rights, 7 July 1989; Cruz Varas and Others v. Sweden, Judgment of the European Court of Human Rights of 20 March 1991; Chahal v. United Kingdom, Judgment of the European Court of Human Rights of 5 November 1996.

стью, выступают распространяющими свое действие на всю систему международного права, обладают соответствием критериям императивных предписаний и даже не всегда являются «когентными», причем и в случаях обращения к «основным принципам международного права», закрепленным в Уставе ООН¹⁸. Вместе с тем игнорирование новых тенденций в развитии понятийного аппарата науки международного права и в самом объективном праве со стороны основного закона одной из супердержав современности было бы ошибочным. Из этого следует необходимость введения в конституционные положения, касающиеся принципов и норм международного права, корректировок, так или иначе отражающих усвоение

российской правовой системой процессов, происходящих в международно-правовой системе, прежде всего по их увязке с новой терминологией, получающей всё большую востребованность со стороны действующего международного права, особенно в свете кодификации его норм. Неизбежными в такой ситуации будут потребности в профессиональном подходе к восприятию и толкованию появляющихся терминов и понятий, восходящих в своем генезисе к международному праву, в том числе и к *jus cogens*¹⁹. С учетом этого оправданным будет усиление состава судейского корпуса, включая и Конституционный Суд РФ, опытными кадрами дипломированных юристов-международников.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Абашидзе А. Х.* Принципы международного права: проблемы понятийно-содержательного характера // Московский журнал международного права. — 2017. — № 4. — С. 19—29.
2. *Ануфриева Л. П.* Понятие «источник права в международно-правовой науке»: догма «классики» и современная доктрина // Современное международное право: теория и практика = Contemporary international law: theory and practice / под ред. Б. М. Ашавского. — М.: Оригинал-макет, 2015. — С. 39—53.
3. *Исполинов А. С.* Нормы *jus cogens* в решениях национальных и международных судов // Российский юридический журнал. — 2014. — № 6 (99). — С. 7—14.

Эти решения ЕСПЧ, наоборот, составили основу для расширительного толкования МТБЮ по уже упомянутому делу запрета пыток как нормы *jus cogens* с уточнением ее содержания относительно того, что государствам запрещается высылать, возвращать или выдавать лицо странам, в которых оно может подвергнуться пыткам.

¹⁸ Не зря в теории международного права последних лет всё большее внимание привлекает проблема «неполной когентности» определенных принципов международного права, квалифицируемых как «основные». Так, Ульф Линдерфальк ставит под сомнение императивность (когентность) даже принципа неприменения силы, отмечая, что в случае его абсолютного соблюдения решения о применении силы в порядке самообороны или на основании резолюции Совета Безопасности могут оказаться недействительными. Или в другой ситуации, если два государства договорным способом решают обменяться частью своей территории, — никто в настоящее время не будет расценивать этот договор как ничтожный лишь на том основании, что он противоречит принципу нерушимости границ (см.: *Linderfalk U.* Understanding the Jus Cogens Debate: The Pervasive Influence of Legal Positivism and Legal Idealism // *Netherlands Yearbook of International Law 2015: Jus Cogens — Quo Vadis?* P. 51—84. См. также: *Trinidad C.* Jus cogens: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law // URL: <http://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.LR.CV.3-30.pdf> (дата обращения: 21.08.2018)). Много ранее Г. И. Тункин выражал опасения, что при отнесении всех общепризнанных принципов международного права к категории норм *jus cogens* «возникает проблема неполной когентности некоторых из них» (см.: *Тункин Г. И.* Указ. соч. С. 140). На это весьма к месту обращает внимание А. С. Исполинов (см.: *Исполинов А. С.* Указ. соч. С. 10—11). В связи с этим, правда, важно упомянуть, что явление «императивности» в праве не может быть оторвано от характера, сферы действия и предмета предписания, а также от его взаимосвязей с иными нормами права — так что оно имеет свое юридическое измерение, которое зависит от содержания самой нормы, которое нельзя игнорировать.

¹⁹ Сказанное не нужно понимать буквально: *jus cogens* — явление не сиюминутное в международном праве. Несмотря на активное распространение еще в XX в., разработка его в научном плане находится



4. Нешатаева Т. Н. Суд и общепризнанные принципы и нормы международного права // Вестник ВАС РФ. — 2004. — № 3.
5. Ордина О. Н. Международные акты, содержащие общепризнанные принципы и нормы международного права, как источники административного права // Административное право и процесс. — 2015. — № 3.
6. Туунов О. И. Суверенное равенство государств в системе основных принципов международного права // Журнал российского права. — 2014. — № 5. — С. 5—21.
7. Тункин Г. И. Теория международного права. — М. : Междунар. отношения, 1970. — 511 с.
8. Тункин Г. И. Теория международного права / под ред. Л. Н. Шестакова. — М. : Зерцало, 2009. — 416 с.
9. International Law Commission Sixty-ninth session. Geneva, 1 May — 2 June and 3 July — 4 August 2017. Second report on *jus cogens* by Dire Tladi, Special Rapporteur. Para 14. P. 47.
10. Kleinlein Th. Jus Cogens as the 'Highest Law'? Peremptory Norms and Legal Hierarchies // Netherlands Yearbook of International Law 2015: Jus Cogens — Quo Vadis? / M. den Heijer, H. van der Wilt (eds.). — Vol. 46. — Amsterdam : Springer, T.M.C. Asser Press, 2016. — P. 173—210.
11. Linderfalk U. Understanding the Jus Cogens Debate: The Pervasive Influence of Legal Positivism and Legal Idealism // Netherlands Yearbook of International Law 2015: Jus Cogens — Quo Vadis? / M. den Heijer, H. van der Wilt (eds.). — Vol. 46. — Amsterdam : Springer, T.M.C. Asser Press, 2016. — P. 51—84.
12. Netherlands Yearbook of International Law 2015: Jus Cogens — Quo Vadis? / M. den Heijer, H. van der Wilt (eds.). — Vol. 46. — Amsterdam : Springer, T.M.C. Asser Press, 2016.
13. Official Records of the General Assembly, Seventy-first session, Sixth Committee, 25th meeting (A/C.6/71/SR.25).
14. Official Records of the General Assembly, Sixty-Ninth Session, Supplement No. 10 (A/69/10), annex.
15. Report on the Law of Treaties by Sir Hersch Lauterpacht, Special Rapporteur, A/CN.4/63 // Yearbook of the International Law Commission. 1953. Vol. II. — United Nations publication, Sales № 59. Vol. II, IV, V.
16. Shaw M. N. International Law. — 6th ed. — Cambridge University Press, 2008. — 1708 p.
17. Trinidad C. Jus cogens: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law // URL: <http://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.LR.CV.3—30.pdf>.
18. Wet de E. The Prohibition of Torture as an International Norm of Jus Cogens and Its Implications for National and Customary Law // European Journal of International Law. — 2004. — № 15. — P. 98—99.
19. Yearbook of the International Law Commission. 1966. — Vol. I (Part I). — United Nations publication. Sales № 67.V.1.
20. Yearbook of the International Law Commission. 1966. — Vol. II (Part II, chap. II, sect. C). — United Nations publication. Sales No. 67.V.2.

Материал поступил в редакцию 11 октября 2018 г.

лишь в начале своего пути. Говоря о возникновении и развитии концептуальных подходов к *jus cogens* с точки зрения позитивного права, а главное — в целях показа заинтересованности в нем международного сообщества и конкретно ООН, уместно воспроизвести базовые факты, относящиеся к нынешнему этапу работы КМП ООН в области *jus cogens*: 1) в соответствии с резолюцией ГА ООН в ходе 66-й сессии (2014 г.) КМП вносит в повестку дня своей программы тему «“Императивные нормы общего международного права (*jus cogens*)”» (ГА ООН на 69-й сессии приняла к сведению включение этой темы в долгосрочную программу работы КМП); 2) на 67-и заседании (2015 г.) КМП принимает решение включить эту тему в свою текущую программу работы и назначить Специального докладчика (на 70-й сессии ГА ООН приняла к сведению решение Комиссии назначить Специального докладчика); 3) первый доклад Специального докладчика был передан на рассмотрение 68-го заседания КМП ООН (2016). Последняя решила также передать два предварительных заключения в Комитет по подготовке проекта; 4) на 69-ю сессию КМП был представлен второй доклад Специального докладчика (1 мая — 2 июня и 3 июля — 4 августа 2017 г.), посвященный критериям *jus cogens*; 5) 70-й сессии КМП ООН (30 апреля — 1 июня и 2 июля — 10 августа 2018 г.) был представлен третий доклад Специального докладчика (A/CN.4/714), в котором содержится анализ правовых последствий императивных норм общего международного права (*jus cogens*).

**THE CONSTITUTION OF THE RUSSIAN FEDERATION AND INTERNATIONAL LAW:
A THEORETICAL APPROACH TO THE CONCEPT OF “GENERALLY RECOGNIZED PRINCIPLES
AND NORMS OF INTERNATIONAL LAW» AND JUS COGENS²⁰**

ANUFRIEVA Lyudmila Petrovna, Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of International Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
lyu-anufrieva@yandex.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The paper contains analysis of a specific concept of “generally recognized principles and norms of international law” in comparison with the phenomenon designated by the term ‘jus cogens’ and common to the Western legal doctrine and case law. A special issue in the theoretical analysis thereof relates to a comparative law approach to the results of the past and present stages in examination of the same terms performed by the UN International Law Commission. The examination in question was affected within the framework of codification of the law of international treaties in the 60s of the twentieth century and the current specific work in respect of jus cogens. These two terms currently coexist in the international law doctrine and practice neighboring with others, i.e. the terms that are also included into the range of ‘principles:’ “basic principles,” “general principles of law,” “principles of general international law,” etc., which requires appropriate allocation of meanings among them.*

Keywords: *principles of international law, basic principles, generally recognized principles and norms of international law, jus cogens, peremptory norms, UN Commission of International Law, codification, Constitution of the Russian Federation, ‘general international law,’ ‘general multilateral treaties,’ ‘general principles of law recognized by civilized Nations, International Treaty Law, natural law and positive law, international judicial institutions, national legal system, domestic courts.*

REFERENCES

1. Abashidze A. Kh. *Principy mezhdunarodnogo prava: problemy ponyatiyno-soderzhatel'nogo kharaktera* [Principles of International Law: Conceptual and Substantive Problems.]. *Moskovskiy zhurnal mezhdunarodnogo prava* [Moscow Journal of International Law]. 2017. No. 4. P. 19—29. (In Russian)
2. Anufrieva L.P. *Ponyatie ‘istochnik prava’ v mezhdunarodno-pravovoy nauke: dogma ‘klassiki’ i sovremennaya doctrina* [The Concept of “Source of Law» in International Legal Science: the Classics Dogma and Modern Doctrine]. *Sovremennoye mezhdunarodnoye parvo: teoriya i praktika* [Contemporary international law: theory and practice]. Ed. by B.M.Ashavskiy. Moscow, Original-Market publ. 2015. P. 39—53. (In Russian)
3. Ispolinov A.S. *Normy jus cogens v resheniyakh natsionalnykh b mezhdunarodnykh sudov.* [Rules of jus cogens in decisions of national and international courts]. *Rossiyskiy juridicheskiy zhurnal* [Russian Law Journal]. 2014. No. 6 (99). P. 7—14. (In Russian)
4. Neshataeva T.N. *Sud i obshchepriznannye printsipy i normy mezhdunarodnogo prava* [The court and the generally recognized principles and norms of international law]. *Vestnik VAS* [RF Bulletin of the Supreme Commercial Court of the Russian Federation]. 2004. No. 3. (In Russian)
5. Ordina O. N. *Mezhdunarodnye akty, sodержashchie obshchepriznannye printsipy i normy mezhdunarodnogo prava, kak istochniki administrativnogo prava* [International acts containing universally recognized principles and norms of international law as sources of administrative law]. *Administrativnoe pravo i protsess* [Administrative Law and Procedure]. 2015. No. 3. (In Russian)
6. Tiunov O.I. *Suverennoye ravenstvo gosudarstv v sisteme osnovnykh printsipov mezhdunarodnogo prava* [Sovereign equality of States in the system of basic principles of international law]. *Zhurnal rossiyskogo prava* [Journal of Russian Law]. 2014. No. 5. P. 5—21. (In Russian)
7. Tunkin G.I. *Teoriya mezhdunarodnogo prava* [Theory of International Law]. Moscow, Mezhdunar. otnoshenia publ., 1970. 511 p. (In Russian)

²⁰ The paper was prepared with the financial support of RFFR scientific project № 18-011-01060 and using information materials of ATP “ConsultantPlus.”



8. Tunkin G.I. *Teoriya mezhdunarodnogo prava* [Theory of international law]. Ed. by L. N. Shestakov. Moscow, Zertsalo Publ., 2009. 416 p. (In Russian)
9. International Law Commission Sixty-ninth session. Geneva, 1 May — 2 June and 3 July — 4 August 2017. Second report on *jus cogens* by Dire Tladi, Special Rapporteur. Para 14. P. 47.
10. Kleinlein Th. Jus Cogens as the 'Highest Law'? Peremptory Norms and Legal Hierarchies // Netherlands Yearbook of International Law 2015: Jus Cogens — Quo Vadis? / M. den Heijer, H. van der Wilt (eds.). Vol. 46. Amsterdam : Springer, T.M.C. Asser Press, 2016. P. 173—210.
11. Linderfalk U. Understanding the Jus Cogens Debate: The Pervasive Influence of Legal Positivism and Legal Idealism // Netherlands Yearbook of International Law 2015: Jus Cogens — Quo Vadis? / M. den Heijer, H. van der Wilt (eds.). Vol. 46. Amsterdam : Springer, T.M.C. Asser Press, 2016. — P. 51—84.
12. Netherlands Yearbook of International Law 2015: Jus Cogens — Quo Vadis? / M. den Heijer, H. van der Wilt (eds.). Vol. 46. Amsterdam : Springer, T.M.C. Asser Press, 2016.
13. Official Records of the General Assembly, Seventy-first session, Sixth Committee, 25th meeting (A/C.6/71/SR.25).
14. Official Records of the General Assembly, Sixty-Ninth Session, Supplement No. 10 (A/69/10), annex.
15. Report on the Law of Treaties by Sir Hersch Lauterpacht, Special Rapporteur, A/CN.4/63 // Yearbook of the International Law Commission. 1953. Vol. II. United Nations publication, Sales № 59. Vol. II, IV, V.
16. Shaw M. N. International Law. 6th ed. Cambridge University Press, 2008. 1708 p.
17. Trinidad C. Jus cogens: the determination and the gradual expansion of its material content in contemporary international case-law // URL: <http://www.oas.org/dil/esp/3%20-%20cancado.LR.CV.3—30.pdf>.
18. Wet de E. The Prohibition of Torture as an International Norm of Jus Cogens and Its Implications for National and Customary Law // European Journal of International Law. 2004. № 15. P. 98—99.
19. Yearbook of the International Law Commission 1966. Vol. I (Part I). United Nations publication, Sales № 67.V.1.
20. Yearbook of the International Law Commission. 1966. Vol. II (United Nations publication, Sales No. 67.V.2). Part II, chap. II, sect. C.

Н. А. Соколова*

МЕЖДУНАРОДНОЕ СОТРУДНИЧЕСТВО В СФЕРЕ НАУКИ, ИННОВАЦИЙ И ОБРАЗОВАНИЯ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ СО СТРАНАМИ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА¹

Аннотация. Статья посвящена развитию двусторонних и многосторонних отношений России со странами Европейского Союза (ЕС). Такие отношения основаны на принципе сотрудничества государств, который в соответствии с международным правом устанавливает обязанность сотрудничества независимо от различий государств на равноправной основе и в самых разных областях. Поскольку существенно расширилась сфера охвата современного международного права, многие сферы сотрудничества стали активно развиваться. К ним относятся такие сферы, как наука, инновации, образование. В условиях интернационализации науки развитие взаимовыгодного международного взаимодействия для формирования модели международного научного сотрудничества и международной интеграции для защиты государственных интересов и повышения эффективности российской науки требуют анализа наилучших форм такого сотрудничества, мониторинга обмена информацией, решения правовых вопросов участия в тех или иных научных проектах. Сферы науки, инноваций и образования относятся к тем объединяющим направлениям, по которым продолжается развитие международного сотрудничества, несмотря на сложную внешнеполитическую обстановку. В статье рассматриваются договорные, внедоговорные и институциональные формы взаимодействия России со странами ЕС.

Ключевые слова: принцип сотрудничества, формы сотрудничества, наука, инновации, образование, стратегические приоритеты России, страны Европейского Союза.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.145.12.048-056

Международное гуманитарное сотрудничество и права человека рассматриваются как один из приоритетов Российской Федерации в решении глобальных проблем². Несмотря на то что в Концепции внешней политики России сосредоточивается внимание на обеспечении прав человека, очевидно, что вопросы международного взаимодействия в сфере науки, инноваций, образования и молодежной политики развивают сотрудничество в гуманитарной

сфере и способствуют реализации прав человека.

Развитие двусторонних и многосторонних отношений, взаимовыгодного и равноправного партнерства с иностранными государствами, международными организациями на основе уважения принципов независимости и суверенитета, прагматизма, транспарентности, многовекторности, предсказуемости, неконфронтационного отстаивания национальных приоритетов;

¹ Статья подготовлена в рамках выполнения государственного задания Минобрнауки России по проекту 29.13230.2018/12.1.

² Указ Президента РФ от 30.11.2016 № 640 «Об утверждении Концепции внешней политики Российской Федерации» // СЗ РФ. 2016. № 49. Ст. 6886.

© Соколова Н. А., 2018

* Соколова Наталья Александровна, доктор юридических наук, заведующий кафедрой международного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) intlawmgu@yandex.ru 125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

усиление роли России в мировом гуманитарном пространстве, содействие развитию конструктивного диалога и партнерства в интересах укрепления согласия и взаимообогащения различных культур и цивилизаций — те задачи, решение которых направлено на обеспечение национальных интересов и реализацию стратегических приоритетов Российской Федерации.

Такое взаимодействие осуществляется на основе одного из основных принципов международного права — принципа сотрудничества. В Декларации о принципах международного права 1970 г.³ закреплена «обязанность государств сотрудничать друг с другом в соответствии с Уставом» ООН. Согласно данной обязанности «государства сотрудничают в экономической, социальной и культурной областях, а также в области науки и техники и содействуют прогрессу в мире в области культуры и образования».

Хотя вопросы международного сотрудничества в сфере науки, инноваций и образования в значительной мере требуют решения прикладных задач, важной представляется разработка общетеоретических подходов к основам межгосударственного взаимодействия в названных сферах.

В условиях интернационализации науки развитие взаимовыгодного международного взаимодействия для формирования модели международного научного сотрудничества и международной интеграции для защиты государственных интересов и повышения эффективности российской науки требует анализа наилучших форм такого сотрудничества, мониторинга обмена информацией, решения правовых вопросов участия в тех или иных научных проектах.

Еще в 1975 г., принимая Заключительный акт СБСЕ, государства были убеждены в том, что их усилия по сотрудничеству в области на-

уки и техники способствуют укреплению мира и безопасности не только в Европе, но и во всем мире⁴. Наиболее значимыми положениями, которые получают развитие в международных многосторонних и двусторонних соглашениях, являются важность обмена информацией и опытом для изучения и передачи научно-технических достижений, а также доступ к таким достижениям на взаимовыгодной основе и признание того, что определение возможностей для взаимовыгодного сотрудничества и разработка его деталей осуществляются компетентными организациями, учреждениями, предприятиями, учеными и специалистами государств-участников.

В современных условиях, по мнению М. В. Шугурова, долженствовало со стороны каждого государства стремиться к созданию условий для развития с другими государствами их научно-технологического и инновационного потенциала, рассматривается «как ценностный идеал современного международного права»⁵.

Государства определили виды и формы такого сотрудничества. Сотрудничество может быть двусторонним и многосторонним. Оно может реализовываться как на межправительственном, так и неправительственном уровнях. В соответствии с указанными особенностями формами сотрудничества могут быть международные договоры, «...международные программы, совместные проекты и коммерческие каналы при использовании также различных форм контактов, включая непосредственные и индивидуальные контакты»⁶.

Определение целей и формата взаимодействия с иностранными государствами в зависимости от уровня их технологического развития и инновационного потенциала; формирование и продвижение актуальной научной повестки государства как участника международных ор-

³ Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций (принята 24.10.1970 Резолюцией 2625 (XXV) на 1883-м пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН) // Действующее международное право. М. : Московский независимый институт международного права, 1996. Т. 1. С. 65—73.

⁴ Заключительный акт Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе (подписан в г. Хельсинки 01.08.1975). IX. Сотрудничество между государствами // URL: <http://docs.cntd.ru/document/1901862> (дата обращения: 12.09.2018).

⁵ Шугуров М. В. Международно-правовые обязательства государств в сфере международного научно-технологического сотрудничества // Вестник Саратовской государственной юридической академии, № 1, 2012, С. 161.

⁶ Заключительный акт Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе 1975 г. Положения, относящиеся к торговле и промышленному сотрудничеству. Наука и техника.

ганизаций; повышение уровня участия России в международных системах научно-технической экспертизы и прогнозирования; локализация на территории страны крупных международных научных проектов в целях решения проблем, связанных с большими вызовами; развитие механизма научной дипломатии как разновидности публичной дипломатии; реализация скоординированных мер поддержки, обеспечивающих выход российских научных, образовательных организаций и производственных компаний на глобальные рынки знаний и технологий, а также проактивного участия России в разработке технологических стандартов и научно-образовательных проектов, способствующих повышению ее роли в формировании новых рынков⁷, не могут решаться исключительно путем использования формата *ad hoc*. Прогнозирование и собственно развитие сотрудничества требуют теоретической основы для понимания того, какие именно правовые решения принесут наибольший эффект в осуществлении не только обозримых задач, но и на перспективу. Последнее особенно важно в свете того, что Правительству России при разработке национального проекта в сфере науки необходимо исходить из того, что в 2024 г. требуется обеспечить присутствие «Российской Федерации в числе пяти ведущих стран мира, осуществляющих научные исследования и разработки в областях, определяемых приоритетами научно-технологического развития»⁸.

Именно в контексте интернационализации науки и необходимости интеграции в качестве принципа государственной политики в области научно-технологического развития Российской Федерации сформулирован принцип открытости, который означает «эффективное взаимодействие научных организаций, участников исследований и разработок с представителями бизнес-сообщества, общества и государства, а также исходя из национальных интересов с международным сообществом»⁹.

Даже в условиях сложной внешнеполитической обстановки сферы науки, инноваций и образования относятся к тем объединяющим

направлениям, по которым продолжается развитие международного сотрудничества. Такое международное сотрудничество реализуется на универсальном, региональном и двустороннем уровнях, каждый из которых способен и дополнять друг друга, и создавать импульс для дальнейшего межгосударственного взаимодействия.

Международное сотрудничество, осуществляемое путем выполнения рамочных программ, использования потенциала научных фондов, совместных инициатив сторон и т.д., взаимно обогащается, поскольку многостороннее и двустороннее сотрудничество не изолировано друг от друга. Если в рамках многостороннего сотрудничества реализуются проекты и мероприятия более общего характера, то двустороннее сотрудничество позволяет максимально полно учесть интересы каждой стороны, создать уникальные форматы сотрудничества, используя опыт конкретных государств.

Именно принятие и выполнение международно-правовых обязательств в области развития научно-технологического сотрудничества «...создает благоприятную среду для достижения устойчивого характера глобального научно-технологического развития, одновременно демонстрируя ключевую роль современных государств в управлении научно-технологическим прогрессом на международном уровне»¹⁰.

В числе стратегических партнеров России в сфере сотрудничества по вопросам науки, инноваций, а также образования находится Европейский Союз (ЕС). Речь идет не только о сотрудничестве с ЕС как межгосударственным объединением, но и о двустороннем сотрудничестве с государствами, входящими в ЕС, а также о сотрудничестве с другими международными организациями, членами которых являются Россия и государства — участники ЕС.

Развитие международного сотрудничества в сфере науки и инноваций, образования касается различных аспектов, которые и определяют дальнейший анализ перспектив сотрудничества России со странами ЕС в указанных областях. Выделим, на наш взгляд, наиболее значимые среди таких аспектов.

⁷ Указ Президента РФ от 01.12.2016 № 642 «О Стратегии научно-технологического развития Российской Федерации». П. 35 // СЗ РФ. 2016. № 49. Ст. 6887.

⁸ Указ Президента РФ от 07.05.2018 № 204 «О национальных целях и стратегических задачах развития Российской Федерации на период до 2024 года». П. 10 // СЗ РФ. 2018. № 20. Ст. 2817.

⁹ Указ Президента РФ от 01.12.2016 № 642 «О Стратегии научно-технологического развития Российской Федерации». П. 30.

¹⁰ Шугуров М. В. Указ. соч. С. 169.

Во-первых, важен анализ предметной сферы. Речь идет не просто об общих направлениях сотрудничества, но об определении приоритетных проектов в сфере науки, инноваций и образования. Эффективно поддерживать и развивать систему российских образовательных организаций за рубежом, оказывать поддержку филиалам и представительствам российских образовательных организаций, расположенным на территориях иностранных государств, как это определено в Концепции внешней политики России, возможно только при активном двустороннем и многостороннем сотрудничестве. Это одно из ведущих направлений деятельности Министерства науки и высшего образования РФ.

Во-вторых, в особом внимании нуждаются формы многостороннего и двустороннего сотрудничества. Анализ многостороннего сотрудничества связан с определением его правовой основы, исследованием положений совместных международных документов, а также полномочий Министерства науки и высшего образования РФ для осуществления международного сотрудничества. Министерство содействует реализации государственной образовательной и научно-технической политики, масштабной интеграции России в мировое образовательное пространство. Таким образом, исследованию подлежат не только договорно-правовой, но и институциональный механизм международного сотрудничества в сфере науки, инноваций и образования, который касается деятельности различных международных организаций с участием России и стран Европейского Союза.

В-третьих, при определении перспектив многостороннего и двустороннего сотрудничества в сфере науки, инноваций и образования со странами Европейского Союза необходимо актуальное информационное обеспечение процессов и проводимых мероприятий с учетом целевой аудитории. Двустороннее сотрудничество смещает акценты исследования в сторону не только определения правового основания, имплементации положений двусторонних соглашений на внутригосударственном уровне, но и анализа особенностей управления в сфере науки и образования в отдельных государствах Европейского Союза.

Информационно-аналитическое обеспечение процессов и мероприятий в рамках указанного сотрудничества требует систематизации данных о них и использования полученной информации для проведения исследований.

Такие данные должны быть собраны, по возможности классифицированы, они должны быть репрезентативными, чтобы их можно было использовать для осуществления исследований и решения оперативных задач. Речь идет об исследовании эффективности системы информационно-аналитического обеспечения международного сотрудничества в сфере науки, инноваций и образования Российской Федерации со странами Европейского Союза, о необходимости изучения опыта аналитических исследований и разработок, формирования базы знаний лучших практик; о выявлении проблемных аспектов международного сотрудничества со странами Европейского Союза; об оценке возможностей повышения роли молодых ученых в разработке и реализации проектов инновационного, научного и образовательного сотрудничества со странами Европейского Союза.

Сотрудничество со странами ЕС относится к региональным приоритетам внешней политики Российской Федерации. В развитии многостороннего и двустороннего сотрудничества в сфере науки, инноваций и образования на принципах равноправия и взаимного уважения заинтересованы как Российская Федерация, так и, думается, страны ЕС. Развитие отношений с ЕС требует совершенствования как договорно-правовой базы, так и институциональных механизмов сотрудничества в целях обеспечения взаимной выгоды и оптимального выстраивания партнерских связей. Исследование и информационно-аналитическое обеспечение процессов и мероприятий в рамках многостороннего и двустороннего сотрудничества в сфере науки, инноваций и образования Российской Федерации со странами ЕС должно помочь формированию общего гуманитарного пространства. Востребованность в создании такого пространства со стороны российских участников очевидна, поскольку национальные исследовательские университеты, федеральные университеты, национальные исследовательские и образовательные центры и иные участники рассматривают международную деятельность как необходимое условие реализации научных и инновационных интересов.

Развитие международного сотрудничества направлено не только на предложение и реализацию гуманитарных проектов. Такое сотрудничество будет способствовать гармонизации законодательств государств в указанных сферах, совершенствованию национального зако-

нодательства с учетом опыта международного сотрудничества.

Пятнадцать лет назад на саммите в Санкт-Петербурге была достигнута договоренность об укреплении сотрудничества между Россией и Европейским Союзом в целях создания пространства науки и образования, включая культурные аспекты. Примерно в то время было возобновлено Соглашение о сотрудничестве в области науки и технологий¹¹ и принят План действий по активизации сотрудничества России и Европейской комиссии в области науки и технологий (2002 г.). В соответствии с данными документами основной формой сотрудничества стало участие в рамочных программах по исследованиям и технологическому развитию.

Начиная с 2014 г. основным инструментом сотрудничества в области исследований и инноваций на уровне Европейского Союза является Рамочная программа ЕС по исследованиям и инновациям «Горизонт 2020»¹². «Горизонт 2020» представляет собой крупнейшую научно-исследовательскую и инновационную программу ЕС с бюджетом почти 80 млрд евро, рассчитанную на семь лет. Цель программы состоит в развитии инноваций через совместную деятельность исследователей, новаторов и промышленности как в Европейском Союзе, так и за его пределами. Программа открыта для участия всех заинтересованных лиц и организаций из любой страны мира, включая Россию.

Рассмотрим основные направления сотрудничества России и ЕС в сфере науки, инноваций и образования. Сотрудничество между Россией и ЕС в области науки и технологий активно стало развиваться в 2000-е гг. Именно тогда были заключены соглашения, определяющие как общие направления сотрудничества в данной области (2000 г.), так и проявлен особый интерес к сотрудничеству по вопросам использования атомной энергии. Соглашения касались сотрудничества для обеспечения ядерной безопасности и области управляемого термоядерного синтеза (2001 г.).

Перспективы сотрудничества в сфере науки также определялись «дорожной картой» по общему пространству науки и образования, включая культурные аспекты, которая была утверждена в 2005 г.¹³ Карта определяет три значительные сферы для сотрудничества: исследовательскую, образовательную и культурную. «Дорожную карту» утвердили Президент России и представители ЕС.

Цели «дорожной карты» состояли в следующем:

- «построение в России и Евросоюзе общества, основанного на знаниях;
- обеспечение высоких темпов роста конкурентоспособности и экономического развития путем модернизации национальных экономик и использования передовых достижений науки;
- укрепление и оптимизация связей между научными исследованиями и инновациями;
- поддержка малого и среднего предпринимательства в области научных исследований и инноваций».

Для достижения указанных целей в «дорожной карте» определены направления сотрудничества:

1. «Дальнейшее развитие диалога для поддержки совместных усилий в разработке и гармонизации подходов к вопросам формирования общего пространства России и ЕС в области научных исследований.
2. Совместное определение конкретных областей сотрудничества в рамках таких приоритетных направлений, как космос, новые материалы и нанотехнологии, науки о жизни, технологии информационного общества, а также чистая и возобновляемая энергетика.
3. Разработка и реализация мер, нацеленных на придание взаимодействию в сфере науки и технологий системного и структурированного характера и формирование эффективного механизма установления партнерских связей.

¹¹ Agreement on cooperation in science and technology between the European Community and the Government of the Russian Federation // URL: http://ec.europa.eu/research/iscp/pdf/policy/russia_agreement.pdf#view=fit&pagemode=none (дата обращения: 12.09.2018).

¹² См.: URL: <http://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/en> (дата обращения: 29.08.2018).

¹³ «Дорожная карта» по общему пространству науки и образования, включая культурные аспекты (утверждена 10 мая 2005 г. в Москве Президентом России В. Путиным, Премьер-министром Люксембурга Ж.-К. Юнкером, Председателем Комиссии Европейских сообществ Ж. М. Дурау-Баррозу и Верховным представителем ЕС по внешней политике и безопасности Х. Соланой) // URL: <http://www.kremlin.ru/supplement/3590> (дата обращения: 12.09.2018).

4. Эффективное использование знаний, включая вопросы охраны прав интеллектуальной собственности и формирования условий для стимулирования продвижения инноваций на рынок, повышения качества исследований, в частности, в сфере предпринимательства».

В соответствии с Соглашением о партнерстве и сотрудничестве, включающем положения о науке и технологиях (ст. 62), образован институциональный механизм, который координирует сотрудничество России и ЕС. Наряду с Совместным комитетом по научно-технологическому сотрудничеству, предлагалось создание ряда тематических рабочих групп, развивающих сотрудничество для реализации отдельных проектов.

Институциональный механизм осуществления сотрудничества в рассматриваемых областях имеет определенные особенности. Дело в том, что он предназначен исключительно для координационных функций и не выполняет, как часто предусматривается в международных соглашениях, особых функций мониторинга и контроля за исполнением участниками обязательств. Хотя нельзя исключать, что именно такие функции могут появиться у создаваемых институциональных образований по мере того, как международное сотрудничество будет становиться всё более сложным, а его результаты будут иметь значение для решения глобальных проблем. Следовательно, есть смысл обратить внимание на то, как решается вопрос о природе и статусе так называемых институциональных образований в рамках многосторонних соглашений. Применительно, например, к договорам в сфере охраны окружающей среды на такой особый статус впервые обратили внимание зарубежные исследователи — Р. Черчилль и Г. Ульфстейн¹⁴. Вместе с тем сделанные выводы и опыт могут быть применены и в рамках международного сотрудничества в сфере науки.

Отметим, что опыт консультирования по научным и техническим вопросам находит отражение во многих соглашениях. Если речь идет о координации научного сотрудничества, такую функцию могут выполнять официальные представители сторон. Если же возникает потребность в осуществлении научного сотрудничества в конкретной области, то требования к соответствующему органу изменяются. В по-

следнем случае такой орган должен состоять из компетентных в соответствующих отраслях знаний представителей сторон. В компетенцию подобного органа обычно входит оценка состояния научных знаний, относящихся к соответствующей проблеме; научная оценка воздействия мер, принимаемых в осуществление договора; выявление новых, эффективных и самых современных технологий и ноу-хау и рекомендации о путях и средствах содействия разработке и/или передаче таких технологий; рекомендации относительно научных программ, международного сотрудничества в области исследований и разработок, касающихся определенной научной проблемы, а также путей и средств оказания поддержки созданию национального потенциала и др. Сразу отметим, что такие органы, как правило, носят вспомогательный характер, оказывая содействие основному институциональному механизму, созданному в соответствии с договором, к примеру — конференции сторон.

Цель институциональных механизмов с более специальной компетенцией, чем координация сотрудничества, — развитие нормативного содержания регулятивного режима, установленного многосторонним соглашением, и контроль над надлежащим выполнением государствами своих обязательств по нему. Названные выше авторы говорят об «автономных институциональных договоренностях», поскольку они, по мнению этих авторов, отличаются в плане правотворческих полномочий как от существующих международных межправительственных организаций, так и от государств-членов. Такие органы имеют преимущества, заключающиеся в следующем: они могут осуществлять сотрудничество более оперативно, они менее бюрократизированы, стоимость участия в них для государств менее значительна.

Помимо сотрудничества в рамках международных организаций, деятельности координационных механизмов, созданных на основе международных договоров, привлекает внимание такая еще не достаточно изученная, но быстро развивающаяся форма отношений, как коллаборация. Ее потенциал и значение для науки еще предстоит оценить, несмотря на кажущуюся на первый взгляд простоту такого сотрудничества.

¹⁴ Churchill R. R., Ulfstein G. Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements: A little-noticed phenomenon in international law // *The American Journal of International Law*. 2000. Vol. 94. No. 4. P. 623—659.

Конечно, надеясь реализовывать коллаборационные проекты, участники стремятся к реальной коллаборации. Соглашения еще недостаточно для появления реального процесса коллаборации и достижения желаемого результата. Именно при осуществлении реальной коллаборации может быть достигнут необходимый результат — взаимное обучение участников и их общий продукт с новым интеллектуальным компонентом, полученный благодаря взаимодействию различных факторов¹⁵. Коллаборация определяется по-разному. К примеру, предлагается определение коллаборации в качестве объединения ученых, «которое включает исследователей различных организаций (и различных стран), поддерживает обширное и повторяющееся взаимодействие, ориентированное на общую область исследования, и обеспечивает доступ к источникам данных, экспонатам и инструментам, требуемым для выполнения задачи исследования»¹⁶.

Формы коллаборации, конечно, предмет междисциплинарного исследования. Вместе с тем коллаборация может осуществляться и в отдельных сферах. Коллаборация в контексте правовых исследований возможна по двум направлениям. Первое направление — это юридические аспекты коллабораций, оформление на стадии создания коллабораций, получения результатов и порядка обращения с ними. Второе направление — вопрос о правовых продуктах коллабораций: интеграционных правовых проектах, совместных образовательных проектах в праве, площадках презентации результатов научных правовых исследований, проектах по взаимодействию в плане технологий и научного развития.

В определенной мере развитие коллабораций коррелирует с международным сотрудничеством в сфере инноваций. В 2000 г. была одобрена Концепция Европейского научного пространства, идея которого состоит в «создании единого рынка исследований, в котором

беспрепятственно циркулируют ученые, знания и технологии»¹⁷.

Современное научно-технологическое развитие и производство инновационной продукции связаны с 50 макротехнологиями, из которых 18 контролируются странами ЕС (Германия, Франция, Великобритания, Швеция и др.), что позволяет им входить в десятку лидеров мирового рынка наукоемкой продукции и наращивать объемы ее экспорта¹⁸. К макротехнологиям, определяющим будущее мировой экономики, относятся: биотехнологии (биотехника, генотерапия), авиакосмическая техника, информационно-коммуникационные технологии, нанотехнологии — создание новых материалов с заранее заданными свойствами, энергетические и термоядерные технологии, нетрадиционная энергетика и др. В Концепции долгосрочного социально-экономического развития РФ на период до 2020 г.¹⁹ поставлена задача занять значимое место (5—10 %) на рынках высокотехнологичных товаров и интеллектуальных услуг в 5—7 и более секторах.

Еще одним важным направлением, связанным с развитием взаимодействия в научной сфере, является сотрудничество в сфере образования. Конвенции Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры (ЮНЕСКО) и Совета Европы свидетельствуют о развитии международно-правового регулирования сотрудничества в сфере образования. К примеру, основным международно-правовым документом, устанавливающим систему академического признания, является Конвенция, принятая под совместной эгидой Совета Европы и ЮНЕСКО, о признании квалификаций, относящихся к высшему образованию в Европейском регионе (Лиссабонская конвенция)²⁰. Т. С. Заплата отмечает, что «несмотря на весьма часто встречающиеся отрицательные мнения, Болонский процесс в купе с Лиссабонской конвенцией как одна из первых

¹⁵ Подробнее см.: *Иншаков О. В.* Коллаборация как глобальная форма организации экономики знаний // Экономика региона. 2013. № 3. С. 38—45.

¹⁶ *Богатов В. В., Сыроежкина Д. С.* Коллаборации научных организаций как элемент инфраструктуры науки // Наука. Инновации. Образование. 2016. № 4 (22). С. 30—44.

¹⁷ Европейское научное пространство, 2000 г. // URL: http://www.ric.vsu.ru/ru/european_programs/european_scientific_area (дата обращения: 28.09.2018).

¹⁸ Подробнее см.: *Теребов С. В.* Сотрудничество России и Евросоюза: от импорта технологий к экспорту // URL: <https://ecfor.ru/publication/11-sotrudnichestvo-rossiya-evrosoyuz/> (дата обращения: 21.09.2018).

¹⁹ Концепция долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года (утверждена распоряжением Правительства РФ от 17 ноября 2008 г. № 1662-р) // СПС «КонсультантПлюс».

²⁰ Convention on the Recognition of Qualification Concerning Higher Education in the European Region. Lisbon, 11.IV.1997 (ETS № 165).

и наиболее глобальных систем регламентации вопросов академического признания заслуживает положительной оценки»²¹.

Содействие интеграции и углублению сотрудничества в рамках Европейского пространства высшего образования осуществляется по различным направлениям — это, в частности, принятие системы сопоставимых степеней высшего образования; содействие академической мобильности; внедрение интегрированных учебных программ в высших учебных заведениях; поддержка обучения в течение всей жизни; изменение системы управления учреждений высшего образования с целью адаптации обучения студентов к изменениям на рынке труда; повышение привлекательности систем высшего образования в России и ЕС.

Для реализации этой цели требуется активизация сотрудничества университетов России и ЕС; содействие мобильности студентов и преподавателей университетов России и стран ЕС; поддержка сотрудничества, направленного на сближение систем присвоения степеней высшего образования, посредством поощрения сотрудничества на уровне подготовки магистров и присвоения общих или двойных дипломов; сотрудничество по созданию в России системы контроля качества и аттестации (аккредитации) образовательных программ и высших учебных заведений, соответствующей высшим мировым стандартам, а также внедрение в университетах внутренней системы и механизмов контроля качества учебного процесса с участием студентов, преподавателей и внешних экспертов и др.

Стимулирование углубления сотрудничества в области неформального образования для молодежи направлено на создание условий для интеграции молодых людей в общественную жизнь и поощрение их инициативности; оказание помощи молодым людям в получении знаний, навыков, квалификации и признание значимости подобного опыта; содействие развитию межкультурного диалога и расширению сотрудничества с соседними странами-партнерами.

Для достижения поставленной цели осуществляется поддержка молодежных обменов между Россией и ЕС; поддержка взаимодействия между молодежными организациями

и молодежными лидерами России и Европейского Союза; поощрение обменов информацией и ноу-хау между молодежными организациями и молодежными структурами.

Чтобы способствовать развитию образовательных программ для молодежи по продвижению здорового образа жизни, необходимо обеспечить обмен информацией, опытом и наилучшими практиками путем проведения совместных семинаров и рабочих групп между Российской Федерацией и ЕС.

Сотрудничество России и ЕС в сфере образования основывается на принципах Болонского процесса²² Совета Европы. Благодаря этому процессу европейские страны, вузы и заинтересованные лица имеют возможность на постоянной основе адаптировать национальные системы высшего образования, повышая их совместимость и усиливая гарантии их качества в рамках Европейского пространства высшего образования.

В мае 2018 г. министры образования встретились в Париже и приняли коммюнике о приоритетах в ближайшие годы²³. В нем излагается совместное видение для более амбициозного Европейского пространства высшего образования после 2020 г., призывающее:

- к инклюзивному и инновационному подходу к обучению и преподаванию;
- комплексному транснациональному сотрудничеству в сфере высшего образования, научных исследований и инноваций;
- обеспечению устойчивого будущего нашей планеты через высшее образование.

В коммюнике содержится призыв к укреплению, лучшей поддержке для уязвимых групп населения в отношении доступа к высшему образованию.

Принимая во внимание положения Всеобщей декларации прав человека²⁴, которая устанавливает, что «...образование призвано: 1) способствовать полному развитию человеческой личности; 2) воспитывать у обучающихся глубокое уважение к правам человека; 3) содействовать взаимопониманию, терпимости и дружбе», становится понятно, что перспективы международного сотрудничества на самых разных уровнях и в разных формах сохраняются и имеют потенциал для развития.

²¹ Заплата Т. С. Нравственность в условиях применения системы академического признания // Актуальные проблемы российского права. 2018. № 1. С. 31.

²² European Higher Education Area and Bologna Process // URL: <http://www.ehea.info/> (дата обращения: 25.08.2018).

²³ Paris Communiqué. Paris, May 25th 2018 // URL: <http://www.ehea2018.paris/Data/ElFinder/s2/Communique/EHEAParis2018-Communique-final.pdf> (дата обращения: 12.09.2018).

²⁴ Всеобщая декларация прав человека (принята Генеральной Ассамблеей ООН 10.12.1948), ст. 26 // СПС «КонсультантПлюс».

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Заплата Т. С.* Нравственность в условиях применения системы академического признания // Актуальные проблемы российского права. — 2018. — № 1. — С. 26—34.
2. *Шугуров М. В.* Международно-правовые обязательства государств в сфере международного научно-технологического сотрудничества // Вестник Саратовской государственной юридической академии. — 2012. — № 1. — С. 160—169.
3. *Churchill R. R., Ulfstein G.* Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements: A little-noticed phenomenon in international law // The American Journal of International Law. — 2000. — Vol. 94. — No. 4. — P. 623—659.

Материал поступил в редакцию 1 октября 2018 г.

**INTERNATIONAL COOPERATION IN THE SPHERE OF SCIENCE, INNOVATIONS AND EDUCATION
OF THE RUSSIAN FEDERATION WITH THE COUNTRIES OF THE EUROPEAN UNION²⁵**

SOKOLOVA Natalia Aleksandrovna, Doctor of Law, Head of the Department of International Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
intlawmgua@yandex.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The article is devoted to the development of bilateral and multilateral relations between Russia and the European Union (EU). Such relations are based on the principle of cooperation among States, which, in accordance with international law, establishes the duty of cooperation regardless of differences between States on an equal basis and in a variety of fields. Since the scope of modern international law has expanded significantly, many areas of cooperation have been developing rapidly. These include such areas as science, innovation, education. In the context of internationalization of science, the development of mutually beneficial international cooperation for the formation of a model of international scientific cooperation and international integration aimed at protecting public interests and improving the efficiency of Russian science requires the analysis of the best forms of cooperation, information exchange, resolving legal issues of participation in various scientific projects. Fields of science, innovation and education are among the unifying areas in which the development of international cooperation continues despite the adverse international situation. The article deals with conventional, non-conventional and institutional forms of between Russia and the EU.*

Keywords: *Principle of cooperation, forms of cooperation, science, innovation, education, strategic priorities of Russia, European Union*

REFERENCES

1. *Zaplata T. S.* Nравstvennost v usloviyakh primeneniya sistemy akademicheskogo priznaniya [Morality in terms of the academic recognition system]. Aktualnye problemy rossiyskogo prava [Actual Problems of Russian Law]. 2018. No. 1. pp. 26—34. (In Russian).
2. *Shugurov M. V.* Mezhdunarodno-pravovye obyazatelstva gosudarstv v sfere mezhdunarodnogo nauchno-tekhnologicheskogo sotrudnichestva [International obligations of States in the field of international scientific and technological cooperation]. Vestnik Saratovskoy gosudarstvennoy yuridicheskoy akademii. 2012. No. 1. pp. 160—169. (In Russian).
3. *Churchill R. R., Ulfstein G.* Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements: A little-noticed phenomenon in international law. The American Journal of International Law. 2000. Vol. 94. No. 4. pp. 623—659.

²⁵ The article is prepared within implementation of the state task of the Russian Ministry of Education under Project 29.13230.2018/12.1.

А. М. Осавелюк*

КОНСТИТУЦИЯ РОССИИ В УСЛОВИЯХ ГЛОБАЛИЗАЦИИ

Аннотация. В статье на основе анализа положений Конституции и законодательства России, международных документов, а также опубликованных отечественных и зарубежных научных работ по указанной проблематике показано, что, несмотря на объективный характер процессов глобализации, охвативших все государства, существует множество проблем, вызывающих научные дискуссии и противоречия между государствами.

Противоречивая реакция на процессы глобализации вызвана многими причинами. Например, глобализация не только приносит несомненные выгоды национальным государствам, мировому сообществу в целом, но и создает реальные проблемы, связанные с верховенством конституции, угрозами национальной безопасности. Кроме того, сама глобализация содержит внутренние противоречия, поскольку для нее характерна определенная двойственность, выражающаяся в существовании внутренних взаимосвязанных встречных процессов: интернационализации внутригосударственного регулирования и конституционализации международных отношений.

Проанализировано взаимодействие положений Конституции России и общепризнанных норм и принципов международного права, а также обеспечения верховенства Конституции России в условиях глобализирующегося мира. Особое внимание уделяется постановлению Конституционного Суда РФ от 14 июля 2015 г. № 21-П.

Аргументировано, что системный подход к процессам глобализации должен основываться на взаимодействии базовых норм международного права и положений Конституции России. В заключение автор приходит к выводу о том, что основные принципы международного права и верховенство Конституции России препятствуют прямому вмешательству обеих правовых систем в дела друг друга. Это, как представляется, служит гарантией сохранения государственного суверенитета России и поиска компромисса в решении коллизионных вопросов, затрагивающих интересы нескольких или многих государств в процессах глобализации.

Ключевые слова: Конституция, глобализация, международное право, принципы права, общепризнанные нормы, национальная безопасность, верховенство конституции, Устав ООН, коллективная безопасность.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.145.12.057-066

ВВЕДЕНИЕ

Наблюдаемые последнее время процессы глобализации регулирования важнейших социальных отношений имеют объективный и обще-

мировой характер. Тем не менее, несмотря на объективный характер происходящих процессов глобализации, возникают проблемы, которые активно обсуждаются в отечественной¹ и зару-

¹ См., например: Марченко М. Н. Государство и право в условиях глобализации. М. : Проспект, 2009 ; Осавелюк А. М. Проблемы национальной безопасности России в условиях глобализации // Гражда-

© Осавелюк А. М., 2018

* Осавелюк Алексей Михайлович, доктор юридических наук, профессор, академик МСА, профессор кафедры конституционного и муниципального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

msal_kpr@mail.ru

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

бежной² юридической литературе. Авторы публикаций по указанной проблеме справедливо высказывают неоднозначную оценку наблюдаемой тенденции.

Подобная реакция не случайна. Поскольку, с одной стороны, сама глобализация приносит не только несомненные выгоды национальным государствам, регионам, мировому сообществу в целом. С другой стороны, несмотря на наличие явно выраженного вектора развития, глобализация имеет внутренние противоречия, которые также не могут не вызывать дискуссию в научных кругах. Поскольку для нее характерна определенная двойственность благодаря «включению» двух внутренне присущих взаимосвязанных встречных процессов: интернационализации внутригосударственного регулирования и конституционализации международных отношений³. В предлагаемой статье мы пытаемся проанализировать указанные два вектора с позиций конституционно права.

КОНСТИТУЦИЯ РОССИИ И ОБЩЕПРИЗНАННЫЕ НОРМЫ И ПРИНЦИПЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

Отмеченная выше двойственность глобализации и свойственные ей внутренние встречные процессы можно в какой-то степени наблюдать и в тексте Конституции Российской Федерации. Поскольку, с одной стороны, Конституция России, отсылая к общепризнанным нормам и принципам международного права (например, преамбула, ч. 4 ст. 15, 17, ч. 3 ст. 46, 63, 69 и др.), включает их в «канву» национального права. Тем самым Конституция провозглашением приоритета международных договоров Российской Федерации над ее законами и закреплением приверженности России к общепризнанным нормам и принципам международного права включает себя и национальную правовую систему в процесс глобализации.

С другой стороны, в Конституции России имеются положения (ст. 4, ч. 1 и 2 ст. 15 и др.), про-

возглашающие государственный суверенитет и верховенство Конституции над любыми другими источниками права. Да и содержание ч. 4 ст. 15 Конституции, если его юридически грамотно прочитать, не означает непременно верховенства общепризнанных норм и принципов международного права над российским законодательством, ни тем более над Конституцией России. Более того, сами принципы международного права (например, суверенного равенства государств, неприменения силы или угрозы силой, невмешательства во внутренние дела государств), закрепленные в ст. 2 Устава ООН, не предполагают верховенства принципов международного права над национальным законодательством (вопреки тенденции глобализации).

Процесс глобализации, каким он складывается последнее время, создает, например, проблему национальной безопасности. Сохранение национальной государственности и государственного суверенитета, верховенства Конституции приобретает в этих условиях особую остроту и актуальность. В этих непростых условиях, как сказано в Стратегии национальной безопасности Российской Федерации, «Россия продемонстрировала способность к обеспечению суверенитета, независимости, государственной и территориальной целостности, защиты прав соотечественников за рубежом. Возросла роль Российской Федерации в решении важнейших международных проблем, урегулировании военных конфликтов, обеспечении стратегической стабильности и верховенства международного права в межгосударственных отношениях»⁴.

Тем не менее глобализация требует не только новых взглядов на понятие национальной безопасности и переосмысления концепции государственного суверенитета, но также определения места конституции как особого источника права, провозглашающего государственный суверенитет и закрепляющего организацию власти в государстве в глобализирующемся мире.

нин. Выборы. Власть. 2014. № 3. С. 31—46 ; Правовой механизм противодействия современным вызовам и угрозам миру, безопасности и устойчивому развитию : монография / под ред. И. А. Умновой. М. : РАП, 2011.

² См.: *Sloane R.* Outrelativising Relativism: A Liberal Defense of the Universality of International Human Rights // *Vanderbilt Journal of Transnational Law.* 2001. № 3. P. 531—532 ; *Trundle R.* Has Global Ethnic Conflict Superseded Cold War Ideology? // *Studies in Conflict and Terrorism.* 1996. № 1. P. 93—105.

³ *Эбзеев Б. С.* Глобализация и становление транснационального конституционализма // *Государство и право.* 2017. № 1. С. 5—15.

⁴ Указ Президента РФ от 31.12.2015 № 683 «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации» // *СЗ РФ.* 2016. № 1 (ч. II). Ст. 212.

Не случайно поэтому, как подчеркнуто в п. 13 Указа Президента РФ от 31.12.2015 № 683 «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации», процесс формирования новой полицентричной модели мироустройства сопровождается ростом глобальной и региональной нестабильности. Обостряются противоречия, связанные с неравномерностью мирового развития, углублением разрыва между уровнями благосостояния стран, борьбой за ресурсы, доступом к рынкам сбыта, контролем над транспортными артериями. Конкуренция между государствами всё в большей степени охватывает ценности и модели общественного развития, человеческий, научный и технологический потенциал. Особое значение в этом процессе приобретает лидерство в освоении ресурсов Мирового океана и Арктики. В борьбе за влияние на международной арене задействован весь спектр политических, финансово-экономических и информационных инструментов. Все активнее используется потенциал специальных служб.

По указанным вопросам появились определенные разногласия в ученом мире и отступление от сложившихся в течение длительного периода времени понятий о содержании и сущности государственного суверенитета и связанного с ним понятия национальной безопасности отдельно взятого государства, самостоятельности его законодательства и верховенства конституции.

Указанные противоречия вызваны не только активизацией односторонних коллективных действий западных государств при участии международных организаций в решении многих внутригосударственных вопросов (Афганистан, Ирак, Ливия, Сирия), но и включением, под влиянием тенденции глобализации, в конституции многих государств положений о приоритете основных принципов и норм международного права по отношению к национальному праву.

Если говорить о правовой составляющей понятия «глобализация», то следует отметить, что в ее основе лежит Устав ООН, цели и принципы которого являются основными целями и принципами системы международного права. В этой связи главный упор в системе всеобщей глоба-

лизации и коллективной безопасности положения Устава ООН делают на предупреждение угрозы миру путем создания и поддержания всесторонней системы мирного сотрудничества. Основные принципы международного права, закрепленные в ст. 2 Устава ООН, нацелены на предупреждение конфликтной ситуации в процессах глобализации посредством поиска компромисса. В том числе между основными принципами международного права и принципами национального права, закрепленными в конституциях государств.

В этой связи вполне допустимо говорить о взаимопроникновении и взаимодополнении норм международного права (в виде основных принципов и положений международных договоров) и национального права (ч. 4 ст. 15 Конституции России), которые расширяют возможности самой Конституции, национального права и конституционного правоприменения для возможного коллективного поиска юридического компромисса в преодолении возникающих противоречий между национальной и международной правовыми системами. При сохранении государственного суверенитета и верховенства Конституции. Поскольку при возникновении любой конфликтной ситуации все государства обязаны не только придерживаться принципов неприменения силы или угрозы ее применения и мирного разрешения международных споров, но также объединить свои усилия для поддержания мира и безопасности⁵.

Система коллективных мероприятий, установленная Уставом ООН, охватывает: основные принципы мирного разрешения международных споров, по запрещению угрозы силой или ее применения и др. (п. 3, 4 ст. 2), меры мирного разрешения международных споров (гл. VI), осуществление широкого сотрудничества в разрешении международных проблем экономического, социального, культурного и гуманитарного характера (п. 3 ст. 1, гл. IV, IX); меры по разоружению (ст. 11, 26, 47), меры по использованию региональных организаций безопасности (гл. VIII) и др.

И только в том случае, когда эти так называемые предупредительные меры не принесут положительных результатов, в соответствии

⁵ См.: *Игнатенко Г. В.* Международное право и внутригосударственное право: проблемы сопряженности и взаимодействия. М. : Норма: Инфра-М, 2012 ; *Каламкарян Р. А., Мигачев Ю. И.* Международное право : учебник для бакалавров. 4-е изд., испр. и доп. М. : Юрайт, 2012. С. 133—139 ; *Международное право : учебник / под ред. А. Н. Вылегжанина.* М. : Юрайт, 2011. С. 102—105.

с положениями Устава ООН принимаются меры принудительного характера: временные меры по пресечению нарушений мира, которые Совет Безопасности найдет необходимыми или желательными (ст. 40); меры, не связанные с применением вооруженных сил по ст. 41 (полный или частичный перерыв экономических отношений, железнодорожных, морских, воздушных, почтовых, телеграфных, радио- и других средств сообщения, разрыв дипломатических отношений); меры, связанные с использованием вооруженных сил для подавления агрессора и восстановления международного мира и безопасности (ст. 42)⁶.

При этом Устав ООН установил, что только Совет Безопасности «определяет существование любой угрозы миру, любого нарушения мира или акта агрессии и делает рекомендации или решает о том, какие меры следует предпринять в соответствии со ст. 41 или 42 для поддержания или восстановления международного мира и безопасности» (ст. 39). Государства всего мира обязаны подчиняться решениям Совета Безопасности (ст. 25, п. 6 ст. 2).

Таким образом, Совет Безопасности ООН является единственным органом ООН, который наделен Уставом этой универсальной международной организации полномочиями принимать обязательные решения по ряду вопросов, входящих в его компетенцию по обеспечению мира и международной безопасности. Согласно ст. 25 Устава ООН «члены Организации соглашаются, в соответствии с настоящим Уставом, подчиняться решениям Совета Безопасности и выполнять их».

Как показывает практика ООН, Совет Безопасности ООН может использовать свои полномочия согласно гл. VII Устава ООН для прекращения массовых нарушений прав человека и других глобальных проблем в отдельных странах, которые могут привести к нарушению международной стабильности. Устав ООН позволяет Совету Безопасности предпринимать активные действия в этой области, поскольку понятие «угроза миру», используемое в ст. 39 Устава ООН, нигде не определено. Вместе с тем подобное положение, как показывает та же практика ООН, может привести и к очень расширительному толкованию Советом Безопас-

ности ООН нарушений прав человека и степени их опасности для международного мира и стабильности⁷.

В этом случае, как представляется, постоянные члены Совета Безопасности (в том числе и Российская Федерация), *наделенные правом вето* и, следовательно, возможностью заблокировать принятие решений, направленных на применение силы, обязаны вести себя крайне осторожно и ответственно, не позволяя под «прикрытием» ООН творить произвольное насилие, особенно с привлечением вооруженных сил, которые Уставом ООН вообще не предусмотрены (НАТО).

В целом же практика ООН показывает, что в экстремальных ситуациях, связанных с массовыми нарушениями прав человека, один из главных органов ООН — Совет Безопасности — имеет весьма широкие полномочия для применения мер экономического и военного характера против государств, нарушающих свои обязательства в соответствии с Уставом ООН в отношении «уважения и соблюдения прав человека и основных свобод». Впрочем, согласно ст. 27 Устава ООН (для того чтобы исключить или хотя бы свести к минимуму возможность ошибки, «односторонность», предвзятость, поспешность и т.п.), при решении подобных вопросов резолюции Советом Безопасности принимаются квалифицированным большинством в 9 членов из 15, при условии, что ни один из постоянных членов Совета Безопасности (Россия является постоянным членом) не проголосует против такой резолюции (право вето).

В отличие от универсальной системы, региональные системы коллективной безопасности представлены организациями на отдельных континентах и в регионах. Устав ООН разрешает функционирование таких организаций «при условии, что... их деятельность совместима с целями и принципами ООН». В таких организациях принимают участие все государства региона, независимо от их социального строя, уровня экономического развития, численности населения.

Для сохранения универсальности и преемственности в обеспечении международной безопасности цели региональной системы — те же, существуют лишь некоторые ограничения:

⁶ См.: Международное право : сборник документов / сост.: Н. Т. Блатова, Г. М. Мелков. М. : РИОР, 2009. С. 186—192.

⁷ Подробнее см., например: Милошевич Б. С. Балканский излом : Избранные интервью, статьи, выступления, лекции. 1999—2012. М. : Магистр, 2012. С. 131—133, 139—144, 158—164.

деятельность организации должна затрагивать интересы только государств региона и решать вопросы на территории своего региона. К ее компетенции относится урегулирование внутрирегиональных споров (п. 2 ст. 52 Устава ООН). Примерами таких региональных организаций коллективной безопасности являются Организация Североатлантического договора (НАТО), бывший Варшавский договор, Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ), СНГ, Евразийский экономический союз и др.

Характеризуя универсальную и региональные системы безопасности в процессе глобализации, мы исходим из того, что многие проблемы, касающиеся внутривнутриполитической деятельности государств, прав и свобод человека, самоопределения народов, территориальной целостности государств, невозможно решать одними только международными средствами. Они находятся на стыке международного права и национального права государств (прежде всего — конституционного права) и требуют системного подхода, который основан на сочетании реализации двух указанных правовых систем.

ВЕРХОВЕНСТВО КОНСТИТУЦИИ РОССИИ И ПРОЦЕССЫ ГЛОБАЛИЗАЦИИ

Как уже отмечалось, в ч. 4 ст. 15 Конституции России установлено, что «общеизвестные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора».

Относительно действия на территории Российской Федерации общеизвестных принципов и норм международного права и международных договоров у многих видных отечествен-

ных ученых-конституционалистов сложилось вполне определенное и относительно однозначное мнение: такие нормы (т.е. признанные большинством государств) не порождают обязанности каждого государства соблюдать их, если они не нашли закрепления в национальном праве, в акте ратификации, присоединения и других формах⁸.

Касательно же действия на территории Российской Федерации международных договоров следует оговориться, что в Конституции России (помимо ч. 4 ст. 15) имеются другие положения, которые существенно «смягчают» возможность влияния норм международного права и международных договоров России на ее законодательство. Прежде всего ч. 1 той же ст. 15 Конституции устанавливает, что «Конституция Российской Федерации имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории Российской Федерации. Законы и иные правовые акты, принимаемые в Российской Федерации, не должны противоречить Конституции Российской Федерации», а ст. 4 провозглашает, что «суверенитет Российской Федерации распространяется на всю ее территорию. Конституция Российской Федерации и федеральные законы имеют верховенство на всей территории Российской Федерации».

Кроме того, если «органы государственной власти, органы местного самоуправления, должностные лица, граждане и их объединения обязаны соблюдать Конституцию Российской Федерации и законы» (ч. 2 ст. 15 Конституции России), а не международные договоры, то общеизвестные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации не имеют прямого действия на ее территории⁹. Для введения их в действие на территории Российской Федерации необходимо соответствующее выражение государственной воли высших органов госу-

⁸ См., например: *Авакьян С. А.* Конституционное право Российской Федерации : учебный курс : в 2 т. 5-е изд., перераб. и доп. М. : Норма — Инфра-М, 2014. Т. 1. С. 86—87 ; *Баглай М. В.* Конституционное право Российской Федерации : учебник. 10-е изд., изм. и доп. М. : Норма — Инфра-М, 2013. С. 36 ; Конституционное право России : учебник / под ред. Б. С. Эбзеева, А. С. Прудникова. 5-е изд. перераб. и доп. М. : Юнити-Дана, 2012. С. 43—44 ; *Осавелюк А. М.* Проблемы национальной безопасности России в условиях глобализации. С. 31—33.

⁹ Здесь мы обозначили только один аспект содержания положений ч. 4 ст. 15 Конституции России. На самом деле ее содержание гораздо богаче. См., например: *Эбзеев Б. С.* Человек, народ, государство в конституционном строе Российской Федерации : монография. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Проспект, 2013. С. 60—64 ; *Васильева С. В., Виноградов В. А., Мазаев В. Д.* Конституционное право России : учебник. М. : Эксмо, 2010. С. 41—42.

дарственной власти. Порядок и формы ее выражения установлены ст. 20, 21 Федерального закона от 15 июля 1995 г. № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации»¹⁰ (с последующими изменениями и дополнениями).

Сказанное означает, что проблема верховенства Конституции России вполне может обеспечиваться национальным законодательством и деятельностью основанных на нем органов государственной власти. Ее основу составляет Конституция России, положения которой развиваются федеральными конституционными и федеральными законами, в необходимых случаях, с учетом потребности единообразного регулирования тех или иных вопросов, вызванных процессами глобализации — международными договорами Российской Федерации. Реализуют положения указанных национальных источников права соответствующие органы государственной власти.

Таким образом, Конституция России только в общих чертах очерчивает механизм взаимодействия и согласования двух относительно самостоятельных систем права: внутригосударственного и международного, устанавливая, что «такое согласование и взаимодействие (и это очень важно! — А. О.) осуществляется в структуре национального правопорядка, в конституционных и отраслевых правоотношениях, а также в правоприменении, следовательно, функционально возложено не только на законодательную и исполнительную власть, но и на правосудие»¹¹. В частности, решения Конституционного Суда РФ содержат более 150 ссылок на указанные нормы международного права.

Но данная деятельность будет иметь большую эффективность при взаимодействии с международными институтами. Поскольку, например, Президент РФ, назначенные им чрезвычайные и полномочные послы, председатель Правительства РФ, министр иностранных дел имеют право вести международные переговоры, в ходе которых доводить до сведения партнеров по переговорам позицию Российской Федерации, отстаивать ее, заключать от

имени Российской Федерации международные договоры. Кроме того, заключенные международные договоры Российской Федерации будут уже выражать коллективную волю нескольких заинтересованных государств, включая и Россию.

В связи с этим большинство серьезных ученых и экспертов аргументированно настаивают на всемерном развитии национальной государственности¹². При этом некоторые из них не только справедливо указывают на необходимость сохранения обеспечения национальной безопасности отдельного государства, но и настаивают на всемерном ее развитии в условиях глобализации, исходя из того, что «понятие “безопасность”, понимаемое традиционно, то есть с точки зрения политических и военных угроз национальному суверенитету, должно быть расширено таким образом, чтобы оно включало растущее воздействие государства на все сферы жизнедеятельности социума — политической, правовой, социальной, экономической, духовной... В условиях глобализации не существует чисто военных решений проблемы обеспечения безопасности и целостности государств...»¹³.

Чтобы более точно определить суть проблемы верховенства Конституции России в новых условиях международного правопорядка, вполне справедливо рассматривать ее на стыке взаимодействия двух систем: национальной (внутригосударственной) и международной (коллективной). Тем более что правовая база — основные принципы международного права (суверенного равенства государств, невмешательства во внутренние дела других государств, нерушимости государственных границ, территориальной целостности государств и др.) — способствует сохранению национальной государственности и гарантирует ее уникальность.

По этому вопросу, помимо указанной выше позиции большинства ученых, можно привести еще одну. Она сводится к тому, что в ч. 1 ст. 15 Конституции России составители предусмотрели верховенство Конституции только в отноше-

¹⁰ СЗ РФ. 1995. № 29. Ст. 2757.

¹¹ *Эбзеев Б. С.* Введение в Конституцию России : монография. М. : Норма — Инфра-М, 2013. С. 118.

¹² См., например: *Бабурин С. Н.* Возвращение русского консерватизма. М. : Ин-т русской цивилизации, 2012 ; *Марченко М. Н.* Указ. соч. С. 28, 34—45, 61—100 ; *Глобализация мирового хозяйства и эволюция экономической роли государства / под ред. М. В. Кулакова. М., 2001 ; Эбзеев Б. С., Айбазов Р. У., Краснорядцев С. Л.* Глобализация и государственное устройство России. М. : Формула права, 2006.

¹³ *Эбзеев Б. С., Айбазов Р. У., Краснорядцев С. Л.* Указ. соч. С. 8.

нии внутригосударственных нормативных правовых актов. Если бы верховенство Конституции в рамках содержания ее ч. 1 ст. 15 имело место и в отношении международных договоров, то Конституционный Суд РФ «обладал бы полномочием проверять соответствие действующих международных договоров Конституции РФ, однако такого права составители Конституции не предоставили Конституционному Суду, а предоставили ему право проверки конституционности только заключенных международных договоров»¹⁴.

Действительно, в соответствии с п. «г» ч. 2 ст. 125 Конституции Конституционный Суд РФ разрешает дела о соответствии Конституции России не вступивших в силу международных договоров Российской Федерации. Вполне логично, что после разрешения подобных дел нет надобности возвращаться к рассмотрению конституционности действующих международных договоров, и дело не в том, что Конституция якобы не обладает верховенством по отношению к ним.

Верховенство Конституции России в отношении действующих международных договоров имеет место еще и потому, что они имплементируются в российскую правовую систему посредством принятия нормативного правового акта компетентным органом государственной власти. Например, принятием федерального закона о ратификации. Таким образом, международный договор Российской Федерации подпадает и под действие ч. 1 ст. 15 и ч. 2 ст. 15 Конституции России.

Одним из ключевых правовых решений в процессе возможного поиска компромисса и «соединения» международного права, лежащего в основе как всеобщей, так и региональной глобализации, с российским правом, основанным на верховенстве Конституции России, является, на наш взгляд, постановление Конституционного Суда РФ от 14 июля 2015 г. № 21-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 1 Федерального закона “О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней”, пунктов 1 и 2 статьи 32 Федерального закона

“О международных договорах Российской Федерации”, частей первой и четвертой статьи 11, пункта 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 13, пункта 4 части 3 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 15, пункта 4 части 1 статьи 350 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации и пункта 2 части четвертой статьи 413 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы»¹⁵.

Тем более что подобное постановление национального органа конституционной юстиции по аналогичным вопросам является не единственным и не первым. Как отмечается в п. 4 констатирующей части указанного постановления Конституционного Суда РФ, наиболее показательной в этом плане является практика Федерального конституционного суда Федеративной Республики Германия, а также Конституционного суда Итальянской Республики, Конституционного суда Австрийской Республики, Верховного суда Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии.

Защита конституционного строя, закрепление прав и свобод человека и гражданина¹⁶ является неотъемлемой частью деятельности государства, именно поэтому они находятся в исключительном ведении Российской Федерации (ст. 71 Конституции РФ).

Вместе с тем, несмотря на определенные положительные изменения в этом вопросе, необходимо подчеркнуть, что реализация закрепленных Конституцией России положений больше похожа на ведомственные мероприятия. На общегосударственном уровне Российской Федерации слабо просматриваются координационные начала, способствующие проведению единой государственной политики в указанной сфере. По нашему мнению, назрела насущная необходимость не только в переходе от ведомственных мероприятий к масштабным общегосударственным программам, но и в широком сотрудничестве в этом вопросе с другими государствами и ратификации соот-

¹⁴ Хлопов И. Е. Критический анализ постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 14 июля 2015 года № 21-П // Правоведение. 2016. № 2. С. 173.

¹⁵ СЗ РФ. 2015. № 30. Ст. 4658.

¹⁶ См.: Осавелюк А. М. Конституция России и международные стандарты в области прав человека // Интернационализация конституционного права: современные тенденции : монография / под ред. Н. В. Варламовой и Т. А. Васильевой. М. : ИГП РАН, 2017. С. 90—96.

ветствующих международных договоров, основанных на положениях Конституции России.

Таким образом, проведенный анализ показывает, что в соответствии с Конституцией России и федеральным законодательством органы государственной власти в целом в состоянии осуществлять крупномасштабные мероприятия, направленные на обеспечение национального суверенитета и верховенства Конституции России в глобализационных процессах.

При этом крайне важно обеспечить взвешенный системный подход к решению указанных вопросов. По тем из них, по которым в сфере обеспечения национальных интересов и безопасности у Российской Федерации накоплен богатый собственный опыт (борьба с международным терроризмом, с распространением наркотических средств и др.), необходимо более настойчиво предлагать его для применения в рамках глобализации, особенно региональной.

По тем же вопросам, по которым у других государств, в том числе и в рамках международного права, есть значительные успехи (например, борьба с коррупцией), — включать

этот опыт в национальное законодательство Российской Федерации посредством ратификации международных договоров (используя накопленный опыт и установленный нормами международного права механизм сохранения и защиты национальных интересов нашего государства, верховенства российской Конституции, сохранения основ российского законодательства), расширения сотрудничества с соответствующими государственными структурами других государств.

ВЫВОД

Таким образом, можно констатировать, что, поскольку основные принципы международного права, с одной стороны, и верховенство Конституции России, с другой стороны, препятствуют прямому вмешательству обеих правовых систем в дела друг друга, то это, как представляется, служит гарантией сохранения государственного суверенитета и поиска компромисса в решении коллизионных вопросов, затрагивающих интересы нескольких или многих государств в этой сфере.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Авакьян С. А. Конституционное право Российской Федерации : учебный курс : в 2 т. — 5-е изд., перераб. и доп. — М. : Норма — Инфра-М, 2014. — Т. 1.
2. Баглай М. В. Конституционное право Российской Федерации : учебник. — 10-е изд., изм. и доп. — М. : Норма — Инфра-М, 2013.
3. Глобализация мирового хозяйства и эволюция экономической роли государства / под ред. М. В. Кулакова. — М., 2001.
4. Игнатенко Г. В. Международное право и внутригосударственное право: проблемы сопряженности и взаимодействия. — М. : Норма: Инфра-М, 2012.
5. Конституционное право России : учебник / под ред. Б. С. Эбзеева, А. С. Прудникова. — 5-е изд., перераб. и доп. — М. : Юнити-Дана, 2012.
6. Марченко М. Н. Государство и право в условиях глобализации. — М. : Проспект, 2009.
7. Осавелюк А. М. Проблемы национальной безопасности России в условиях глобализации // Гражданин. Выборы. Власть. — 2014. — № 3. — С. 31—46.
8. Осавелюк А. М. Конституция России и международные стандарты в области прав человека // Интернационализация конституционного права: современные тенденции : монография / под ред. Н. В. Варламовой и Т. А. Васильевой. — М. : ИГП РАН, 2017. — С. 90—96.
9. Хлопов И. Е. Критический анализ постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 14 июля 2015 года № 21-П // Правоведение. — 2016. — № 2.
10. Эбзеев Б. С. Глобализация и становление транснационального конституционализма // Государство и право. — 2017. — № 1. — С. 5—15.
11. Эбзеев Б. С. Человек, народ, государство в конституционном строе Российской Федерации : монография. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Проспект, 2013.
12. Эбзеев Б. С. Введение в Конституцию России : монография. — М. : Норма — Инфра-М, 2013.
13. Эбзеев Б. С., Айбазов Р. У., Красноярцев С. Л. Глобализация и государственное устройство России. — М. : Формула права, 2006.

Материал поступил в редакцию 16 июля 2018 г.

THE CONSTITUTION OF RUSSIA IN THE CONTEXT OF GLOBALIZATION

OSAVELUK Aleksei Mikhailovich, Doctor of Law, Professor, ISA Academician, Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

msal_kpr@mail.ru

125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The paper, on the basis of analysis of provisions of the Constitution of the Russian Federation and the Russian legislation, international instruments and domestic and foreign published scientific papers on the subject in question, shows that, despite the objective character of globalization that covers all States, numerous issues exist that cause scientific debate and provoke arguments between States.*

There are many reasons for the adverse response to globalization. For example, globalization not only brings obvious benefits to national States and the world community as a whole, but also creates real challenges with regard to the supremacy of the Constitution and threats to national security. In addition, globalization itself contains internal contradictions, since it is characterized by a certain duality expressed in the existence of internal interrelated counter processes: internationalization of the domestic regulation and constitutionalization of international relations.

The author has analyzed the interaction between the provisions of the Russian Constitution and the generally recognized norms and principles of international law, as well as mechanisms of ensuring the supremacy of the Russian Constitution in a globalizing world. Particular attention is paid to the decision of the Constitutional Court of the Russian Federation of 14 July 2015 No. 21-P. It is argued that a systematic approach to the processes of globalization should be based on the interaction of fundamental rules of international law and the provisions of the Constitution of the Russian Federation. To sum up, the author draws a conclusion that the basic principles of international law and the supremacy of the Constitution of the Russian Federation prevent the direct interference of both legal systems in the affairs of each other. This seems to guarantee the preservation of state sovereignty of Russia and the search for a compromise in resolving conflict issues affecting the interests of several or many States in the processes of globalization.

Keywords: *Constitution, globalization, international law, principles of law, universally recognized norms, national security, supremacy of the Constitution, UN Charter, collective security.*

REFERENCES

1. Avakyan S. A. Konstitutsionnoe pravo Rossiyskoy Federatsii : uchebnik [Constitutional Law of the Russian Federation : A Study Course : in 2 vol.] 5th ed., rev. and suppl.. Moscow, Norma-Infra-M publ., 2014. Vol. 1. (In Russian)
2. Konstitutsionnoe pravo Rossiyskoy Federatsii : uchebnik [Constitutional Law of the Russian Federation : A Textbook. 10th ed., rev. and suppl.. Moscow, Norma-Infra-M publ., 2013. (In Russian)
3. Globalizatsiya mirovogo khozyaystva i evolyutsiya ekonomicheskoy roli gosudarstva [Globalization of the world economy and the evolution of the economic role of the State]. Ed. by V. M. Kulakov. Moscow, 2001. (In Russian)
4. Ignatenko G. V. Mezhdunarodnoe pravo I vnutrigosudarstvennoe pravo: problemy sopryazhennosti i vzaimodeystviya [International and national law: The problem of contingency and interaction]. Moscow, Norma: Infra-M publ., 2012. (In Russian)
5. konstitutsionnoe pravo Rossii : uchebnik [Constitutional law of Russia : A textbook]. B. S. Ebzeeva, A. S. Prudnikov (eds). 5th ed., rev. and suppl., Moscow, Yuniti-Dana publ., 2012. (In Russian)
6. Marchenko M. N. gosudarstvo i pravo v usloviyakh globalizatsii [The State and law in the context of globalization]. Moscow, Prospect publ., 2009. (In Russian)
7. Osaveluk A. M. PProblemy natsionalnoy bezopasnosti Rossii v usloviyakh globalizatsii [Problems of national security of Russia in conditions of globalization]. *Grazhdanin. Vybory. Vlast. [Citizen. Elections. Power]*. 2014. No. 3. P. 31—46. (In Russian)

8. Osaveluk A. M. Konstitutsiya Rossii i mezhdunarodnye standarty v oblasti prav cheloveka [The Russian Constitution and international standards in the field of human rights]. *Internatsionalizatsiya konstitutsionnogo prava: sovremennye tendentsii* : monografiya [Internationalization of constitutional law: modern trends : monograph. N. V. Varlamova, T. A. Vasilyeva (eds). Moscow, The ISL of the RAS Publishing House, 2017. P. 90—96. (In Russian)
9. Khlopov I. E. Kriticheskiy analiz postanovleniya Konstitutsionnogo Suda Rossiyskoy Federatsii ot 14 iyulya 2015 goda № 21-P [Critical analysis of the Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation of July 14, 2015 № 21-P. *Pravovedenie*. 2016. No. 2. (In Russian)
10. Ebzeev B. S. Globalizatsiya i stanovlenie transnatsionalnogo konstitutsionalizma [Globalization and the emergence of transnational constitutionalism]. *Gosudarstvo i pravo*. 2017. No. 1. P. 5—15. (In Russian)
11. Ebzeev B. S. Chelovek, narod, gosudarstvo v konstitutsionnom stroe Rossiyskoy Federatsii : monografiya [The man, the State in the constitutional system of the Russian Federation : A Monograph]. 2nd ed., rev. and suppl. Moscow, Prospect publ., 2013. (In Russian)
12. Ebzeev B. S. Mvedenie v konstitutsiyu Kossii : monografiya [Introduction to the Constitution of Russia : A Monograph. Moscow, Norma-Infra-M publ, 2013. (In Russian)
13. Ebzeev B. S., Aibasov, R. U., Krasnoryadtsev S.L. Globalizatsiya i gosudarstvennoe ustroystvo Rossii [Globalization and the state structure of Russia]. Moscow, Formula prava, 2006. (In Russian)

ГОСУДАРСТВЕННАЯ ПОЛИТИКА В СФЕРЕ ОБЕСПЕЧЕНИЯ РАЦИОНАЛЬНОГО ПРИРОДОПОЛЬЗОВАНИЯ¹

Аннотация. Проведена систематизация направлений государственной политики в сфере обеспечения рационального природопользования по следующим основаниям: 1) по наличию элементов охраны окружающей среды или элементов экологической безопасности; 2) по действиям, отражающим содержание «рациональности»; 3) по возобновимости природных ресурсов; 4) по природному объекту; 5) по компонентам природной среды. Выделенные основания классификации позволили выявить области пересечения в идеях, взглядах на рациональное природопользование, изложенные в многочисленных российских политико-правовых документах экологической направленности, и внутренние противоречия.

На политическом уровне рациональное природопользование признано основой долгосрочной экономической устойчивости. Однако его содержание проработано слабо. Отсутствует терминологическое единство в отношении максимально эффективного пользования природной средой. Равнозначно употребляются неодинаковые по сущности термины «рациональное природопользование», «устойчивое природопользование», «неистощительное природопользование», «экологически безопасное природопользование». Происходит необоснованное смешение вопросов рационального природопользования, охраны окружающей среды и обеспечения экологической безопасности. Рациональное природопользование не наделяется конкретными правовыми характеристиками. Оно неверно описывается как экологически безопасное или устойчивое природопользование.

По причине неполноты и противоречивости государственной политики в сфере рационального природопользования практически отсутствует правоприменительная практика, отражающая реализацию соответствующих политических направлений. Судебное истолкование касается только лишь некоторых сторон рационального природопользования или рационального использования отдельных природных ресурсов.

Ключевые слова: государственная экологическая политика, рациональное природопользование, устойчивое природопользование, неистощительное природопользование, экологическая безопасность, рациональное использование природных ресурсов, возобновимые природные ресурсы, невозобновимые природные ресурсы.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.145.12.067-082

¹ Работа выполнена при финансовой поддержке Казанского (Приволжского) федерального университета.

© Лунева Е. В., 2018

* Лунева Елена Викторовна, кандидат юридических наук, доцент кафедры экологического, трудового права и гражданского процесса Казанского (Приволжского) федерального университета
vilisa_vilisa@mail.ru
420008, Россия, г. Казань, ул. Кремлевская, д. 18

ВВЕДЕНИЕ

Государственная политика представляет собой систему ценностей, идей, взглядов, отражающих направление государственной деятельности на получение заведомо заданного результата в любой сфере общественных отношений. Целеполагание, планирование и подведение итогов в решении поставленных проблем определяют значимость государственной политики для страны в целом. Доказано, что от степени эффективности государственной экологической политики зависит качество норм экологического права и правоприменительной практики². Безусловно, указанные обстоятельства распространяются и на область правового обеспечения рационального природопользования. Следовательно, исследование государственной политики в заявленной сфере является востребованным и своевременным, поскольку позволяет увидеть перспективы, определить тенденции развития государственного воздействия, управления и оценить создаваемые на их основе модели поведения по наиболее оптимальному пользованию природой.

I. СООТНОШЕНИЕ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ЭКОЛОГИЧЕСКОЙ ПОЛИТИКИ И ГОСУДАРСТВЕННОЙ ПОЛИТИКИ В СФЕРЕ ОБЕСПЕЧЕНИЯ РАЦИОНАЛЬНОГО ПРИРОДОПОЛЬЗОВАНИЯ

Государственная политика в сфере рационального природопользования составляет часть экологической политики. Подтверждение выдвинутому суждению находим в эколого-правовой

науке. Так, по словам Л. Г. Клюкановой, «экологическая политика — политика, направленная на охрану и оздоровление окружающей среды, обеспечение *рационального природопользования*, обеспечение экологической безопасности и соблюдения экологических прав человека»³, к развитию которой требуется применять комплексный подход⁴. С. А. Боголюбов показывает, что особенности экологической политики конкретной страны влияют на организацию *рационального потребления природных ресурсов*⁵. В аналогичном правовом духе В. М. Жуйков признает, что государственная экологическая политика охватывает проблематику *рационального природопользования*⁶. При анализе экологического лицензирования как инструмента реализации экологической политики Г. А. Волков одновременно исследует его как средство регулирования *рационального природопользования*⁷. Т. В. Петрова рациональное использование природных ресурсов рассматривает как одно из стратегических приоритетов государственной экологической политики⁸. В системе принципов государственной политики в области экологии, которую предлагает А. Л. Бажайкин, задействована и область рационального природопользования (следует из принципа участия гражданского общества, органов самоуправления и деловых кругов в подготовке, обсуждении, принятии и реализации решений в области охраны окружающей среды и *рационального природопользования*⁹). Безусловно, приведенные рассуждения, утверждения и выводы юристов-экологов позиционируют государственную политику по обеспечению рационального природопользования в каче-

² См.: Хлуденева Н. И., Цуранова А. И. Государственная экологическая политика и право // Журнал российского права. 2011. № 11. С. 128—135.

³ Клюканова Л. Г. Особенности формирования государственной экологической политики Российской Федерации // Правовые вопросы строительства. 2013. № 2. С. 9—12.

⁴ См.: Клюканова Л. Г. Комплексный подход к развитию экологической политики Российской Федерации // Экологическое право. 2016. № 3. С. 15—19.

⁵ См.: Боголюбов С. А. Соотношение экологических политик России и других государств // Экологическое право. 2016. № 4. С. 23—32.

⁶ См.: Жуйков В. М. Правовое обеспечение единой государственной экологической политики // Журнал российского права. 2012. № 6. С. 141—143.

⁷ См.: Волков Г. А. Экологическое лицензирование как инструмент реализации экологической политики // Экологическое право. 2016. № 4. С. 5—10.

⁸ См.: Петрова Т. В. Рациональное использование природных ресурсов: понятие, принцип, полномочие, направление государственной экологической политики // Экологическое право. 2016. № 3. С. 29—34.

⁹ См.: Бажайкин А. Л. Принципы охраны окружающей среды — как основополагающие идеи (руководящие положения) экологического права и законодательства, государственной экологической политики // Экологическое право. 2012. № 1. С. 15—19.

стве элемента экологической политики. Однако в их научных позициях не закладываются отличия государственной политики в сфере рационального природопользования от других частей экологической политики. Основываясь на соотношении части и целого, определять руководящие идеи, цели и задачи в отношении обеспечения рационального природопользования следует с учетом ключевых направлений экологической политики.

Содержание российской экологической политики является трудноопределимым, поскольку, по верному замечанию С. Н. Русина, раскидано по множеству правовых актов¹⁰. Не выработано единого представления о сущностном «наполнении» экологической политики, не решен вопрос о ее формально-юридическом закреплении, порядке формирования и реализации¹¹. Разумеется, неопределенность и размытость экологической политики негативно сказывается и на области рационального природопользования. Следовательно, требуется систематизация базовых положений государственной политики в сфере обеспечения рационального природопользования по различным основаниям.

II. СИСТЕМАТИЗАЦИЯ ПРАВОВОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ РАЦИОНАЛЬНОГО ПРИРОДОПОЛЬЗОВАНИЯ В ПОЛИТИКО-ПРАВОВЫХ ДОКУМЕНТАХ ЭКОЛОГИЧЕСКОЙ НАПРАВЛЕННОСТИ

К основным руководящим документам государственной политики России, затрагивающим сферу обеспечения рационального природопользования, относятся (указаны по дате принятия): Государственная стратегия РФ по охране окружающей среды и обеспечению устойчивого развития (утратила силу)¹²; Экологическая доктрина РФ (одобрена распоряжением Правительства РФ от 31.08.2002 № 1225-р)¹³; Концепция развития лесного хозяйства РФ на 2003—2010 годы¹⁴; Основы государственной политики в области использования минерального сырья и недропользования¹⁵; Стратегия развития лесного комплекса РФ до 2020 года¹⁶; Концепция долгосрочного социально-экономического развития РФ на период до 2020 года¹⁷; Основные направления государственной политики в сфере повышения энергетической эффективности электроэнергетики на основе использования возобновляемых источников энергии на период до 2024 года¹⁸; Стратегия развития рыбохозяйственного комплекса РФ на период до 2020¹⁹; Водная стратегия РФ на

¹⁰ См.: Русин С. Н. Экологическая политика и право. Проблемы формирования и реализации // Экологическое право. 2016. № 3. С. 9—15.

¹¹ См.: Русин С. Н. Указ. соч.

¹² Указ Президента РФ от 04.02.1994 № 236 «О государственной стратегии Российской Федерации по охране окружающей среды и обеспечению устойчивого развития» // Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1994. № 6. Ст. 436.

¹³ СЗ РФ. 2002. № 36. Ст. 3510.

¹⁴ Распоряжение Правительства РФ от 18.01.2003 № 69-р (ред. от 28.09.2007) «О Концепции развития лесного хозяйства Российской Федерации на 2003—2010» // СЗ РФ. 2003. № 4. Ст. 364.

¹⁵ Распоряжение Правительства РФ от 21.04.2003 № 494-р «Об утверждении Основ государственной политики в области использования минерального сырья и недропользования» // СЗ РФ. 2003. № 17. Ст. 1637.

¹⁶ Приказ Минпромторга РФ № 248, Минсельхоза РФ № 482 от 31.10.2008 «Об утверждении Стратегии развития лесного комплекса Российской Федерации на период до 2020 года» // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

¹⁷ Распоряжение Правительства РФ от 17.11.2008 № 1662-р (ред. от 10.02.2017) «О Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года» // СЗ РФ. 2008. № 47. Ст. 5489.

¹⁸ Распоряжение Правительства РФ от 08.01.2009 № 1-р (ред. от 28.02.2017) «Об основных направлениях государственной политики в сфере повышения энергетической эффективности электроэнергетики на основе использования возобновляемых источников энергии на период до 2024 года» // СЗ РФ. 2009. № 4. Ст. 515.

¹⁹ Приказ Росрыболовства от 30.03.2009 № 246 «Об утверждении Стратегии развития рыбохозяйственного комплекса Российской Федерации на период до 2020 года» // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

период до 2020 года²⁰; Климатическая доктрина РФ²¹; Концепция развития системы особо охраняемых природных территорий федерального значения на период до 2020 года²²; Основы государственной политики использования земельного фонда РФ на 2012—2020 годы²³; Основы государственной политики в области экологического развития РФ на период до 2030 года²⁴; Прогноз долгосрочного социально-экономического развития РФ на период до 2030 года (разработан Минэкономразвития России)²⁵; Комплексная стратегия обращения с твердыми коммунальными (бытовыми) отходами в РФ²⁶ и план ее реализации; Основы государственной политики в области использования, охраны, защиты и воспроизводства лесов в РФ на период до 2030 года²⁷; Государственная программа РФ «Охрана окружающей среды» на 2012—2020 годы²⁸; Стратегия национальной безопасности РФ²⁹; Стратегия экологической безопасности РФ на период до 2025 года³⁰. Степень политического охвата сферы рационального природопользования в указанных документах различная.

Существенный объем документов, отражающих направление государственной экологической политики, подтверждает целесообразность упорядочивания базовых идей, ценностей и взглядов по обеспечению рационального природопользования. Предлагаем несколько оснований классификации направлений государственной политики в сфере обеспечения рационального природопользования: (1) по наличию элементов охраны окружающей среды или элементов экологической безопасности; (2) по действиям, отражающим содержание «рациональности»; (3) по возобновимости природных ресурсов; (4) по природному объекту; (5) по компонентам природной среды. Выделенные основания классификации направлений государственной политики в сфере обеспечения рационального природопользования позволяют увидеть области пересечения в идеях, взглядах о наиболее эффективном взаимодействии общества и природы и выявить внутренние противоречия, а также несовершенство имеющихся документов.

²⁰ Распоряжение Правительства РФ от 27.08.2009 № 1235-р (ред. от 17.04.2012) «Об утверждении Водной стратегии Российской Федерации на период до 2020 года» // СЗ РФ. 2009. № 36. Ст. 4362.

²¹ Распоряжение Президента РФ от 17.12.2009 № 861-рп «О Климатической доктрине Российской Федерации» // СЗ РФ. 2009. № 51. Ст. 6305.

²² Распоряжение Правительства РФ от 22.12.2011 № 2322-р «Об утверждении Концепции развития системы особо охраняемых природных территорий федерального значения на период до 2020 года» // СЗ РФ. 2012. № 3. Ст. 452.

²³ Распоряжение Правительства РФ от 03.03.2012 № 297-р (ред. от 28.08.2014) «Об утверждении Основ государственной политики использования земельного фонда Российской Федерации на 2012—2020 годы» // СЗ РФ. 2012. № 12. Ст. 1425.

²⁴ Основы государственной политики в области экологического развития РФ на период до 2030 года, утв. Президентом РФ 30.04.2012 // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

²⁵ Документ официально опубликован не был. Текст размещен на сайте <http://www.economy.gov.ru> 30.04.2013.

²⁶ Приказ Минприроды России от 14.08.2013 № 298 «Об утверждении комплексной стратегии обращения с твердыми коммунальными (бытовыми) отходами в Российской Федерации» // Нормирование в строительстве и ЖКХ. 2013. № 4.

²⁷ Распоряжение Правительства РФ от 26.09.2013 № 1724-р «Об утверждении Основ государственной политики в области использования, охраны, защиты и воспроизводства лесов в Российской Федерации на период до 2030 года» // СЗ РФ. 2013. № 40 (ч. III). Ст. 5096.

²⁸ Постановление Правительства РФ от 15.04.2014 № 326 (ред. от 06.07.2017) «Об утверждении государственной программы Российской Федерации «Охрана окружающей среды» на 2012—2020 годы» // СЗ РФ. 2014. № 18 (ч. III). Ст. 2171.

²⁹ Указ Президента РФ от 31.12.2015 № 683 «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации» // СЗ РФ. 2016. № 1 (ч. II). Ст. 212.

³⁰ Указ Президента РФ от 19.04.2017 № 176 «О Стратегии экологической безопасности Российской Федерации на период до 2025 года» // СЗ РФ. 2017. № 17. Ст. 2546.

1. Направления государственной политики в сфере обеспечения рационального природопользования с элементами охраны окружающей среды или с элементами экологической безопасности

(1) С элементами по охране окружающей среды. **Основы государственной политики использования земельного фонда РФ на 2012—2020 годы** под рациональным использованием земельных участков подразумевают такое их использование, при котором осуществляется учет общественных и отраслевых потребностей, требования устойчивого развития территорий и соблюдение гарантий прав участников земельных отношений. Многие предлагаемые названным документом меры одновременно направлены как на *рациональное использование*, так и на *охрану земель*. Понятие и содержание рационального использования земельных участков здесь сформулировано размыто. Приведенное обстоятельство наложило отпечаток и на земельно-правовую науку, в которой также не проводятся разграничение правовых мер по охране и правовых мер рационального использования почвенного плодородия сельхозугодий. Так, К. Х. Ибрагимов под целью земельно-правовой политики признает достижение высокой эффективности научно-технического обеспечения как *охраны*, так и *рационального использования* земель сельскохозяйственного назначения³¹.

Основы государственной политики в области экологического развития на период до 2030 года в настоящее время являются базовым политико-правовым документом по совершенствованию взаимодействия человека и природы в России. Однако вопрос рационального природопользования там проработан довольно слабо. Указанный термин в документе употреблен всего один раз. Так, в п. 11 обращено внимание только на необходимость «создания структурно-целостной, комплексной и непротиворечивой системы законодательства РФ в области охраны окружающей среды, обеспечения экологической безопасности и *рационального природопользования*». Упор сделан отнюдь не на оптимальном взаимодействии общества и природы. Речь идет всего лишь о сохранении благоприятной окружающей среды, биологиче-

ского разнообразия и природных ресурсов. Ничего не сказано об увеличении качественных, количественных и видовых характеристик экологических систем. Считаю совершенно необоснованным практически полное исключение методов рационального природопользования из экологического развития России. Стратегическая цель государственной политики обозначена как решение социально-экономических задач, обеспечивающих экологически ориентированный рост экономики. Однако экологически ориентированный рост экономики не будет возможен при одном лишь неистощительном природопользовании, необходима детальная проработка стратегического планирования рационального пользования природой. Кроме того, меры научно-технических трендов рационального природопользования смешаны с мерами по охране окружающей среды (развитие методов оценки природного и антропогенного риска; создание технологий супервычислений и систем хранения информации, пригодных для моделирования и прогноза климата, состояния экосистем; развитие многофункциональных и проблемно ориентированных геоинформационных систем и перспективных интеллектуальных экспертных систем обеспечения экологической безопасности жизнедеятельности и др.). Требуется конкретизация содержания рационального природопользования.

Вообще, в эколого-правовой науке по поводу рассматриваемого планового документа высказывается справедливая критика. Так, Г. В. Выпханова, Н. Г. Жаворонкова замечают, что при анализе его положений возникают вопросы. Кому он адресован? Кто ответствен за его реализацию? Какие права и обязанности возникают у участников правоотношений? Какие подзаконные нормативные правовые акты должны быть приняты во исполнение содержащихся в нем целей, задач и механизмов реализации? Что относится к исходной правовой базе для его разработки? Какие нормативные правовые акты подлежат изменению и отмене? Какие ресурсы потребуются для его исполнения?³² Все перечисленные неопределенности отрицательно сказываются на достижении и выполнении целей и задач государственной политики, в том числе и в сфере рационального

³¹ Ибрагимов К. Х. Государственная политика в сфере использования и охраны земель сельскохозяйственного назначения в условиях глобализации // Экологическое право. 2013. № 5. С. 27—30.

³² Выпханова Г. В., Жаворонкова Н. Г. Государственная экологическая политика и документы стратегического планирования // Экологическое право. 2016. № 3. С. 24—29.

природопользования. Аналогично Н. М. Заславская обращает внимание на то, что в Основах государственной политики в области экологического развития на период до 2030 года достижение цели экологической политики никак не связано с реальным поведением участников общественных отношений³³. В то время как в действительности должны быть проработаны конкретные показатели, предусмотрены способы и средства их реализации, а также контроль и возможность коррекции.

Государственная программа РФ «Охрана окружающей среды» на 2012—2020 годы в рамках основного своего направления предусматривает не рациональное природопользование, а только лишь рациональное использование природных ресурсов как часть охраны окружающей среды. В программе не раскрывается содержание рационального использования природных ресурсов. Однако оно представлено одним из целевых показателей и ожидаемых результатов подпрограммы «Регулирование качества окружающей среды» в виде инвестиций в основной капитал, направленный на рациональное использование природных ресурсов.

(2) С элементами по обеспечению экологической безопасности. **Комплексная стратегия обращения с твердыми коммунальными (бытовыми) отходами в РФ и план ее реализации** во главу угла ставят задачу создания и обеспечения экологически безопасного и экономически эффективного обращения с твердыми коммунальными отходами. Сфера рационального природопользования здесь представлена рациональным использованием природных и иных материальных ресурсов; развитием у населения ресурсосберегающего отношения при потреблении товаров, в том числе направленного на экономию материальных ресурсов; а также сокращением образования отходов. На основании приведенных мер видно, что в области отходов преобладает подход к экологически безопасному обращению с ними над методами рационального природопользования.

Стратегия национальной безопасности РФ содержит значительный блок экологической составляющей³⁴. В стратегии прямо говорится о важности рационального природопользования. В то же время все меры, средства

и механизмы по рациональному природопользованию в ней неразрывно слиты с теми же инструментами по экологической безопасности. Общие стратегические цели сформулированы одновременно и для обеспечения экологической безопасности, и для рационального природопользования: сохранение и восстановление природных систем, обеспечение качества окружающей среды, необходимого для жизни человека и устойчивого развития экономики; ликвидация экологического ущерба.

В Стратегии экологической безопасности РФ на период до 2025 года в качестве одного из приоритетных направлений по обеспечению экологической безопасности признано осуществление эффективных мер по сохранению и *рациональному использованию* природных ресурсов, в том числе лесных, охотничьих и водных биологических, по сохранению экологического потенциала лесов. К сожалению, для поддержания экологической безопасности и рационального природопользования применяются одни и те же средства.

2. Направления государственной политики в сфере обеспечения рационального природопользования по действиям, отражающим содержание «рациональности»

(1) Признана важность рационального природопользования, однако не закрепляются критерии, требования к нему, не дается перечень конкретных действий (вообще не раскрыта суть «рациональности»). В **Концепции развития лесного хозяйства РФ на 2003—2010 годы** только продекларировано рациональное использование лесов и ничего не сказано о его содержании. В то время как согласно распоряжению Правительства РФ от 28.12.2012 № 2593-р срок реализации Концепции истек в 2010 г., все основные ее мероприятия были выполнены. Разумеется, легко признать реализованным то, что не наделено конкретными правовыми характеристиками.

В **Основах государственной политики в области использования минерального сырья и недропользования** сформулировано указание на осуществление рационального использования минерально-сырьевой базы, однако его содержание также не дается, и совершенно непонятно, как достичь сформулированную цель, исполнять поставленные задачи

³³ См.: Заславская Н. М. Механизм правового регулирования отношений в сфере экологической политики // Экологическое право. 2016. № 3. С. 19—23.

³⁴ Также об этом см.: Выпханова Г. В., Жаворонкова Н. Г. Указ. соч.

и руководствоваться принципами. Во исполнение данного документа была утверждена **Долгосрочная государственная программа изучения недр и воспроизводства минерально-сырьевой базы России на основе баланса потребления и воспроизводства минерального сырья**³⁵ (сроки реализации: 2005—2010 гг. и до 2020 г.). Тем не менее и в ней была только установлена задача в виде повышения эффективности и рациональности использования минерально-сырьевых ресурсов, а также сделано несколько акцентов на обеспечении рационального и безопасного природопользования в целом и рационального использования ресурсов подземных и минеральных вод в частности. Однако и здесь не раскрывается суть «рациональности».

Концепция долгосрочного социально-экономического развития РФ на период до 2020 года немного соприкасается со сферой рационального природопользования. В ней вскользь упоминается о рациональном использовании водных биологических ресурсов и рациональном водопользовании, к сожалению, без указания на конкретные действия.

Аналогичная картина наблюдается и в **Стратегии развития рыбохозяйственного комплекса РФ на период до 2020 года**. Из ее текста не следует, что же относится к рациональному использованию водных биоресурсов.

(2) Действия перечислены, однако присутствует путаница «рационального», «устойчивого» и «неистощительного» природопользования. Например, в **Экологической доктрине РФ** обеспечение рационального природопользования объявлено одним из условий сохранения природных систем, поддержания их целостности и жизнеобеспечивающих функций для устойчивого развития общества, повышения качества жизни, улучшения здоровья населения и демографической ситуации, обеспечения экологической безопасности нашей страны. Несмотря на признание существенной роли рационального природопользования, Экологическая доктрина РФ апеллирует к термину «устойчивое природопользование», относя обеспечение устойчивого природопользования к основным направлениям государственной экологической

политики. Вместе с тем основной задачей экономического и финансового механизма в указанном документе объявлено «экономическое регулирование рыночных отношений в целях рационального неистощительного природопользования...». Противоречие в данном случае очевидно. И это притом, что в правовой науке Экологическая доктрина РФ была признана системой собственно политических, идеологических и правовых принципов, составляющих фундаментальную основу государственной экологической политики в РФ соответствующего временного периода³⁶. Та же Экологическая доктрина РФ к действиям, отражающим устойчивое природопользование, относит: внедрение комплексного природопользования; развитие наукоемких природосберегающих высокотехнологичных производств; сохранение способности биологических ресурсов к саморегуляции и самовоспроизводству; максимально полное использование извлеченных полезных ископаемых и биологических ресурсов, минимизацию отходов при их добыче и переработке; минимизацию экологического ущерба; сохранение и восстановление естественного плодородия почв и другие меры.

(3) Перечислены конкретные действия, раскрывающие содержание рационального природопользования. В политико-правовых документах экологической направленности такой перечень разнится в зависимости от специфики самого природного блага.

В **Стратегии развития лесного комплекса РФ до 2020 года** делается всего несколько акцентов на рациональном использовании лесосырьевых ресурсов в виде внедрения ресурсосберегающих и экологически чистых технологий. Констатируется, что в целях рационального природопользования необходима разработка новых ресурсосберегающих технологий переработки щелоков и газовых выбросов сульфатцеллюлозного производства. Кроме того, для решения экологических проблем отрасли требуется обеспечить рациональное использование заготовленной древесины. Следовательно, в лесном комплексе РФ политика в области рационального природопользования охватывает не только область эффективного лесопользо-

³⁵ Приказ Минприроды РФ от 16.07.2008 № 151 «Об утверждении Долгосрочной государственной программы изучения недр и воспроизводства минерально-сырьевой базы России на основе баланса потребления и воспроизводства минерального сырья» // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

³⁶ См.: Ключанова Л. Г. Особенности формирования государственной экологической политики Российской Федерации // Правовые вопросы строительства. 2013. № 2. С. 9—12.

вания, но и рациональное использование уже добытого древесного сырья и вовлечения в хозяйственный оборот древесных отходов лесозаготовок и деревообработки. Приходим к выводу о том, что рациональное использование ресурса должно осуществляться на всех этапах экономического цикла: добыча — производство изделия — эксплуатация — утилизация. На важность обеспечения рациональных моделей потребления и производства обращено внимание и в научной литературе по экологической политике³⁷.

Согласно положениям *Водной стратегии РФ на период до 2020 года* рациональное водопользование основывается на экономии водных ресурсов. Достигается оно путем снижения потерь воды при транспортировке, уменьшения удельного потребления воды в технологических процессах, на хозяйственно-бытовые нужды, сокращения сверхнормативного изъятия водных ресурсов из водных объектов, внедрения систем оборотного и повторно-последовательного водоснабжения, систем приборного учета водных ресурсов, расширения перечня видов платного водопользования в целях сокращения непроизводительных потерь воды и другие механизмы.

Климатическая доктрина РФ к мерам по снижению антропогенных выбросов парниковых газов относит рациональное ведение лесного хозяйства, облесение и лесовозобновление на устойчивой основе. В реальности последние два действия и есть рациональное природопользование (хотя так они не именуется в Климатической доктрине РФ), поскольку направлены на увеличение ассимиляционной емкости природной среды за счет древесно-кустарниковой растительности. Значит, в Климатической доктрине РФ, как и в других документах, проблематика рационального природопользования затрагивается лишь частично.

В развитие Указа Президента РФ от 07.07.2011 № 899 (ред. от 16.12.2015) «Об утверждении приоритетных направлений развития науки, технологий и техники в Российской Федерации и перечня критических технологий Российской Федерации»³⁸ в *Прогнозе долгосрочного социально-экономического развития РФ на период до 2030 года* (разработан Минэкономразвития России) рациональное природо-

пользование представлено как одно из приоритетных направлений совершенствования науки, технологий и техники в РФ. Рациональное природопользование здесь определено как движущая сила и основа долгосрочной экономической устойчивости. К основным научно-техническим трендам рационального природопользования Прогнозом отнесено: развитие технологий экологически безопасной утилизации отходов и обезвреживания токсикантов, позволяющих извлекать материальные ресурсы из отходов и возвращать их во вторичный оборот; разработка микропористых соединений, способных улавливать частицы размерами меньше нескольких микрометров, а также развитие приборно-аналитической базы для анализа таких веществ и создание очистных систем нового поколения; развитие технологий рециклинга и повторного использования сточных вод; развитие технологий альтернативной (экологически эффективной) энергетики, в том числе производства биотоплива и др. Отдельно показана необходимость обеспечения рационального использования природных ресурсов, включая и инвестиции в его развитие. Обращено внимание и на рациональное использование топливно-энергетических ресурсов, особенно на рациональное использование попутного нефтяного газа и минимизацию объемов его сжигания на факелах.

3. Направления государственной политики в сфере обеспечения рационального природопользования по возобновимости природных ресурсов представлены двумя основными блоками: (1) рациональным использованием не полностью возобновимых и невозобновимых природных ресурсов и (2) неистощительным использованием возобновимых природных ресурсов. В *Государственной стратегии РФ по охране окружающей среды и обеспечению устойчивого развития* (утратила силу в связи с изданием Указа Президента РФ от 19.04.2017 № 176) и *Экологической доктрине РФ* вопросы рационального природопользования необоснованно сужены до проблем рационального использования невозобновимых природных ресурсов. В отношении же возобновимых природных ресурсов предполагается всего лишь неистощительное их использование. При этом содержание неистощительного использования

³⁷ См.: Бобылев С. Н., Соловьева С. В., Ховавко И. Ю. Государственная экологическая политика: идентифицируя новые экономические и правовые приоритеты // Экологическое право. 2016. № 4. С. 43—49.

³⁸ СЗ РФ. 2011. № 28. Ст. 4168.

природных ресурсов не раскрывается, в отличие от рационального использования невозобновимых природных ресурсов. Последнее связывается с экономным, бережным потреблением. В аналогичном контексте о ресурсосбережении, но применительно к минерально-сырьевой базе (невозобновимые природные ресурсы) говорится и в **Основах государственной политики в области использования минерального сырья и недропользования**.

Весьма продуктивной, на наш взгляд, является ориентация **Основ государственной политики в области экологического развития на период до 2030 года** именно на ресурсосбережение. Там сконцентрировано внимание на внедрении ресурсосберегающих технологий и оборудования (п. 12, 15, 17), стимулировании проведения научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ в области ресурсосбережения (п. 19), поддержке распространения сведений ресурсосберегающей направленности (п. 20).

Повышение энергетической эффективности электроэнергетики на основе внедрения возобновляемых источников энергии, безусловно, приводит к экономному и бережному использованию ряда невозобновимых природных ресурсов. Не случайно в **Основных направлениях государственной политики в сфере повышения энергетической эффективности электроэнергетики на основе использования возобновляемых источников энергии на период до 2024 года** прописан комплекс мероприятий, направленных на создание условий, стимулирующих развитие использования возобновляемых источников для производства электрической энергии. В правовой науке налоговое стимулирование, с помощью которого реализуются меры по повышению энергоэффективности (включая сферу создания объектов, относящихся к возобновляемым источникам энергии), рассматривается как одно из направлений экологической политики³⁹, охватывающей и сферу оптимального использования природы.

Часть водных ресурсов, а именно региональные водные ресурсы, пресная вода, относятся к не полностью возобновимым. Именно в та-

ком ракурсе в **Водной стратегии РФ на период до 2020 года** рациональность водопользования связывается с максимально экономным потреблением воды и снижением ее потерь.

4. Направления государственной политики в сфере обеспечения рационального природопользования по единичному природному объекту или их совокупности

(1) По единичному природному объекту. В **Основах государственной политики в области использования, охраны, защиты и воспроизводства лесов в РФ на период до 2030 года** определены направления по максимально эффективному пользованию лесами как экологической системы. Там говорится о важности повышения продуктивности и улучшения породного состава лесов, для чего предлагается создать систему федерального мониторинга воспроизводства лесов; разработать региональные нормативы воспроизводства лесов; провести техническую модернизацию воспроизводства лесов. Получается, что и в этом политико-правовом документе рациональное природопользование задействовано отнюдь не в полном объеме, а только с позиции повышения устойчивости (через продуктивность и породный состав) соответствующей экологической системы.

(2) По совокупности природных объектов (природные комплексы). В **Концепции развития системы особо охраняемых природных территорий федерального значения на период до 2020 года** практически ничего не сказано о рациональном природопользовании. Единственное его упоминание — в положении о том, что развитие системы особо охраняемых природных территорий осуществляется в том числе и путем рационального использования природного наследия. В эколого-правовой науке отмечается, что одно из направлений экологической политики в виде сохранения природной среды реализуется «через формирование и обеспечение устойчивого функционирования систем охраняемых природных территорий разных уровней и категорий»⁴⁰. Выходит, что в рамках функционирования особо охраняемых природных территорий государственная поли-

³⁹ См.: Грачева Е. Ю., Карташов А. В. Налоговое льготирование энергоэффективности как направление экологической и налоговой политики Российской Федерации (финансово-правовые аспекты) // Юрист. 2013. № 21. С. 7—11.

⁴⁰ Воронцова А. А. Гармонизация законодательства Российской Федерации об особо охраняемых природных территориях с нормами международного экологического права как одно из направлений российской государственной экологической политики // Экологическое право. 2016. № 4. С. 33—37.

тика по рациональному природопользованию связана в первую очередь с сохранением естественных экологических систем.

5. Направления государственной политики в сфере обеспечения рационального природопользования по компонентам природной среды

Земля и почвы. *Основы государственной политики использования земельного фонда РФ на 2012—2020 годы* признают значимость проблем обеспечения рационального использования земельных участков. В них указывается на необходимость создания условий для организации рационального и эффективного использования такого природного ресурса.

А. Л. Корнеев рассматривает проблемы ограничений прав на земельные участки с привязкой к государственной экологической политике. Ученый отличает ограничения субъективных прав на землю от различного рода публично-правовых обременений и пределов действия соответствующего права⁴¹. Он не затрагивает сферы рационального природопользования, однако полагаем, что ограничения субъективных прав на земельные участки могут быть применены для обеспечения их рационального использования.

В рациональном использовании земель особое значение приобретают правовые средства реализации государственной политики. Для достижения целей и задач государственной политики при разработке правовых средств по воздействию на земельные отношения во внимание должен быть принят ряд принципиальных позиций. Н. Г. Нарышева к ним относит: (1) влияние правового средства как на собственно земельные, так и на иные виды отношений, а также применение других правовых средств; (2) разработка правового средства должна базироваться на определении задач, решаемых посредством его применения; (3) каждое правовое средство целесообразно проверять на достижение оптимального баланса публичных и частных интересов⁴².

Недра. *Основы государственной политики в области использования минерального сырья и недропользования* одной из своих целей

называют организацию рационального и комплексного использования минерально-сырьевых ресурсов. Стимулирование перехода экономики России на рациональное использование минерального сырья при его добыче и переработке отнесено к принципам рассматриваемой политики.

Воды. *Водная стратегия РФ на период до 2020 года* направлена на рациональное использование водных ресурсов. Сравнительно много внимания в ней уделено увеличению рациональности водопользования, рациональному использованию и бережному отношению к воде.

Растительный мир (включая леса). *Концепция развития лесного хозяйства РФ на 2003—2010 годы* признает организацию рационального использования лесов стратегически важной задачей. Наряду с непрерывным и неистощительным, рациональное использование лесов включено в их устойчивое управление. Основными задачами лесничеств и лесопарков объявлены в том числе организация рационального использования лесов и земель лесного фонда. Рациональное использование генетического и экологического потенциала лесов также признано одним из способов обеспечения устойчивого развития лесного хозяйства. В *Стратегии развития лесного комплекса РФ до 2020 года* сфера рационального природопользования затрагивается еще более поверхностно. Там лишь вскользь упоминается об организации *рационального*, многоцелевого, непрерывного и неистощительного использования лесов, и только в контексте приоритетного направления развития лесного комплекса. И это в условиях явного несовершенства отношений по максимально эффективному лесопользованию. В частности, на наличие недостатков в управлении рациональным использованием лесов, в том числе и на уровне политики государства, указывают Н. Д. Вершило и Т. А. Вершило⁴³.

Животный мир. *Стратегия развития рыбохозяйственного комплекса РФ на период до 2020 года* провозглашает курс на рациональное использование водных биоресурсов. При этом рациональное использование водных

⁴¹ См.: Корнеев А. Л. Государственная экологическая политика и вопросы ограничений прав в земельном праве // Экологическое право. 2016. № 4. С. 18—23.

⁴² См.: Нарышева Н. Г. Государственная политика и правовое регулирование земельных отношений // Экологическое право. 2016. № 3. С. 35—41.

⁴³ См.: Вершило Н. Д., Вершило Т. А. Повышение роли лесного потенциала в правовом обеспечении доходной базы бюджета как элемент экологической политики государства // Экологическое право. 2016. № 3. С. 42—46.

биоресурсов и их воспроизводство признаются самостоятельными мерами при переходе рыбохозяйственного комплекса от экспортно-сырьевого к инновационному типу развития. Однако характеристика «рациональности» использования водных биоресурсов в указанном документе также не сформулирована.

Озоновый слой атмосферы. В *Климатической доктрине РФ* говорится о мерах по снижению антропогенных выбросов парниковых газов и об увеличении их абсорбции поглотителями и накопителями. Одним из вариантов решения задач по смягчению антропогенного влияния на климат на микроэкономическом уровне Доктрина называет *рациональное использование лесов и сельскохозяйственных земель*.

Таким образом, в большинстве политико-правовых документов экологической направленности проблематика рационального природопользования поставлена далеко не на первый план. Преимущественно в них затрагиваются только отдельные стороны рационального природопользования, без системной их проработки. Ни в одном из рассмотренных политико-правовых документов не уделяется внимание потенциалу природы (*динамичная характеристика, изменяющаяся под влиянием естественных и антропогенных процессов, выражающая количественные и качественные показатели состояния природы*⁴⁴). В эколого-правовой науке потенциал природы признается методологическим и правовым инструментом, который может оперативно решать эколого-правовые задачи⁴⁵. М. М. Бринчук пишет о полезности потенциала природы в государственной экономической политике, осуществление которой

связано с использованием природных ресурсов. Поскольку потенциал природы может быть учтен, в том числе и для «планирования использования природных ресурсов на основе принципа рациональности»⁴⁶, постольку его следует обязательно включать в основы политики в сфере рационального природопользования.

III. ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНАЯ ПРАКТИКА, ОТРАЖАЮЩАЯ РЕАЛИЗАЦИЮ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ПОЛИТИКИ В СФЕРЕ РАЦИОНАЛЬНОГО ПРИРОДОПОЛЬЗОВАНИЯ

Правоприменительная практика, отражающая реализацию государственной политики в сфере рационального природопользования, не богата примерами. И это вполне закономерно, поскольку государственная политика в сфере рационального природопользования не сформирована полностью. В определении Конституционного Суда РФ от 06.07.2001 № 151-О⁴⁷ имеется указание на то, что выделение квот на вылов водных биологических ресурсов — одно из направлений *государственной политики в сфере рационального использования природных ресурсов*. Точно такой же вывод содержится и в определении Конституционного Суда РФ от 06.07.2001 № 163-О⁴⁸.

В правоприменительной деятельности обеспечение рационального природопользования связывается с разрешительным типом правового регулирования. Так, суды констатируют, что в целях обеспечения рационального использования и воспроизводства природных ресурсов установлен разрешительный порядок негативного воздействия на природную среду⁴⁹. Ана-

⁴⁴ См.: Бринчук М. М. Потенциал природы как методологическое основание государственной экологической политики и экологического права // Экологическое право. 2010. № 3. С. 2—8.

⁴⁵ См.: Бринчук М. М. Потенциал природы как методологическое основание ... С. 2—8; Бринчук М. М. Потенциал природы как инструмент экологического права // Экологическое право. 2010. № 4. С. 8—14.

⁴⁶ Бринчук М. М. Потенциал природы как методологическое основание ... С. 2—8.

⁴⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 06.07.2001 № 151-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Думы Приморского края о проверке конституционности постановления Правительства Российской Федерации “О квотах на вылов (добычу) водных биологических ресурсов внутренних морских вод, территориального моря, континентального шельфа и исключительной экономической зоны Российской Федерации”» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2002. № 2.

⁴⁸ Определение Конституционного Суда РФ от 06.07.2001 № 163-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса администрации Хабаровского края о проверке конституционности пунктов 2 и 4 постановления Правительства Российской Федерации “О квотах на вылов (добычу) водных биологических ресурсов внутренних морских вод, территориального моря, континентального шельфа и исключительной экономической зоны Российской Федерации”» // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

⁴⁹ Постановление Верховного Суда РФ от 01.09.2017 № 81-АД17-22; решение Пензенского областного суда от 09.11.2017 по делу № 7-539/2017 // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

логично суды указывают на разрешительный порядок природопользования в сфере охоты, применяемый именно для обеспечения рационального использования и воспроизводства соответствующих ресурсов⁵⁰.

В судебной практике также признается важность рационального природопользования в целом. Например, в определении Конституционного Суда РФ от 30.09.2010 № 1421-О-О обращено внимание на то, что законодатель в целях обеспечения экологической безопасности должен создать эффективный правовой механизм рационального природопользования и охраны окружающей среды от вредных воздействий. К основным элементам такого механизма отнесена оценка воздействия хозяйственной деятельности на окружающую среду и экологическая экспертиза⁵¹. Однако в приведенном судебном деле не дается разграничение основных политических идей по рациональному природопользованию от таких же идей по охране окружающей среды.

Тем не менее в некоторых судебных актах прослеживается тенденция к отграничению отношений по рациональному природопользованию от экологически безопасного природопользования и охраны окружающей среды. Так, судами указывается, что применительно к одному объекту природной среды «устанавливаются две группы правоотношений: отношения по *рациональному природопользованию* и отношения по охране окружающей природной среды, регулируемые нормами права комплексного характера»⁵². В другом судебном акте говорится об эффективной системе локального экологического мониторинга, позволяющего контролировать состояние природной среды, получать необходимую информацию для обеспечения

*рационального и экологического безопасного природопользования*⁵³. Похожие формулировки встречаются относительно часто⁵⁴. Суды также обращают внимание на одну из характеристик рациональности природопользования — «максимально бережное, экономное использование невозобновимых ресурсов». Так, одним из условий рационального использования территорий города судом было признано *бережное природопользование*⁵⁵.

Таким образом, судебное истолкование касается лишь некоторых сторон рационального природопользования или рационального использования отдельных природных ресурсов. Очевидно, что качественная проработка проблематики рационального природопользования на политическом уровне, определение основных направлений развития в указанной сфере скажутся и на правоприменении.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

1. На политическом уровне рациональное природопользование признано основой долгосрочной экономической устойчивости. Однако его проблематика слабо проработана в российских политико-правовых документах экологической направленности. В них отсутствует терминологическое единство в отношении максимально эффективного пользования природной средой. Равнозначно употребляются неодинаковые по содержанию понятия «рациональное природопользование», «устойчивое природопользование» и «неистощительное природопользование». Осуществляется необоснованное смешение вопросов рационального природопользования, охраны окружающей среды и обеспечения

⁵⁰ Решение Новгородского областного суда от 09.10.2017 по делу № 12-559/2017 ; решение Новгородского областного суда от 09.10.2017 по делу № 12-558/2017 // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

⁵¹ Определение Конституционного Суда РФ от 30.09.2010 № 1421-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Кулаковой Натальи Анатольевны и Лисицыной Наталии Александровны на нарушение их конституционных прав статьей 11 Федерального закона «Об экологической экспертизе»» // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

⁵² Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 08.12.2004 № А33-8373/04-С2-Ф02-5071/04-С2 // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

⁵³ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 08.06.2018 № Ф04-2004/2018 по делу № А70-7713/2017 // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

⁵⁴ Решение Арбитражного суда Свердловской области от 16.05.2016 по делу № А60-11840/2016 ; апелляционное определение Челябинского областного суда от 07.10.2014 по делу № 11-10501/2014 // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

⁵⁵ Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 17.09.2012 по делу № А46-13992/2011 // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

экологической безопасности. Рациональное природопользование не наделяется конкретными правовыми характеристиками. Оно неверно описывается как экологически безопасное или устойчивое природопользование.

2. Российская государственная политика в качестве приоритетных направлений рационального природопользования признает рациональное использование невозобновимых и неистощительное использование возобновимых природных ресурсов. Экологически ориентированный рост экономики связывается не с рациональным, а с неистощительным природопользованием. В большинстве политико-правовых

документов экологической направленности говорится не о рациональном природопользовании, а только о рациональном использовании природных ресурсов, без раскрытия их соотношения и содержания.

3. По причине неполноты и противоречивости государственной политики в сфере рационального природопользования практически отсутствует правоприменительная практика, отражающая реализацию соответствующих политических направлений. Судебное истолкование касается только отдельных сторон рационального природопользования или рационального использования отдельных природных ресурсов.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Андреев М. Н., Краев Н. В., Краева В. Н. Федеральная государственная политика в сфере охоты и охотничьего хозяйства // Экологическое право. — 2013. — № 3. — С. 27—33.
2. Бажайкин А. Л. Принципы охраны окружающей среды — как основополагающие идеи (руководящие положения) экологического права и законодательства, государственной экологической политики // Экологическое право. — 2012. — № 1. — С. 15—19.
3. Бобылев С. Н., Соловьева С. В., Ховавко И. Ю. Государственная экологическая политика: идентифицируя новые экономические и правовые приоритеты // Экологическое право. — 2016. — № 4. — С. 43—49.
4. Боголюбов С. А. Соотношение экологических политик России и других государств // Экологическое право. — 2016. — № 4. — С. 23—32.
5. Бринчук М. М. Потенциал природы как методологическое основание государственной экологической политики и экологического права // Экологическое право. — 2010. — № 3. — С. 2—8.
6. Бринчук М. М. Потенциал природы как инструмент экологического права // Экологическое право. — 2010. — № 4. — С. 8—14.
7. Вершило Н. Д., Вершило Т. А. Повышение роли лесного потенциала в правовом обеспечении доходной базы бюджета как элемент экологической политики государства // Экологическое право. — 2016. — № 3. — С. 42—46.
8. Волков Г. А. Экологическое лицензирование как инструмент реализации экологической политики // Экологическое право. — 2016. — № 4. — С. 5—10.
9. Воронцова А. А. Гармонизация законодательства Российской Федерации об особо охраняемых природных территориях с нормами международного экологического права как одно из направлений российской государственной экологической политики // Экологическое право. — 2016. — № 4. — С. 33—37.
10. Выпханова Г. В., Жаворонкова Н. Г. Государственная экологическая политика и документы стратегического планирования // Экологическое право. — 2016. — № 3. — С. 24—29.
11. Грачева Е. Ю., Карташов А. В. Налоговое льготирование энергоэффективности как направление экологической и налоговой политики Российской Федерации (финансово-правовые аспекты) // Юрист. — 2013. — № 21. — С. 7—11.
12. Жуйков В. М. Правовое обеспечение единой государственной экологической политики // Журнал российского права. — 2012. — № 6. — С. 141—143.
13. Заславская Н. М. Механизм правового регулирования отношений в сфере экологической политики // Экологическое право. — 2016. — № 3. — С. 19—23.
14. Ибрагимов К. Х. Государственная политика в сфере использования и охраны земель сельскохозяйственного назначения в условиях глобализации // Экологическое право. — 2013. — № 5. — С. 27—30.
15. Ключанова Л. Г. Комплексный подход к развитию экологической политики Российской Федерации // Экологическое право. — 2016. — № 3. — С. 15—19.

16. Ключанова Л. Г. Особенности формирования государственной экологической политики Российской Федерации // Правовые вопросы строительства. — 2013. — № 2. — С. 9—12.
17. Корнеев А. Л. Государственная экологическая политика и вопросы ограничений прав в земельном праве // Экологическое право. — 2016. — № 4. — С. 18—23.
18. Краев Н. В. Государственная политика в сфере охоты и охотничьего хозяйства в советский период // Экологическое право. — 2010. — № 4. — С. 2—8.
19. Нарышева Н. Г. Государственная политика и правовое регулирование земельных отношений // Экологическое право. — 2016. — № 3. — С. 35—41.
20. Петрова Т. В. Рациональное использование природных ресурсов: понятие, принцип, полномочие, направление государственной экологической политики // Экологическое право. — 2016. — № 3. — С. 29—34.
21. Русин С. Н. Экологическая политика и право. Проблемы формирования и реализации // Экологическое право. — 2016. — № 3. — С. 9—15.
22. Хлуденева Н. И., Цуранова А. И. Государственная экологическая политика и право // Журнал российского права. — 2011. — № 11. — С. 128—135.

Материал поступил в редакцию 6 июля 2018 г.

THE STATE POLICY IN THE FIELD OF EFFICIENT ENVIRONMENTAL MANAGEMENT⁵⁶

LUNEVA Elena Viktorovna, PhD in Law, Associate Professor of the Department of Environmental Law, Labor Law and Civil Procedure of Kazan (Volga) Federal University
vilisa_vilisa@mail.ru
420008, Russia, Kazan, Kremlyovskaya, d. 18

Abstract. *The paper systematizes the directions of the state policy in the field of environmental management on the following grounds: 1) the elements of environmental protection or elements of environmental safety; 2) actions reflecting the content of “rationality;” 3) renewability of natural resources; 4) the object of the nature; 5) the components of the natural environment. The grounds determined for classification helped to identify overlaps in the ideas and attitudes to environmental management set out in numerous Russian political and legal instruments of environmental character and to determine internal contradictions.*

At the policy level, environmental management is recognized as the basis for long-term economic sustainability. However, its content is poorly developed. There is no terminological unity regarding the most effective use of the natural environment. Unequal in essence, the terms “rational nature management,” “sustainable natural resource management,” “sustainable natural resource management” and “environmentally safe nature management” are used interchangeably. An unreasonable confusion of issues of environmental management, environmental protection and environmental safety is taking place. Environmental management is not endowed with specific legal characteristics. It is incorrectly described as environmentally sound or sustainable management of the environment.

Due to the incompleteness and inconsistency of the state policy in the field of environmental management, there is practically no law enforcement practice reflecting the implementation of the relevant policy directions. Judicial interpretation concerns only some participants of the rational use of natural resources or the rational use of certain natural resources.

Keywords: *State environmental policy, environmental management, sustainable environmental management, inexhaustible environmental management, environmental safety, rational use of natural resources, renewable natural resources, non-renewable natural resources.*

⁵⁶ The study was supported by the Kazan (Volga Region) Federal University.

REFERENCES

1. Andreev M. N., Kraev N. V., Kraeva V. N. federalnaya gosudarstvennaya politika v sfere okhoty i okhotnichego khozyaystva [The federal state policy in the field of hunting and hunting management]. *Ekologicheskoe pravo [Environmental Law]*. 2013. No. 3. P. 27—33. (In Russian)
2. Bazhaykin A. L. Printsipy okhrany okruzhayushchey sredy — kak osnovopolagayushchie idei (rukovodyashchie polozheniya) ekologicheskogo prava i zakonodatelstva, gosudarstvennoy ekologicheskoy politiki [Principles of environmental protection as fundamental ideas (guidelines) of environmental law and legislation, state environmental policy]. *Ekologicheskoe pravo [Environmental Law]*. 2012. No. 1. P. 15—19. (In Russian)
3. Bobylev S. N., Solovyev S. V., Khovavko I. Yu. Gosudarstvennaya ekologicheskaya politika: identifikatsiya novye ekonomicheskie i pravovye [The state environmental policy: identifying new economic and legal priorities]. *Ekologicheskoe pravo [Environmental Law]*. 2016. No. 4. P. 43—49. (In Russian)
4. Bogolyubov S. A. Sootnoshenie ekologicheskikh politik rossii i drugikh gosudarstv [The balance between environmental policies of Russia and other States]. *Ekologicheskoe pravo [Environmental Law]*. 2016. No. 4. P. 23—32. (In Russian)
5. Brinchuk M. M. Potentsial prirody kak metodologicheskoe osnovanie gosudarstvennoy ekologicheskoy politiki i ekologicheskogo prava [The nature potential as a methodological basis of the state environmental policy and environmental law]. 2010. No. 3. P. 2—8. (In Russian)
6. Brinchuk M. M. Potentsial prirody kak instrument ekologicheskogo prava [The nature potential as an instrument of environmental law]. *Ekologicheskoe pravo [Environmental Law]*. 2010. No. 4. P. 8—14. (in Russian)
7. Vershilo N. D., Vershilo T. A.. Povyshenie roli lesnogo potentsiala v pravovom obespechenii dokhodnoy bazy byudzheta kak element ekologicheskoy politiki gosudarstva [Increasing the role of forest potential in the legal support of the budget revenue base as an element of the state environmental policy]. *Ekologicheskoe pravo [Environmental Law]*. 2016. No. 3. P. 42—46. (in Russian)
8. Volkov G. A. Ekologicheskoe litsenzirovanie kak instrument realizatsii ekologicheskoy politiki [Environmental licensing as a tool for the implementation of environmental policy]. *Ekologicheskoe pravo [Environmental Law]*. 2016. No. 4. P. 5—10. (in Russian)
9. Vorontsova A. A. Garmonizatsiya zakonodatelstva Rossiyskoy Federatsii ob osobo okhranyaemykh prirodnykh territoriyakh s normami mezhdunarodnogo ekologicheskogo prava kak odno iz napravleniy rossiyskoy gosudarstvennoy ekologicheskoy politiki [Harmonization of the legislation of the Russian Federation on specially protected natural areas with the norms of international environmental law as one of the directions of the Russian state environmental policy]. *Ekologicheskoe pravo [Environmental Law]*. 2016. No. 4. P. 33—37. (In Russian)
10. Vypkhanova G. V., Zhavoronkova N. G. Gosudarstvennaya ekologicheskaya politika i dokumenty strategicheskogo planirovaniya [The state environmental policy and strategic planning documents]. *Ekologicheskoe pravo [Environmental Law]*. 2016. No. 3. P. 24—29. (In Russian)
11. Gracheva E. Yu., Kartashov A.V. Nalogovoe Igotirovanie energoeffektivnosti kak napravlenie ekologicheskoy i nalogovoy politiki Rossiyskoy Federatsii (finansovo-pravovye aspekty) [Tax incentives for energy efficiency as a direction of the environmental and tax policy of the Russian Federation (financial and legal aspects)]. *Yurist*. 2013. No. 21. P. 7—11. (In Russian)
12. Zhuykov V. M. Pravovoe obespechenie edinoy gosudarstvennoy ekologicheskoy politiki [Legal support of the unified state environmental policy]. *Zhurnal rossiyskogo prava [Journal of Russian Law]*. 2012. No. 6. P. 141—143. (In Russian)
13. Zaslavskaya N. M. Mekhanizm pravovogo regulirovaniya otnosheniy v sfere ekologicheskoy politiki [The mechanism of the legal regulation of relations in the field of environmental policy]. *Ekologicheskoe pravo [Environmental Law]*. 2016. No. 3. P. 19—23. (In Russian)
14. Ibragimov, K. H. Gosudarstvennaya politika v sfere ispolzovaniya i okhrany zemel selskokhozyaystvennogo naznacheniya v usloviyakh globalizatsii [The state policy in the use and protection of agricultural land in the context of globalization]. *Ekologicheskoe pravo [Environmental Law]*. 2013. No. 5. P. 27—30. (In Russian)
15. Klyukanova L.G. Kompleksnyy podkhod k razvitiyu ekologicheskoy politiki rossiyskoy federatsii [An integrated approach to the development of the environmental policy of the Russian Federation]. *Ekologicheskoe pravo [Environmental Law]*. 2016. No. 3. P. 15—19. (In Russian)
16. Klyukanova L.G. Osobennosti formirovaniya gosudarstvennoy ekologicheskoy politiki rossiyskoy federatsii [Peculiarities of formation of the state environmental policy of the Russian Federation]. *Pravovye voprosy stroitelstva*. 2013. No. 2. P. 9—12. (In Russian)

17. Korneev A. L. Gosudarstvennaya ekologicheskaya politika i voprosy ogranicheniy prav v zemelnom prave [The state environmental policy and issues of restrictions of rights in land law]. *Ekologicheskoe pravo [Environmental Law]*. 2016. No. 4. P. 18—23. (In Russian)
18. Kraev N.V. Gosudarstvennaya politika v sfere okhoty i okhotnichego khozyaystva v sovetskiy period [The state policy in the field of hunting and hunting in the Soviet period]. *Ekologicheskoe pravo [Environmental Law]*. 2010. No. 4. P. 2—8. (In Russian)
19. Narysheva N. G. Gosudarstvennaya politika i pravovoe regulirovanie zemelnykh otnosheniy [The state policy and legal regulation of land relations]. *Ekologicheskoe pravo [Environmental Law]*. 2016. No. 3. P. 35—41. (In Russian)
20. Petrova T. V. Ratsionalnoe ispolzovanie prirodnykh resursov: ponyatie, printsip, polnomochie, napravlenie gosudarstvennoy ekologicheskoy politiki [The rational use of natural resources: the concept, principle, authority, direction of the state environmental policy]. *Ekologicheskoe pravo [Environmental Law]*. 2016. No. 3. P. 29—34. (In Russian)
21. Rusin S. N. Ekologicheskaya politika i pravo. Problemy formirovaniya i realizatsii [Environmental policy and law. Problems of formation and implementation]. *Ekologicheskoe pravo [Environmental Law]*. 2016. No. 3. P. 9—15. (In Russian)
22. Hludееva N. I., Tsuranova A.I. Gosudarstvennaya ekologicheskaya politika i pravo [The state environmental policy and law]. *Zhurnal rossiiskogo prava [Journal of Russian Law]*. 2011. No. 11. P. 128—135. (In Russian)

С. М. Зубарев*

К ВОПРОСУ ОБ ОГОСУДАРСТВЛЕНИИ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ

Аннотация. В статье анализируются новые реалии во взаимоотношениях государственной власти и местного самоуправления, связанные с процессом огосударствления последнего. Указанная проблема была поставлена автором в докладе на IX ежегодной Всероссийской научно-практической конференции «Актуальные проблемы административного и административно-процессуального права» (Сорокинские чтения), которая состоялась 23 марта 2018 г. в Санкт-Петербургском университете МВД России. В данной статье получили дальнейшее развитие авторские выводы о двух тенденциях в процессе огосударствления: об официальной передаче полномочий от органов государственной власти к органам местного самоуправления и о перераспределении полномочий между органами местного самоуправления и органами государственной власти субъекта Российской Федерации. Если первая, основанная на положениях ч. 2 ст. 132 Конституции РФ, хорошо изучена юристами и активно применяется на практике, то вторая тенденция еще не получила должного рассмотрения в юридической литературе. При этом законодательство уже содержит несколько правовых моделей перераспределения полномочий между органами местного самоуправления и органами государственной власти субъекта Российской Федерации. Автор выделяет три такие модели, условно именуя их как чрезвычайную, федеральную и региональную. В статье раскрывается содержание указанных правовых моделей, показывается их влияние на процесс фактического превращения местного самоуправления в один из уровней исполнительной власти.

Ключевые слова: исполнительная власть, орган местного самоуправления, огосударствление, передача полномочий от органов государственной власти к органам местного самоуправления, перераспределение полномочий между органами местного самоуправления и органами государственной власти субъекта Российской Федерации.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.145.12.083-089

На протяжении всей советской истории власть на местном уровне была представлена советами народных депутатов и их исполнительно-распорядительными органами — исполкомами. В Конституции (Основном законе) Российской Советской Федеративной Социалистической Республики, принятой Верховным Советом РСФСР 12 апреля 1978 г., раздел VII имел название «Местные органы государственной власти и управления в РСФСР». В статье 137 подчеркивалось, что «органами

государственной власти в краях, областях, автономных областях, автономных округах, районах, городах, районах в городах, поселках, сельских населенных пунктах являются соответствующие Советы народных депутатов», а ст. 146 содержала указание на то, что «исполнительные комитеты местных Советов народных депутатов непосредственно подотчетны как Совету, их избравшему, так и вышестоящему исполнительному и распорядительному органу»¹.

¹ См.: Конституция (Основной закон) Российской Советской Федеративной Социалистической Республики (принята Верховным Советом РСФСР 12.04.1978) // СПС «КонсультантПлюс».

© Зубарев С. М., 2018

* Зубарев Сергей Михайлович, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой административного права и процесса Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
smzubarev@msal.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Впервые за историю РСФСР в ее Основной закон термин «местное самоуправление» был введен Законом РСФСР от 24 мая 1991 г. № 1329-1 «Об изменениях и дополнениях Конституции (Основного закона) РСФСР в связи с реформой местного самоуправления»², когда в названии разд. VII Конституции РСФСР 1978 г. были добавлены слова «Местное самоуправление в РСФСР». В новой редакции ст. 138 местное самоуправление позиционировалось как осуществляемое населением в районах, городах, поселках, сельских населенных пунктах через местные Советы народных депутатов, соответствующие органы управления — местную администрацию. Одновременно была отменена ст. 151 Конституции РСФСР 1978 г., в соответствии с которой отделы и управления исполнительных комитетов подчинялись в своей деятельности как Советам и их исполнительным комитетам, так и соответствующим вышестоящим органам государственного управления.

Официальное исключение из Конституции положений о местном самоуправлении как разновидности органов государственной власти произошло в соответствии с Законом РФ от 21 апреля 1992 г. № 2708-1. Согласно новой редакции ч. 1 ст. 85 Конституции Съезд и Верховный Совет Российской Федерации, представительные органы республик, краев, областей, автономной области, автономных округов, городов Москвы и Санкт-Петербурга «образуют систему представительных органов государственной власти в Российской Федерации». Тем самым подчеркивалось, что только на двух уровнях — федеральном и субъектов Российской Федерации — существует государственная власть. В статью 85 была включена ч. 2 следующего содержания: «Местные Советы народных депутатов — районные, городские, районные в городах, поселковые, сельские — входят в систему местного самоуправления». Раздел VII стал именоваться «Местное самоуправление в Российской Федерации».

Таким образом, в России в 1992 г. на конституционном уровне состоялось разделение государственной власти и местного самоуправления. Фактическое их разделение было осуществлено после октябрьских событий 1993 г.,

когда практически была ликвидирована советская модель управления на местах. Указами Президента РФ от 9 октября 1993 г. «О реформе представительных органов власти и органов местного самоуправления в Российской Федерации» и от 26 октября 1993 г. «О реформе местного самоуправления в Российской Федерации» была прекращена деятельность городских и районных Советов народных депутатов, их функции переданы соответствующей местной администрации. Кроме того, вторым Указом утверждено Положение «Об основах организации местного самоуправления в Российской Федерации на период поэтапной конституционной реформы»³, в котором подчеркивалось: «...органами местного самоуправления в городах, сельских поселениях, других населенных пунктах являются выборные и другие органы местного самоуправления — собрание представителей (дума, муниципальный комитет и т.п.), глава местного самоуправления (глава администрации, мэр, староста и т.п.)...».

Новая модель местного самоуправления получила свое развитие в Конституции Российской Федерации 1993 г., в ст. 12 которой подчеркнуто, что «местное самоуправление в пределах своих полномочий самостоятельно», органы местного самоуправления не входят в систему органов государственной власти.

Возникает вопрос: хорошо это или плохо? Здесь уместно привести слова одного из авторитетнейших специалистов в области муниципального права профессора В. И. Васильева, сказанные им еще в 2004 г.: «...местное самоуправление в последнее десятилетие, будучи утвержденным в качестве одной из основ конституционного строя, оказалось на обочине государственных забот. Несмотря на многочисленные программы государственной поддержки местного самоуправления, муниципалитеты, во всяком случае значительная их часть, хирели. Конституционные принципы самостоятельности местного самоуправления привели на деле не только к отделению местного самоуправления от государства, но, к сожалению, и к отделению государства от самоуправления»⁴. Справедливыми ради я не могу сказать, что за последние

² Закон РСФСР от 24.05.1991 № 1329-1 «Об изменениях и дополнениях Конституции (Основного закона) РСФСР в связи с реформой местного самоуправления» // Ведомости СНД РСФСР и ВС РСФСР. 1991. № 22. Ст. 778.

³ См.: Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1993. № 44. Ст. 4188.

⁴ *Васильев В. И.* Государственная власть и местное самоуправление: продолжение спора // Конституционные и законодательные основы местного самоуправления в Российской Федерации : сборник научных трудов. М., 2004. С. 6.

годы ситуация в местном самоуправлении кардинально поменялась к лучшему.

Вместе с тем определенные изменения во взаимоотношениях государственной власти и местного самоуправления становятся очевидными и связаны они в первую очередь с огосударствлением последнего. Мне представляется наличие в этом процессе как минимум двух тенденций: официальная передача полномочий от органов государственной власти к органам местного самоуправления и перераспределение полномочий между органами местного самоуправления и органами государственной власти субъекта Российской Федерации.

Первый вариант реализуется достаточно часто, Конституция РФ (ч. 2 ст. 132) прямо предусматривает возможность передачи отдельных государственных полномочий органам местного самоуправления. В этой части положения Конституции детализированы в нормах гл. 4 Федерального закона от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»⁵ (далее — Закон № 131-ФЗ). Во взаимоотношениях между органами исполнительной власти и органами местного самоуправления передача полномочий допускается от федеральных органов исполнительной власти и органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации органам местного самоуправления на основе соответственно федерального закона либо закона субъекта Российской Федерации (ст. 19). Финансовое обеспечение отдельных государственных полномочий, переданных органам местного самоуправления, осуществляется только за счет предоставляемых местным бюджетам субвенций из соответствующих бюджетов. При этом исключается такой способ передачи полномочий от органов исполнительной власти органам местного самоуправления, как соглашение.

На сегодняшний день сложилась устойчивая практика передачи государственных полномочий органам местного самоуправления. Федеральный закон от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ

«Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»⁶ закрепляет 109 полномочий органов государственной власти субъекта Российской Федерации (ч. 2 ст. 26.3), при этом ч. 6 ст. 26.3 устанавливает, что из этого перечня органы местного самоуправления не могут делиться лишь 23 полномочиями. К примеру, в Республике Коми органы местного самоуправления единым законом наделяются указанными полномочиями по 9 вопросам (предметам) ведения субъекта Российской Федерации, в Архангельской области — по 14 вопросам (предметам) ведения; в Кировской и Пермской областях такое наделение осуществляется в форме отдельных законов, но их количество в каждом регионе соизмеримо с вышеназванными показателями⁷. При этом обычно органы местного самоуправления больше беспокоит вопрос не о том, что они получили какие-то права и обязанности, а о том, как это сопровождается одновременной передачей им финансовых средств. Поэтому качество исполнения государственных полномочий оставляет желать лучшего.

Здесь уместно обратить внимание на то, что исполнение переданных полномочий остается под постоянным государственным контролем. Конституционный Суд в постановлении от 30 ноября 2000 г. № 15-П указал, что Конституция РФ прямо предусматривает подконтрольность государству реализации органами местного самоуправления переданных им государственных полномочий и предполагает контроль над законностью при решении ими вопросов местного значения, т.е. при осуществлении собственно полномочий местного самоуправления (ч. 2 ст. 132, ч. 2 ст. 15). Формы и способы такого контроля, его механизм и порядок осуществления не могут нарушать гарантии самостоятельности местного самоуправления, установленные Конституцией РФ и принятыми в соответствии с нею федеральными законами, и противоречить принципу разделения властей⁸.

⁵ СЗ РФ. 2003. № 40. Ст. 3822.

⁶ СЗ РФ. 1999. № 42. Ст. 5005.

⁷ См.: Чалых И. С. Оптимизация института наделения органов местного самоуправления отдельными государственными полномочиями в Российской Федерации // Современное право. 2017. № 6. С. 10—15.

⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 30 ноября 2000 г. № 15-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Устава (Основного закона) Курской области в редакции Закона Курской области от 22 марта 1999 г. “О внесении изменений и дополнений в Устав (Основной закон) Курской области”» // СЗ РФ. 2000. № 50. Ст. 4943.

Таким образом, в этом случае речь идет не о разграничении полномочий как таковом, а лишь о делегировании на нижестоящий уровень осуществления уже разграниченных и закрепленных за каждым уровнем публичной власти полномочий.

Вторая тенденция «огосударствления» связана с перераспределением полномочий от органов местного самоуправления к органам исполнительной власти субъектов Российской Федерации и еще не получила должного разрешения в юридической литературе. При этом уже существует несколько нормативных правовых моделей.

1. Статьей 75 Закона № 131-ФЗ предусмотрена возможность временного осуществления исполнительными органами государственной власти субъекта Российской Федерации отдельных полномочий органов местного самоуправления в связи со стихийным бедствием, катастрофой, иной чрезвычайной ситуацией — при условии, что представительный орган муниципального образования и местная администрация отсутствуют и (или) не могут быть сформированы. Решение о временном осуществлении исполнительными органами государственной власти субъекта Российской Федерации соответствующих полномочий органов местного самоуправления принимается высшим должностным лицом субъекта Российской Федерации (руководителем высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации) на основании решения представительного органа местного самоуправления или решения законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации, принимаемого большинством не менее 2/3 голосов от установленного числа депутатов.

Иные основания временного осуществления исполнительными органами государственной власти субъекта Российской Федерации отдельных полномочий органов местного самоуправления также связаны с особыми условиями, к которым относится принятие решений, совершение действий (бездействия) органов местного самоуправления, если при этом возникает просроченная задолженность муниципальных образований по исполнению своих долговых и (или) бюджетных обязательств, а также если бюджетные средства используются нецелевым образом.

Названные основания имеют чрезвычайный характер и не могут быть использованы для разрешения вопроса о передаче полномочий от органов местного самоуправления органам исполнительной власти на постоянной основе.

2. Одним из кардинальных вариантов расширения полномочий субъектов Российской Федерации в социальной сфере может стать решение этой задачи федеральным законодателем. Вопросы здравоохранения, общего образования, как и другие отраслевые направления деятельности органов местного самоуправления, могут быть исключены из числа вопросов местного значения и переданы в ведение субъектов Российской Федерации на основе федерального закона. Такое решение согласуется с ч. 1 ст. 72 Конституции РФ, закрепляющим многие социальные функции в совместном ведении Российской Федерации и ее субъектов.

В качестве примера можно привести область здравоохранения, где соответствующие полномочия были повсеместно переданы субъектам Российской Федерации. Статья 17 Федерального закона от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» закрепила положение о том, что органы местного самоуправления обеспечивают организацию оказания медицинской помощи в медицинских организациях муниципальной системы здравоохранения только в случае передачи им соответствующих полномочий.

3. «Перспективным» вариантом расширения «огосударствления» местного самоуправления видится использование положений ч. 1.2 ст. 17 Закона № 131-ФЗ, согласно которым может проводиться перераспределение полномочий между органами местного самоуправления и органами исполнительной власти субъекта Российской Федерации. Данная и аналогичная ей норма — ч. 6.1 ст. 26.3 Федерального закона № 184-ФЗ — были закреплены Федеральным законом от 27 мая 2014 г. № 136-ФЗ «О внесении изменений в ст. 26.3 Федерального закона “Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации” и Федеральный закон “Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации”» (далее — Закон № 136-ФЗ)⁹.

Указанными нормами определено, что законами субъекта Российской Федерации

⁹ СПС «КонсультантПлюс».

может осуществляться перераспределение полномочий между органами местного самоуправления и органами государственной власти субъекта Российской Федерации. Перераспределение полномочий допускается на срок не менее срока полномочий законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации. Такие законы субъекта Российской Федерации вступают в силу с начала очередного финансового года.

Не допускается отнесение к полномочиям органов государственной власти субъекта Российской Федерации полномочий органов местного самоуправления в сферах управления муниципальной собственностью, формирования, утверждения и исполнения местного бюджета, осуществления охраны общественного порядка, установления структуры органов местного самоуправления, изменения границ территории муниципального образования, а также полномочий, предусмотренных п. 1, 2, 7, 8 ч. 1 ст. 17 и ч. 10 ст. 35 (исключительные полномочия представительного органа местного самоуправления) Закона № 131-ФЗ.

По данным Минюста России (по состоянию на 01.03.2017)¹⁰, законы о перераспределении

полномочий между органами местного самоуправления и органами государственной власти субъектов Российской Федерации (с передачей полномочий по решению вопросов местного значения от органов местного самоуправления к органам исполнительной власти субъектов Российской Федерации), принимаемые в рамках реализации регулятивных полномочий органов государственной власти субъектов Российской Федерации, предоставленных им Законом № 136-ФЗ, в 2016 г. действовали в 38 субъектах Российской Федерации и затрагивали 5,2 тыс. муниципальных образований; в 2017 г. — в 42 субъектах Российской Федерации и затрагивали 4,4 тыс. муниципальных образований.

С 2017 г. вступили в силу законы о перераспределении полномочий в Республике Коми, Республике Северная Осетия — Алания, Белгородской, Калининградской и Тверской областях. Так, в настоящее время многие субъекты Российской Федерации приняли законы о возложении на себя полномочий органов местного самоуправления в следующих областях: градостроительство¹¹; транспорт и дорожная деятельность¹²; электро-, газо- и водоснабжение и водоотведение¹³; реклама¹⁴.

¹⁰ См.: Информационно-аналитические материалы о развитии системы местного самоуправления в Российской Федерации (данные за 2016 г. — начало 2017 г.). Мониторинг Минюста России // URL: http://minjust.ru/sites/default/files/monitoring-msu-2017_11283.docx.

¹¹ См., например: Закон Московской области от 24.07.2014 № 106/2014-ОЗ «О перераспределении полномочий между органами местного самоуправления муниципальных образований Московской области и органами государственной власти Московской области»; Закон Ленинградской области от 07.07.2014 № 45-оз «О перераспределении полномочий в области градостроительной деятельности между органами государственной власти Ленинградской области и органами местного самоуправления Ленинградской области»; Закон Тамбовской области от 28.12.2015 № 618-З «О перераспределении отдельных полномочий в сфере градостроительной деятельности между органами местного самоуправления муниципального образования городского округа “город Тамбов” и органами государственной власти Тамбовской области».

¹² См.: Закон Чувашской Республики от 29.12.2015 № 84 «О перераспределении полномочий в области дорожной деятельности по проектированию, строительству, реконструкции автомобильных дорог общего пользования местного значения между органами местного самоуправления городских, сельских поселений и муниципальных районов Чувашской Республики и органами государственной власти Чувашской Республики»; областной закон Новгородской области от 27.10.2014 № 646-ОЗ «О перераспределении полномочий по организации транспортного обслуживания населения между поселениями в границах муниципального района, в границах городского округа, городского и сельского поселения Новгородской области между органами местного самоуправления Новгородской области и органами государственной власти Новгородской области».

¹³ См.: Закон Камчатского края от 30.07.2015 № 660 «О перераспределении отдельных полномочий в сфере водоснабжения и водоотведения между органами местного самоуправления муниципальных образований в Камчатском крае и органами государственной власти Камчатского края».

¹⁴ См.: Закон Свердловской области от 20.07.2015 № 85-ОЗ «О перераспределении отдельных полномочий в сфере рекламы между органами местного самоуправления городских округов и муниципальных

Законы, предусматривающие повсеместное перераспределение значительного массива (от 11 и более) полномочий органов местного самоуправления по решению вопросов местного значения сразу в нескольких сферах деятельности, действуют в 4 субъектах Российской Федерации — Московской, Орловской и Ульяновской областях, а также в Ненецком автономном округе. Наиболее распространенной практикой является перераспределение группы полномочий в одной или нескольких смежных сферах, затрагивающих все муниципальные образования определенного вида (типа). Например, в Ненецком автономном округе региональным законом от 19 сентября 2014 г. № 95-ОЗ «О перераспределении полномочий между органами местного самоуправления муниципальных образований Ненецкого автономного округа и органами государственной власти Ненецкого автономного округа» органам государственной власти передано более 20 полномочий органов местного самоуправления городского поселе-

ния Ненецкого автономного округа по решению различных вопросов местного значения: от организации в границах поселения электро-, тепло-, газо- и водоснабжения населения, водоотведения и организации строительства муниципального жилищного фонда до обеспечения условий для развития на территории поселения досуга, физической культуры, школьного спорта и массового спорта¹⁵.

Таким образом, огосударствление местного самоуправления в настоящее время происходит двумя способами: 1) посредством передачи государственных полномочий органам местного самоуправления; 2) путем перераспределения полномочий между органами местного самоуправления и органами государственной власти субъектов Российской Федерации в соответствии с федеральными законами и законами субъектов Российской Федерации. При этом второй способ доминирует, способствуя фактическому превращению местного самоуправления в один из уровней исполнительной власти.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Васильев В. И. Государственная власть и местное самоуправление: продолжение спора // Конституционные и законодательные основы местного самоуправления в Российской Федерации : сборник научных трудов. — М., 2004.
2. Чалых И. С. Оптимизация института наделения органов местного самоуправления отдельными государственными полномочиями в Российской Федерации // Современное право. — 2017. — № 6. — С. 10—15.

Материал поступил в редакцию 7 апреля 2018 г.

THE ISSUE OF GOVERNMENTALIZATION OF LOCAL SELF-GOVERNMENT

ZUBAREV Sergei Mikhailovich, Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Administrative Law and Procedure of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
smzubarev@msal.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The paper analyzes the new realities in interrelations between the state power and local self-government related to the process of governmentalization of local self-government. This problem was raised by the author in his report at the IXth Annual All-Russian Scientific and Practical Conference "Actual Problems of Administrative and Procedural Law" (Sorokin's Readings) that was held on 23 March 2018 at the St. Petersburg University of the Ministry of Internal Affairs of Russia. In this paper the author's conclusions about the two trends in the process of nationalization are further developed: official delegation of powers from public authorities to local government and reauthorization of powers between local governments and public authorities of a constituent entity of the*

районов, расположенных на территории Свердловской области, и органами государственной власти Свердловской области».

¹⁵ См.: URL: <http://docs.cntd.ru/document/411708062>.

Russian Federation. The first trend based on the provisions of Part 2 of Article 132 of the Constitution of the Russian Federation is well studied by lawyers and is actively applied in practice, the second trend has not yet been subjected to proper consideration in the legal literature. At the same time, the legislation already contains several legal models of reauthorization of powers between local authorities and public authorities of the constituent entity of the Russian Federation. The author distinguishes three such models, conventionally referring to them as an emergency model, federal model and regional model. The paper dwells on the content of the legal models in question, shows their impact on the process of the actual transformation of local government into one of the levels of executive power.

Keywords: *Executive power, local self-government body, governmentalization, transfer of powers from public authorities to local self-government bodies, reauthorization of powers between local self-government bodies and public authorities of a constituent entity of the Russian Federation.*

REFERENCES

1. Vasilyev V. I. Gosudarstvennaya vlast i mestnoe samoupravlenie: prodolzhenie spora [The state power and local self-government: continuation of the dispute]. Constitutional and Legislative Framework of Local Self-Government in the Russian Federation : Collection of Scientific Works. Moscow, 2004. (In Russian)
2. Chalykh I. S. Optimizatsiya instituta nadeleniya organov mestnogo samoupravleniya otdelnymi gosudarstvennymi polnomochiyami v Rossiyskoy Federatsii [Optimization of the Institute of authorizing local self-government bodies with certain state powers in the Russian Federation]. *Sovremennoe pravo*. 2017. No. 6. P. 10—15. (In Russian)

СЛЕДСТВЕННОЕ ПОЗНАНИЕ КАК ОБЪЕКТ МЕЖДИСЦИПЛИНАРНОГО ИССЛЕДОВАНИЯ

Аннотация. Статья посвящена актуальным проблемам теории и практики познавательной деятельности следователя в сфере досудебного уголовного производства. Высказанные авторами идеи, разработанные положения и рекомендации, характеристики и классификации, касающиеся предмета, методов, средств и технологий познавательной миссии следователя, базируются на эмпирически установленных закономерностях двух групп (категорий). Первая — закономерности криминального и связанных с ним видов юридически значимого поведения (деятельности), а также процесса его отражения в окружающей материальной среде. Вторая группа — закономерности, лежащие в основе организации и осуществления антикриминальной следственной деятельности в стадиях возбуждения уголовного дела и предварительного расследования. Значительное внимание уделено вопросам соотношения понятий следственного познания и распознавания, сущности и механизмов указанных форм (направлений) профессиональной деятельности следователя, применения на практике метода так называемого обратного причинного следования в целях установления причин и других обстоятельств общественно опасных происшествий, а также проблеме формирования, взаимодействия и распознавания мысленных образов деяний с признаками преступлений. Наряду с этим, в статье нашли отражение сформулированные авторами определения понятий следственного познания и следственного распознавания, уголовно-релевантных объектов, механизмов следственного познания и распознавания.

Ключевые слова: следственное познание, следственное распознавание, уголовно-релевантные объекты и признаки, наглядно-чувственные и мысленные образы, механизм взаимодействия, идеальные модели, уголовно-релевантная информация, распознавание образов.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.145.12.090-100

© Корма В. Д., Образцов В. А., 2018

* Корма Василий Дмитриевич, доктор юридических наук, профессор кафедры криминалистики Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
v.d.korma@gmail.com

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

** Образцов Виктор Александрович, доктор юридических наук, профессор, ветеран Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

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

ЧАСТЬ 1. ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ СЛЕДСТВЕННОГО ПОЗНАНИЯ

Процессуальное познание следователя не существует вне его профессиональной деятельности и само является деятельностью. По своей логико-гносеологической характеристике данная деятельность следователя ничем не отличается от других видов познавательной практики человека, в том числе реализуемой на профессиональной основе.

В гносеологии (метанауке о познании) под познанием как высшей формой отражения действительности в сознании понимается процесс взаимодействия познающего субъекта с объектом его активности, направленный на овладение знанием об этом объекте (или о себе самом в контексте самопознания)¹. «Познание — это движение от внешних представлений о конкретностях, данных в непосредственном созерцании, к глубинной сущности всей их совокупности, что достигается посредством абстрагирования от них и формирования соответствующей серии понятий и определений. Вслед за этим познание вновь возвращается к данным конкретностям как уже понятым в системе закономерностей их развития»².

Не составляет в этом плане исключения и следственная познавательная деятельность. Как частный случай познания объективной действительности, она опирается на общие положения теории научного и практического познания, интерпретируемые в криминалистике применительно к специфике обслуживаемой ею сферы юридической практики. Вместе с тем следственному познанию присуща значительная специфика, обусловленная комплексом факторов субъективного и объективного характера. Выделим главные из них. Начнем с особенностей характеристик двух определяющих элементов любой познавательной деятельности — субъекта познания и познаваемого им объекта (объектов).

Под субъектом познания в гносеологии подразумевается активно действующий, обладающий сознанием и волей индивид либо группа индивидов. Под объектом имеется в виду какой-либо фрагмент реальности, элемент, часть природного или социального бытия, на которую направлена познавательная активность³.

В нашем случае таким субъектом является следователь — должностное лицо Следственного комитета РФ, наделенное полномочиями проведения проверки сообщений о преступлениях, возбуждения уголовных дел и производства предварительного расследования⁴. Свою познавательную функцию следователь реализует в режиме уголовно-процессуального доказывания в сфере досудебного уголовного производства. Правовой формой достижения целей при этом служат перечисленные в УПК РФ процессуальные действия, производимые с обязательным соблюдением соответствующих нормативно-правовых принципов, правил, порядка и условий.

В ходе своей деятельности следователь взаимодействует с различными видами уголовно-релевантных объектов, под которыми понимаются потенциальные и реальные участники уголовного процесса, являющиеся носителями личной доказательственной и ориентирующей информации, а также явления, события, предметы, материально фиксированные следы и другие объекты, имеющие значение для установления истины и принятия адекватных действительности правовых и организационно-тактических решений в стадиях возбуждения уголовного дела и предварительного расследования. Данные объекты могут классифицироваться по различным основаниям. (Например, применительно к стадиям досудебного уголовного производства, а также в зависимости от характера задач, решению которых способствует соответствующий вариант классификационной конструкции.) Базовым, наиболее значимым для теории и практики следственного познания представляется дихотомическое деление таких объектов на

¹ См., например: *Философский энциклопедический словарь*. М., 1983. С. 506—507.

² *Керимов Д. А. Основы философии права*. М., 1992. С. 42.

³ См.: *Лешкевич Т. Г. Философия и теория познания*. М., 2017. С. 315.

⁴ Под понятием «следователь» законодатель подразумевает тех представителей СК РФ, которые занимают одну из должностей: следователя, старшего следователя, следователя по особо важным делам, старшего следователя по особо важным делам, следователя-криминалиста, старшего следователя-криминалиста (Федеральный закон от 28.12.2010 № 403-ФЗ (с изм. на 31.12.2017) «О Следственном комитете Российской Федерации», п. 4 ст. 4.).

наблюдаемые следователем и не наблюдаемые им уголовно-релевантные объекты⁵.

К числу наблюдаемых следователем объектов относятся следующие фрагменты и элементы исследуемой им реалии:

- опрашиваемые (допрашиваемые) следователем подозреваемые, обвиняемые, потерпевшие, свидетели; признаки их внешнего облика; внешне проявляемые ими психофизические и поведенческие реакции; осматриваемые части тела, элементы одежды, ручная кладь и другие сопутствующие фигурантам дела вещи;
- обнаруженные: а) материально фиксированные следы исследуемых преступных деяний и других событий; б) некоторые факты, относящиеся к числу общественно опасных последствий совершенного преступления (обгоревший дом; обезображенное лицо человека и др.); в) сохранившиеся продукты преступной деятельности (поддельные документы, неиспользованные взрывные устройства и т.д.); г) найденные предметы преступного посягательства (похищенные вещи, драгоценности, произведения искусства и др.); д) обстановка на месте происшествия и другие существующие в действительности, сохранившие на момент текущего познания свои свойства объекты, имеющие существенное значение для дела, в том числе письменные и иные документы (фотодокументы, фонограммы, видеоматериалы и т.д.), а также предметы и вещества (оружие, наркотические вещества и т.д.), переданные следователю потерпевшими, адвокатами, оперативными работниками, подозреваемыми и другими участниками уголовного процесса.

В круг не наблюдаемых следователем уголовно-релевантных объектов входят:

- устанавливаемые им события, явления, процессы и другие факты из области прошлого, а также объективно возможные в будущем факты, события, состояния и т.д., распознаваемые на уровне предвидения, прогноза (о возможном появлении в том или ином месте разыскиваемого преступника; о факте и возможном времени наступления смерти потерпевшего, находящегося на излечении в больнице после совершенного в отношении него посягательства и т.д.)⁶;
- имеющие значение для дела не наблюдаемые следователем события, процессы, явления, протекающие параллельно его деятельности;
- скрывшиеся подозреваемые, а также обвиняемые и осужденные лица, бежавшие из-под стражи;
- скрывшиеся с места происшествия неизвестные преступники, а также устанавливаемые неизвестные очевидцы содеянного и потерпевшие;
- не имеющие материального выражения (воплощения) устанавливаемые идеальные объекты (образы) реалий, отражаемые в правовых, криминалистических, психологических и иных научных понятиях (например, событие, состав, цель, мотив, способ преступления; вина; виновность; достоверность информации; допустимость доказательства);
- устанавливаемые по делу замаскированные, уничтоженные, разрушенные или несохранившиеся (утраченные) по каким-то иным причинам материальные объекты (Например, сожженная одежда, в которую был

⁵ В философской литературе под наблюдаемыми объектами подразумеваются объекты (люди, предметы материального мира, явления, процессы и т.д.), которые непосредственно или путем использования приборов, аппаратуры могут восприниматься органами чувств исследователя. ненаблюдаемыми являются объекты, остающиеся за порогом чувственного восприятия. К последним, в частности, относятся различные абстрактные субстанции (теоретические конструкции типа «точечная масса», «потенциал», «сущность» и тому подобные, не имеющие материального выражения объекты), а также некоторые реальные, конкретные объекты (например, электромагнитное поле, атомные и субатомные частицы, фотоны), чувственное восприятие которых оказывается невозможным вследствие несоизмеримости их свойств с разрешающей способностью органов чувств и приборов, которыми пользуются в научном или практическом исследовании (см., например: *Лекторский В. А. Субъект, объект, познание.* М., 1980).

⁶ Участие следователя в производстве по уголовному делу исключается, если он: 1) является потерпевшим, гражданским истцом, гражданским ответчиком или свидетелем по данному делу; 2) является близким родственником или родственником одного из участников производства по данному делу; 3) при наличии других обстоятельств, предусмотренных ст. 61 УПК РФ, дающих основания полагать, что он лично, прямо или косвенно заинтересован в исходе данного уголовного дела.

- одет преступник во время совершения преступления);
- недоступные для органов чувств следователя (не наблюдаемые им) признаки, свойства, связи и отношения наблюдаемых им объектов;
 - реально существующие, но не обнаруженные на момент исследования материальные объекты (сокрытый труп убитого человека, место нахождения которого неизвестно; угнанное в неизвестном направлении транспортное средство и т.д.).

В переводе на язык материального и процессуального уголовного права и теории доказательств, не наблюдаемые следователем уголовно-релевантные объекты представляют собой обстоятельства, имеющие значение для уголовного судопроизводства. (В ином контексте их определяют как обстоятельства, подлежащие доказыванию по уголовным делам (ст. 73 УПК РФ).)

Особое значение в этой связи придается обстоятельствам, относящимся к предмету доказывания (к так называемому главному факту), — событию преступления: времени, месту, способу совершения преступления, виновности лица, совершившего преступление и т.д. (Все другие обстоятельства содеянного становятся значимыми, если вопрос о виновности обвиняемого решен положительно.) Для того чтобы установить все факты, входящие в предмет доказывания, чаще всего необходимо доказать обстоятельства, прямо не указанные в ч. 1 ст. 73 УПК РФ, но в своей совокупности формирующие основу для вывода о наличии или об отсутствии события преступления, о виновности подозреваемого (обвиняемого) в его совершении, а также о характере и степени ответственности этого лица, характере и размере причиненного им вреда. В процессуальной литературе данные обстоятельства принято называть доказательственными фактами. Эти факты способствуют установлению главного факта. В то же время они сами должны быть доказаны⁷.

Перечисленные в ст. 73 УПК РФ обстоятельства подлежат доказыванию по всем без исключения уголовным делам. Они конкретизируются

и дополняются путем обращения к объектам и признакам, отраженным: 1) в предмете доказывания по некоторым категориям дел, в отношении которых установлен особый порядок судебного производства (например, по делам о несовершеннолетних обвиняемых); 2) в нормах Особенной части УК РФ, предусматривающих ответственность за совершение отдельных видов преступлений; 3) в ряде иных норм Общей части УК РФ, содержащих указания на некоторые важные обстоятельства, имеющие значение для уголовных дел (например, нормы, включенные в гл. 8 «Обстоятельства, исключающие преступность деяния», в частности ст. 37 «Необходимая оборона» и ст. 39 «Крайняя необходимость»; в гл. 4 «Лица, подлежащие уголовной ответственности»; в гл. 5 «Вина», в частности ст. 28 «Невиновное причинение вреда»; в гл. 10 «Назначение наказания», в частности ст. 61 «Обстоятельства, смягчающие наказание» и ст. 63 «Обстоятельства, отягчающие наказание»).

Как видно из вышеизложенного, важной специфической чертой следственного познания является исключительно широкий круг самых разнообразных, различного порядка идеальных и материальных объектов живой и неживой природы, а также тех или иных отдельных действий, видов поведения, деятельности конструктивного, общественно-полезного и деструктивного, противоправного, общественно опасного характера. В этом заключается еще одна особенность следственного познания, которая нехарактерна для других видов познавательной практики⁸.

Важное значение для составления полного представления о специфике следственного познания имеет также тот факт, что познавательная активность следователя обращена в сторону событий прошлого.

Принято считать, что профессия следователя связана с решением таких задач, как выявление, раскрытие, пресечение и предотвращение преступлений. Это правильно, но не во всех отношениях. Для следователя выявленное и расследуемое им преступление действительно является событием из области прошлого. Однако

⁷ См., например, Уголовно-процессуальное право Российской Федерации / под ред. И. Л. Петрухина. М., 2006. С. 189.

⁸ Например, в отличие от следователя лечащий врач имеет дело с одним из видов объектов — человеком с признаками заболевания. Врач, как известно, изучает историю болезни пациента, распознает симптомы и ставит диагноз заболевания, назначает курс лечения в целях избавления больного от страданий и избавления от его недуга.

для того, чтобы выявить и раскрыть преступление и успешно решить другие задачи, ему необходимо не только установить личность преступника и обстоятельства содеянного им, но и выявить и глубоко изучить так или иначе связанные с этим событием другие явления пред- и посткриминального характера, а подчас еще и некоторые протекавшие параллельно преступлению события. Причем они касаются не только юридически и познавательно значимых фактов поведения (деятельности) подозреваемого (обвиняемого), но и потерпевшего, а порой и ключевых свидетелей.

Не менее важно и другое: познавательная миссия следователя зачастую сопряжена с необходимостью преодоления активного противодействия, которое оказывают ему лица, не заинтересованные в установлении истины и принятии адекватных фактическим обстоятельствам правовых и организационно-тактических решений. (И это происходит едва ли ни по каждому делу.) Отсюда и исключительно широкий круг различных по характеру познавательных, поисковых и других следственных задач, связанных с необходимостью установления и опровержения заведомо ложных показаний, сфабрикованных алиби, распознавания поддельных документов, различного рода инсценировок и прочих криминальных фикций и дезинформаций⁹. Объем работы и трудностей существенно возрастает, когда следователю приходится иметь дело с фактами сокрытия трупов убитых людей, орудий преступления, использования, сбыта, переделки угнанных транспортных средств, фальсификации следов на месте совершения преступления и физической ликвидации злоумышленниками потерпевших и очевидцев содеянного.

Наряду с этим, следователям нередко приходится тратить силы и время на решение, как говорится, «внеплановых» задач. Имеются в виду далеко не единичные случаи организации и осуществления следственного познания в условиях информационной неопределенности, обусловленной размытостью следовой картины общественно опасного происшествия, отсутствием в ней четких признаков, указывающих на природу и непосредственную причину исследуемого события. Ситуации такого рода характерны не только для умышленных преступлений, но и для преступлений, совершенных

по неосторожности. В таких случаях часто допускаются ошибки в диагностике (распознавании) происшедшего. Наиболее характерно это для дел, возбуждаемых по факту обнаружения происшествий, сопряженных с причинением вреда жизни, здоровью людей, а также крупного материального ущерба. Причем указанные происшествия на этапе первоначальных следственных действий обычно воспринимаются и квалифицируются как общественно опасные. И лишь позднее, в ходе дальнейшего расследования, а то и в суде, порой выясняется, что то, что ранее принималось за общественно опасное происшествие с признаками преступления, в действительности было, как это ни странно звучит, общественно полезным деянием. (Примеров тому можно привести сколько угодно, в частности, взятых из практики реабилитации ошибочно обвиненных в совершении убийств или причинении тяжкого вреда здоровью, а также другим охраняемым уголовным законом интересам в случае установления, что действия обвиняемых совершены при обстоятельствах, исключающих преступность деяния (гл. 8 УК РФ).)

Наряду с этим, в круг объектов, являющихся предметом следственного обнаружения и доказывания, входят и другие категории уголовно-релевантных деяний с признаками преступлений, за совершение которых уголовная ответственность не наступает. К их числу относятся, в частности, такие деяния: 1) действия (бездействие), хотя формально и содержащие признаки преступления, но в силу малозначительности не представляющие общественной опасности (ст. 14 УК РФ); 2) общественно опасные деяния, совершенные невменяемыми (ст. 19, 21 УК РФ); 3) общественно опасные деяния, совершенные лицами, не достигшими возраста, с которого наступает уголовная ответственность.

Поэтому применительно к процессуально-криминалистической характеристике объектов следственного познания более точным представляется употребление не понятия «преступление», а более широкой по объему терминологии — общественно опасные деяния, содержащие признаки преступлений. Тем более что даже те деяния, которые обоснованно квалифицируются следователем как преступления, в юридическом смысле могут быть признаны таковыми лишь в случае вынесения судом

⁹ Подробнее об этом см.: *Образцов В. А.* Криминалистика: парные категории. М., 2007 ; *Образцов В. А., Бертовский Л. В., Бертовская Н. Л.* Фикции в криминальной, оперативно-розыскной и следственной практике. М., 2012.

обвинительного приговора, вступившего в законную силу. Специфика следственного познания проявляется также в том, что деятельность следователя каждый раз протекает в условиях, непохожих по характеру и содержанию ситуаций, существенно отличающихся одна от другой по временным, пространственным, погодноклиматическим характеристикам, объему и качеству имеющейся фактической информации.

Вопрос о необходимости преодоления дефицита полезной информации наиболее остро стоит при решении познавательных задач в стадии возбуждения уголовного дела. Как и во времена СССР, так и в постсоветский период криминалистические аспекты познавательной деятельности следователя в литературе рассматриваются в контексте традиционной увязки их со стадией предварительного расследования. Судя по всему, такой подход давно устарел и нуждается в серьезном обновлении с позиции современных правовых реалий и фактического положения вещей.

На современном этапе борьбы с преступностью всё большую актуальность приобретает задача повышения эффективности следственной практики не только после, но и в первую очередь до возбуждения уголовного дела.

Как указано в ст. 144 УПК РФ, следственное познание начинается с момента официального принятия, регистрации и проверки информации о готовящемся, совершаемом или совершенном преступлении. Перечень форм и источников такой информации (поводов к возбуждению уголовных дел) содержится в ст. 140 УПК РФ. Ими могут быть письменные и устные заявления о преступлении, явка с повинной, сообщения о преступлении, поступившие из других источников. По общему правилу (ст. 144 УПК РФ) проверка сообщения о преступлении должна быть завершена не позднее 3 суток со дня его поступления. В ряде случаев, определенных законодателем и зафиксированных в ст. 144 УПК РФ, она может быть продлена на срок до 10, 15 либо до 30 суток.

Согласно ч. 2 ст. 140 УПК РФ основаниями для возбуждения уголовного дела служат собран-

ные в ходе проверки сообщения достаточные данные, указывающие на то, что исследуемое деяние содержит признаки преступления¹⁰.

Решение об отказе в возбуждении уголовного дела или о прекращении уголовного дела и уголовного преследования может быть принято по различным основаниям, перечисленным в нормах гл. 4 УПК РФ. К числу общих для различных ситуаций оснований указанных видов решений относятся прежде всего два: отсутствие события преступления и отсутствие в деянии состава преступления.

Исходя из принципов правовой доктрины отечественного судопроизводства, положений теории доказательственного права, решения о возбуждении уголовных дел, как и решения об отказе в возбуждении таковых, должны приниматься не на основе предположений, а на основе истинных, достаточных знаний. (Истина — это адекватное отражение действительности в сознании человека. Истинное знание соответствует действительности. Ложное, ошибочное знание не соответствует истине¹¹.)

В уголовном судопроизводстве истинным считается не просто адекватное действительности, а проверенное и доказанное знание, опирающееся на собранные, как принято считать, а точнее говоря — произведенные, следователем доказательства. Доказательства не возникают в криминальной ситуации и не висят на ветках, как яблоки в саду. Следователь собирает не доказательства, а доказательственную и ориентирующую уголовно-релевантную информацию (сведения, фактические данные), которая после ее мысленной переработки и подлежащей проверки может приобрести статус доказательства (доказательственной информации), а может и не стать им.

Собирается ли доказательственная информация в стадии возбуждения уголовного дела? Судя по всему, ответ на этот вопрос может быть только положительным. Следственное познание в этой стадии полностью соответствует признакам родового понятия деятельности. Как правильно констатируется в процессуальной литературе¹², познавательная деятельность

¹⁰ В криминалистической и уголовно-процессуальной литературе отмечается, что для принятия решения о возбуждении уголовного дела не обязательно наличие знаний о всех элементах предмета доказывания. Основания для принятия данного решения образуют фактические данные, относящиеся к объекту и объективной стороне преступления.

¹¹ См., например: Коршунов А. М. Познание и деятельность. М., 1984. С. 124.

¹² См., например: Уголовно-процессуальное право Российской Федерации / под ред. И. Л. Петрухина. М., 2006. С. 316—317.

в стадии возбуждения уголовного дела имеет четко выраженные начальные и конечные моменты, подчинена своим собственным задачам, характерным для данного отрезка уголовного процесса. От своевременного и правильного решения этих задач зависит многое: обнаружение и закрепление следов исследуемого деяния, предотвращение готовящегося, пресечение начатого, но еще не законченного преступления, а также получение ответа на вопрос, будет ли установлена истина и раскрыто преступление или следственная деятельность зайдет в тупик.

Следственная проверка сообщения о преступлении в стадии возбуждения уголовного дела по правовой и гносеологической характеристикам полностью соответствуют смыслу того, что в УПК РФ называется проверкой доказательств по уголовному делу. И то и другое осуществляется в рамках познавательной уголовно-процессуальной деятельности следователя со всеми основными атрибутами, присущими сознательной, целенаправленной деятельности человека (субъект, объект, цель, задачи, методы и средства решения задач и т.д.). Отличаются друг от друга данные виды проверок лишь характером, объемом, содержанием целей и задач, а также установленными законодателем для их решения временными интервалами и более широкой номенклатурой следственных действий в стадии предварительного расследования по сравнению с теми, которые следователь вправе производить в стадии возбуждения уголовного дела.

С точки зрения законодателя, нашедшей отражение в ч. 1 ст. 74 УПК РФ, под доказательствами понимаются «любые сведения», на основе которых устанавливается «наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, а также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела». Как сказано в ст. 86 УПК РФ, собирание доказательств осуществляется путем производства «следственных и иных процессуальных действий, предусмотренных настоящим Кодексом».

Ответ на вопрос о том, какие процессуальные действия следователь (как и дознаватель, орган дознания, руководитель следственного органа) вправе производить при проверке сообщения о преступлении, содержится в ч. 1 ст. 144 УПК РФ. В перечень упомянутых действий законодателем включены: 1) получение объяснений и образцов для сравнительного

исследования; 2) истребование либо изъятие документов и предметов; 3) назначение судебной экспертизы, принятие участия в ее производстве, получение заключения эксперта; 4) производство осмотра места происшествия, предметов, трупов, освидетельствование; 5) требование производства документальных проверок, ревизий, исследований документов, предметов, трупов; 6) привлечение к участию в этих действиях специалистов; б) дача органам дознания обязательного для исполнения письменного поручения о проведении оперативно-розыскных мероприятий. С рассматриваемой точки зрения важно также содержащееся в п. 2 ч. 1 ст. 144 УПК РФ указание на то, что полученные в ходе проверки сообщения о преступлении сведения могут быть использованы в качестве доказательств при условии соблюдения положений ст. 75 (о недопустимых доказательствах) и ст. 89 (об использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности) УПК РФ.

Изложенное свидетельствует, что следственное познание в стадии возбуждения уголовного дела и в стадии предварительного расследования представляет собой две относительно самостоятельные формы процессуальной познавательной деятельности следователя. В одних случаях, когда она завершается решением об отказе в возбуждении уголовного дела, эта деятельность определяется как некое целое, со всеми присущими ему специфическими атрибутами. В других же случаях, связанных с принятием решения о возбуждении уголовного дела, познавательная деятельность следователя в стадии возбуждения уголовного дела выступает в роли части (первого этапа) целого, каким по отношению к ней является доказательственное познание в сфере досудебного уголовного производства.

Таким образом, в уголовно-процессуальном смысле следственное познание (как полноформатная, двухчастная познающая система) в самом общем виде может быть охарактеризовано как уходящий своими корнями в стадию возбуждения уголовного дела процесс, развивающийся по линии от незнания к знанию предположительному, а от него к достоверному знанию об обстоятельствах, имеющих значение для возбуждения уголовного дела, установления истины и принятия законных, справедливых, обоснованных правовых, организационных, тактических и управленческих решений в сфере досудебного уголовного производства.

Как же выглядит все то, о чем сказано выше, с точки зрения характеристики логико-гносеологических аспектов механизма познавательной деятельности следователя?

Ответ на этот вопрос содержится во второй части статьи, посвященной проблемам следственного распознавания образов уголовно-релевантных объектов.

ЧАСТЬ 2. СУЩНОСТЬ И ОСОБЕННОСТИ СЛЕДСТВЕННОГО ПОЗНАНИЯ КАК ПРОЦЕССА РАСПОЗНАВАНИЯ ОБРАЗОВ УГОЛОВНО-РЕЛЕВАНТНЫХ ОБЪЕКТОВ

Одним из важнейших и необходимых условий оптимизации процедур эффективного воплощения в жизнь норм материального и процессуального уголовного права в досудебном уголовном производстве является глубокое знание следователями и другими полномочными сотрудниками Следственного комитета России закономерностей, лежащих в основе организации и осуществления ими своих служебных обязанностей в деле установления истины, выявления и раскрытия преступлений и уголовного преследования подозреваемых и обвиняемых в совершении инкриминируемых им деяний.

Закономерности, о которых идет речь, в криминалистике подразделяются на две группы.

В **первую группу** включены следующие виды закономерностей:

- закономерные внутренние и внешние связи и отношения, определяющие особенности механизмов приготовления к совершению преступлений, совершения и сокрытия преступлений и иных форм и способов противодействия правоохранительным органам;
- закономерности, связанные с отражением предкриминального, криминального и посткриминального поведения (деятельности) участников преступлений и других уголовно-релевантных событий, наблюдателей таких событий и лиц, пострадавших от рук и действий участников произошедшего;
- закономерности механизмов образования, запечатления, запоминания, воспроизведения информации, содержащейся в так называемых следах памяти в сознании участников и других лиц, контактировавших друг с другом в условиях криминальных ситуаций и вне их;
- закономерности механизмов образования материально-фиксированных следов на

теле, одежде, обуви и других сопутствующих людям вещах, а также на других материальных объектах как элементах окружающей действительности, с которыми взаимодействовали лица указанных категорий в условиях криминальных ситуаций и за их пределами;

- закономерности возникновения, сохранения, распространения, маскировки, фальсификации, видоизменения, уничтожения уголовно-релевантной информации во время и после совершения деяний с признаками преступлений, в том числе в ходе расследования по возбужденным уголовным делам.

В рассмотренный перечень включены закономерности, относящиеся к познаваемой следователем системе. (Например, закономерные связи, существующие между свойствами личности преступника и предметом посягательства, между способами и орудиями преступления и следами их использования, между криминальным поведением преступника и его поведением в посткриминальный период, между следами, обнаруженными на месте совершения одного преступления, и следами, оставленными на месте совершения другого преступления, в случае их совершения одним и тем же лицом.)

Вторая группа — закономерности, лежащие в основе познающей системы, т.е. деятельности следователя и лиц, оказывающих ему организационное, информационное или иное содействие (специалистов, сотрудников органов дознания, судебных экспертов и др.), а также закономерности использования ими средств, методов, специальных знаний и навыков, профессиональных знаний и других возможностей. Первоочередной интерес в этой связи представляют закономерности:

- выявления признаков преступлений;
- обнаружения материальных носителей собираемой информации, их фиксации, осмотра, изъятия (в случае необходимости и возможности), исследования;
- установления неизвестных участников, потерпевших, свидетелей исследуемых деяний;
- производства процессуальных следственных действий, направленных на получение:
 - а) вещной (отражательной, следовой) информации, которая отражена в/на материальных носителях (так называемых немых свидетелях);
 - б) личной информации, отраженной в сознании вышеуказанных участников уголовного производства как носителей следов памяти; в) со-

держатся на их теле, обуви, одежде и других сопутствующих вещах материальных следов, возникших в ходе взаимодействия друг с другом и элементами окружающей материальной микросреды в условиях криминальных и иных ситуаций, представляющих следственный интерес;

— фиксации, накопления, проверки, преобразования полученной информации в доказательство и использования их в целях установления обстоятельств, подлежащих доказыванию.

Но это не всё.

На «вооружении» следственной практики, наряду с теми, о которых сказано выше (назовем их условно специальными), находится и другой клубок тесно сплетенных, пересекающихся, взаимосвязанных, взаимообуславливающих форм, видов, вариантов закономерностей универсального характера, реализуемых на всех этапах и стадиях досудебного уголовного произ-

водства в самых различных ситуациях. Речь идет о закономерных связях и отношениях между наблюдаемым и ненаблюдаемым; настоящим, прошлым и будущим; общим, особенным и отдельным (единичным); отражающим и отражаемым; чувственным, непосредственным и рациональным, опосредованным; психическим и физическим; реальным и воображаемым; идеальным и материальным; причиной и следствием; предположительным и достоверным.

Результаты интерпретации указанных закономерностей в свете обобщенных данных, полученных в ходе изучения следственной практики по делам различных категорий, дают основания для ряда выводов концептуального характера, направленных на уточнение и развитие существующей в криминалистике парадигмы следственного распознавания как необходимой составляющей поисково-познавательной активности следователя.

Продолжение в следующем номере.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Белкин Р. С., Винберг А. И. Криминалистика и доказывание. — М. : Юрид. лит., 1969. — 216 с.
2. Белкин Р. С. Криминалистическая энциклопедия. — М. : Мегатрон XXI, 2000. — 334 с.
3. Белкин Р. С. Курс криминалистики. — М. : Юнити-Дана, Закон и право, 2001. — 837 с.
4. Васильев В. Л. Юридическая психология. — М. : Юрид. лит., 1971. — 654 с.
5. Керимов Д. А. Основы философии права. — М. : Манускрипт, 1992. — 191 с.
6. Кириллов В. И., Старченко А. А. Логика. — М. : Юристъ, 2006. — 256 с.
7. Корма В. Д., Образцов В. А. Криминалистическое распознавание: теория, метод, модели технологий : монография. — М. : Юрлитинформ, 2014. — 416 с.
8. Корма В. Д., Образцов В. А. Криминалистическое распознавание по делам о серийных убийствах : учебное пособие. — М. : Юрлитинформ, 2015. — 184 с.
9. Корма В. Д., Миронова Е. А., Образцов В. А. Теоретические и прикладные аспекты криминалистического учения о следственном распознавании // Актуальные проблемы российского права. — 2017. — № 9. — С. 186—201.
10. Кротков Е. А. Философско-методологические и логические основания общей теории врачебной диагностики : автореф. дис. ... д-ра философ. наук. — М., 1993.
11. Коршунов А. М. Познание и деятельность. — М. : Политиздат, 1984. — 142 с.
12. Корюкин В. И. Вероятность и информация // Вопросы философии. — 1965. — № 8. — С. 40—45.
13. Курс криминалистики. Общая часть / под ред. В. Е. Корноухова. — М. : Юристъ, 2000. — 784 с.
14. Лекторский В. А. Субъект, объект, познание. — М. : Наука, 1980. — 358 с.
15. Ларин А. М. От следственной версии к истине. — М. : Юрид. лит., 1976. — 200 с.
16. Лешкевич Т. Г. Философия и теория познания : учебное пособие. — М. : Инфра-М, 2017. — 408 с.
17. Образцов В. А. Серийные убийства как объект психологии и криминалистики : учебно-практическое пособие. — М. : ИМПЭ-Омега, 2003. — 208 с.
18. Образцов В. А. Парные категории. — М. : Юрлитинформ, 2007. — 296 с.
19. Образцов В. А., Бертовский Л. В., Бертовская Н. Л. Фикции в криминальной, оперативно-розыскной и следственной практике. — М. : Юрлитинформ, 2012. — 408 с.
20. Распознавание образов и медицинская диагностика / под ред. Ю. И. Неймарка. — М. : Наука, 1972. — 328 с.

21. Ратинов А. Р. Судебная психология для следователей : учебное пособие. — М. : ВШ МООП СССР, 1967. — 290 с.
22. Теория доказательств в советском уголовном процессе. — М. : Юрид. лит., 1973. — 736 с.
23. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации / под ред. И. Л. Петрухина : учебник. — М. : ТК Велби, Проспект, 2006. — 664 с.
24. Философский энциклопедический словарь. — М. : Советская энциклопедия, 1983. — 840 с.
25. Чазов Е. И. Основные принципы диагностики. Методология диагноза в современной клинике // Терапевтический архив. — 1981. — № 5. — С. 23—34.
26. Чазов Е. И., Царегородцев Г. И., Кротков Е. А. Опыт философско-методологического анализа врачебной диагностики // Вопросы философии. — 1986. — № 9. — С. 68—72.
27. Эйсман А. А. Логика доказывания. — М. : Юрид. лит., 1971. — 112 с.

Материал поступил в редакцию 2 апреля 2018 г.

INVESTIGATIVE KNOWLEDGE AS OBJECT OF INTERDISCIPLINARY RESEARCH

KORMA Vasily Dmitrievich, Doctor of Law, Professor of the Department of Criminalistics of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
v.d.korma@gmail.com
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

OBRAZTSOV Victor Aleksandrovich, Doctor of Law, Professor of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), MSAL Veteran
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *This paper is devoted to the current problems of theory and practice of cognitive activity of an investigating officer in the field of pre-trial criminal proceedings. The ideas expressed by the authors, the developed provisions and recommendations, characteristics and classifications concerning the subject, methods, means and technologies of the investigator's cognitive mission are based on empirically established regularities of two groups (categories). The first is the regularities of criminal and related types of legally significant behavior (activity), as well as the process of its reflection in the material environment. The second group is the laws underlying the organization and implementation of anti-criminal investigative activities in the stages of initiation of criminal proceedings and preliminary investigation. Considerable attention is given to the issues concerning the relation of investigative knowledge and recognition, the essence and mechanisms of these forms (directions), practical application of the method of the so-called backward causal sequence that is used to determine the causes and other circumstances of socially dangerous incidents. The problem of formation, interaction and recognition of mental images of the acts containing indicia of crimes are also thoroughly considered. Along with this, the paper reflects the definitions of the concepts of investigative knowledge and investigative recognition, criminally relevant objects, mechanisms of investigative knowledge and recognition formulated by the authors.*

Keywords: *investigative knowledge, investigative recognition, criminally relevant objects and features, visual sensual and mental images, mechanism of interaction, ideal models, criminally relevant information, pattern recognition.*

REFERENCES

1. Belkin R.S., Vinberg A.I. *Kriminalistika i dokazyvanie* [Forensics and evidence]. Moscow: Yurid. Lit. Publ., 1969. 216 p.
2. Belkin R.S. *Kriminalisticheskaya entsiklopediya* [Forensic encyclopedia]. Moscow: Megatron XXI Publ., 2000. 334 p.
3. Belkin R.S. *Kurs kriminalistiki* [Criminology Course]. Moscow: Yuniti-Dana Publ., Zakon i Pravo, 2001. 837 p.
4. Vasilyev V.L. *Yuridicheskaya psikhologiya* [Legal psychology]. Moscow: Yurid. Lit. Publ., 1971. 654 p.

5. Kerimov D.A. *Osnovy filosofii prava* [Fundamentals of the Philosophy of Law]. Moscow: Manuscript Publ., 1992. 191 p.
6. Kirillov V.I., Starchenko A.A. *Logika* [Logics]. Moscow: Yurist Publ., 2006. 256 p.
7. Korma V.D., Obratstov V.A. *Kriminalisticheskoe raspoznavanie: teoriya, metod, modeli tekhnologii: monografiya* [Forensic recognition: theory, method, technology models: monograph]. Moscow: Yurlitinform Publ., 2014. 416 p.
8. Korma V.D., Obratstov V.A. *Kriminalisticheskoe raspoznavanie po delam o seriynykh ubiystvakh: uchebnoe posobie* [Forensic detection in cases involving serial murders: A Study Guide]. Moscow: Yurlitinform Publ., 2015. 184 p.
9. Korma V.D., Mironova E.A., Obratstov V.A. *Teoreticheskie i prikladnye aspekty kriminalisticheskogo ucheniya o sledstvennom raspoznavanii* [Theoretical and applied aspects of criminalistic doctrine of investigative recognition]. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava* [Actual problems of Russian law]. 2017. No. 9. Pp. 186—201.
10. Krotkov E.A. *Filosofsko-metodologicheskie i logicheskie osnovaniya obshchey teorii vrachebnoy diagnostiki: avtoref. dis. ... d-ra filosof. nauk* [Philosophical, methodological and logical foundations of the general theory of medical diagnostics: Abstract of the Doctoral Dissertation]. Moscow, 1993.
11. Korshunov A.M. *Poznanie i deyatelnost* [Knowledge and activity]. Moscow: Politizdat Publ., 1984. 142 p.
12. Koryukin V.I. *Veroyatnost i informatsiya* [Probability and information]. *Voprosy filosofii* [Questions of philosophy]. 1965. No. 8. P. 40—45.
13. *Kurs kriminalistiki. Obshchaya chast* [Criminology course. General part]. Edited by V. E. Kornouhov. Moscow: Yurist Publ., 2000. 784 p.
14. Lektorskiy V.A. *Subekt, obekt, poznanie* [Subject, object, cognition]. Moscow: Nauka Publ., 1980. 358 p.
15. Larin A.M. *Ot sledstvennoy versii k istine* [From the investigative version to the truth]. Moscow: Yurid. Lit. Publ., 1976. 200 p.
16. Leshkevich T.G. *Filosofiya i teoriya poznaniya: uchebnoe posobie* [Philosophy and theory of knowledge: A Study Guide]. Moscow: Infra-M Publ., 2017. 408 p.
17. Obratstova V.A. *Seriynye ubiystva kak obekt psikhologii i kriminalistiki: uchebno-prakticheskoe posobie* [Serial murders as an object of psychology and criminology: Study and Methodology Guidelines]. Moscow: IMPE-Omega Publ., 2003. 208 p.
18. Obratstova V.A. *Parnye kategorii* [Paired categories]. Moscow: Yurlitinform Publ., 2007. 296 p.
19. Obratstova V.A., Bertovskiy L.V., Bertovskaya N.L. *Fiktzii v kriminalnoy, operativno-rozysknoy i sledstvennoy praktike* [Fictions in criminal, operational and investigative practice]. Moscow: Yurlitinform Publ., 2012. 408 p.
20. *Raspoznavanie obrazov i meditsinskaya diagnostika* [Pattern recognition and medical diagnostics]. Edited by Yu.I. Neimark. Moscow: Nauka Publ., 1972. 328 p.
21. Ratinov A.R. *Sudebnaya psikhologiya dlya sledovateley: uchebnoe posobie* [Forensic psychology for investigators: A Study Guide]. Moscow: VSh MOOP USSR, 1967. 290 p.
22. *Teoriya dokazatelstv v sovetskom ugolovnom protsesse* [Theory of evidence in the Soviet criminal process]. Moscow: Yurid. Lit. Publ., 1973. 736 p.
23. *Ugolovno-protsessualnoe pravo Rossiyskoy Federatsii: uchebnyk* [Criminal procedure law of the Russian Federation: A Textbook.]. Edited by I.L. Petrukhin. Moscow: TK Velby, Prospect Publ., 2006. 664 p.
24. *Filosofskiy entsiklopedicheskiy slovar* [Philosophical encyclopaedic dictionary]. Moscow: Soviet encyclopedia, 1983. 840 p.
25. Chazov E.I. *Osnovnye printsipy diagnostiki. Metodologiya diagnoza v sovremennoy klinike* [The basic principles of diagnostics. Methodology of diagnosis in a modern clinic]. *Terapevticheskiy arkhiv* [Therapeutic archive]. 1981. No. 5. Pp. 23—34.
26. Chazov E.I., Tsaregorodtsev G.I., Krotkov E.A. *Opyt filosofsko-metodologicheskogo analiza vrachebnoy diagnostiki* [Experience of philosophical and methodological analysis of medical diagnostics]. *Voprosy filosofii* [Questions of philosophy]. 1986. No. 9. Pp. 68—72.
27. Eisman A.A. *Logika dokazyvaniya* [Logic of proof]. Moscow: Yurid. Lit. Publ., 1971. 112 p.

А. А. Симоненко*

УГОЛОВНО-ПРАВОВЫЕ СРЕДСТВА ПРОТИВОДЕЙСТВИЯ НЕЗАКОННОМУ УГОЛОВНОМУ ПРЕСЛЕДОВАНИЮ: ОЦЕНКА ЭФФЕКТИВНОСТИ

Аннотация. На основании экспертных оценок и данных уголовной статистики в статье сделан вывод о низкой эффективности уголовно-правовых средств противодействия незаконному уголовному преследованию; выявлены факторы законодательного и правоприменительного характера, снижающие их эффективность; доказано, что фундаментальные причины низкой эффективности уголовно-правового противодействия незаконному уголовному преследованию находятся в правоприменительной плоскости.

Ключевые слова: незаконное уголовное преследование, эффективность уголовно-правовых норм, ст. 299 УК РФ.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.145.12.101-108

Важнейшим элементом системы правовых гарантий защиты личности от незаконного уголовного преследования являются уголовно-правовые средства. Не углубляясь в рассуждения об их социально-правовой обусловленности, отметим, что установление уголовной ответственности за незаконное уголовное преследование — это необходимая и полностью оправданная мера. Известный дореволюционный правовед А. Ф. Кони отмечал, что «уголовное преследование слишком серьезная вещь, чтобы не вызывать самой тщательной обдуманности. Ни последующее оправдание судом, ни даже прекращение дела не могут изгладить материального и нравственного вреда, причиненного человеку поспешным и необдуманным привлечением его к уголовному преследованию»¹. Незаконное уголовное преследование необоснованно ограничивает права и свободы подозреваемого и обвиняемого, подрывает

доверие к органам предварительного расследования и прокуратуре, их авторитет, посягает на основополагающие принципы правосудия, может повлечь иные негативные социальные последствия. Как отмечается в практике конституционного нормоконтроля, «незаконное или необоснованное уголовное преследование является грубым посягательством на достоинство личности, поскольку человек становится объектом произвола со стороны органов государственной власти и их должностных лиц, призванных защищать права и свободы человека и гражданина от имени государства»².

С учетом характера, содержания и масштабов перечисленных социально-правовых последствий становится очевидным, что реакция государства на незаконное уголовное преследование не может ограничиться лишь устранением допущенных процессуальных нарушений и восстановлением прав участников

¹ См.: Кони А. Ф. Избранные произведения. М., 1959. Т. 2. С. 401.

² Постановление Конституционного Суда РФ от 19 июля 2011 г. № 18-П «По делу о проверке конституционности положения части второй статьи 135 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина В. С. Шашарина» // СПС «КонсультантПлюс».

© Симоненко А. А., 2018

* Симоненко Андрей Александрович, прокурор отдела по надзору за уголовно-процессуальной деятельностью органов Следственного комитета Российской Федерации прокуратуры Воронежской области andrey181183@yandex.ru
394006, Россия, г. Воронеж, пер. Красноармейский, д. 126

уголовного судопроизводства. Не отрицая несомненную значимость компенсаторных механизмов (отмена незаконных и необоснованных процессуальных решений, реабилитация лиц, подвергнутых незаконному уголовному преследованию), нужно признать, что противодействие незаконному уголовному преследованию не может обойтись без уголовной репрессии в отношении должностных лиц, принимавших не соответствующие закону процессуальные решения.

Действующее уголовное законодательство содержит ряд уголовно-правовых норм, предусматривающих ответственность за преступные проявления незаконного уголовного преследования. Прежде всего к ним следует отнести специальные уголовно-правовые нормы, предусмотренные гл. 31 «Преступления против правосудия» УК РФ: об ответственности за незаконное возбуждение уголовного дела, если это деяние совершено в целях воспрепятствования предпринимательской деятельности либо из корыстной или иной личной заинтересованности и повлекло прекращение предпринимательской деятельности либо причинение крупного ущерба (ч. 3 ст. 299 УК РФ); об ответственности за привлечение заведомо невиновного к уголовной ответственности (ч. 1—2 ст. 299 УК РФ).

Ответственность за иные преступные проявления незаконного уголовного преследования (например, утверждение прокурором обвинительного заключения в отношении заведомо невиновного лица и направление уголовного дела в суд, поддержание государственного обвинения в отношении лица, в чьих действиях заведомо отсутствует состав преступления) гл. 31 УК РФ не предусмотрена. Однако это не означает, что подобные деяния не являются преступными. Они могут быть квалифицированы на основании общих уголовно-правовых норм об ответственности за должностные преступления (ст. 285, 286 УК РФ). Совокупность вышеуказанных общих и специальных норм (говорить о единой системе применительно к ним вряд ли возможно) образует норматив-

ную основу уголовно-правового противодействия незаконному уголовному преследованию, которая и станет предметом дальнейшего анализа.

Приступая к общей характеристике уголовно-правовых средств противодействия незаконному уголовному преследованию, сразу же отметим, что их эффективность невелика. Это признают все: ученые-правоведы, представители адвокатского сообщества, предприниматели, правозащитники и сами профессиональные участники уголовного судопроизводства, являющиеся адресатами соответствующих уголовно-правовых запретов³. Большинство опрошенных нами экспертов⁴ оценивают эффективность уголовно-правового противодействия незаконному уголовному преследованию как низкую (53,7 %) или недостаточную (32,5 %).

Надо признать, что подобные экспертные оценки имеют преимущественно ориентирующее значение, поскольку отечественная юридическая наука пока не располагает достоверными методиками определения эффективности уголовно-правовых норм (по крайней мере, соответствующие количественные критерии еще не разработаны). Тем не менее не согласиться с мнением экспертов о неэффективности уголовно-правовых средств противодействия незаконному уголовному преследованию невозможно, поскольку оно подтверждается данными уголовной статистики о показателях применения (а точнее — неприменения) соответствующих уголовно-правовых норм.

Обратимся к официальной статистике, взяв в качестве точки отсчета 2010 г., когда на уголовно-политическом и законодательном уровне был взят курс на защиту предпринимателей от незаконного уголовного преследования. Согласно статистическим данным норма об ответственности за привлечение заведомо невиновного к уголовной ответственности (ч. 1—2 ст. 299 УК РФ) с 2010 г. применялась не более 6 раз в год. Так, в 2010 г. по ч. 1—2 ст. 299 УК РФ зарегистрировано 4 факта привлечения заведомо невиновного к уголовной ответственности, в 2011 г. — 6, в 2012 г. — 2, в 2013 г. —

³ См., например: *Титаев К., Четверикова И., Шепелева О., Шклярчук М.* Проблема правоохранительного давления на бизнес: ложные посылки и бесперспективные предложения. М., 2017 ; *Четверикова И.* Уроки либерализации: отправление правосудия по уголовным делам в экономической сфере в 2009—2013 гг. (исследовательский отчет). СПб. : ИПП ЕУСПб., 2016.

⁴ Опрошено 255 экспертов, среди которых 95 прокуроров, 45 судей, 36 следователей Следственного комитета РФ, 39 следователей органов внутренних дел Российской Федерации, 40 дознавателей органов внутренних дел Российской Федерации.

3, в 2014 г. — 5, в 2015 г. — 5, в 2016 г. — 4, в 2017 г. — 1⁵, что явно не соответствует фактической распространенности подобных преступных деяний⁶. Об этом свидетельствуют результаты специальных исследований, согласно которым расчетный коэффициент латентности для привлечения заведомо невиновного к уголовной ответственности (ч. 1—2 ст. 299 УК РФ) составил 5 пунктов⁷. Причем есть основания полагать, что эти данные являются существенно заниженными. По мнению опрошенных нами экспертов, соотношение зарегистрированных и фактически совершенных преступлений, предусмотренных ч. 1—2 ст. 299 УК РФ, составляет: 1 к 5 (4,7 %); 1 к 10 (6,7 %); 1 к 15 (9,0 %); 1 к 20 (11,0 %); 1 к 25 (12,5 %); 1 к 30 (14,5 %); 1 к 40 (13,7 %); 1 к 50 (12,4 %); 1 к более 50 (13,3 %), при этом 1,6 % опрошенных затруднились с ответом.

Норма об ответственности за незаконное возбуждение уголовного дела в целях воспрепятствования предпринимательской деятельности либо из корыстной или иной личной заинтересованности (ч. 3 ст. 299 УК РФ), введенная Федеральным законом от 19 декабря 2016 г. № 436-ФЗ, в 2017 г. не применялась ни разу, хотя ее включение в уголовный закон обосновывалось распространенностью практики незаконного возбуждения уголовных дел в отношении предпринимателей⁸. Таким образом, уголовно-правовые нормы, сформулированные в ст. 299 УК РФ, можно отнести к числу «мертвых» норм.

Не лучше обстоит дело и с общими нормами об ответственности за должностные преступления (ст. 285 и 286 УК РФ). «Мертвыми» их, конечно же, назвать нельзя, поскольку они востребованы в правоприменительной практике. Но проблема в том, что к должностным

лицам, осуществлявшим незаконное уголовное преследование, они практически не применяются, хотя основания для этого имеются довольно часто. В процессе исследования нам удалось обнаружить лишь единичные случаи, когда преступные проявления незаконного уголовного преследования были квалифицированы по ст. 285 или 286 УК РФ. И это при том, что практически каждый факт заведомо незаконного уголовного преследования содержит признаки состава должностного преступления.

Теоретически «бездействие» указанных общих и специальных уголовно-правовых норм можно было бы объяснить низкой распространенностью преступных проявлений незаконного уголовного преследования. Однако подобные объяснения представляются совершенно неубедительными. Данные о результатах прокурорского надзора за следствием и дознанием, а также статистические сведения о реабилитации показывают, что факты незаконного уголовного преследования исчисляются десятками тысяч, а их количество растет.

Так, в 2016 г. прокурорами отменено 19 359 постановлений о возбуждении уголовного дела (5 316 постановлений органов предварительного следствия и 14 043 постановлений органов дознания). В 2017 г. прокуроры отменили 17 205 незаконных постановлений о возбуждении уголовного дела⁹.

По итогам 2016 г. органами предварительного расследования и судами было вынесено 18 767 решений, повлекших признание права на реабилитацию (+34,0 % к показателям 2012 г.), причем 7 486 лиц реабилитированы по всем пунктам обвинения. В 2017 г. количество решений, повлекших признание права на реабилитацию, незначительно снизилось (до 18 543), но при этом число лиц, реабилитиро-

⁵ Данные приведены по: Единый отчет о преступности : сводный отчет по Российской Федерации по форме 491 за январь — декабрь соответствующего года (официально не публикуется).

⁶ Исследователи отмечают, что корыстное использование следователями и дознавателями своего служебного положения приобрело большие масштабы (см.: *Брайцева Е. А.* Преступления, совершаемые следователями и дознавателями в системе органов внутренних дел (криминологический аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 14—15).

⁷ Теоретические основы исследования и анализа латентной преступности : монография / под ред. С. М. Иншакова. М. : Юнити-Дана: Закон и право, 2011. С. 541.

⁸ Пояснительная записка к проекту федерального закона «О внесении изменений в статью 299 Уголовного кодекса Российской Федерации и статью 169 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

⁹ Данные приведены по: Надзор за исполнением законов на досудебной стадии уголовного судопроизводства : сводный отчет по Российской Федерации по форме НСД за январь — декабрь соответствующего года (официально не публикуется).

ванных по всем пунктам обвинения, возросло до 7 770¹⁰.

Значительное распространение имеет и практика заведомо незаконного поддержания государственного обвинения. Сопоставление числа подсудимых, в отношении которых прокуроры отказались от обвинения (в 2016 г. — 68 лица, в 2015 г. — 84, в 2014 г. — 96), с количеством подсудимых, которые, вопреки позиции государственного обвинителя, были оправданы судом (в 2016 г. — 995 лиц, в 2015 г. — 968, в 2014 г. — 1 165 лиц), свидетельствует о том, что «прокуроры нередко поддерживали обвинение при отсутствии достаточных доказательств»¹¹, что «во многих случаях прокуроры продолжали настаивать на обоснованности обвинения и при отсутствии достаточных доказательств, подтверждающих такой вывод»¹². Например, в докладной записке прокуратуры Алтайского края указано, что «причинами вынесения реабилитирующих судебных решений являлись ошибки органов предварительного следствия, в том числе *отсутствие в материалах уголовного дела совокупности доказательств, подтверждающих виновность лица в совершении преступления*»¹³. В связи с этим в ежегодных информационно-аналитических материалах, подготавливаемых Академией Генеральной прокуратуры РФ, признается, что «неединичный характер носили факты направления прокурорами в суд уголовных дел, расследование по которым проведено некачественно, что обусловило постановление оправдательных приговоров»¹⁴. За этой обтекаемой формулировкой скрываются десятки и сотни фактов заведомо незаконного поддержания государственного обвинения. Однако, как показало проведенное нами исследование, эти факты не получают надлежащей уголовно-правовой оценки по ст. 285 или 286 УК РФ. По крайней мере, случаи привлечения прокуроров

к уголовной ответственности за заведомо незаконные утверждение обвинительного заключения (обвинительного акта, обвинительного постановления) и поддержание государственного обвинения нам неизвестны.

Интерпретируя эти данные, разумеется, необходимо учитывать, что далеко не каждый факт незаконного уголовного преследования содержит признаки преступления и, соответственно, не все они требуют уголовно-правового реагирования. Как показывает практика, незаконное уголовное преследование может стать следствием добросовестного заблуждения сотрудников органов предварительного расследования и прокуратуры о виновности подозреваемого или обвиняемого (например, вызванного самооговором, ложными показаниями потерпевшего или свидетелей) или «извинительной» ошибки в уголовно-правовой оценке совершенного им деяния (она может быть обусловлена неопределенностью законодательства и практики его применения, недостаточной квалификацией следователя, дознавателя). Поскольку российское уголовное право базируется на принципе вины (ст. 5 УК РФ), в подобных случаях сотрудники органов предварительного расследования и прокуратуры не могут быть привлечены к уголовной ответственности за умышленное должностное преступление. Вместе с тем вполне очевидно, что исключительно профессиональными ошибками объяснить столь масштабную практику незаконного уголовного преследования невозможно. Зачастую оно осуществляется умышленно и целенаправленно, однако даже в этих случаях уголовно-правовое реагирование на подобные преступные действия осуществляется крайне избирательно.

С учетом вышеизложенного недостаточная эффективность уголовно-правовых средств противодействия незаконному уголовному пре-

¹⁰ Данные приведены по: Сведения о реабилитации лиц в порядке, установленном главой 18 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации : сводный отчет по Российской Федерации по форме Р за январь — декабрь соответствующего года (официально не публикуется).

¹¹ Состояние законности и правопорядка в Российской Федерации и работа органов прокуратуры. 2015 год : информ.-аналитич. записка / под общ. ред. ректора Академии Генеральной прокуратуры РФ д-ра юрид. наук, проф. О. С. Капинус. М. : Акад. Ген. прокуратуры РФ, 2016. С. 87—88.

¹² Состояние законности и правопорядка в Российской Федерации и работа органов прокуратуры. 2016 год : информ.-аналит. записка / под общ. ред. ректора Академии Генеральной прокуратуры РФ д-ра юрид. наук, проф. О. С. Капинус. М. : Акад. Ген. прокуратуры РФ, 2017. С. 79.

¹³ Документ официально не опубликован.

¹⁴ Состояние законности и правопорядка в Российской Федерации и работа органов прокуратуры. 2016 год. С. 78.

следованию представляется очевидной. Если незаконное уголовное преследование получило достаточно высокую распространенность, а нормы об ответственности за его преступные проявления при этом не применяются, то такие нормы по определению не могут считаться эффективными.

Низкая эффективность (неэффективность) уголовно-правовых средств противодействия незаконному уголовному преследованию объясняется совокупностью факторов. К ним, безусловно, следует отнести *законодательные просчеты, допущенные при конструировании специальных уголовно-правовых норм, предусматривающих ответственность за преступные проявления незаконного уголовного преследования*. Не углубляясь в детальный разбор конкретных законодательных дефектов, отметим, что специализация уголовно-правовых норм, предусматривающих ответственность за незаконное уголовное преследование, осуществлена фрагментарно и непоследовательно. Специальные нормы, содержащиеся в ст. 299 УК РФ, предусматривают ответственность лишь за незаконное возбуждение уголовного дела в целях воспрепятствования предпринимательской деятельности либо из корыстной или иной личной заинтересованности, а также за привлечение заведомо невиновного к уголовной ответственности, что оставляет иные преступные проявления незаконного уголовного преследования в сфере действия общих норм о должностных преступлениях. Разумные объяснения столь избирательной специализации уголовно-правовых норм отсутствуют.

Фрагментарная специализация уголовно-правовых норм, предусматривающих ответственность за незаконное уголовное преследование, неизбежно порождает ряд негативных последствий.

Во-первых, возникают необъяснимые различия в уголовно-правовой оценке сходных по своей общественной опасности преступных проявлений незаконного уголовного преследования. Так, например, вынесение постановления о привлечении в качестве обвиняемого (обвинительного акта, обвинительного постановления) в отношении заведомо невиновного лица влечет ответственность по ч. 1 или 2 ст. 299 УК РФ, тогда как не менее опасные действия прокурора, утвердившего обвинительное заключение (обвинительный акт, обвинительное постановление) в отношении заведомо невиновного лица и направившего уголовное

дело в суд, образуют состав преступления, предусмотренного ст. 285 или 286 УК РФ. При этом первое деяние наказывается намного более строго (максимальное наказание по ч. 1 ст. 299 УК РФ — 7 лет лишения свободы, по ч. 2 ст. 299 УК РФ — 10 лет лишения свободы), чем второе (по ч. 1 ст. 285 и ч. 1 ст. 286 УК РФ максимальное наказание составляет 4 года лишения свободы), что явно не соответствует правилам дифференциации уголовной ответственности и принципу справедливости.

Во-вторых, в результате столь непоследовательной нормативной регламентации у значительной части правоприменителей складывается впечатление, что уголовно наказуемы только те проявления незаконного уголовного преследования, которые предусмотрены специальными нормами. Таким образом, фрагментарная специализация блокирует действие общих норм об ответственности за должностные преступления (ст. 285 и 286 УК РФ), что резко ограничивает возможности уголовно-правового противодействия незаконному уголовному преследованию.

Негативным образом на эффективности специальных уголовно-правовых норм об ответственности за преступные проявления незаконного уголовного преследования сказывается неопределенность признаков составов преступлений, предусмотренных этими нормами. Прежде всего это относится к норме об ответственности за привлечение заведомо невиновного к уголовной ответственности. Часть 1 ст. 299 УК РФ имеет «простую» диспозицию; она лишь называет признаки состава преступления, не определяя их содержание, что само по себе создает неопределенность. Умножает неопределенность этой нормы ее несогласованность с уголовно-процессуальным законодательством. Учитывая специфику преступного деяния, предусмотренного ч. 1 ст. 299 УК РФ, с очевидностью напрашивается бланкетный способ изложения признаков состава преступления. Однако законодатель почему-то не отразил в этой норме бланкетную связь с УПК РФ, включив в нее понятия, которые не имеют нормативного определения в уголовно-процессуальном законодательстве (невиновный, уголовная ответственность, привлечение к уголовной ответственности). Отмеченные технико-юридические просчеты неизбежно порождают различные варианты интерпретации ч. 1 и 2 ст. 299 УК РФ и, как следствие, противоречивую правоприменительную практику (что проявляется

даже на уровне Верховного Суда РФ), создают предпосылки для квалификационных ошибок, отрывают широкий простор для произвольного правоприменения, что явно не способствует эффективному действию указанной нормы¹⁵.

Впрочем, неэффективность уголовно-правового противодействия незаконному уголовному преследованию было бы неверно объяснять исключительно несовершенством уголовного законодательства. Признавая дефектность специальных уголовно-правовых норм, нельзя не отметить, что, по большому счету, все преступные проявления заведомо незаконного уголовного преследования «перекрываются» общими нормами об ответственности за должностные преступления (ст. 285 и 286 УК РФ). В случаях, когда уголовное преследование осуществлялось *заведомо незаконно* (при осведомленности об отсутствии материально-правовых оснований или о наличии процессуальных препятствий для его осуществления), в действиях должностного лица (сотрудника органа предварительного расследования и (или) прокурора) имеются все признаки состава должностного преступления, предусмотренного ст. 285 или 286 УК РФ. Поэтому о пробельности уголовного законодательства в этом случае говорить не приходится.

Следовательно, фундаментальные причины низкой эффективности уголовно-правовых средств противодействия незаконному уголовному преследованию находятся *в правоприменительной плоскости*. Это подтверждает большинство (74,1 %) опрошенных нами экспертов.

Пожалуй, самая серьезная проблема заключается в том, что отечественная система уголовной юстиции не заинтересована в том, чтобы виновные в преступных проявлениях незаконного уголовного преследования понесли уголовную ответственность. Руководствуясь ложно понятыми интересами службы, корпоративной солидарностью, желанием избежать ответственности за слабый процессуальный контроль или скрыть свою непосредственную причастность к преступным действиям, руководители следственных органов, подразделений и органов дознания стараются не предавать

огласке факты совершения их подчиненными должностных преступлений, связанных с незаконным уголовным преследованием. А следователи Следственного комитета РФ, к подследственности которых относятся уголовные дела о преступлениях, предусмотренных ст. 285, 286, 299 УК РФ, крайне неохотно возбуждают подобные дела в отношении своих коллег. По крайней мере, в ходе изучения судебной практики по уголовным делам о преступных проявлениях незаконного уголовного преследования нам не удалось обнаружить приговоров в отношении следователей Следственного комитета РФ. Обращая внимание на это обстоятельство, Генеральный прокурор РФ Ю. Я. Чайка отметил, что «следователи Следственного комитета не спешат привлекать к уголовной ответственности своих коллег и за незаконное ограничение конституционных прав граждан... В 2013 г. согласно сведениям, отраженным в следственных отчетах, число незаконно задержанных и арестованных всеми органами составило 1 195. Многие из них содержались под стражей годами, размер подлежащего возмещению реабилитированным за счет казны вреда составил почти 700 млн руб. Однако по ст. 301 УК РФ — за незаконное задержание либо заключение под стражу — к ответственности никто не привлечен. Иного результата мы не увидим, пока уголовно-правовая оценка допущенных следователями нарушений будет осуществляться самими следователями. Возлагаемые в подобных ситуациях надежды на эффективный ведомственный контроль, к сожалению, уже давно себя не оправдывают (вопреки балансу следователей и их руководителей)»¹⁶.

Справедливости ради нужно признать, что и прокуроры, надзирающие за исполнением законов органами дознания и предварительного следствия, нередко закрывают глаза на преступные проявления незаконного уголовного преследования, ограничиваясь отменой незаконных процессуальных решений или требованиями об устранении нарушений уголовно-процессуального законодательства. Об этом косвенно свидетельствует обобщение результатов прокурорской деятельности. Например,

¹⁵ Подробнее об этом см: *Симоненко А. А.* Привлечение заведомо невиновного к уголовной ответственности (ст. 299 УК РФ): правовая неопределенность состава и ее преодоление // *Общество и право*. 2016. № 4. С. 46—51.

¹⁶ Доклад Генерального прокурора Российской Федерации Ю. И. Чайки на заседании Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации 29 апреля 2014 г. // URL.: http://genproc.gov.ru/smi/interview_and_appearances/appearances/145875/ (дата обращения: 10.01.2018).

в Обзоре состояния прокурорского надзора за исполнением законов при приеме, регистрации и разрешении сообщений о преступлениях в органах дознания и предварительного следствия в Северо-Кавказском федеральном округе в первом полугодии 2017 г.¹⁷ отмечается: «Нарушения норм уголовного и уголовно-процессуального законов допускаются и при возбуждении уголовных дел. Прокурорами признаны незаконными и отменены 726 постановлений о возбуждении уголовного дела, 96 % из которых приняты органами следствия и дознания МВД России. Постановления отменялись в связи с принятием процессуального решения за пределами установленного УПК РФ срока, неполнотой проверки и очевидным отсутствием признаков преступления». При этом, судя по содержанию обзора, вопрос об уголовной ответственности дознавателей и следователей, возбуждавших уголовные дела при очевидном отсутствии признаков преступления (состава преступления), даже не ставился, а полномочия прокурора, предусмотренные п. 2 ч. 2 ст. 37 УПК РФ, не использовались.

Эффективность уголовно-правового противодействия незаконному уголовному преследованию дополнительно снижает ограничительное толкование специальных норм, предусмотренных ст. 299 УК РФ. Так, например, на практике сформировалось устойчивое мнение, что ч. 1—2 ст. 299 УК РФ может применяться только в тех случаях, когда к уголовной ответственности привлечено лицо, которое заведомо не совершало никакого преступления. При такой трактовке за рамками ч. 1—2 ст. 299 УК РФ остается целый ряд общественно опасных проявлений незаконного уголовного преследования: привлечение лица к уголовной ответственности за более тяжкое преступление в сравнении с тем, какое им было фактически совершено; вменение нескольких преступных деяний лицу, которое совершило одно преступление. Между тем указанные деяния, по идее, должны полностью охватываться ч. 1—2 ст. 299 УК РФ¹⁸. Когда лицо, фактически совершившее преступление, обвиняется в совершении другого, более тяжкого преступного деяния или в совершении

дополнительного преступления, имеет место привлечение к уголовной ответственности при отсутствии признаков состава преступления. Но в результате ограничительного толкования сфера применения уголовно-правовой нормы об ответственности за привлечение заведомо невиновного к уголовной ответственности оказалась существенно зауженной, что, конечно же, снижает ее эффективность.

Отрицательное воздействие на эффективность уголовно-правового противодействия незаконному уголовному преследованию оказывает неверная квалификация, в результате которой многие деяния, содержащие признаки состава преступления, не признаются преступными. Разумеется, при уголовно-правовой оценке столь непростых деяний избежать подобных ошибок невозможно. Однако проблема в том, что они приобрели настолько массовый характер, что фактически превратились в устойчивую правоприменительную практику. Не углубляясь в детальный анализ этих квалификационных ошибок, отметим, что заведомо незаконное уголовное преследование, осуществляемое в отсутствие материально-правовых оснований или при наличии процессуальных препятствий, нередко признается всего лишь дисциплинарным проступком, хотя в содеянном усматриваются все признаки должностного преступления. Уголовная ответственность за заведомо незаконное уголовное преследование подменяется дисциплинарной, что, по сути, равнозначно безнаказанности.

Итак, недостаточная эффективность уголовно-правового противодействия незаконному уголовному преследованию обусловлена дефектами уголовного законодательства и правоприменительной практики. Конечно же, констатировать это обстоятельство недостаточно. Необходимо определить способы ликвидации или по крайней мере минимизации указанных дефектов, наметить основные направления законодательного совершенствования уголовно-правовых норм об ответственности за преступные проявления незаконного уголовного преследования и оптимизации правоприменительной практики.

¹⁷ Документ официально не опубликован.

¹⁸ См.: Симоненко А. А. Указ. соч.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Брайцева Е. А.* Преступления, совершаемые следователями и дознавателями в системе органов внутренних дел (криминологический аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2005.
2. *Кони А. Ф.* Избранные произведения. — М., 1959. — Т. 2.
3. *Симоненко А. А.* Привлечение заведомо невиновного к уголовной ответственности (ст. 299 УК РФ): правовая неопределенность состава и ее преодоление // *Общество и право.* — 2016. — № 4.
4. Теоретические основы исследования и анализа латентной преступности : монография / под ред. С. М. Иншакова. — М. : Юнити-Дана: Закон и право, 2011.
5. *Титаев К., Четверикова И., Шепелева О., Шклярук М.* Проблема правоохранительного давления на бизнес: ложные посылки и бесперспективные предложения. — М., 2017.
6. *Четверикова И.* Уроки либерализации: отправление правосудия по уголовным делам в экономической сфере в 2009—2013 гг. (исследовательский отчет). — СПб. : ИПП ЕУ СПб., 2016.

Материал поступил в редакцию 18 июня 2018 г.

CRIMINAL LEGAL MEANS OF COMBATING ILLEGAL CRIMINAL PROSECUTION: EFFICIENCY EVALUATION

SIMONENKO Andrey Aleksandrovich, Prosecutor of the Department for Supervision over Criminal Procedure Activities of the Investigative Committee of the Russian Federation of the Voronezh region
Prosecutor's office
andrey181183@yandex.ru
394006, Russia, Voronezh, Krasnoarmeyskiy pereulok, d. 12b

Abstract. *Based on the expert assessments and data of criminal statistics, the author make a conclusion about low efficiency of criminal legal means of combating illegal criminal prosecution. The paper identifies factors of legislative and law enforcement nature, reducing their effectiveness. It is proved that the fundamental reasons for the low efficiency of criminal legal counteraction to illegal criminal prosecution lie in the law enforcement plane.*

Keywords: *illegal criminal prosecution, criminal law efficiency, art. 299 of the Criminal Code of the Russian Federation.*

REFERENCES

1. *Braitseva E. A. Prestupleniya, sovershaemye sledovatelyami i doznavatatelyami v sisteme organov vnutrennikh del (kriminologicheskii aspekt): avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk* [Crimes committed by investigating officers and investigators in the system of Internal Affairs bodies (criminological aspect): Abstract of the PhD Thesis]. Moscow, 2005.
2. *Koni A.F. Izbrannye proizvedeniya* [Selected works]. Moscow, 1959. Vol. 2.
3. *Simonenko A.A. Privlechenie zavedomo nevinovnogo k ugolovnoy otvetstvennosti (st. 299 UK RF): pravovaya neopredelennost sostava i ee preodolenie* [Bringing knowingly innocent to criminal liability (art. 299 of the Criminal Code of the Russian Federation): legal uncertainty of composition and its overcoming]. *Obshchestvo i pravo* [Society and Law]. 2016. No. 4.
4. *Teoreticheskie osnovy issledovaniya i analiza latentnoy prestupnosti: monografiya* [Theoretical basis of research and analysis of latent crime: monograph]. Edited by S.M. Inshakov. Moscow: Yuniti-Dana Publ.: Legislation and Law, 2011.
5. *Titaev K., Chetverikova I., Shepeleva O., Shklyaruk M. Problema pravookhranitel'nogo davleniya na biznes: lozhnye posylki i besperspektivnye predlozheniya* [The Problem of law enforcement pressure on business: false assumptions and hopeless proposals]. Moscow, 2017.
6. *Chetverikova I. Uroki liberalizatsii: otpravlenie pravosudiya po ugolovnym delam v ekonomicheskoy sfere v 2009—2013 gg. (issledovatel'skiy otchet)* [Lessons of liberalization: administration of justice in criminal cases in the economic sphere in 2009—2013 (research report)]. St. Petersburg: The Institute of the Rule of Law, St. Petersburg European University, 2016.

IS THERE FOURTH TYPE OF CAPITAL SYSTEM: RETHINKING THE CLASSIFICATION OF CORPORATE CAPITAL SYSTEMS¹

Abstract. *In 2013, China modified its Company Law, and this modification created a new capital system, which is not exactly the same as legal capital system in the Germany or the authorized capital system in the Anglo-American countries. Jurists in China debate on the classification of the new capital in the traditional category among the three capital systems, which are legal, authorized and compromise capital systems. Some argue that the Chinese new capital is still legal capital, and some claim it is to be a compromise capital. However, that endeavor is useless and they take a wrong logic approach. They always change the traditional definition of each capital system in order to make the new capital of China fit for the one they argued. The new capital in China Company Law is a new one, and it does not belong to any type of existed capital system all over the world. Because the category of the capital system is inductive consequence, which is just a description of the typical modern developed countries legislation and is not a deductive one based on a closed logical loop. There is no logical reason why we must classify the new Chinese capital into one of them. A more important academic dilemma is that such controversy has no theoretical and practical meaning. The category of the capital system is on the end branch of the corporate theory, and no theory or institution is bases on it. It is only a theoretical analyzing conclusion, without any reasoning or inference following. Furthermore, this controversy has no contribution to the legal practice. The running, registering of a company, even resolving a company dispute has never and will never consider the category of a capital system offered by the Company Law. Recognition of the legislation innovation is pragmatic and struggling on the theoretical problem is helpless.*

Keywords: *Chinese Company Law, new capital system, controversy, legal capital, authorized capital, compromise capital, formal logic, induction, deduction, theoretical function of category.*

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.145.12.109-118

Capital system always plays an important role in the business company law in the Civil Law countries. In the Chinese company law' academic language, there are three types of capital system all over the world and the old Chinese Company Law is one of them. However, in the year of 2013, China modified its Company Law and offered a new capital system, which lead to a controversy about

the category of the new capital system. Some argued that the new system belonged to the legal capital and some argued compromise capital system. Until now, there is no common sense on the category. But is it necessary or reasonable to classify the new system into one of the three? Can't we be the forth one? This essay will discuss the Chinese capital system in Company Law and try

¹ Статья приводится в авторской редакции.

© Chen Yanjung, 2018

* *Chen Yanjing*, Associate Professor, PhD in Law, Law School, Heilongjiang University, Harbin, Heilongjiang Province, P.R. China

Chenyanjing123@126.com

№ 74, Xuefu Road, Nangang District, Harbin, Heilongjiang Province, P.R.C.

to resolve the problem of category. The part I will introduce the modification of Chinese Company Law in 2013, making the reader to understand the background of controversy. The part II will illuminate the three types of capital system under the Chinese company law academic language. The part III will show the controversy of Chinese capital classification and demonstrate the error of their arguments. The part IV will rethink the classification of corporate capital systems and argue that the classification of corporate capital systems is unreasonable and the Chinese new one does not belong to any of the existed three capital system. And the last part is the conclusion.

I. MODIFICATION OF CHINESE COMPANY LAW IN 2013

In the end of 2013, NPC of China modified Company Law on the system of capital. Basically, the modification happened in four aspects:

Firstly, it cancelled the minimum proportion of initial contribution and prolonged the period of the contribution. The last edition of Chinese Company Law was promulgated in 2005, and the Article 26 of 2005 Company Law required: the registered capital of a limited liability company shall be the total amount of capital contributions subscribed to by all the shareholders registered in the company registration authority. The amount of the initial capital contributions made by all shareholders shall not be less than 20 % of the registered capital, nor less than the statutory minimum amount of registered capital, the margin shall be paid off by the shareholders within 2 years from the day when the company is established; for an investment company, it may be paid off within 5 years. This kind of capital system belonged to the legal capital system, which had the example of Germany. Although this article allowed the investors paid off all their capital in 2 or 5 years, there also are many restrictions on it, such as the initial capital contributions proportion and the limitation of time.

But the Article 26 of 2013 Company Law says that: The registered capital of a limited liability company shall be the amount of capital contributions subscribed for by all its shareholders as registered with the company registration authority.

The modification cancelled the requirement of period of real contribution of capital, which means that theoretically shareholders can promise their contribution in an infinitely period. Nowadays, in the electronic registration system of Administration for Industry & Commerce, the maximum of years for the margin payment are 99 years.

Secondly, it cancelled the minimum of registered capital of both kinds of companies. In China, there are two types of companies, which are the limited liability company and the joint stock limited company. Here a significant legal diversity must be showed. The Chinese limited liability company is deferent from the LLCs in USA. According to Article 3 of Company Law, in the case of a limited liability company in China, a shareholder is liable to the company to the extent of amount of the shareholders' capital contribution. A limited liability company is liable for the debts of the company with all its assets. This is not an exact definition of a limited liability company. But it is more close to the closed corporation or closely held corporation in America. And the limited liability company («LLC») is a hybrid form of business entity that combines the liability shield of a corporation with the federal tax classification of a partnership. A creature of state law, each LLC is organized under an LLC statute that creates the company, gives it a legal existence separate from its owner or owners (called «members»), shields those members from partner-like vicarious liability for the entity's obligations, and governs the company's structure, management, and operations (subject in most respects to the members' «operating agreement»). The essence of an LLC is the coexistence of partnership tax status with corporate-like limited liability.² In the 2005 Company Law, the minimum of registered capital of the limited liability company was 30,000 RMB, and the minimum of the joint stock limited company was 5 million RMB. The solo company³ required minimum of 100,000 RMB as its registered capital. The modification cancelled all these requirements, which means that shareholders can register a company by only one RMB, even without money. The background was that the Chinese government was practicing its policy of entrepreneurship of all citizens, trying to encourage the economy. Originally, difference between two classifications of companies is not very clear.

² Kleinberger D. S. Agency, Partnerships, and LLCs. Third Edition. Aspen Publishers, Wolters Kluwer, 2008. Pp. 455—456.

³ The solo company means the company has only one shareholder.



Some joint stock limited companies, especially the unlisted companies, is not much different from the limited liability companies. So a part of Chinese scholars called them closely held companies as in Anglo-American countries. After the modification, both the requirement of registered capital disappeared, which results that the difference became vaguer between the two types of companies.

Thirdly, it simplified the registered items and documents. The old company law required that all the capital must be verified by the legal verification institutions and the shareholders must submit the verification certificate when applying the company registration in the Article 29 of 2005 Company Law. But the new Company Law does not require the shareholders paid-in the capital when registering the company instead of subscription, and the license of company will not show the paid-in capital. The 2013 Company Law cancelled the verification certificate, which simplifies the procedure and requirement of documents.

Fourthly, it cancelled the minimum proportion of monetary contribution. The 2005 Company Law required the 30 % minimum proportion of monetary contribution, which means that the contribution in kind cannot be more than 70 % of all the capital. Article 27 of 2005 Company Law state that: A shareholder may make capital contribution in currency, in kind or intellectual property right, land use right or other non-monetary properties that may be assessed on the basis of currency and may be transferred according to law, excluding the properties that shall not be treated as capital contributions according to any law or administrative regulation. The value of non-monetary properties as capital contribution shall be assessed and verified, which shall not be overvalued or under-valued. If any law or administrative regulation prescribes the value assessment, such law or administrative regulation should be followed. The amount of the capital contributions in currency paid by all the shareholders should be not less than 30 % of the registered capital of the limited liability company. This was restriction on company finance and would obstruct the establishment of company, especially the high tech company. The 2013 Company Law cancelled this requirement. Nowadays,

even a company registered by totally un-monetary contribution is lawful.

Scholars had different appraisal on the modification. Some argued that the modification had not been consulted and was radical. And the reformation caused the worries of safety of transaction and creditor protection. The first was that when the minimum of capital is canceled, whether the one-dollar company will appear and the company tends to make fraud. The second is that whether the false contribution will be easy.⁴ Scholars answered these questions. «There was no evidence showing that the one-dollar company tends to make fraud.» Whether a company does fraud transaction is decided by the comprehensive circumstance, including the cost of fraud, credit system of the society, insolvency law, etc. It is not effective for us to solve the fraud problem by registered capital. And the false contribution is not necessary in the new capital system. Supporters argued that the new capital system was more effective than the old one in the extent of creditor protection.⁵ Although most criticism focused on the radicalness of 2013 modification, the professor from Peking University pointed its conservation: In some sense, the purpose of 2013 modification of Company Law was to encourage the entrepreneurship and stimulate the market, which caused the deviation of reformation of capital system. The modification payed more attention on the relief of regulation, and ignored the fact that the corporate autonomy and business rationality also need growing process. As a result, the Company Law does not guide the paid of capital, does not offer the rules of calling up of capital and liability for breaching of contract, even confuses the capital publicity and administration.⁶

Scholars also pointed out that the modification might cause some new problems in the context of Company Law. The more challenging question is the capital deficiency's influence on piecing the corporate veil and liability of shareholders' contribution. In the theory of piecing the corporate veil, capital deficiency is an important reason of piecing. If piecing the corporate veil is easy to apply, the cancelling of minimum capital will give more risk to shareholders who abuse the corporate per-

⁴ *Shi Tiantao*. Explanation and Analysis of Company Capital System // *Tsinghua University Law Journal*. 2014 (5). P. 137.

⁵ *Huang Hui*. Legitimacy of Reformation of Capital: Economic Analysis on the Basis of Creditor Protection // *China Legal Science*. 2015 (6).

⁶ *Liu Yan*. Logic and Path of Reformation of Corporate Capital: On the Approach of Business Practice // *Chinese Journal of Law*. 2014 (5). P. 51.

sonality and limited liability of bearing the liability of corporate jointly instead of escaping the liability.⁷ Piercing the corporate veil (PCV), also called disregarding the corporate personality, was regulated in the Article 20 of Company Law: If a shareholder of the company abuses the independent status of the company legal person and the limited liability of shareholders to evade debts and seriously harms the interests of the creditors of the company, it shall bear joint and several liabilities for the debts of the company. PCV is a case law rule in the Anglo-American law system countries, but it became statute law in China in 2005. The capital deficiency is one of the reasons of piercing the corporate veil. But the court seldom pierces the corporate veil only on the fact of capital deficiency, so the worry above will not really happen in the future.

The politics mechanism decides that the legislation will never change only because of the criticism of scholars in China, especially on the occasion of one or two years after the latest modification. So the scholars' more important staff is to interpret the new rules and to prevent the bad influence of the modification instead of criticizing it.

II. THREE TYPES OF CAPITAL SYSTEM

No matter what scholars appraised the modification, it became legal rules in China. The modification changed the capital system in China, but the question is that the new capital system is what kind of. Theoretically, scholars classify the capital system all over the world into three types, which are legal, authorized, and compromise capital system.

A. Legal Capital

The legal capital system, also named identified capital or paid-in capital, means that when the company is formed, all the promoters need to pay or promise to pay all the capital, which is popular in the civil law countries. The essence of legal capital system is to maintain a fixed amount of capital as the basis for determination of com-

pany and the protection of creditors.⁸ It imposes minimum amounts of capital for the formation of companies, excludes certain assets like future services from being used as shareholder contribution, requires cumbersome procedures for contribution in-kind and severely restricts the distribution of dividends and corporate stock repurchase. This burdens not only the formation of companies, but also the raising of capital through the issuance of new shares with significant costs.⁹ Typical legal capital system exists in Germany. Before the company registers in the business registration bureau, promoters must pay their consideration of stock. If it is money, they need to pay a minimum of quarter par value of stocks; if it is premium of issue, they need to pay all premiums.¹⁰ All of the other European Union Member States adhere to the legal capital doctrine. In part, the European Union has imposed this doctrine by adopting the Second Council Directive of December 13, 1976 (Second Directive). The Second Directive imposes limits on minimum capital, contributions, distributions to shareholders, and increase or reductions in capital. However, many Member States go beyond the Second Directive's legal capital rules, providing for a stricter regime intended to better protect creditors.¹¹

Under the legal capital, the law always requires the confirmation, maintenance and invariability of capital, named three principles of capital.

The confirmation of capital means that when the company is established, the registered capital must be fixed and demonstrated. And the fixed registered capital will show the property ability of the company to public. But nowadays Chinese Company Law allows installment payment of contribution, so we cannot find a perfect provisional example for this principle.

Maintenance of capital should be understood in the sense of protecting the corporate asset in the scope of initial capital from the shareholders' infringement.¹² In the specific rules, the Article 166 of Company Law says:

«When companies distribute their after-tax profits for a given year, they shall allocate 10 % of profits to their statutory common reserve.

⁷ Zhao Xudong. Capital Legal Liability under the Reformation of Capital System: Rational Interpretation of Modification of Company Law // Chinese Journal of Law. 2014 (5). P. 20.

⁸ Deng Feng. Common Corporate Law // Renmin University of China Press. 2009. P. 316.

⁹ Kübler F. A Shifting Paradigm of European Company Law? // 11 Colum. J. Eur. L. 219 (2005).

¹⁰ Raiser T., Veil R. Recht der Kapital-gesellschaften / Translated by Gao Xujun. Law Press China, 2005. P. 91.

¹¹ Enriques L., Macey J. R. Creditors versus Capital Formation: the Case Against the European Legal Capital Rules // 86 Cornell L. Rev. 1165 (2001).



Companies shall no longer be required to make allocations to their statutory common reserve once the aggregate amount of such reserve exceeds 50 % of their registered capital.

If a company's statutory common reserve is insufficient to make up its losses of the previous years, such losses shall be made up from the profit for the current year prior to making allocations to the statutory common reserve pursuant to the preceding paragraph.

Companies may, if so resolved by the board of shareholders or the general meeting, make allocations to the discretionary common reserve from their after-tax profits after making allocations to the statutory common reserve from the after-tax profits.

A company's after-tax profits remaining after it has made up its losses and made allocations to its common reserve shall be distributed, in the case of a limited liability company, according to Article 35 hereof and, in the case of a company limited by shares, in proportion to the shareholdings of its shareholders, unless the articles of association of the company limited by shares stipulate that the profits shall not be distributed in proportion to the shareholdings.

If the board of shareholders, general meeting or board of directors violates the preceding paragraph by distributing profits to shareholders before the company has made up its losses and made allocations to the statutory common reserve, the profit distributed in violation of regulations shall be returned to the company by the shareholders.

Companies that hold the shares of their own company shall not be entitled to profit distribution.»

The illegal distribution is prohibited and if it happened, the shareholders must return the allocations as unjust enrichment. However, the right to claim the return belongs to the company, so we can imagine that nobody will execute the claim except for the creditors. Under the Chinese Company Law, there is no such provision to offer the creditors' right to claim. Maybe the rule of Piercing the Corporate Veil(PCV) can offer an approach to creditors. Here the creditors can argue that the illegal allocation is a kind of abuse and the shareholders should bear the joint and several liabilities with the company. In 2011, the Supreme Peoples' Court promulgated the Provisions on Certain Issues Concerning the Application of the Company

Law(III), which regulated that if the shareholders withdraw his/her contribution by any other means without going through statutory procedures, it is a conduct of withdrawing contribution and creditors have the right to require the shareholders who withdraw his/her contribution be additionally liable, to the extent of the principle and interests of the contribution withdrawn.

The invariability of capital means that without going through the statutory procedure, the company cannot change its registered capital, especially reduce it. The Chapter 9 of Company Law regulates the change of registered capital. The Article 177 says:

When a company needs to reduce its registered capital, it shall prepare a balance sheet and a schedule of property.

The company shall notify its creditors within a period of 10 days commencing from the date on which the resolution to reduce the registered capital is passed and, within 30 days, make newspaper announcement of the reduction. Such creditors shall, within a period of 30 days commencing from the date of receipt of the written notification, or within a period of 45 days commencing from the date of the announcement for those who do not receive the written notification, have the right to claim full repayment or require the provision of a corresponding guarantee from the company.

If the company does not follow the rule, the consequence will be void or voidable of reducing capital, which means that the shareholder who has the company repurchasing his or her shares will return the contribution in the extent of reduction.

B. The Authorized Capital

The authorized capital system is used by the common law countries in modern time. It means that the company law does not require the minimum of registered capital, and the article or the assembly of shareholders can authorize the board of directors of issuing equities anytime. There is no limitation on the board's power of issuing equities by the article or the assembly, except for the concept of authorized capital which is just the maximum of issuance. This kind of capital typically exists in the England and USA. In most American states, the capital is not heavily considered in the process of incorporation, and only the authorized stock should be written in the article, which

¹² Hueck/Windbichler. oHG, München / Chinese translated by Yinsheng. Law Press China, 2010. P. 366.

specify the total number of shares of stock the corporation can issue. If the corporation will be able to issue different types (classes) of stock, the articles specify the rights of each class. In many jurisdictions, the articles also specify something called «par value» for the stock.¹³ And the capital system is not as important as it is in the legal capital. It is interesting that it was also legal capital before the authorized capital was adopted in the America when the U.S. Model Business Corporation Act abolished the concept of legal capital as a useless device. So the difference between legal and authorized capital is not an evidence of diversity of Civil Law and Common Law.

C. The Compromise Capital

The compromise capital system is that the articles of incorporation or the assembly authorizes the board of issuing stocks, but the amount, proportion, time, term, procedure and extent of stocks are limited especially. Under the compromise capital, the assembly of shareholders can decide the total amount of the stock issue, even authorize the pre-emptive right of issuing new stocks. And the board of directors can only decide the issue in the extent of authorization. Most Chinese scholars argue that this capital system exists in Japan.

We can compare the function of three types of capital by three approaches. The first approach is the interest of shareholders. On the approach of interest of shareholders, the standards of judging the capital system are cost of formation of company, regulation of return on investment and channel of quit. On the aspect of cost of formation, legal capital, compromise capital and authorized capital are in a line of decreasing progressively. On the aspect of regulation of return on investment, legal, compromise and authorized capital are looser and looser one by one. On the aspect of channel of quit, legal, compromise and authorized capital are wider progressively. The second approach is the interest of company, and the standard is autonomy for which the legislation leaves the company business judgment. The legal capital is the strictest, and the compromise is freer, and the authorized capital system is the freest one. The third approach is creditor protection. The standard is which one gives the creditor most

powerful protection. In different institutional regulation, the authorized capital system can realize the function of protecting the creditor best.¹⁴ And scholars pointed early that the legal capital doctrine was a costly and inefficient way to protect creditors. First, the legal capital doctrine unjustifiably burdens companies (and hence investors and the efficient functioning of the entire equity market) by making their financial structures inflexible, burdening them with cumbersome procedures, and forcing them to pay for useless expert reports and legal advice. It also burdens society with the out-of-pocket expenses and opportunity costs of having judges enforce this complex set of rules. In addition, the legal capital laws (of Europe) do not significantly benefit creditors, and in certain cases, may even harm certain creditors. Creditors have more efficient means of protecting their interests. Voluntary creditors, however weak they may be, can contract to protect themselves against asset diversion. Furthermore, society can find more efficient and less costly ways to protect involuntary creditors—such as piercing the veil of misbehaving close corporations.¹⁵ So the Chinese reformation maybe considered as a kind of alleviation of legal capital.

III. THE CONTROVERSY OF CHINESE CAPITAL CLASSIFICATION

The modification happened in 2013 and was valid in 2014. The NPC modification of Company Law in 2013 was so suddenly that scholars did not participant the demonstration, and was dominated by central government, which was very different from the legal modification before. So the modification did not bind by company law scholars' existed viewpoints, and chose a new capital system, instead of restricted by the three types of capitals. Then, a controversy appeared in the Chinese academic circle. Typically, there are four viewpoints on the category of Chinese new capital system.

A. It is still the legal capital system. The new Company Law and Regulations of Governing the Registration of Companies still keep the legal concept of «registered capital», which should be registered in the registration authority and published in

¹³ *Gevurtz F. A. Corporation Law. Thompson Reuters, 2010. P. 55.*

¹⁴ *Fu Qiong. Comparing the Three Capital System and Choice of Chinese Capital System // Study on Law and Business. 2004 (1). Pp. 3—5.*

¹⁵ *Enriques L., Macey J. R. Op. cit. 1165.*



the license as a way of publicity. In the new capital system, the number of registered capital can be any amount in the articles of association. And after the publicity it becomes the liability of shareholders which cannot be exempted unless under the procedure of capital reduction. Comparing to the authorized capital system, the registered capital is not the maximum of shareholders authorizing the board to issue, but the all registered capital has been issued when the establishment happened.¹⁶ However, the requirement of paid-in before the foundation of company in the legal capital system does not exist, so it does not accord with the traditional legal capital.

B. It is the «partial» authorized capital system, for it does not authorize the board to issue shares.¹⁷

C. It is compromise authorized capital system in the situation of establishment of limited liability company and sponsorship of joint stock limited company, and it is complete authorized capital system in the situation of one-person limited liability company and establishment of joint stock limited company by public stock offering.¹⁸ No matter the authorized capital or the compromise capital, there must be a key factor that the board of directors has the authorization from the articles of incorporation or assembly of issuing stocks. But in the Chinese new capital system, the board does not have any power of issuance at all. Namely, there is no authorization.

D. It is subscription capital system.¹⁹ This means shareholders or promoters can subscribe the capital regulated in the article of association. If the article requires shareholders' subscription by one-time, shareholders or promoters must subscribe one-time off. If the article requires subscrip-

tion by installment, they can subscribe by installment.²⁰ However, Lv Laiming, Professor of Beijing Technology and Business University, argued that the subscription capital system was a kind of legal capital system. Scholar argued that definition of the modification as a change from paid capital to the subscription capital system is not exact. The 2005 Company Law had allowed the subscription of capital, and the registered capital need not to be paid when the company is founded. But the 2005 Company Law restricted the subscription in many aspects, including the initial paid proportion, minimum capital, and the period of subscription. The modification just canceled the restriction, changing the subscription with restriction into a subscription without restriction.²¹

In the academic conference and law reviews, Chinese scholars debate with each other since the modification of law. Until now the debate is keeping. They cannot reach an agreement on the type of Chinese capital system. The supporters of each type do the same thing that adjust the definition of their capital, because they found that it is not easy to put Chinese capital system into any one of the three types. The endeavor trying to do so is not perfect although they have done their best. For example, the supporter of legal capital acclaimed that the paid-in before formation of company is not necessary part of legal capital, and the fix of registered capital is the conclusive part of capital. At the same time, the Chinese capital system does not allow the authorization, so it cannot be authorized capital. However, the latter reasoning is not logical. There is not a logical rule that if one country's capital does not belong to authorized, it must be legal capital.

¹⁶ *Gan Peizhong*. Company Capital System's Subversive Reformation's Defect of Circumstance and Logic and their Remedial Measure // *Journal of Science, Technology and Law*. 2014 (3). P. 506.

¹⁷ *Wang Jun, Huang Hai*. Research on the Practice of the Chinese Capital System Reformation // *Law and Society*. 2014 (7). P. 37.

¹⁸ *Wu Boya*. Research on the Protection of Creditors under the Reformation of Capital System // *Legality Vision*. 2014 (12). P. 84.

¹⁹ *Du Jun*. Company Capital System's Principle, Evolution and Judicial Challenge // *Journal of Law Application*. 2014 (11). P. 2 ; *Ding Haihu, Li Xinting*. Judicial Reply of Reformation of Company Capital System // *Journal of Law Application*. 2014 (11). P. 30 ; *Liu Kaixiang, Zhang Qijian*. The Legislative Changes and Problems Solving of the Corporate Capital System in China // *Journal of Henan University of Economics and Law*. 2014 (5). P. 28.

²⁰ *Shi Tiantao*. Op. cit. P. 132.

²¹ *Zhao Xudong*. Op. cit. P. 21.

IV. RETHINKING OF THE CLASSIFICATION OF CORPORATE CAPITAL SYSTEMS

Here, my question is: are there only three types of capital system all over the world? And the Chinese capital system must belong to one of them?

As we know, the three types of capital system are induced from the typical western developed countries. That means, they are not the theorem of capitals. As an independent country, if it wants to copy one of them, it can choose one as its capital requirement, but if it wants to create a totally new capital system, it can ignore the three types. They are just the typical samples of capitals instead of the compulsory choice for every country in the world.

Here we can find a pathetic phenomenon in the Chinese legal academic. Historically, Chinese legal theory was influenced by the Germany deeply, especially the traditional *begriffs jurisprudence*. Scholars used to induce conception from conception mathematically, ignoring the reality of legal practice. In the beginning of 20th century, China started its legal modernization, while the German law was so popular in the world and influenced the Chinese legislation in a large extent. After the foundation of People's Republic of China, the legislation combined the tradition of Republic of China and laws of the Soviet Union, and the latter one was the shadow of Germany and Swiss civil laws, although they had totally different political goals. Most of company law scholars in China, who have the discourse power, have an academic background of civil law. When they analyze the company law, they regularly use the *begriffs jurisprudence* approach to reach a conclusion. Categorization is a frequently used tool by Chinese scholars to develop their illustration. Sometimes the categorization is necessary, but it is not omnipotent, especially on the occasion that the subsets cannot cover all the field of the concept. Sometimes, concept is not closed but open. Consequently, the reasoning therein if one is not A, it must be B is wrong. In the context of capital system, the category of legal, authorized and compromised capital is an enumeration of famous capital in the developed countries company law, which is not the total subsets of the concept capital system. There is not a doctrine that any legislation of all more than two hundreds of countries in this planet must choose one of them. So we cannot conclude that if Chinese new capital system is not legal, it must be the authorized or compromised capital system.

In fact, the difference between legal capital and authorized is a history choice instead of diversity. In other words, the legal capital existed in American for a long time. Legal restrictions on dividend payments date to the earliest days of American business corporations. In one of the earliest cases, *Wood v. Dummer*, Justice Story stated that shareholder contributions constituted a «trust fund for the payment of all the debts of the corporation.» As originally conceived, the «trust fund» theory of legal capital simply prevented shareholders from withdrawing the assets they had contributed to the corporation until its creditors had been paid. This was thought to protect creditors by minimizing the risk of business failure and by minimizing creditors' losses if the business failed.

The use of par value greatly complicated the trust fund theory of legal capital. Par value developed into a legal minimum of what a shareholder ought to pay for the stock. This meant that issues regarding shareholder contributions to the corporation rather than corporate distributions to shareholders exerted the primary influence over the development of legal capital doctrines.

Legal scholars have generally praised the trend away from using legal capital to restrict dividends, and they have harshly criticized the use of legal capital notions such as stated capital and earned surplus to restrict payment of cash dividends. One of the leading commentators on legal capital concluded that the real issue is not whether to abandon legal capital as means of restricting dividends, but rather what to replace it with. The critics contend that legal capital is, at best, a meaningless doctrine that fails to benefit any corporate stakeholders while it imposes significant transaction costs on corporate management and shareholders. In the words of one scholar, legal capital «has ceased to perform any real function.»

Modern legal scholarship has generally criticized this concept because legal capital fails to achieve what its critics contend is the concept's only goal, to protect creditors from shareholders. With the advent of *de minimis* or nominal par values, stated capital no longer represents the collective contributions of the initial shareholders, and par value itself has become an arbitrary number bearing no connection to the value of the assets contributed by shareholders. Legal capital also has little connection to any other assets that will actually be distributed to the shareholders or creditors. Not only does legal capital fail to protect creditors,



it also imposes significant costs on corporations. Critics have also maintained that use of legal capital as a restriction on dividends has spawned enormous legal uncertainty and complexity. Legal capital has also contributed a great deal of complexity and uncertainty to the issue of dividends. All of these criticisms share a common theme, legal capital has no economic consequences because it fails to protect creditors.²² So the American state company law abandoned the legal capital and adopted the authorized capital in 1980s.

Except the formal logic defect of present controversy, more serious problem is that such controversy has no any real meaning at all, neither theoretically nor practically. The category of the capital system is on the end branch of corporate theory, which means that no theory or institution bases on it. It is only a theoretical analyzing conclusion, without any reasoning or inference following. Furthermore, this controversy has no contribution on legal practice. The running, registering of company, even judging of the company dispute did, does, will never consider the category of capital system offered by the Company Law. Of course, someone may criticize the pragmatic approach of comment above. But any theoretical controversy should have real function, even the metaphysical research asks the ultimate question of the world or our human being. The category of capital system is only functional on the observational method. It should never be a tool or restric-

tion of analyzing the current content of the law. If we cannot put the present institution into any existed category, we should admit that a new category appears, instead of endeavoring to change the definition of exist category and then put the new one in.

V. CONCLUSION

The Chinese new capital system is neither the legal capital nor the authorized capital. It is a unique new capital system. The endeavor of classifying the Chinese capital into any existed type will be failed. If there is any theoretical or practical function of such classification, maybe we can adjust the strict definition of legal capital or authorized capital. However, the classification does not solve any problem at all. The phenomenon reflects the unconfident of Chinese academy. We are proficient to learn the foreign legal institution and theory, but not good at creation of them. In the process of making civil code, the Chinese scholars also face a dilemma of choice of unification or separation of civil law and commercial law. Nobody tries to find third way to define the relationship between civil law and commercial law, exactly the same as company capital system. All of them are trapped in the three capital systems. It is time to give up such kind of academic conversation without any theoretical promotion or practical function.

BIBLIOGRAPHY

1. Kleinberger D. S. Agency, Partnerships, and LLCs. — 3rd ed. — Aspen Publishers, Wolters Kluwer, 2008.
2. Gevurtz F. A. Corporation Law. — Thompson Reuters, 2010.
3. Clark R. C. Corporate Law. — Little, Brown and Company, 1986.
4. Deng Feng. Common Corporate Law. — Renmin University of China Press, 2009.
5. Shi Tiantao. On Corporate Law. — Law Press-China, 2006.
6. Hamilton R. W. The Law of Corporation. — In a Nutshell. — 6th ed. — West Publishing Co., 2011.
7. Palmiter A. R. Corporations. — 6th ed. — Aspen Publishers, 2009.
8. Davies P. L. Gower and Davies' Principle of Modern Company Law. — 7th ed. — Sweet & Maxwell, 2003.

Материал поступил в редакцию 17 июля 2018 г.

²² Peterson C. A., Hawker N. W. Does Corporate Law Matter? Legal Capital Restrictions on Stock Distributions // 31 Akron L. Rev. 175 (1997).

СУЩЕСТВУЕТ ЛИ ЧЕТВЕРТЫЙ ТИП КАПИТАЛА: ПЕРЕОСМЫСЛЕНИЕ КЛАССИФИКАЦИИ СИСТЕМ КОРПОРАТИВНОГО КАПИТАЛА

Чэнь Яньцзин, доцент, кандидат юридических наук, юридический факультет, Хэйлунцзянский университет, Харбин, Провинция Хэйлунцзян, КНР
Chenyanjing123@126.com
№ 74, Xuefu Road, Nangang District, Harbin, Heilongjiang Province, P.R.C.

Аннотация. В 2013 г. Китай изменил Закон о компаниях, и эти изменения создали новую систему классификации капитала, непохожую на систему уставного капитала в Германии или акционерного капитала в англо-американских странах. Ученые в Китае спорят об отнесении нового типа капитала к одной из трех традиционных систем капитала, а именно к системе уставного капитала, разрешенного к выпуску акционерного капитала и смешанной системе капитала. Некоторые ученые утверждают, что новый китайский капитал по-прежнему является уставным капиталом, а некоторые утверждают, что это смешанный капитал. Однако подобные утверждения бесполезны, вдобавок в них используется неправильный логический подход. Ученые изменяют традиционное определение систем капитала, чтобы подогнать понятие нового китайского капитала к той системе, которая им кажется более подходящей. Понимание капитала в китайском Законе о компаниях действительно является новым, он не принадлежит ни к одному из типов систем капитала. Категория системы капитала — это индуктивное следствие, которое является лишь описанием типового законодательства современных развитых стран, а не дедуктивным, основанным на замкнутом логическом цикле. Таким образом, нет никакой логической причины классифицировать новый китайский капитал как один из известных типов. Более важная научная дилемма заключается в том, что такие споры не имеют теоретического или практического значения. Категория системы капитала находится в самом конце корпоративной теории, и ни одна теория или институт не базируются на ней. Это только вывод из теоретического анализа, без каких-либо рассуждений или дальнейших умозаключений. Кроме того, этот спор не имеет никакого отношения к юридической практике. Управление, регистрация компаний, даже разрешение корпоративных споров, никогда не рассматривались и никогда не будут рассматриваться с позиции категории системы капитала, предлагаемой Законом о компаниях. Признание новации законодательства прагматично, а борьба с этой теоретической проблемой тщетна.

Ключевые слова: китайское корпоративное право, новая система капитала, противоречия, уставный капитал, акционерный капитал, смешанный капитал, формальная логика, индукция, дедукция, теоретическая функция категории.

REFERENCES

1. Kleinberger D.S. *Agency, Partnerships, and LLCs*. 3rd ed. Aspen Publishers, Wolters Kluwer, 2008.
2. Gevurtz F. A. *Corporation Law*. Thompson Reuters, 2010.
3. Clark R. C. *Corporate Law*. Little, Brown and Company, 1986.
4. Deng Feng. *Common Corporate Law*. Renmin University of China Press, 2009.
5. Shi Tiantao. *On Corporate Law*. Law Press-China, 2006.
6. Hamilton R. W. *The Law of Corporation. In a Nutshell*. Sixth ed. West Publishing Co., 2011.
7. Palmiter A. R. *Corporations*. Sixth ed. Aspen Publishers, 2009.
8. Davies P. L. *Gower and Davies' Principle of Modern Company Law*. Seventh ed., Sweet & Maxwell, 2003.

БРИКС: КИТАЙСКАЯ НАРОДНАЯ РЕСПУБЛИКА BRICS: PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA

Пан Дунмэй*,
Гао Минсюань**

СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ ПРИНЦИПОВ УГОЛОВНОГО ПРАВА КИТАЯ И РОССИИ¹

Аннотация. Правовые принципы, являясь основанием правовых норм, отражают понимание и восприятие людьми основной закономерности в законах, содержат законодательное ценностное стремление, основной дух и направление правоохранительных интересов. В статье уделяется внимание анализу принципов уголовного права в Китае и России. В Уголовном кодексе РФ закреплено пять принципов: законности, равенства граждан перед законом; вины; справедливости; гуманизма. В статьях 3, 4, 5 Уголовного кодекса Китайской Народной Республики 1997 г. предусмотрены соответственно принцип законности, принцип равенства граждан перед законом, принцип соответствия наказания преступлению и уголовной ответственности. Эти три статьи являются новеллой УК КНР 1997 г. Основные принципы уголовного закона считаются одной из основных проблем в уголовном законодательстве, поэтому в процессе разработки проектов Уголовного кодекса в законодательных и судебных органах, а также среди экспертов существовали различные мнения в отношении того, нужно ли дополнительно предусматривать основные принципы в УК КНР, какие основные принципы следует добавить, как и в какой главе УК КНР следует описать эти основные принципы и др. Все эти вопросы и варианты их решения рассмотрены в настоящей статье. Авторы приходят к выводу о том, что в обеих странах под принципами уголовного права понимаются предусмотренные в уголовном законодательстве основополагающие идеи, которые, отражая общечеловеческие ценности, определяют как его содержание в целом, так и содержание отдельных его институтов. Исследователи предлагают включить принцип гуманизма в Общую часть УК КНР, исключить принцип вины из ряда принципов УК РФ.

Ключевые слова: КНР, Российская Федерация, принципы уголовного права.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.145.12.119-131

¹ Статья подготовлена в рамках ключевого проекта национального фонда общественных наук КНР «Изучение институтов в Общей части уголовного права» (номер проекта: 16AFX008).

© Пан Дунмэй, Гао Минсюань, 2018

* Пан Дунмэй, доктор юридических наук, профессор, почетный ученый «Хуанхэ», Юридический институт Хэнаньского университета
pangdongmei71@163.com
pangnaja@mail.ru
475001, КНР, провинция Хэнань, г. Кэфун, район Шуньхэ, ул. Минлунь, № 85

** Гао Минсюань, профессор, почетный ученый «Цзинши», Уголовно-правовой институт Пекинского педагогического университета
gaomingxuan1928@163.com
100875, КНР, г. Пекин, район Сичэн, ул. Синцзекэ, № 19

ЧАСТЬ I. СТАНОВЛЕНИЕ И РАЗВИТИЕ В КИТАЙСКОМ УГОЛОВНОМ ПРАВЕ

В действующем Уголовном кодексе КНР 1997 г. закреплены такие основные принципы, как принцип законности, принцип равенства граждан перед законом, принцип соответствия наказания преступлению и уголовной ответственности. Как правило, критерием установления данных основных принципов в действующем китайском уголовном законодательстве признается то, что: 1) все эти принципы характерны для уголовного права, но не исключается употребление того же принципа, существующего в других отраслях права; 2) эти три основных принципа, пронизывающие уголовное право в целом, являются основой для всех его норм, определяют содержание как всего уголовного права в целом, так и отдельных его институтов². Эти три основных принципа в равной степени функционируют в качестве основополагающих начал. Несмотря на то что в настоящее время эти принципы считаются общепризнанными, в ходе разработки проектов УК КНР 1997 г. была горячая дискуссия в отношении создания уголовно-правовых основных принципов в новом Уголовном кодексе.

1. Принцип законности (ст. 3 УК КНР 1997 г.)

Как известно, в ст. 3 УК КНР 1997 г. установлен принцип законности: «Если закон четко определяет деяние как преступное, то оно в соответствии с законом определяется как преступление и подлежит наказанию; если в законе отсутствует четкое определение деяния как преступления, то оно не квалифицируется как преступление и не подлежит наказанию».

Среди трех основных принципов, добавленных к УК КНР 1997 г., принцип законности признается самым важным принципом, предусмотренным в законодательстве многих стран, который наиболее полно отражает современный правовой дух и тенденции развития демократии. Под влиянием законодательной идеи «отсутствия стремления к абсолютной точности» формулировки во многих статьях УК КНР 1979 г. оказались неопределенными, кроме того, в УК КНР была предусмотрена уголовная аналогия, а в специальных уголовных законах содержалась норма об обратной силе законов с более

суровым наказанием. Следовательно, принцип законности в УК КНР 1979 г. полностью осуществиться не удалось. Тогдашнее состояние законодательства не только оказало влияние на осуществление уголовным законодательством КНР функции защиты прав человека, но и в определенной степени негативно повлияло на образ Китая в глазах международного сообщества.

На самом деле понимание необходимости включения принципа законности в УК КНР и недостатков аналогии давно уже присутствовало среди китайских специалистов в области уголовного права после принятия УК КНР 1979 г. Далее, по мере включения законодательным органом КНР разработки поправок к Уголовному кодексу в законотворческую программу, данное понимание становилось более глубоким и всесторонним. Тем не менее, оглядывая процесс разработки поправок к УК КНР, можно заметить, что путь внесения принципа законности в Уголовный кодекс был не гладким, а извилистым. Тогда разработчиками проектов УК было отвергнуто немало вариантов решения этой проблемы, а противостояние различных точек зрения иногда доходило до крайнего ожесточения.

В течение довольно длительного времени после официального внесения комплексного пересмотра уголовного законодательства в национальную законодательную программу среди специалистов в области уголовного права существовали разные мнения в отношении установления принципа законности и отмены аналогии.

Противники внесения принципа законности в Уголовный кодекс утверждали, что данный принцип требует, чтобы законодательный орган предварительно предусмотрел все преступления и наказания в Уголовном кодексе, что противоречит реалистической теории познания; осуществление принципа законности будет ограничивать судебную практику, мешать рассмотрению уголовных дел новых видов и жесткой борьбе с преступностью; в связи с этим они полагали, что принцип законности не следует признавать основным принципом в Уголовном кодексе КНР.

Сторонники же отмечали, что в будущем Уголовном кодексе следует прямо предусмотреть принцип законности³. Их основные доводы заключались в следующем:

² Фэнь Фунлин. Основные принципы уголовного права в нашей стране // Политико-правовой форум (Вестник Китайского политико-юридического университета). 1999. № 2. С. 46.

³ См.: Гао Минсюань. Об установлении принципа законности в Уголовном кодексе нашей страны // Китайское правоведение. 1995. № 5; Ма Кэчан. О реализации принципа законности в законодательстве //

А. Сохранение и закрепление принципа законности в Уголовном кодексе нашей страны однозначно свидетельствует о том, что КНР является правовым государством, способна идти в ногу с международным прогрессом, интегрироваться в международное правовое пространство. Это также будет благоприятствовать улучшению имиджа китайского уголовного права в глазах международного сообщества, повысит авторитет китайского уголовного права и законности в целом.

Б. Наибольшей ценностью принципа законности признается предотвращение произвольной квалификации преступления и защита прав человека. Установление принципа законности в Уголовном кодексе может оказать незначительное негативное влияние: в будущем судебные органы не смогут наказывать за общественно опасное деяние, которое не предусмотрено в УК КНР. Такая проблема встречается во всех странах, где применяется принцип законности. Пробелы и отставание законодательства следует компенсировать путем совершенствования самого уголовного законодательства, а не при помощи аналогии закона. Отсутствие принципа законности в УК КНР приведет к неверию народа в законы и к такому опасному последствию, как подозрение, что УК содержит в себе факторы разрушения законности. В свою очередь, хотя при полном осуществлении принципа законности неизбежные пробелы в Уголовном кодексе смогут привести к тому, что некоторые отсутствующие в законе общественно опасные деяния станут ненаказуемыми, однако по сравнению с наносимым аналогией закона ущербом правам, свободе граждан и демократической концепции социализма это незначительный недостаток. Итак, следует решительно применять принцип законности.

Относительно исключения аналогии закона из Уголовного кодекса КНР в то время существовали следующие точки зрения⁴:

А. Согласно мнению сторонников сохранения аналогии закона, разработка подробного, усовершенствованного Уголовного кодекса нецелесообразна, а сохранение института аналогии поможет, с одной стороны, избежать законодательной чехарды, а с другой стороны, накопить опыт для последующей разработ-

ки Уголовного кодекса и внесения поправок к нему. Поэтому сохранение института аналогии закона в УК является необходимым.

Б. С точки зрения сторонников временного сохранения аналогии, данный институт имеет положительное значение в условиях недостатка законодательного опыта и несовершенства законодательства, но после созревания соответствующих условий и закрепления в Кодексе принципа законности аналогия следует отменить.

В. По мнению сторонников немедленной отмены аналогии, принцип законности и институт аналогии, по сути, противоречат друг другу, соответственно, претворение в жизнь принципа законности требует отменить институт аналогии и прямо закрепить принцип законности в Кодексе.

Следует отметить, что господствующей позицией, одобрявшейся большинством, было временное сохранение, а не немедленная отмена аналогии. Высший законодательный орган также был склонен к «временному сохранению» данного института. Следовательно, в ст. 85 Проекта УК КНР от 16 ноября 1988 г. был не только сохранен прежний институт аналогии из УК КНР 1979 г., но и были смягчены процессуальные условия применения аналогии: не каждое уголовное дело с применением аналогии следует передавать на утверждение Верховному народному суду, а утвержденные Верховным народным судом дела с применением аналогии рассматривались как примерные дела для судов на всех уровнях. Тем не менее большинство в научных и практических кругах уголовного права возражало против содержания данного проекта. В связи с этим в проекте УК КНР от 25 декабря 1988 г. положения о либерализации применения аналогии были исправлены. Однако с учетом господствующей точки зрения институт аналогии все-таки был сохранен. В связи с этим в проектах УК КНР на сентябрь, от 16 ноября и от 25 декабря 1988 г. принцип законности не был установлен, соответственно в Общей части допускалась аналогия.

С углубленным обсуждением поправок к УК КНР, а также по мере политических, экономических изменений и непрерывного развития уголовного законодательства в нашей стране вышеуказанные три мнения об институте ана-

Сборник предложений по разработке поправок в УК КНР / под ред. Гао Минсюаня. Изд-во Китайского нар. ун-та, 1997. С. 93.

⁴ См.: Чжао Бинчжи. Специальные проблемы в Общей части Уголовного кодекса. Юридическое издательство, 2004. С. 233—234.

логии постепенно свелись к двум позициям: сохранение или отмена аналогии. 30 апреля 1996 г. Комитет по правовым вопросам Постоянного комитета Всекитайского собрания народных представителей (ПК ВСНП) организовал в Пекине симпозиум по внесению поправок в Уголовный кодекс, в котором приняли участие примерно 60 экспертов и ученых из законодательных и судебных органов, научно-исследовательских учреждений и разных вузов. Гао Шицзян, который в то время работал заместителем председателя Комитета по правовым вопросам ПК ВСНП, выдвинул 10 основных проблем в процессе разработки поправок в Уголовный кодекс: в первую очередь к ним относилось установление принципа законности и отмена аналогии. Соответственно Верховный народный суд, Верховная народная прокуратура и Министерство общественной безопасности КНР обсудили эти 10 проблем и предоставили письменные замечания.

По мнению Министерства общественной безопасности, установление принципа законности имеет очень важное значение для содействия строгому исполнению законов, защите законных прав и интересов граждан. Тем не менее, поскольку уголовное право выступает в качестве средства борьбы с преступностью, при установлении основных принципов Уголовного кодекса следует исходить из реалий в борьбе с преступностью и благоприятствования противодействию преступлениям. Кроме того, в нашей стране, находящейся на стадии экономической реформы и становления социалистической рыночной экономики, из-за неправильного функционирования различных систем экономического управления, существования некоторых проблем в системе общественного распределения, а также из-за разлагающего влияния капиталистических идей, проникновения зарубежных преступных групп наблюдается тенденция роста числа уголовных преступлений, непрерывно появляются новые виды преступлений и способы их совершения, так что некоторые из них невозможно предвидеть во время законодательства. Так как установление принципа законности в Уголовном кодексе означает необходимость отмены института аналогии, в процессе разработки

проектов Уголовного кодекса с закреплением принципа законности следует в полной мере учитывать реалии борьбы с преступностью, серьезно анализировать и четко определять сферу общественно опасных деяний в качестве преступлений, с тем чтобы законодательная деятельность была рассчитана на перспективу, избегала пробелов и не попустительствовала преступлениям. Если этого нельзя достичь, то следует подумать, целесообразна ли немедленная отмена института аналогии⁵.

Заключения Верховного народного суда и Верховной народной прокуратуры были четки и идентичны: в Общей части Уголовного кодекса следует прямо предусмотреть принцип законности и отменить аналогию. Можно сказать, что позиция высшего судебного и надзорного органов соответствовала господствующей точке зрения в кругу китайских ученых — специалистов в области уголовного права. В самом деле, за более чем 10 лет после принятия УК КНР 1979 г. высший законодательный орган разработал 24 отдельных уголовных законов, установил нормы о привлечении к уголовной ответственности в 107 неуголовных законах, а также внес значительные изменения и дополнения в Уголовный кодекс: были добавлены более 130 составов преступлений, что по количеству превышает совокупность первоначально предусмотренных в УК КНР 1979 г. составов преступлений. В данные составы преступлений включены разнообразные общественно опасные деяния, особенно в социально-экономической сфере. Можно сказать, что действующий Уголовный кодекс считается довольно совершенным и продуманным, предусматривая все основные преступные деяния. В связи с этим больше не имеет смысла сохранять институт аналогии в Уголовном кодексе. Тем более что за время действия УК КНР 1979 г. процент случаев применения института аналогии в судебной практике был невысок. С учетом этого в проекте Общей части УК КНР от 8 августа 1995 г., разработанном Комитетом по правовым вопросам ПК ВСНП, была отменена норма об аналогии, одновременно в ст. 3 УК КНР впервые предусмотрен принцип законности: если в законе отсутствует прямое определение совершенного деяния как преступления, то оно не квали-

⁵ См.: Тезисы сводного доклада: десять насущных проблем в процессе разработки проектов Уголовного кодекса от 29 мая 1996 г., представленные Кабинетом руководящей группы по разработке поправок в УК Министерства общественной безопасности // Обзор документов по уголовному законодательству в новой КНР. Изд-во Китайского нар. ун-та обществ. безопасности, 1998. Т. 2. С. 2653.

фицируется как преступление и не подлежит наказанию. Представляется, что данная редакция УК заложила основу для отмены института аналогии и закрепления принципа законности в УК КНР 1997 г. Во всех последующих проектах УК без исключения был предусмотрен принцип законности и отменена аналогия.

В проекте Общей части УК от 8 августа 1995 г. принцип законности был установлен в ст. 3 гл. 1 «Задачи, принципы и сфера действия» Общей части Уголовного кодекса. В последующих проектах Общей части УК, а также в проекте УК от 31 августа 1996 г. место принципа законности в УК КНР не изменялось. Однако в проекте (в варианте для обсуждения) от 10 октября 1996 г. законодатель изменил название гл. 1 Общей части УК на «Задачи и сфера действия Уголовного кодекса» и удалил «основные принципы», перенес принцип законности в ст. 11 гл. 2 «Преступление» Общей части Уголовного кодекса.

Далее в процессе обсуждения вышеуказанного проекта теории и практики в сфере уголовного права отметили, что основные принципы Уголовного кодекса признаются руководящими положениями, пронизывающими все уголовно-правовые нормы и их применение, проявляющими основные свойства уголовного права и его основной дух, играющими в Уголовном кодексе главенствующую и центральную роль⁶. Описанный статус определяет необходимость помещения указанных принципов в первой главе УК. Представляется неприемлемым, что принцип законности, пронизывая все уголовное законодательство и уголовное правосудие, расположен в § 1 «Преступление и уголовная ответственность» гл. 2 Общей части Уголовного кодекса. Только путем сосредоточения основных принципов в гл. 1 Общей части Уголовного кодекса можно в полной мере обеспечить основополагающий статус этих принципов в Уголовном кодексе и руководящее значение в отношении уголовного законодательства и правосудия. Данное предложение в конечном итоге было принято законодательным органом. Соответственно в проекте на середину декабря 1996 г. и в дальнейших проектах принцип за-

конности вновь был восстановлен в ст. 3 гл. 1 «Задачи, основные принципы и сфера действия Уголовного кодекса» Общей части УК.

При рассмотрении вопроса о внесении изменений в Уголовный кодекс законодательное закрепление принципа законности претерпело изменения: когда в ст. 3 проекта Общей части УК от 8 августа 1995 г. впервые был предусмотрен принцип законности, органы по разработке законодательства приняли формулировку: «Если в законе отсутствует четкое определение совершаемого деяния как преступления, то оно не квалифицируется как преступление и не подлежит наказанию». Данная формулировка полностью соответствует традиционному представлению в его классическом смысле. Далее, в ст. 3 проекта Общей части УК от 24 июня 1996 г. был удален термин «четко», тогда как остальной текст был оставлен без изменений. Тем не менее в проекте от 8 августа 1996 г. формулировка ст. 3 была изменена: «Если в законе отсутствует определение деяния как преступления, то оно не квалифицируется как преступление. Совершаемое деяние квалифицируется как преступление и подлежит наказанию в соответствии с законом и положением в ст. 10 настоящего кодекса». На совещании, проведенном Комитетом по правовым вопросам ПК ВСНП в 1996 г., в отношении данного изменения эксперты-участники согласились с тем, что последняя часть ст. 3 данного проекта — «Совершаемое деяние квалифицируется как преступление и подлежит наказанию в соответствии с законом и положением ст. 10 настоящего кодекса» — является излишней, и предложили удалить ее⁷. Таким образом, закрепление принципа законности в проекте УК от 31 августа 1996 г. вновь возвратилось к редакции проекта Общей части УК от 24 июня 1996 г. В проекте УК от 10 октября 1996 г. норма о принципе законности, в сравнении с прежним вариантом, была значительно изменена: впервые были приведены двусторонние формулировки двух аспектов обвинения и оправдания и удалено слово «совершаемые», т.е. в ст. 11 о принципе законности указано: «Если закон четко определяет деяние как преступное, то оно в соот-

⁶ См.: *Фан Чинся*. Основные принципы и уголовно-правовые ценности // Вестник института политико-правовых управляющих кадров. 1999. № 1. С. 23.

⁷ См.: Правовые заключения специалистов-экспертов на проект Общей части УК КНР и проект Особой части УК КНР от 6 сентября 1996 г. с обработкой Отделом уголовного права Комитета по правовым вопросам ПК ВСНП // Обзор документов по уголовному законодательству КНР / под ред. Гао Минсюаня, Чжао Бинчжи. Пекин : Изд-во Китайского нар. ун-та обществ. безопасности, 1998. С. 2128.

ветствии с законом определяется как преступление и подлежит наказанию; если в законе отсутствует четкое определение деяния как преступления, то оно не квалифицируется как преступление и не подлежит наказанию». Эта формулировка была повторена во всех последующих проектах УК, в том числе и в УК 1997 г.

2. Принцип равенства граждан перед законом (ст. 4 УК КНР 1997 г.)

В статье 4 УК КНР 1997 г. указано: «Все лица, совершившие преступление, равны перед законом. Никто не имеет особых прав, выходящих за рамки закона» — именно в такой форме в УК КНР 1997 г. был закреплен принцип равенства граждан перед законом.

В процессе разработки поправок к УК возникли ожесточенные дебаты в отношении включения данного принципа в новый Уголовный кодекс. Противники подчеркивали, что основные принципы уголовного закона должны быть специфичны именно для уголовного закона, нельзя включать общеправовой принцип равенства граждан перед законом в Уголовный кодекс, тем более что данный принцип в качестве общеправового уже прямо предусмотрен в Конституции. В связи с этим повторное его закрепление в Уголовном кодексе нецелесообразно. В свою очередь, сторонники включения данного принципа в УК отметили, что нецелесообразно рассматривать отраслевой характер принципа как один из критериев установления основных принципов Уголовного кодекса. Их основные доводы заключаются в следующем:

А. Соотношение между общеправовым принципом социалистической законности и основными принципами различных отраслей права в КНР — это отношение общего и особенного, абстрактного и конкретного. Общие принципы права регулируют и определяют содержание отраслевых принципов права. В отраслевых принципах, в свою очередь, общеправовой принцип законности находит свое проявление. Они взаимозависимы и тесно связаны друг с другом. Без конкретизации в отраслевых принципах общеправовой принцип неизбежно станет абстрактным и бесполезным.

Б. С точки зрения отраслевых принципов других отраслей права все основные принципы в УПК КНР и ГПК КНР, например «обоснованность и законность», «равенство граждан перед законом», есть проявление общеправового

принципа социалистической законности, иначе говоря, это конкретные проявления общеправовых принципов в разных отраслях права. Следовательно, из уголовного закона не следует исключать общеправовой принцип в качестве его основного принципа.

В. С точки зрения реальных потребностей уголовно-правового регулирования в КНР несмотря на то, что принцип равенства граждан перед законом уже предусмотрен в Конституции, его прямое закрепление в Уголовном кодексе тем не менее имеет существенное значение в силу того, что выражает основные свойства и сущность уголовного права КНР и благоприятствует сокращению и ликвидации привилегий при применении уголовного закона в китайской судебной практике⁸.

В конечном счете законодатель, приняв вышеуказанное предложение, впервые в ч. 1 ст. 60 проекта (в варианте для обсуждения) установил данный принцип: «Все лица, совершившие преступление, равны перед законом. Не допускаются привилегии перед законом».

В ходе дальнейшего обсуждения вышеуказанного проекта в варианте для обсуждения теоретики в сфере уголовного права и правоприменительные органы указали, что основные принципы Уголовного кодекса признаются руководящими нормами, которые пронизывают все уголовно-правовые нормы, а также выражают основные свойства уголовного права и его основной дух, играют в Уголовном кодексе главенствующую, центральную роль; их статус определяет необходимость их закрепления в первой главе. Очевидно, что неприемлемо, чтобы принцип равенства граждан перед законом, пронизывая все сферы уголовного законодательства и уголовного правосудия, был расположен в § 1 «Назначение наказания» гл. 4 Общей части Уголовного кодекса. Было предложено компактно сгруппировать все основные принципы уголовного законодательства в гл. 1 Общей части Уголовного кодекса. Данное предложение было принято законодателем. Соответственно, в Проекте УК КНР на середину декабря 1996 г. принцип равенства граждан перед законом был предусмотрен в ст. 4 гл. 1 «Задачи, основные принципы и сфера действия Уголовного кодекса». Одновременно были сделаны соответствующие корректировки его содержания: выражение «не допускаются привилегии перед законом» было

⁸ Чжао Бинчжи. Указ. соч. С. 219.

заменено на «никто не имеет особых прав, выходящих за рамки закона».

3. Принцип соответствия наказания преступлению и уголовной ответственности (ст. 5 УК КНР 1997 г.)

Статья 5 УК КНР 1997 г. гласит: «Мера уголовного наказания должна соответствовать преступлению, совершенному преступником, и его уголовной ответственности». Это и есть принцип соответствия наказания преступлению и уголовной ответственности.

Принцип соответствия наказания преступлению и уголовной ответственности сложился на основе принципа соответствия наказания преступлению. Поскольку наказание должно соответствовать не только преступлению, но и уголовной ответственности, которой подлежит лицо, совершившее преступление, поэтому более целесообразно назвать его принципом соответствия наказания преступлению и уголовной ответственности. В процессе разработки поправок к УК в отношении вопроса об установлении данного принципа в УК КНР в теоретических и практических кругах существовали разные мнения. Одни ученые считали, что принцип соответствия наказания преступлению и уголовной ответственности является принципом назначения наказания, а не основным принципом уголовного законодательства в целом; кроме того, данный принцип не считается основанием квалификации преступления и назначения наказания, поэтому он не может быть прямо закреплен и признан основным принципом уголовного законодательства КНР. Сторонники, в свою очередь, отметили, что принцип соответствия наказания преступлению и уголовной ответственности представляет собой не только принцип, которого следует придерживаться при назначении наказания, но и принцип, которым должны руководствоваться при установлении видов и размеров санкций в отношении разных преступлений во время разработки Уголовного кодекса. Данный принцип касается не какой-либо части уголовного права, а представляет критерий, пронизывающий все содержание уголовного законодательства и уголовного правосудия. В связи с этим он имеет функцию основного принципа уголовного законодательства. Касаясь эффективности, принцип соответствия наказания преступлению и уголовной ответ-

ственности является не просто декларативным положением, прямое закрепление данного принципа имеет важное и позитивное значение для всестороннего претворения основного духа уголовного законодательства в самом уголовном законе и других уголовно-правовых нормах, а также полезно для правильного понимания и применения норм уголовного законодательства в судебной практике.

В конечном счете законодатель, обобщив вышеуказанные мнения, впервые определил данный принцип в ч. 2 ст. 60 в проекте (в варианте для обсуждения) от 10 октября 1996 г. так: «Мера уголовного наказания должна соответствовать преступлению, совершенному преступником, и его уголовной ответственности».

При обсуждении вышеуказанного проекта в варианте для обсуждения законодатель принял рациональное предложение о том, что принцип соответствия наказания преступлению и уголовной ответственности должен быть предусмотрен в ст. 5 гл. 1 «Задачи, основные принципы и сфера действия Уголовного кодекса», одновременно изменив порядок некоторых слов. Данная норма сохраняется в УК КНР 1997 г.

ЧАСТЬ II. ПРИНЦИПЫ В СОВРЕМЕННОМ РОССИЙСКОМ УГОЛОВНОМ ПРАВЕ

Традиционно в общей теории права и уголовно-правовой науке России принципы подразделялись на общие, т.е. свойственные системе права в целом, и специальные (отраслевые) — присущие определенной отрасли права и отражающие специфические особенности правового регулирования. В настоящее время в литературе высказывается позиция о нецелесообразности деления в связи с тем, что общие принципы действуют через специальные, а последние являются своеобразным преломлением общих принципов, как правило, имеют свои аналоги в других отраслях права, переставая быть специальными⁹.

Под принципами уголовного права в России понимаются вытекающие из социально-экономической природы российского общества, его интересов и особенностей культуры, нравственных, этических, политических, правовых и иных воззрений, основанные на положениях Конституции РФ, общепризнанных принципах и нормах международного права основополагающие

⁹ См.: Кудрявцев В. Н., Келина С. Г. Принципы советского уголовного права. М., 1988. С. 61—62; Наумов А. В. Российское уголовное право: курс лекций. М., 1996. Т. 1. Общая часть. С. 46—47.

начала, руководящие идеи, которые, получив воплощение в нормах российского уголовного права, определяют его характер и содержание в целом, всех его институтов и норм, всего уголовного законодательства и практики его применения. Впервые принципы уголовного права на законодательном уровне были закреплены в УК РФ 1996 г.

В действующем УК РФ установлены пять принципов уголовного права: законности, равенства граждан перед законом, вины, справедливости, гуманизма (ст. 3—7). Как понимает большинство российских ученых, каждый из принципов качественно определен, имеет свое специфическое содержание и самостоятельное значение, но при этом все они тесно взаимосвязаны, представляют собой целостную систему принципов, во взаимодействии оказывающих определяющее влияние как на процесс создания уголовно-правовых норм, так и на процесс их применения¹⁰.

1. Принцип законности (ст. 3 УК РФ)

Согласно ст. 3 УК РФ преступность деяния, а также его наказуемость и иные уголовно-правовые последствия определяются только УК. Применение уголовного закона по аналогии не допускается.

Принцип законности — это конституционный принцип государственной и общественной жизни Российской Федерации (ст. 4, 15, 54, 55 и др. Конституции РФ). Эти правила исходят из таких положений Конституции РФ, согласно которым «никто не может нести ответственность за деяние, которое в момент его совершения не признавалось правонарушением» (ч. 2 ст. 54 Конституции РФ), все «законы подлежат официальному опубликованию; неопубликованные законы не применяются. Любые нормативные правовые акты, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, не могут применяться, если они не опубликованы официально для всеобщего сведения» (ч. 3 ст. 15 Конституции РФ)¹¹.

Содержание принципа законности говорит о том, что к уголовной ответственности лицо мо-

жет быть привлечено только в тех случаях, когда им совершено деяние, непосредственно предусмотренное нормами УК, и ему может быть назначено только такое наказание, которое, опять же, предусмотрено исключительно уголовным законом. Иначе говоря, нет преступления и нет наказания без указания о том в законе¹². Кроме того, ст. 3 УК РФ содержит еще одно важное положение: применение уголовного закона по аналогии не допускается. Таким образом, закон исключает возможность привлечения к уголовной ответственности за сходные, но не предусмотренные прямо в УК РФ деяния, даже если они являются общественно опасными¹³.

2. Принцип равенства (ст. 4 УК РФ)

В соответствии со ст. 4 УК РФ лица, совершившие преступления, равны перед законом и подлежат уголовной ответственности независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств.

Принцип равенства прямо вытекает из ст. 19 Конституции РФ, которая провозглашает всеобщее равенство перед законом и судом, закрепляет гарантии этого равенства со стороны государства, одним из проявлений которых является уголовно-правовая защита этого равенства. Запрещаются любые формы ограничения прав граждан по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности. В статье 4 УК РФ принцип равенства наполняется специфическим уголовно-правовым содержанием. Установлено, что лица, совершившие преступления, независимо от указанных в данной статье характеристик (пол, раса, национальность и т.д.), равным образом подлежат уголовной ответственности. Однако уголовно-правовой принцип равенства не означает равных пределов и содержания ответственности и наказания. Различие в этом может быть существенным и может зависеть, например, от пола или возраста лица, его слу-

¹⁰ URL: <http://www.grandars.ru/college/pravovedenie/principy-up.html> (дата обращения: 15 июня 2018 г.).

¹¹ Сумачев А. В. О принципах уголовного права // Юридическая наука и правоохранительная практика. 2017. № 4 (42). С. 10.

¹² Уголовное право России. Часть Общая и Особенная : учебник / под ред. А. В. Бриллиантова. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Проспект, 2016. С. 18.

¹³ См.: Уголовное право России. Часть Общая и Особенная : учебник / М. П. Журавлев [и др.] ; под ред. А. И. Рарога. 7-е изд., перераб. и доп. М. : Проспект, 2012. С. 10.

жебного положения. Кроме того, существуют некоторые исключения из принципа равенства: во-первых, касающиеся неприкосновенности Президента РФ, членов Совета Федерации, депутатов Государственной Думы, судей, в отношении которых в силу норм Конституции РФ установлен особый порядок привлечения к ответственности; во-вторых, касающиеся дипломатических представителей иностранных государств и иных лиц, пользующихся иммунитетом (в случае совершения ими преступления на территории РФ). Необходимо иметь в виду, что эти ограничения равенства всех перед законом не означают абсолютной неприкосновенности, а тем более безнаказанности перечисленных лиц. Речь идет лишь о соблюдении особых процедур привлечения к ответственности (такого рода правила установлены в УПК РФ)¹⁴.

3. Принцип вины (ст. 5 УК РФ)

Статья 5 УК РФ закрепляет принцип вины: «Лицо подлежит уголовной ответственности только за те общественно опасные действия (бездействие) и наступившие общественно опасные последствия, в отношении которых установлена его вина». Сущность данного принципа заключается в том, что никто не может нести уголовную ответственность, если не установлена его личная вина в отношении общественно опасного деяния и наступивших последствий. Любое общественно опасное деяние, предусмотренное Уголовным кодексом, преступлением становится лишь тогда, когда оно совершено виновно. «Виновным в преступлении признается лицо, совершившее деяние умышленно или по неосторожности» (ст. 24 УК РФ).

Значение принципа вины усиливается закрепленным в ч. 2 ст. 5 УК РФ положением о том, что объективное вменение, т.е. уголовная ответственность за невиновное причинение вреда, не допускается. Другими словами, какими бы тяжкими ни были последствия, если они причинены невиновно, уголовная ответственность за них исключается. В этой связи принцип вины, как правило, рассматривается как принцип субъективного вменения.

4. Принцип справедливости (ст. 6 УК РФ)

В статье 6 УК РФ раскрывается содержание принципа справедливости: 1) наказание и иные

меры уголовно-правового характера, применяемые к лицу, совершившему преступление, должны быть справедливыми, т.е. должны соответствовать характеру и степени общественной опасности преступления, обстоятельствам его совершения и личности виновного; 2) никто не может нести уголовную ответственность дважды за одно и то же преступление.

Справедливость выражается прежде всего в соответствии наказания и иных мер уголовно-правового характера совершенному преступлению. При установлении такого соответствия во внимание принимаются характер и степень общественной опасности совершенного преступления, т.е. направленность преступления на определенный объект посягательства и тяжесть вреда, который причинен или мог быть причинен этому объекту. Наказание не может быть справедливым, если при его применении не учитываются обстоятельства совершения преступления: время, место, способ, мотив, цель и др. Кроме того, личность виновного также имеет большое значение для определения справедливого наказания. Как отмечал профессор А. И. Рарог, в отношении принципа справедливости выделяется два аспекта: уравнивающий (справедливость уравнивающая) и дифференцирующий (справедливость распределяющая). Первый предполагает изначальное равенство всех граждан перед законом, второй — индивидуализацию наказания. Распределяющий аспект справедливости нашел свое закрепление в ст. 6 УК РФ¹⁵.

Регламентация ч. 2 ст. 6 УК РФ, по существу, исходит из нормы ст. 50 Конституции РФ: никто не может нести уголовную ответственность дважды за одно и то же преступление.

5. Принцип гуманизма (ст. 7 УК РФ)

Принцип гуманизма, предусмотренный в ст. 7 УК РФ, заключается в том, что уголовное законодательство Российской Федерации обеспечивает безопасность человека, а наказание и иные меры уголовно-правового характера, применяемые к лицу, совершившему преступление, не могут иметь своей целью причинение физических страданий или унижение человеческого достоинства.

Гуманизм уголовного права РФ в первую очередь должен проявляться в обеспечении уголовно-правовыми средствами неприкос-

¹⁴ URL: <http://oukrf.ru/st4> (дата обращения: 15 июня 2018 г.).

¹⁵ Уголовное право России. Часть Общая и Особенная : учебник / М. П. Журавлев [и др.]; под ред. А. И. Рарога. С. 12.

новенности личности, собственности от преступных посягательств. В этих целях Особенная часть УК РФ содержит конкретные виды преступлений, за которые виновные подлежат достаточно суровому наказанию. Гуманным будет любое справедливое наказание¹⁶.

Часть 2 ст. 7 УК РФ исходит из нормы ст. 21 Конституции РФ: «Достоинство личности охраняется государством. Ничто не может быть основанием для его умаления. Никто не должен подвергаться пыткам, насилию, другому жестокому или унижающему человеческое достоинство обращению или наказанию», а также основывается на Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов наказания от 10 декабря 1984 г., Европейской конвенции по предупреждению пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания (Страсбург, 26 ноября 1987 г.), Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Рим, 4 ноября 1950 г.), которые запрещают применение жестоких видов наказания.

ЧАСТЬ III. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Сравнительный анализ принципов уголовного права в Китае и России позволяет сделать выводы о том, что в действующем китайском уголовном законодательстве предусмотрены всего 3 принципа: законности, равенства граждан перед законом, соответствия наказания преступлению и уголовной ответственности; в российском Уголовном кодексе закреплено 5 принципов: законности, равенства граждан перед законом, вины, справедливости, гуманизма. В обеих странах принципы уголовного права отражают общечеловеческие ценности, под принципами уголовного права и в российском, и в китайском уголовном праве понимаются предусмотренные в уголовном законодательстве основополагающие идеи, которые определяют как его содержание в целом, так и содержание отдельных его институтов.

Помимо рассмотренных, в литературе Китая и России были предложены другие принципы уголовного права.

1. В процессе разработки проектов УК КНР среди специалистов в области уголовного права КНР постоянно велись споры о том, следует ли включить в Уголовный кодекс новые основные принципы и какие именно. После того как в ст. 3 проекта Общей части УК от 8 августа 1995 г. впервые был установлен принцип законности, данные споры неоднократно достигали большого накала. Согласно неполному подсчету, ученые и эксперты в то время предложили, кроме вышеуказанных 3 основных принципов, еще такие принципы, как принцип единства субъективного и объективного, принцип сочетания наказания со снисходительностью, принцип сочетания воспитания с исправлением, принцип единства уголовной законности, принцип личной уголовной ответственности, принцип справедливости уголовной ответственности, принцип неотвратимости наказания, принцип гуманизма наказания и принцип индивидуализации наказания¹⁷. С учетом того что все эти принципы относятся либо к назначению, либо к исполнению наказания, а не принадлежат к числу основных принципов, а также ввиду того что по ним имелись большие разногласия (более того, тогда законодательные условия были незрелыми), в конечном итоге указанные принципы не были приняты законодателем.

2. В российской литературе, кроме законодательно закрепленных принципов уголовного права, были выделены и некоторые другие, к примеру принцип неотвратимости, принцип интернационализма и принцип патриотизма¹⁸. Все эти принципы находятся в процессе обсуждения среди ученых и также не приняты российским законодателем.

Исследователи предлагают включить принцип гуманизма в Общую часть УК КНР на основании того, что гуманизм (от лат. *humanus* — человеческий, человечный) определяется как система взглядов, признающих ценность человека как личности, его право на свободу,

¹⁶ Уголовное право России. Часть Общая и Особенная : учебник / М. П. Журавлев [и др.]; под ред. А. И. Рагоа. С. 13.

¹⁷ Гао Минсюань. Зарождение, становление, развитие и совершенствование китайского уголовного законодательства / под ред. Гао Минсюаня. Пекин : Изд-во Пекинского ун-та, 2012. С. 176—177.

¹⁸ Уголовное право России. Часть Общая и Особенная : учебник / под ред. А. В. Бриллиантова. С. 21.

¹⁹ Одицова Л. Н. Принцип гуманизма как этическая категория в сфере обеспечения уголовно-правовой и уголовно-исполнительной охраны прав и свобод человека, гражданина, осужденных // Вестник Кузбасского института. 2012. № 2. С. 86.

счастье, развитие и проявление своих способностей¹⁹. Таким образом, принцип гуманизма заключается в установлении уголовным законом минимума мер уголовно-правового принуждения и в их направленности на достижение цели социализации человека, совершившего преступление, что соответствует цели наказания, которой является исправление лица, совершившего преступление, привитие ему навыков правопослушной жизни, привлечение к общественно полезной деятельности и тем самым возвращение в общество в качестве его полноправного члена. Следовательно, принцип гуманизма должен быть признан основополагающим принципом китайского уголовного права, следование которому обеспечивает присутствующий демократическому правовому государству характер китайского уголовного закона. Кроме того, авторы считают, что можно исключить принцип вины из Общей части УК РФ, поскольку, во-первых, вина принадлежит содержанию

субъективной стороны как один из элементов состава преступления, а ст. 8 УК РФ гласит: «Основанием уголовной ответственности является совершение деяния, содержащего все признаки состава преступления, предусмотренного настоящим Кодексом»; во-вторых, законодательное определение преступления также содержит понятие вины: «Преступлением признается виновно совершенное общественно опасное деяние, запрещенное настоящим Кодексом под угрозой наказания» (ст. 14 УК РФ). Следовательно, в российском уголовном законодательстве нет необходимости повторно предусматривать элемент «вина» в форме принципа уголовного закона.

В заключение приведем слова российских ученых: «Принципы уголовного права являются краеугольным камнем уголовного права и как отрасли, и как науки. Ни одна норма Уголовного кодекса не должна противоречить его принципам»²⁰.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Гао Минсюань, Чжао Бинчжи. Обзор документов по уголовному законодательству КНР / под ред. Гао Минсюаня, Чжао Бинчжи. — Пекин : Изд-во Китайского народного университета общественной безопасности, 1998.
2. Гао Минсюань. Зарождение, становление, развитие и совершенствование китайского уголовного законодательства / под ред. Гао Минсюаня. — Пекин : Изд-во Пекинского ун-та, 2012.
3. Гао Минсюань. Об установлении принципа законности в Уголовном кодексе нашей страны // Китайское правоведение. — 1995. — № 5.
4. Кудрявцев В. Н., Келина С. Г. Принципы советского уголовного права. — М., 1988.
5. Ма Кэчан. О реализации принципа законности в законодательстве // Сборник предложений по разработке поправок в УК КНР / под ред. Гао Минсюаня. — Пекин : Изд-во Китайского народного университета, 1997.
6. Наумов А. В. Российское уголовное право : курс лекций. — М., 1996. — Т. 1. Общая часть.
7. Одинцова Л. Н. Принцип гуманизма как этическая категория в сфере обеспечения уголовно-правовой и уголовно-исполнительной охраны прав и свобод человека, гражданина, осужденных // Вестник Кузбасского института. — Новокузнецк : КИФСИН. — 2012. — № 2.
8. Сумачев А. В. О принципах уголовного права // Юридическая наука и правоохранительная практика. — 2017. — № 4 (42).
9. Уголовное право России. Часть Общая и Особенная : учебник / М. П. Журавлев [и др.] ; под ред. А. И. Рарога. — 7-е изд., перераб. и доп. — М. : Проспект, 2012.
10. Уголовное право России. Часть Общая и Особенная : учебник / под ред. А. В. Бриллиантова. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Проспект, 2016.
11. Уголовное право Российской Федерации : учебник / под ред. Л. В. Иногамовой-Хегай, А. И. Рарога, А. И. Чучаева. — М. : Контракт; Инфра-М, 2009.
12. Фан Чинся. Основные принципы и уголовно-правовые ценности // Вестник Института политико-правовых управляющих кадров. — 1999. — № 1.
13. Фэнь Фунлин. Основные принципы уголовного права в нашей стране // Политико-правовой форум (Вестник Китайского политико-юридического университета). — 1999. — № 2.
14. Чжао Бинчжи. Специальные проблемы в Общей части Уголовного кодекса. — Юридическое издательство, 2004.

Материал поступил в редакцию 17 сентября 2018 г.

²⁰ Уголовное право Российской Федерации : учебник / под ред. Л. В. Иногамовой-Хегай, А. И. Рарога, А. И. Чучаева. М. : Контракт; Инфра-М, 2009. С. 11.

COMPARATIVE ANALYSIS OF CRIMINAL LAW PRINCIPLES IN CHINA AND RUSSIA²¹

Pang Dongmei, Doctor of Law, Professor, "Huang He" Honored Scientist, Law Institute of Henan University
pangdongmei71@163.com
pangnaja@mail.ru
475001, China, Henan province, Kaifeng, Shunhe Huizuqu, Minglun st., 85

Gao Mingxuan, Professor, Jinshi Honorary Scholar, Beijing Normal University, Institute of Criminal law
gaomingxuan1928@163.com
100875, China, Beijing, Xicheng district, Xijiekou st.,19

Abstract. *Legal principles, being the basis of legal norms, reflect people's understanding and perception of the basic laws, contain legislative value motivation, the basic spirit and direction of law enforcement interests. The paper focuses on the analysis of the criminal law principles in China and Russia. The Criminal Code of the Russian Federation enshrines five principles: legality, equality of citizens before the law; guilt; justice; humanism. Articles 3, 4 and 5 of the Criminal Code of the People's Republic of China (PRC) of 1997 provide for the principle of legality, the principle of equality of citizens before the law, the principle of conformity of punishment with crime and criminal liability, respectively. These three articles are a novel of the PRC Criminal Code of 1997. The basic principles of criminal law are considered one of the main problems in criminal law. In the process of drafting the Criminal Code, legislative and judicial bodies, as well as experts had different opinions as to whether it is necessary to further provide the basic principles in the Criminal Code of the PRC, what basic principles should be added, how and which Chapter of the PRC Criminal Code should describe these basic principles, etc. All these issues and their solutions are considered in this paper. The authors come to the conclusion that in both countries the principles of criminal law are understood as fundamental ideas provided for in the criminal law, which, reflecting the universal values, determine both its content as a whole and the content of its individual institutions. The researchers propose to include the principle of humanism in the General part of the Criminal Code, and to exclude the principle of guilt from a number of principles of the Criminal Code.*

Keywords: *China, Russian Federation, principles of criminal law.*

REFERENCES

1. Brilliantov A.V. *Ugolovnoe pravo Rossii. Chast obshchaya i osobennaya: uchebnik* [Criminal Law of Russia. General and Special Parts: A Textbook]. Edited by A.V. Brilliantov. 2nd ed., rev. and suppl. Moscow: Prospect Publ., 2016.
2. Gao Mingxuan, Zhao Bing Zhi. *Obzor dokumentov po ugolovnomu zakonodatelstvu KNR* [Review of documents on the Chinese criminal law]. Edited by Gao, M.X., Zhao, B.Z. Beijing: Chinese People's University of Public Security Publ., 1998.
3. Gao Minxuan. *Zarozhdenie, stanovlenie, razvitie i sovershenstvovanie kitayskogo ugolovnogo zakonodatelstva* [Origin, formation, development and improvement of the Chinese criminal law]. Edited by Gao, M.X. Beijing: Beijing University Publishing House, 2012.
4. Gao Minxuan. *Ob ustanovlenii printsipa zakonnosti v ugolovnom kodekse nashey strany* [On the establishment of the principle of legality in the Criminal Code of our country]. *Kitayskoe pravovedenie* [Chinese jurisprudence], 1995. No. 5.
5. Kudryavtsev V.N., Kelina S.G. *Printsipy sovetskogo ugolovnogo prava* [Principles of Soviet criminal law]. Moscow, 1988.
6. Ma Cachan. *O realizatsii printsipa zakonnosti v zakonodatelstve sbornik predlozheniy po razrabotke popravok v UK KNR* [On the implementation of the principle of legality in legislation. Collection of proposals for the

²¹ The paper is prepared in the framework of the key project of the national Fund of Social Sciences of China "Study of Institutions in the General Part of Criminal Law" (project number: 16AFX008).

- development of amendments to the PRC Criminal Code]. Edited by Gao M.X. Beijing: Publishing House of the Chinese People's University, 1997.
7. Naumov A.V. *Rossiyskoe ugovnoe pravo: kurs lektsiy* [Russian criminal law: Course of Lectures]. Moscow, 1996. Vol. 1. Obshchaya chast [General Part].
 8. Odintsova L.N. *Printsip gumanizma kak eticheskaya kategoriya v sfere obespecheniya ugovno-pravovoy i ugovno-ispolnitelnoy okhrany prav i svobod cheloveka, grazhdanina, osuzhdennykh* [The principle of humanism as an ethical category in the field of criminal law and penal protection of human rights and freedoms, citizens, convicted]. *Vestnik kuzbasskogo instituta* [Bulletin of the Kuzbass Institute]. Novokuznetsk: KIFSIN. 2012. No. 2.
 9. Rarog A.I. *Ugovnoe pravo Rossii. chast obshchaya i osobennaya: uchebnik* [Criminal Law of Russia. General and Special Parts: A Textbook]. M.P. Zhuravlev [et al.]; Edited by A.I. Rarog. 7th ed., rev. and suppl. Moscow: Prospect Publ., 2012.
 10. Sumachev A.V. *O printsipakh ugovnogo prava* [On the principles of criminal law]. *Yuridicheskaya nauka i pravookhranitel'naya praktika* [Legal science and law enforcement practice]. 2017. No. 4 (42).
 11. *Ugovnoe pravo Rossiyskoy Federatsii: uchebnik* [Criminal law of the Russian Federation: A Textbook]. Edited by L.V. Inogamova-Khegai, A.I. Rarog, A.I. Chuchaev. Moscow: Kontrakt; Infra-M Publ., 2009.
 12. Fang Chen Xiao. *Osnovnye printsipy i ugovno-pravovye tsennosti* [The basic principle and the criminal law values]. *Vestnik instituta politiko-pravovykh upravlyayushchikh kadrov* [Bulletin of the Institute for Political and Legal Managers]. 1999. No. 1.
 13. Fen Fung Lin. *Osnovnye printsipy ugovnogo prava v nashey strane* [The basic principles of criminal law in our country]. *Politiko-pravovoy forum (Vestnik kitayskogo politiko-yuridicheskogo universiteta)* [Political-Legal Forum (Journal of China University of Politics and Law)]. 1999. No. 2.
 14. Zhao Bingzhi. *Spetsialnye problemy v obshchey chasti ugovnogo kodeksa* [Special issues in the General Part of the Criminal Code]. *Yuridicheskoe izdatelstvo* [Legal publishing house]. 2004.

ТЕРРИТОРИАЛЬНЫЙ ПРИНЦИП ОХРАНЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ И ДЕЙСТВИЕ ГОСУДАРСТВЕННОГО СУВЕРЕНИТЕТА В ЦИФРОВОМ ПРОСТРАНСТВЕ¹

Аннотация. Автором исследуются теоретические аспекты реализации территориального принципа охраны интеллектуальной собственности в цифровом пространстве. Отмечается, что активное освоение цифрового пространства участниками трансграничных отношений в сфере охраны и использования прав на объекты интеллектуальной собственности, популяризация сети Интернет и расширение областей правоотношений, реализуемых в Сети, сопровождаются возникновением новых проблем охраны объектов интеллектуальной собственности ввиду их нематериального характера и появившейся возможности одним действием нарушить права на объекты интеллектуальной собственности в разных странах. Обозначенные проблемы сохраняются и ввиду действия территориального принципа охраны исключительных прав, а также серьезного значения суверенитета государств как в классическом территориальном понимании, так и новых его форм, прежде всего информационного суверенитета. Автор, исследуя положения международных договоров в сфере охраны различных объектов интеллектуальной собственности, рассматривает особенности развития территориального принципа охраны интеллектуальной собственности, цифровое пространство как среду реализации данного принципа. Вопрос о границах территориального суверенитета государств в цифровом пространстве предлагается решать посредством выработки четких критериев определения «территории реализации отношений». В качестве универсальных таких критериев предлагается использовать «территорию действия прав» и «территорию разрешенного использования прав», которые в случаях с международной регистрацией конкретизируют территорию действия прав. В отсутствие международного договора, который регулировал бы действия государств по администрированию различных сегментов сети Интернет, в том числе и для целей эффективной охраны объектов интеллектуальной собственности в трансграничных отношениях с учетом действия охраняемых (административных и судебных) систем иных государств, целесообразным представляется использование принципа невмешательства в реализацию прав на объекты интеллектуальной собственности вне пределов национального действия прав.

¹ Статья подготовлена в рамках работы по научному проекту № 18-011-00883 «Информационный суверенитет: от вопросов определения юрисдикции государства до онлайн-разрешения споров» Российского фонда фундаментальных исследований.

© Шахназаров Б. А., 2018

* Шахназаров Бениамин Александрович, кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

ben_raf@mail.ru

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

Ключевые слова: территориальный принцип, охрана, интеллектуальная собственность, промышленная собственность, авторские права, исключительные права, трансграничные отношения, территориальная юрисдикция, цифровое пространство, сеть Интернет, территориальный суверенитет, информационный суверенитет.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.145.12.132-144

Активное освоение цифрового пространства участниками трансграничных отношений в сфере охраны и использования прав на объекты интеллектуальной собственности, популяризация сети Интернет и расширение областей правоотношений, реализуемых в Сети, сопровождаются возникновением новых проблем охраны объектов интеллектуальной собственности ввиду их нематериального характера и появившейся возможности одним действием нарушить права на объекты интеллектуальной собственности в разных странах. Например, возможность использовать сеть Интернет в качестве среды публикации создает серьезные проблемы в контексте возможных нарушений авторских прав. Сохраняется пробельность в регулировании правоотношений, возникающих в сети Интернет, с учетом потенциальной возможности сети Интернет по увеличению трансграничного оборота информации и способов реализации прав правообладателей, а также нарушения таких прав. Поскольку деятельность крупных правообладателей в сети Интернет предполагает проведение интернет-маркетинга и создание веб-сайтов, которые можно просматривать в разных странах по всему миру, особое внимание должно быть уделено тому, как национальное законодательство той или иной страны регулирует охрану интеллектуальной собственности, каким образом определяет свою территориальную юрисдикцию в цифровом пространстве. Отдельной проблематикой остается и сфера вопросов, связанных с наличием или отсутствием возможности национальных патентных систем предоставлять патентную защиту способам ведения бизнеса в сети Интернет² с учетом упрощенного трансграничного доступа к таким решениям. Все эти проблемы сохраняются ввиду действия территориального принципа охраны исключительных прав, а также ввиду серьезного значения суверенитета государств, как в классическом территориальном понимании, так и новых его

форм, прежде всего информационного суверенитета.

Территориальный принцип охраны объектов интеллектуальной собственности (далее также принцип территориальности), вытекающий из положений п. 2 ст. 5 Бернской конвенции об охране художественных и литературных произведений 1886 г. (далее — Бернская конвенция), ст. 4-bis «Патенты: независимость патентов, полученных на одно и то же изобретение в различных странах» и б «Знаки: условия регистрации; независимость охраны одного и того же знака в различных странах» Парижской конвенции об охране промышленной собственности (далее — Парижская конвенция), а также из положений Конвенции о предоставлении национального режима охраны промышленной собственности государствами-участниками, положений международных договоров, закрепляющих механизмы подачи международных заявок (Мадридское соглашение о международной регистрации знаков, Гагское соглашение о международной регистрации промышленных образцов, 1925 г., Договор о патентной кооперации, 1970 г.) и других международных договоров, будучи реализованным в национальном законодательстве разных стран, оказывает серьезное сдерживающее воздействие на реализацию международных подходов к охране интеллектуальной собственности и унифицированному обеспечению прав правообладателей в трансграничных отношениях.

Говоря об авторских правах, отметим, что принцип независимости охраны в государствах — участниках Бернской конвенции от охраны в стране происхождения дополняется положениями о том, что объем охраны, равно как и средства защиты, обеспечиваемые автору для охраны его прав, регулируются исключительно законодательством страны, в которой истребуется охрана (п. 2 ст. 5). В совокупности с положениями о национальном режиме (п. 1 ст. 5) обозначенные выше положения Бернской

² *Gutterman A. S. Going Global: A Guide to Building an International Business. Part A. Setting up and Managing a Business Abroad § 13:22. Intellectual property rights—Special forms of intellectual property rights—Intellectual property rights and the Internet. Westlaw. Thomson Reuters. 2017.*

конвенции свидетельствуют о реализации на международном уровне принципа территориальной независимости охраны авторских прав в различных странах. В то же время положения Бернской конвенции о предоставлении конвенционной охраны произведениям и авторам из разных стран по критериям территории опубликования, гражданства и обычного места жительства (ст. 3) свидетельствуют все же о векторе непрямого отступления от принципа территориальности при охране на международном уровне авторских прав, опосредованного положениями международного договора о реализации минимальных стандартов охраны в государствах-участниках. Такое косвенное отступление от принципа территориальности, которое, по сути, сводится лишь к обязанности конкретного государства охранять произведения, которые были опубликованы за рубежом, опубликованы гражданином государства — участника Бернской конвенции или лицом, имеющим обычное место жительства в таком государстве, представляется возможным ввиду нематериального характера авторских прав и их особой правовой природы, не предполагающей обязательного, обеспеченного государством выполнения каких-либо формальностей для предоставления охраны авторских прав.

Принцип территориальности в промышленной собственности в большинстве случаев (относительно объектов, подлежащих обязательной регистрации) выглядит немного иначе. Действие прав в обозначенном контексте ограничивается территорией государства, патентное ведомство (или иной компетентный орган) которого предоставило охрану соответствующему объекту.

Что касается особенностей реализации принципа территориальности применительно к отдельным объектам промышленной собственности, то в отношении товарных знаков (знаков обслуживания) отметим, что процессы мировой глобализации и широкого распространения интернет-технологий приводят к тому, что правообладатели товарных знаков вынуждены расширять использование своего обозначения в других странах, позаботившись при

этом об обеспечении защиты своего обозначения от «размывания» (т.е. потери товарным знаком различительного свойства), от действий третьих лиц, порочащих репутацию правообладателя товарного знака, и от свободного использования. Как и в случае со специальными принципами охраны товарных знаков, действие принципа территориальности порождает такие ситуации, когда различные правообладатели вынуждены отказываться от охраны товарного знака в той или иной стране (т.е. допускать возможность использования товарного знака третьими лицами в других странах) со всеми рисками фактического и вероятного введения в заблуждение и размывания³. Эти проблемы лишь частично смягчаются правом приоритета и доктриной общеизвестного товарного знака.

Применительно к патентным правам в зарубежной доктрине отмечается, что таковые обычно имеют строго территориальный характер действия, поэтому патент как охраняемый документ должен быть получен в каждой юрисдикции, где требуется защита, и, как правило, он не будет действовать за пределами территории этой страны⁴. Данный тезис, в свою очередь, определяется правовой природой национальных патентов, и национальные суды неоднократно подтверждали основополагающий принцип территориальности, осуществляя охрану патентных прав, преимущественно рассматривая его как географическое ограничение действия прав на объекты промышленной собственности.

Как отмечается в зарубежной доктрине, принцип территориальности был установлен еще в 1856 г. Верховным судом США при рассмотрении дела *Brown v. Duchesne*. Суд пришел к выводу, что национальный патентный закон не распространяет свое действие за пределы территории США. Норвежский Хейстеретт (верховный суд) в те же годы также в решении по делу *Акре-Викери* пришел к выводу о том, что Закон о патентах «считается естественным территориальным ограничением» и «предназначен для защиты патентообладателя от третьих лиц, использующих изобретение в пределах этой страны»⁵.

³ См.: *Friedmann D.* The uniqueness of the trade mark: a critical analysis of the specificity and territoriality principles // *European Intellectual Property Review*. 2016. 38 (11). P. 678.

⁴ См.: *Mikalsen R.* Offshore patent protection: the geographical scope of coastal state patents in the exclusive economic zone and above the continental shelf // *European Intellectual Property Review*. 2017. 39 (9). Pp. 543—554.

⁵ См.: *Mikalsen R.* Op. cit.

Отметим, что речь идет о временном периоде, когда Парижская конвенция еще не была принята. Таким образом, в судебной практике отдельных государств уже в середине XIX в. в сфере патентных отношений сформировался принцип «территориального характера действия исключительных прав», который в дальнейшем был распространен и на товарные знаки уже в тексте Парижской конвенции (ст. 6 «Знаки: условия регистрации; независимость охраны одного и того же знака в различных странах»), а также в судебной практике.

Например, в судебной практике США сформировалось правило, согласно которому в тех случаях, когда две стороны используют один и тот же товарный знак на разных территориях, полностью удаленных друг от друга, вопрос о первоначальном правообладателе не имеет юридического значения, даже если второй пользователь выбрал этот товарный знак с заранее враждебным для интересов первоначального пользователя умыслом⁶. Эти доводы Верховного суда США по делу *United Drug Co v. Theodore Rectanus Co* об удаленности и о разделении рынков уже в 1918 г. привели к формированию правовой позиции о том, что тождественные и сходные до степени смешения товарные знаки могут сосуществовать. Времена изменились, усилились процессы глобализации и распространилась сеть Интернет, однако по причине зависимости от уже выбранного пути формирования международно-правовых принципов охраны промышленной собственности в мире по-прежнему сохраняется принцип территориальной независимости охраны объектов промышленной собственности, в частности товарных знаков⁷.

Отмечается, что в эпоху глобализации и развития сети Интернет принципы территориальности представляются анахронизмами⁸. Правообладатели должны иметь возможность расширить использование своих товарных знаков за рубежом. Такое расширение не должно приводить к смешению и размыванию обозначения, а также к введению потребителей в заблуждение и не должно нарушать права третьих лиц.

Таким образом, модернизация законодательства о товарных знаках может использоваться не только для защиты прав потребителей, но и как инструмент экономической политики, позволяющий национальным производителям конкурировать на глобальных рынках⁹. Истории правового регулирования товарных знаков известны некоторые обнадеживающие унификационные процессы, направленные на упорядочивание систем охраны товарных знаков. Например, различительная способность более не является законодательной категорией лишь отдельных государств, а используется и в унифицированной системе охраны товарных знаков (ст. 6 *quinquies* Парижской конвенции). Кроме того, США являются показательным примером того, как законодательство субъектов государства (штатов) в сфере охраны товарных знаков может быть дополнено и модернизировано федеральной системой охраны товарных знаков (*Lanham Act*, 1946). В 1971 г. система охраны единого товарного знака Бенилюкс заменила собой национальные системы охраны товарных знаков Бельгии, Нидерландов и Люксембурга. А в 1995 г. была введена единая система товарных знаков ЕС, которая дополняет национальные системы 28 государств — членов ЕС¹⁰.

В то же время, несмотря на то что принцип территориальности не был отвергнут какими-либо странами, в некоторых случаях территория действия данного принципа значительно расширяется. Так, государства на международном уровне уже значительно продвинулись на пути создания глобальной системы товарных знаков, в которой будут зарегистрированы только такие знаки, которые действительно уникальны, чтобы избежать споров, вытекающих из смешения, размывания обозначения, а также недобросовестной конкуренции (этому эффективно способствуют положения Протокола к Мадридскому соглашению о международной регистрации знака). По причине зависимости от ранее выбранного пути, принципа государственного суверенитета и институциональных интересов государства трудно пре-

⁶ *United Drug Co v. Theodore Rectanus Co* 248 U.S. 90, 101 (1918).

⁷ См.: *Friedmann D.* Op. cit. P. 678.

⁸ См.: *Leaffer A.* The New World of International Trademark Law // *Intellectual Property Law Review*. 1998. Vol. 2. Iss. 1. 28.

⁹ См.: *Graeme Dinwoodie.* Trademarks and territory: Detaching trademark law from the nation-state // *Houston L. Rev.* 2004. № 41(3). P. 885, 969.

¹⁰ См.: *Friedmann D.* Op. cit. P. 678—679.

одолеть территориальный характер действия исключительных прав¹¹. В то же время именно преодоление принципа территориальности позволит обеспечить максимально эффективную защиту исключительных прав в условиях глобализации рынков товаров и услуг, прав потребителей, а также прав производителей от недобросовестной конкуренции. Решение данного вопроса было бы логичным реализовать в рамках ВТО как универсальной международной торговой организации, но Соглашение ТРИПС закрепило лишь минимальные стандарты охраны интеллектуальной собственности для целей международного торгового оборота и не претендовало на решение глобальных вопросов интеллектуальной собственности. Преодоление территориального принципа охраны не состоялось по следующей причине. Соглашение ТРИПС базируется на том, что в основе любой успешной системы охраны интеллектуальной собственности лежат общественные цели функционирования такой системы и ее правовой фундамент должен содействовать важнейшим общественным интересам¹². В контексте охраны, например, патентных прав в зарубежной доктрине также отмечается, что хотя режим патентной охраны, установленный Соглашением ТРИПС, ознаменовал новую эру обязательств в отношении защиты и обеспечения соблюдения интеллектуальных прав, члены ВТО сохранили важные права на собственные внутринациональные подходы, включая право на защиту своих общественных интересов¹³. Таким образом, правило о примате общественных интересов считается основополагающим принципом предоставления охраны интеллектуальной собственности в Соглашении ТРИПС¹⁴. В частности, положения ст. 8 «Принципы» Соглашения ТРИПС сформулированы таким образом, что, например, сфера действия и форма патента могут определяться национальным законодателем с учетом общественных интересов. Основная идея защиты общественных интересов в Соглашении ТРИПС сводится к тому, что правовая норма, регулирующая

отношения в сфере охраны интеллектуальной собственности, должна соответствовать социально-экономическому благосостоянию людей, и Соглашение ТРИПС, таким образом, было призвано служить прежде всего национальным интересам государств. В этом смысле ст. 8 Соглашения ТРИПС позволяет государствам-членам по своему усмотрению формулировать или изменять правовые нормы и принимать меры, необходимые для защиты общественных интересов. Обозначенное прежде всего следует из п. 2 ст. 8 Соглашения ТРИПС, в котором предусматривается, что государства-участники могут принимать надлежащие меры для предотвращения злоупотребления правами со стороны правообладателей, которое приводит к ограничению торговли и неблагоприятному влиянию на международную передачу технологий. На самом деле устанавливается более широкая свобода внутринациональной регламентации, предоставляемая государствам-участникам для защиты общественных интересов, основываясь именно на территориальном принципе охраны объектов интеллектуальной собственности, который, в свою очередь, уже был признан на международном уровне (Парижская и Бернская конвенции), что подтверждается, в дополнение к ст. 8 Соглашения ТРИПС, и рядом других его норм, например ст. 31, 40. При первичном рассмотрении Соглашения ТРИПС может показаться, что положения абз. 2 п. 1 ст. 27 о том, что «патенты выдаются и права, основанные на патенте, могут быть реализованы вне зависимости от места создания изобретения», направлены на преодоление территориального принципа охраны патентуемых объектов. Однако предоставление охраны изобретению вне зависимости от места его создания свидетельствует лишь о направленности положений Соглашения на использование и защиту изобретений в мире, а не только в стране создания, без уточнения, по какому праву и по каким условиям будет предоставлена такая защита в разных странах, и лишь с частичной унификацией такой защиты. В то же время принцип территориаль-

¹¹ См.: *Friedmann D.* Op. cit. P. 678—679.

¹² См.: *Mercurio B., Tyagi M.* Treaty Interpretation in WTO Dispute Settlement: The Outstanding Question of the Legality of Local Working Requirements // *Minnesota Journal of International Law*. 2010. № 19 (2) P. 281 ; *Lemley M., Shapiro C.* Probabilistic Patents // *Journal of Economic Perspectives*. 2005. 19 (2). P. 90.

¹³ См.: *Manu T.* Challenging the Validity of Patents: Stepping in Line with EPO and US Jurisprudence // *International Review of Intellectual Property and Competition Law*. 2017. Vol. 48. No. 7. Pp. 813—837.

¹⁴ См.: *Reichman J.* Universal minimum standards of intellectual property protection under the TRIPS component of the WTO agreement // *International Lawyer*. 2005. 29 (2). P. 352.

ности подобными положениями, как и в случае с Парижской конвенцией, не преодолевается. Несмотря на общие стандарты, согласованные членами ВТО для защиты интеллектуальной собственности, территориальный характер права интеллектуальной собственности остается неизменным принципом, а Соглашение ТРИПС не противоречит, а лишь усиливает и конкретизирует действие этого принципа. Данный принцип, по смыслу Соглашения ТРИПС, означает, таким образом, что каждое государство-участник в пределах своей территории имеет суверенитет по большому количеству вопросов охраны интеллектуальной собственности, не унифицированных в Соглашении¹⁵. В отношении принципа территориальности, опосредуемого известными принципами национального режима и наиболее благоприятствуемой нации (ст. 3, 4 Соглашения ТРИПС), объем защиты прав интеллектуальной собственности ограничивается территорией государства, в котором эти права предоставляются, и предопределяется исключительной юрисдикцией государства, предоставившего охрану в отношении вопросов, связанных с действительностью предоставленных прав и их ограничением¹⁶. Положения Соглашения ТРИПС о защите общественных интересов государств-участников, о гибких возможностях внутринационального регулирования многих вопросов охраны интеллектуальной собственности, обтекаемые «минимальные» стандарты охраны интеллектуальной собственности, таким образом, косвенно свидетельствуют о реализации территориального принципа охраны интеллектуальной собственности в Соглашении ТРИПС.

Итак, территориальный принцип охраны интеллектуальной собственности является на

данный момент основополагающим началом охраны объектов интеллектуальной собственности, закрепленным на универсальном международном уровне.

Реализация территориального принципа охраны интеллектуальной собственности подвергается современным вызовам, связанным с развитием сети Интернет и цифрового пространства в целом.

Цифровое пространство (cyberspace) определяется в доктрине как «глобальная сфера информационной среды, состоящая из взаимозависимой сети инфраструктур информационных технологий, включая Интернет, телекоммуникационные сети, компьютерные системы и встроенные процессоры и контроллеры»¹⁷. Существует широко распространенное мнение о том, что оно «не является физически определенным местом, а преодолевает границы, реализуясь в любом физическом или временном измерении. Это сокращенный термин, который относится к среде, созданной слиянием совместных сетей компьютеров, информационных систем и телекоммуникационных инфраструктур, обычно называемых Всемирной паутиной»¹⁸.

Цифровое пространство характеризуется анонимностью и доступностью информации. Поэтому представляется логичным его отождествление в любых пространственных измерениях, например на земле, в открытом море, международном воздушном пространстве или космическом пространстве¹⁹, т.е. возможна его характеристика как общемирового пространства, или *res communis omnium* (общего блага всех). Все эти аспекты позволяют сделать справедливый вывод о том, что цифровое пространство полностью не подчинено суверени-

¹⁵ Критерии охраноспособности раскрываются частично, допускается усмотрение законодателя; охранная документация, регламентация способов передачи исключительных прав в Соглашении не закреплены.

¹⁶ *Abbott F., Cottier T., Gurry F. International intellectual property integrated world economy. 2nd edn. New York : Aspen Publishers, 2011. P. 602.*

¹⁷ Joint Chiefs of Staff, Joint Publication 1-02, U.S. Department of Defense Dictionary of Military and Associated Terms (Nov. 8, 2010), as amended through February 15, 2016. URL: https://fas.org/irp/doddir/dod/jp1_02.pdf (дата обращения: 20.06.2018).

См. также определение: *Schaap A. J. Cyber Warfare Operations: Development and Use under International Law // Air Force Law Review. 2009. № 64 P. 121, 126* («Область, характеризующаяся использованием компьютеров и других электронных устройств для хранения, изменения и обмена данными через сетевые системы и связанные с ними физические инфраструктуры»).

¹⁸ См.: *Wingfield T. C. The law of information conflict: national security law in cyberspace. Aegis Research Corp., 2000. P. 17.*

¹⁹ См.: *Franzese P. W. Sovereignty in Cyberspace: Can It Exist? // Air Force Law Review. 2009 № 64 (1). P. 17—42.*

тету одного государства или группы государств и не защищено от апроприации. Несмотря на справедливую, по сути, квалификацию цифрового пространства через *res communis omnium*, отдельные действия государств свидетельствуют о том, что компоненты цифрового пространства не защищены от территориального суверенитета и от осуществления юрисдикции государства²⁰. Государства, к примеру, осуществляют и будут продолжать осуществлять свою уголовную юрисдикцию в отношении преступлений, совершенных в цифровой среде, и они продолжают регулировать деятельность в киберпространстве. Так, в 2001 г. в рамках Совета Европы была принята Конвенция о преступности в сфере компьютерной информации № 185 (Будапешт, 23 ноября 2001 г.)²¹, положения которой подтверждают национальную юрисдикцию государств-участников по преступлениям, совершенным в цифровой среде (ст. 21). В данной Конвенции лишь унифицируются правовые позиции по отдельным видам преступлений, совершенным в цифровой среде. Отдельное внимание в Конвенции уделяется деяниям, связанным с нарушением авторских и смежных прав, которые государства обязуются признавать уголовными преступлениями, когда такого рода действия совершаются преднамеренно, в коммерческом масштабе и посредством компьютерной системы. В то же время несправедливым представляется то обстоятельство, что в Конвенции нет схожих положений, которые были бы направлены на защиту прав промышленной собственности, поскольку широкий пласт как гражданских, так и уголовных правонарушений, затрагивающих, например, права на товарные знаки, реализуется именно в цифровой среде с использованием сети Интернет.

Кроме того, тот факт, что цифровое пространство требует наличия и поддержания соответствующей технологической инфра-

структуры²², не может быть проигнорирован. Оборудование, составляющее такую инфраструктуру, необходимую для функционирования цифрового пространства, находится на территории того или иного государства. Оно принадлежит самому государству или корпорациям; его функционирование обеспечивается национальной электрической сетью²³. Интеграция физических компонентов технологической инфраструктуры, расположенных на территории того или иного государства, в глобальную среду цифрового пространства не может быть истолкована как отказ от осуществления территориального суверенитета. Кроме того, государства фактически активно развивают в своей контрольно-надзорной деятельности и принцип информационного суверенитета, предполагающий полноту государственной власти по контролю над распространением информации на своей территории. Несмотря на то что с учетом правовой природы технологической инфраструктуры цифрового пространства осуществление суверенитета может быть затруднено, связанные с этим технические и технологические проблемы не препятствуют осуществлению государством своей юрисдикции в отношении технологической инфраструктуры цифрового пространства, расположенной в пределах его суверенной территории²⁴. Фактически государства постоянно подчеркивают свое право осуществлять контроль над такой инфраструктурой, утверждать свою юрисдикцию в отношении деятельности, осуществляемой в цифровом пространстве, на своей территории и защищать свою технологическую инфраструктуру от трансграничного вмешательства со стороны других государств или отдельных лиц²⁵. Безусловно, инфраструктурные аспекты функционирования той или иной среды, в которой реализуются гражданские правоотношения, в частности отношения по охране и исполь-

²⁰ См.: *Heintschel von Heinegg W.* Territorial sovereignty and neutrality in cyberspace // *International Law Studies*. 2013. Vol. 89. P. 126.

²¹ Россия не участвует в Конвенции.

²² См.: *Franzese P. W.* Op. cit. С. 33.

²³ См.: *Kastenberg J. E.* Non-Intervention and Neutrality in Cyberspace: An Emerging Principle in the National Practice of International Law // *Air force law review*. 2009. 64 (43). P. 64.

См. также: *Svantesson J. D. B.* Borders on, or Border Around — The Future of the Internet // *16 ALB.L.J. Sci. & Tech*. 2006. P. 433—435.

²⁴ См.: *Heintschel von Heinegg W.* Op. cit. С. 126.

²⁵ См.: U.S. Department of Defense, *Cyberspace Policy Report: A Report to Congress Pursuant to the National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2011, Section 934, at 7—8 (2011)*. URL: <https://nsarchive2.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB424/docs/Cyber-059.pdf> (дата обращения: 20.06.2018).

зованию прав на объекты интеллектуальной собственности, не должны оставаться без внимания. В то же время вопрос о том, должна ли такая инфраструктура быть элементом публичного права или возможно частно-правовое регулирование, саморегулирование в этой сфере, может быть решен лишь при четком определении основ государственной безопасности и пределов вмешательства государства в регулирование цифрового пространства. Важно отметить, что цифровое пространство — это прежде всего среда, средство для реализации большого числа разнообразных гражданско-правовых отношений. Что касается прав интеллектуальной собственности, то с точки зрения охраны таковых цифровое пространство — это среда выражения самих объектов интеллектуальной собственности, среда их использования и придания новых цифровых форм выражения (например, товарный знак в формате GIF). Цифровое пространство позволяет также расширять географию использования прав на объекты интеллектуальной собственности, но при условии должного обеспечения их охраны и предотвращения нарушения прав третьих лиц в странах использования. Кроме того, в электронной форме в настоящее время подаются и принимаются как национальные, так и международные заявки на регистрацию объектов промышленной собственности. Обозначенное свидетельствует о наличии самостоятельной технологической инфраструктуры, обеспечивающей и поддерживающей цифровую среду. Как следствие, возникает и самостоятельное правовое поле реализации тех или иных отношений в сфере охраны интеллектуальной собственности (от процедуры установления прав на объект до их осуществления). Детальное международное регулирование цифрового пространства усложняется разнообразием отношений, которые в нем реализуются. Государства, регулируя те или иные аспекты охраны объектов интеллектуальной собственности, могут устанавливать отдельную регламентацию специфических аспектов охраны и реализации прав в цифровом пространстве. Вопрос о границах территориального суверенитета в этом контексте должен быть решен посредством выработки четких критериев определения «территории реализации отношений». В качестве таких универсальных критериев предлагается использовать «территорию действия прав» и «территорию

разрешенного использования прав», которые в случаях с международной регистрацией конкретизируют территорию действия прав, например при международной регистрации товарного знака в нескольких странах.

Еще одна особенность реализации принципа территориального суверенитета в цифровом пространстве заключается в широком круге полномочий суверенного государства (в том числе государства флага и государства регистрации домена, например) по осуществлению своей юрисдикции в отношении технологической инфраструктуры цифрового пространства и в отношении гражданско-правовой деятельности, осуществляемой в цифровом пространстве.

Понятие юрисдикции в данном контексте можно обозначить в широком смысле — как относящуюся к законному правомочию какого-либо государства возможность осуществлять регулирующие действия в цифровом пространстве посредством законодательной, исполнительной или судебной власти. В этом смысле юрисдикция означает в первую очередь законную власть государства принимать и применять нормы права²⁶. Осуществление юрисдикции не ограничивается территорией (в собственном смысле) какого-либо государства. Например, государство осуществляет исключительную юрисдикцию на борту судов, плавающих под его флагом, и на борту воздушного судна, зарегистрированного в этом государстве.

Кроме того, в соответствии с принципами активного и пассивного гражданства, принципами конвенционной охраны, государства имеют право осуществлять свою юрисдикцию в отношении действий своих граждан, которые имели место за пределами его территории. Например, выпуск в свет произведений гражданином государства-участника не в стране гражданства влечет предоставление охраны в стране гражданства с учетом минимальных стандартов охраны авторских прав по Бернской конвенции. В сфере охраны промышленной собственности реализацию этого подхода сложно представить ввиду сохраняющегося высокого значения принципа территориальности и обязательной для получения охраны регистрации (в случае с большинством объектов промышленной собственности).

В этом контексте следует также отметить, что территориальная юрисдикция необязательно предполагает наличие фактического террито-

²⁶ См.: *Heintschel von Heinegg W.* Op. cit. С. 132.

риального суверенитета. Например, государство может осуществлять исключительную юрисдикцию над оккупированной территорией. Юрисдикция прибрежных государств в их исключительных экономических зонах или на их континентальном шельфе хотя и может быть воспринята как носящая квазитерриториальный характер, аналогична территориальной юрисдикции в узком смысле, поскольку она ограничена определенными видами деятельности²⁷.

Технологическая инфраструктура цифрового пространства, расположенная на территории того или иного государства, и деятельность, происходящая в рамках этой инфраструктуры, подвержены почти неограниченным запретительным действиям и мерам принудительного характера со стороны данного государства. Территориальная юрисдикция включает право государства регулировать, ограничивать или запрещать доступ к своей цифровой инфраструктуре, независимо от того, получен ли доступ на территории этого государства или за его пределами. Следует еще раз подчеркнуть, что интеграция физических компонентов цифровой инфраструктуры, расположенных на территории государства, в глобальное цифровое пространство не является отказом государства от осуществления территориального суверенитета. Ввиду мобильности пользователей и систем с распределением облачных сетей часто бывает очень сложно эффективно осуществлять территориальный суверенитет²⁸. Информационный суверенитет государства, через который, в свою очередь, реализуется территориальная юрисдикция в отношении охраны и обмена информацией, в обозначенном контексте должен иметь четко определенные границы. Однако коммуникация между пользователями, возникающая в рамках такого цифрового пространства (в частности, правоотношения по охране и использованию прав на объекты интеллектуальной собственности), носит зачастую

трансграничный межпространственный характер, что осложняет определение территории реализации правоотношения. Соответственно определение территории действия информационного суверенитета государства носит, в свою очередь, оценочный характер (учитываются прежде всего государственные цели обеспечения информационной и территориальной безопасности, что коррелирует с территориальным принципом охраны прав на объекты интеллектуальной собственности). Государства регулярно и зачастую успешно доказывают свою готовность и решимость обеспечивать соблюдение их внутреннего законодательства в отношении различных видов деятельности в цифровой среде²⁹.

Особенной характеристикой территориальной юрисдикции и информационного суверенитета является так называемая доктрина влияния (*effects doctrine*), согласно которой государство имеет право осуществлять свою юрисдикцию в отношении деятельности, происходящей за пределами его территории, которая приводит к каким-либо правовым последствиям на его территории³⁰, т.е. создает, изменяет или прекращает те или иные права на территории государства. Интересное толкование этой доктрины было дано Европейским судом³¹. Суд отметил, что двумя бесспорными основными принципами, на которых основывается юрисдикция государства, являются принцип территориальности и принцип национальности. Согласно первому принципу юрисдикцию по тому или иному правоотношению имеет государство, в котором находится лицо, товары или имел место соответствующий юридический факт. Вторым принципом предполагается юрисдикцию государства в отношении собственных граждан. Принцип территориальности реализуется в двух ипостасях: субъективная территориальность, которая позволяет государству осуществлять свою юрисдикцию применительно

²⁷ См.: *Heintschel von Heinegg W.* Op. cit. С. 132.

²⁸ См.: *Heintschel von Heinegg W.* Op. cit.

²⁹ См.: *Heintschel von Heinegg W.* Op. cit. С. 133.

³⁰ См.: *Oxman B. H.* Jurisdiction of States // Max Planck Encyclopedia. URL: <http://opil.ouplaw.com/abstract/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1436?rskey=B4TLsA&result=6&prd=EPIL> (дата обращения: 20.06.2018).

³¹ Judgment of the European Court of Justice of 27 September 1988. *A. Ahlström Osakeyhtiö and others v. Commission of the European Communities. Concerted practices between undertakings established in non-member countries affecting selling prices to purchasers established in the Community. Joined cases 89, 104, 114, 116, 117 and 125 to 129/85* // URL: <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=61985CJ0089&lang1=en&type=TXT&ancre=> (дата обращения: 20.06.2018).

к отношениям, которые возникли в пределах территории государства, несмотря на то что они имели правовые последствия за рубежом; объективная территориальность, которая, напротив, позволяет государству осуществлять свою юрисдикцию применительно к отношениям, которые возникли за рубежом, но имели правовые последствия, в том числе частично, в пределах его собственной территории.

Таким образом, согласно рассмотренному решению Европейского суда, доктрина влияния позволяет говорить о юрисдикции государства, даже если действия, которые привели к возникновению правоотношений, имели место за пределами его территории. Применительно к цифровой среде доктрина влияния может привести к распространению юрисдикции государства на действия лиц в цифровом пространстве с использованием инфраструктуры, находящейся на территории другого государства³².

Территориальный суверенитет на данный момент является эффективным принципом международного права, который может быть применен и в цифровом пространстве в первоначальном понимании, если к цифровому пространству государства по-прежнему будут относиться как к совокупности компонентов цифровой инфраструктуры, которые расположены на территории государства или иным образом защищены принципом территориального суверенитета. Конечно, не все аспекты возможных и гипотетических новых нарушений территориального суверенитета однозначно определены. Так, до сих пор государства не договорились о единой унифицированной системе охраны данных, относящихся к разработке лекарственных препаратов (*data exclusivity*), что сдерживает развитие и распространение эффективной медицины в мире.

Понятие территориальной юрисдикции также обеспечивает эффективную основу для регулирования гражданских правоотношений, осуществляемых в цифровом пространстве. Государства имеют право регулировать деятельность, происходящую в пределах их территории, и применять свое внутреннее за-

конодательство к вопросам, затрагивающим их публичный порядок. Несмотря на то что государства имеют практически неограниченное право осуществлять свою юрисдикцию применительно к отношениям, возникающим в цифровом пространстве в пределах своей территории и находящейся на их территории технологической инфраструктуре, безусловно, сохраняется необходимость в выработке международного подхода к цифровому пространству и в достижении понимания того обстоятельства, что функциональные возможности сети Интернет будут подвергнуты серьезным ограничениям³³ в случае, если государства будут осуществлять свою юрисдикцию без учета возможного действия юрисдикции других государств и действуя с нарушением прав третьих лиц в глобальной сети Интернет.

Нарушение, таким образом, в цифровом пространстве прав на объекты интеллектуальной собственности, в отношении охраны которых действует государственная инфраструктура, в том числе цифровая, может повлечь применение мер государственного воздействия к таким нарушителям, — третьим лицам, которые физически не находятся на территории соответствующего государства и осуществляли свои действия вне его пределов, но в то же время правовые последствия таких действий наступили или могут наступить в соответствующем государстве и затрагивают права и законные интересы правообладателей объектов интеллектуальной собственности, охраняемых на территории данного государства.

В 2018 г. Верховным судом Великобритании было рассмотрено дело о нарушении прав на товарные знаки в сети Интернет. 13 июня суд вынес решение по делу *Cartier International AG and others v. British Telecommunications Plc and another*³⁴, которым не признал провайдеров услуг по доступу к сети Интернет нарушителями прав на товарный знак.

В конце 2014 г. несколько компаний (*Cartier International AG, Montblanc-Simplo GmbH, Richemont International SA*), которые во многих государствах являются правообладателями то-

³² См.: *Heintschel von Heinegg W.* Op. cit. С. 134.

³³ См.: *International strategy for cyberspace: prosperity, security, and openness in a Networked World.* White House International Strategy for Cyberspace, 2011. P. 10. URL: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/rss_viewer/international_strategy_for_cyberspace.pdf (дата обращения: 20.06.2018).

³⁴ *Judgment Cartier International AG and others (Respondents) v. British Telecommunications Plc and another (Appellants)* UKSC 2016/0159 // URL: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2016-0159.html> (дата обращения: 29.06.2018).

варных знаков (в том числе общеизвестных), действующих в отношении предметов роскоши, предъявили требования к интернет-провайдерам Великобритании о блокировке доступа к веб-сайтам, на которых реализуется продажа поддельных товаров с нарушением прав правообладателей на товарный знак, основывая свои требования на положениях раздела s.97A Закона 1988 г. «Об авторском праве, промышленных образцах и патентах», который регламентирует возможность блокирования сайтов при нарушении лишь авторских прав, но не прав на товарные знаки. Заявители просили Верховный суд вынести соответствующее судебное предписание с учетом расширительного толкования положений закона, а также обязать провайдеров выплатить компенсацию за допущение возможности распространения информации о продаже товаров с нарушением прав на товарные знаки. В двух инстанциях требования заявителей были удовлетворены, но Верховный суд отменил решение в части оплаты провайдерами компенсаций за нарушение прав на товарный знак, оценив их действия как непреднамеренные и не содержащие умысла на нарушение прав на товарный знак. Нарушения прав на товарный знак установлены были, но ответственность провайдеров за соответствующие действия, по мнению Верховного суда, отсутствует, так как в английской судебной практике основным подходом является привлечение к ответственности непосредственного нарушителя прав (в данном случае владельцев сайта, на котором распространялась контрафактная продукция). Провайдер же является посредником между владельцами сайтов и услугами доступа к сети Интернет, и он не должен отвечать за действия владельцев сайта как в национальном, так и международном сегменте сети Интернет. При международном характере деятельности крупных сайтов законность их функционирования на территории одной страны сбыта может быть нивелирована в другой, где исключительные права на за-

регистрированные объекты интеллектуальной собственности нарушаются деятельностью таких сайтов. В таких случаях обычно происходит блокировка доступа в стране нарушения. Однако административные органы имеют возможность блокировки доступа к сайту с национальным доменом и из зарубежных государств. Полная фактическая блокировка доступа к сайту (во всем мире) может привести к нарушению прав владельца сайта, осуществляющего правомерную деятельность на территории той страны, где права на объекты интеллектуальной собственности не нарушаются. Поэтому оптимальными в обозначенном контексте и в условиях действия территориального принципа охраны прав на объекты интеллектуальной собственности представляются следующие меры ответственности: нарушитель (владелец сайта) обязуется прекратить использование сайта для реализации товаров (услуг) в стране, где такие действия нарушают права третьих лиц, а в случае невыполнения им данного требования возможна частичная блокировка доступа к сайту в той стране, в которой нарушаются права на охраняемые объекты интеллектуальной собственности.

Таким образом, в отсутствие международного договора, который регулировал бы действия государств по администрированию различных сегментов сети Интернет, в том числе и для целей эффективной охраны объектов интеллектуальной собственности в трансграничных отношениях с учетом действия охранных (административных и судебных) систем иных государств, целесообразным представляется использование принципа невмешательства в реализацию прав на объекты интеллектуальной собственности вне пределов национального действия прав. Это означает, что государства в условиях действия территориального принципа охраны не должны принимать такие меры, которые ограничат реализацию прав на объекты интеллектуальной собственности за рубежом.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Abbott F., Cottier T., Gurry F.* International intellectual property integrated world economy. — 2nd ed. — New York : Aspen Publishers, 2011.
2. *Franzese P. W.* Sovereignty in Cyberspace: Can It Exist? // *Air Force Law Abstract.* — 2009. — № 64 (1). — P. 17—42.
3. *Friedmann D.* The uniqueness of the trade mark: a critical analysis of the specificity and territoriality principles // *European Intellectual Property Abstract.* — 2016. — № 38(11). — P. 678—679.

4. *Graeme Dinwoodie*. Trademarks and territory: Detaching trademark law from the nation-state // *Houston L. Rev.* — 2004. — № 41(3). — P. 885, 969.
5. *Guterman A. S.* Going Global: A Guide to Building an International Business. Part A. Setting up and Managing a Business Abroad. § 13:22. Intellectual property rights—Special forms of intellectual property rights—Intellectual property rights and the Internet. Westlaw. Thomson Reuters. 2017.
6. *Heintschel von Heinegg W.* Territorial sovereignty and neutrality in cyberspace // *International Law Studies.* — 2013. — Vol. 89.
7. *Kastenberg J. E.* Non-Intervention and Neutrality in Cyberspace: An Emerging Principle in the National Practice of International Law // *Air force law review.* — 2009. — № 64 (43).
8. *Leaffer A.* The New World of International Trademark Law // *Intellectual Property Law Abstract.* — 1998. — Vol. 2. — Iss. 1.
9. *Lemley M., Shapiro C.* Probabilistic Patents // *Journal of Economic Perspectives.* — 2005. — № 19 (2).
10. *Manu T.* Challenging the Validity of Patents: Stepping in Line with EPO and US Jurisprudence // *International Review of Intellectual Property and Competition Law.* — 2017. — Vol. 48. — № 7. — Pp. 813—837.
11. *Mercurio B., Tyagi M.* Treaty Interpretation in WTO Dispute Settlement: The Outstanding Question of the Legality of Local Working Requirements // *Minnesota Journal of International Law.* — 2010. — № 19 (2).
12. *Mikalsen R.* Offshore patent protection: the geographical scope of coastal state patents in the exclusive economic zone and above the continental shelf // *European Intellectual Property Abstract.* — 2017. — 39(9). — Pp. 543—554.
13. *Oxman B. H.* Jurisdiction of States // *Max Planck Encyclopedia*. URL: <http://opil.ouplaw.com/abstract/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1436?rsk=4B4TLsA&result=6&prd=EPII> (дата обращения: 20.06.2018).
14. *Reichman J.* Universal minimum standards of intellectual property protection under the TRIPS component of the WTO agreement // *International Lawyer.* — 2005. — № 29 (2).
15. *Svantesson J. D. B.* Borders on, or Border Around — The Future of the Internet // *16 ALB.L.J. Sci. & Tech.* — 2006. — P. 433—435.
16. *Wingfield T. C.* The law of information conflict: national security law in cyberspace. — Aegis Research Corp., 2000.

Материал поступил в редакцию 2 июля 2018 г.

TERRITORIAL PRINCIPLE OF INTELLECTUAL PROPERTY PROTECTION AND THE EFFECT OF STATE SOVEREIGNTY IN THE DIGITAL SPACE³⁵

SHAKHNAZAROV Benjamin Aleksandrovich, PhD in Law, Associate Professor of the Department of Private International Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ben_raf@mail.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The author investigates the theoretical aspects of implementation of the territorial principle of intellectual property protection in the digital space. The active development of digital space by participants of cross-border relations in the field of protection and use of intellectual property rights, the popularization of the Internet and the expansion of the areas of legal relations implemented in the Network are accompanied by the emergence of new problems of protection of intellectual property due to their intangible nature and the possibility of one action to violate the rights to intellectual property in different countries. These problems persist in view of the territorial principle of the protection of exclusive rights, as well as the serious importance of the sovereignty of states in the classical territorial understanding, and its new forms, especially information sovereignty. The author examines the provisions of international treaties in the field of protection of various intellectual property objects, considers the features of the development of the territorial principle of intellectual property protection, digital*

³⁵ The paper is prepared in the framework of the scientific project № 18-011-00883 “Information sovereignty: from issues of determining the jurisdiction of the State to online dispute resolution of the Russian Foundation for basic research.

space as a medium for the implementation of this principle. The question of the boundaries of the territorial sovereignty of states in the digital space is proposed to be solved through the development of clear criteria for determining the "territory for the implementation of relations". As universal criteria, it is proposed to use the "territory of the rights" and "territory of the permitted use of rights", which in cases with international registration specify the territory of the rights.

In the absence of an international treaty regulating the actions of states in administering various segments of the Internet, the effective protection of intellectual property in cross-border relations, taking into account the protection (administrative and judicial) systems of other states, it seems appropriate to use the principle of non-interference in the implementation of intellectual property rights outside the national scope of rights.

Keywords: territorial principle, protection, intellectual property, industrial property, copyrights, exclusive rights, cross-border relations, territorial jurisdiction, digital space, Internet, territorial sovereignty, information sovereignty.

REFERENCES

1. Abbott F., Cottier T. And Gurry F. *International intellectual property integrated world economy*. 2nd ed. New York : Aspen Publishers, 2011.
2. Franzese P. W. Sovereignty in Cyberspace: Can It Exist? *Air Force Law Abstract*. 2009. No. 64 (1). Pp. 17—42.
3. Friedmann D. The uniqueness of the trade mark: a critical analysis of the specificity and territoriality principles. *European Intellectual Property Abstract*. 2016. No. 38 (11). Pp. 678—679.
4. Graeme Dinwoodie. *Trademarks and territory: Detaching trademark law from the nation*. *Houston L. Rev.* 2004. No. 41 (3). Pp. 885, 969.
5. Gutterman A. S. *Going Global: A Guide to Building an International Business*. Part A. Setting up and Managing a Business Abroad. § 13:22. Intellectual property rights. Special forms of intellectual property rights. Intellectual property rights and the Internet. Westlaw. Thomson Reuters. 2017.
6. Heintschel von Heinegg W. *Territorial sovereignty and neutrality in cyberspace*. *International Law Studies*. 2013. Vol. 89.
7. Kastenber J. E. *Non-Intervention and Neutrality in Cyberspace: An Emerging Principle in the National Practice of International Law*. *Air force law review*. 2009. No. 64 (43).
8. Leaffer A. The New World of International Trademark Law. *Intellectual Property Law Abstract*. 1998. Vol. 2. Iss. 1.
9. Lemley M., Shapiro C. *Probabilistic Patents*. *Journal of Economic Perspectives*. 2005. No. 19 (2).
10. Manu T. *Challenging the Validity of Patents: Stepping in Line with EPO and US Jurisprudence*. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*. 2017. Vol. 48. No. 7. Pp. 813—837.
11. Mercurio B., Tyagi M. *Treaty Interpretation in WTO Dispute Settlement: The Outstanding Question of the Legality of Local Working Requirements*. *Minnesota Journal of International Law*. 2010. No. 19 (2).
12. Mikalsen R. Offshore patent protection: the geographic scope of coastal state patents in the exclusive economic zone and above the continental shelf. *European Intellectual Property Abstract*. 2017. 39 (9). Pp. 543—554.
13. Oxman B.H. *Jurisdiction of States*. *Max Planck Encyclopedia*. URL: <http://opil.ouplaw.com/abstract/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1436?rkey=B4TLsA&result=6&prd=EPIL> (accessed: 20.06.2018).
14. Reichman J. *Universal minimum standards of intellectual property protection under the TRIPS component of the WTO agreement*. *International Lawyer*. 2005. No. 29 (2).
15. Svantesson J. D. B. *Borders on, or Border Around — the Future of the Internet*. 16 ALB.L. J. Sci. & Tech. 2006. Pp. 433—435.
16. Wingfield T. C. *The law of information conflict: national security law in cyberspace*. Aegis Research Corp., 2000.

ОСОБЕННОСТИ РЕАЛИЗАЦИИ НОРМ ОБ УВОЛЬНЕНИИ РАБОТНИКА ПО ИНИЦИАТИВЕ РАБОТОДАТЕЛЯ В 1990-е годы

***Аннотация.** Средствами историко-правового, историко-социологического, статистического анализа исследован опыт реализации российского законодательства об увольнении работника в период 1990-х гг. Специфика периода обусловлена сохранением советского института расторжения трудового договора при радикальном изменении социально-экономического, политического контекста общественной жизни. В условиях непрогнозируемого дальнейшего развития страны законодатель предпочел осторожную модель реформы законодательства об увольнении. В то же время существенно трансформировалась реальная практика применения норм об увольнении. Наиболее проблемной областью выступили высвобождения в связи с ликвидацией организации, сокращением штата. В судебной практике по делам о расторжении трудового договора по инициативе работодателя сохранялся главенствующий подход советского правоприменения: работник восстанавливался на работе даже при незначительных, формальных отклонениях от процедуры расторжения договора. Снизилось значение мер общественного воздействия как условия, учитываемого при увольнении работника за систематическое неисполнение трудовых обязанностей. Произошло самоустранение государства из области реализации воспитательной функции трудового права, в частности в сфере увольнения за появление на работе в нетрезвом состоянии. Известное негативное влияние на практику расторжения трудового договора по инициативе работодателя оказало распространение в 1990-е гг. трудового контракта. Под ним понималось соглашение между работником и работодателем, приближающееся по своей сути к гражданско-правовому договору. С точки зрения вопросов высвобождения работника трудовой контракт интересен практикой включения в него договорных оснований увольнения, не предусмотренных законом. Часть возникающих пробелов восполнила практика Верховного Суда РФ, в частности по вопросу о дате увольнения работника в связи с ликвидацией организации. В целом период характеризуется переходной природой. Определяющим фактором развития института оказалось экономическое доминирование работодателя. Частые нарушения прав работника в сфере увольнения не пресекались государственными или профсоюзными органами, составляли основное содержание общественной жизни в исследуемой области. В то же время положения КЗоТ РФ 1992 г. о расторжении трудового договора по инициативе работодателя прошли практическую апробацию. Их применение позволило проанализировать социаль-*

© Демидов Н. В., 2018

* Демидов Николай Вольтович, кандидат юридических наук, доцент Национального исследовательского Томского государственного университета, доцент Западно-Сибирского филиала Российского государственного университета правосудия
fra_nickolas@list.ru
634050, Россия, г. Томск, Московский тракт, д. 8

но-экономические потребности, выработать концепцию дальнейшего развития. Работа развивает наработки диссертации автора «Увольнение по инициативе работодателя».

Ключевые слова: история трудового права, трудовой договор, расторжение трудового договора, увольнение по инициативе работодателя, КЗоТ РФ 1992 г., реализация норм трудового права.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.145.12.145-156

НОРМАТИВНАЯ РЕГЛАМЕНТАЦИЯ УВОЛЬНЕНИЯ

Реформа отечественного законодательства о труде, проведенная в 1992 г., была достаточно осторожной и не предполагала радикальных перемен. Такой подход законодателя распространился и на институт расторжения трудового договора по инициативе работодателя. Фактически была сохранена советская модель, действовавшая по Кодексу законов о труде РСФСР 1971 г. Статья 33 КЗоТ РФ 1992 г. закрепляла следующие основания увольнения по инициативе работодателя:

- 1) ликвидация предприятия, учреждения, организации, сокращение численности или штата работников;
- 2) обнаружившееся несоответствие работника занимаемой должности или выполняемой работе вследствие недостаточной квалификации либо состояния здоровья, препятствующих продолжению данной работы;
- 3) систематическое неисполнение работником без уважительных причин обязанностей, возложенных на него трудовым договором (контрактом) или правилами внутреннего трудового распорядка, если к работнику ранее применялись меры дисциплинарного или общественного взыскания;
- 4) прогул (в том числе отсутствие на работе более 3 часов в течение рабочего дня) без уважительных причин;
- 5) неявка на работу в течение более 4 месяцев подряд вследствие временной нетрудоспособности, не считая отпуска по беременности и родам, если законодательством не установлен более длительный срок сохранения места работы (должности) при определенном заболевании. За работниками, утратившими трудоспособность в связи с трудовым увечьем или профессиональным заболеванием, место работы (должность) сохраняется до восстановления трудоспособности или установления инвалидности;
- 6) восстановление на работе работника, ранее выполнявшего эту работу;

7) появление на работе в нетрезвом состоянии, в состоянии наркотического или токсического опьянения;

8) совершение по месту работы хищения (в том числе мелкого) государственного или общественного имущества, установленного вступившим в законную силу приговором суда или постановлением органа, в компетенцию которого входит наложение административного взыскания или применение мер общественного воздействия.

Специальные основания прекращения трудового правоотношения по инициативе работодателя закреплялись в ст. 254 КЗоТ РФ. К ним относились:

- 1) однократное грубое нарушение трудовых обязанностей руководителем предприятия, учреждения, организации (филиала, представительства, отделения и другого обособленного подразделения) и его заместителями;
- 2) совершение виновных действий работником, непосредственно обслуживающим денежные или товарные ценности, если эти действия дают основание для утраты доверия к нему со стороны администрации;
- 3) совершение работником, выполняющим воспитательные функции, аморального проступка, несовместимого с продолжением данной работы;
- 4) основания, предусмотренные контрактом, заключаемым с руководителем предприятия.

ЭКОНОМИЧЕСКИЙ КОНТЕКСТ УВОЛЬНЕНИЙ

При сохранении законодательной системы оснований увольнения по инициативе работодателя существенно изменилась практика их применения. В начале 1990-х гг. новое реальное значение приобрел п. 1 ст. 33 КЗоТ РФ — «увольнение в связи с ликвидацией предприятия, учреждения, организации, сокращением численности или штата работников».

Советские ученые-юристы имели основания утверждать, что «в СССР, где безработица уничтожена полностью и навсегда, а социалистиче-

ские предприятия, непрерывно расширяющие объем производства, испытывают потребность во все новых и новых кадрах, увольнение работников администрацией предприятия может иметь место лишь в редких случаях и, по существу, сводится для работника к переходу на работу в другом предприятии или учреждении»¹. К. А. Абжанов во многом обоснованно утверждал: «В настоящее время увольнение по этой причине имеет место обычно на предприятиях (в учреждениях), которые создаются для выполнения определенной народно-хозяйственной задачи. После выполнения ее они прекращают свою деятельность»². В самом деле, в условиях административистской централизованной экономики деятельность и прекращение организации регламентировались народно-хозяйственными планами. При этом учреждение и ликвидация организаций не всегда мотивировались рентабельностью, но зависела от текущих интересов государства в оборонном строительстве, социальном обеспечении и т.д.

В 1990-е гг. обстоятельства радикально переменились. Массовые сокращения оказались неизбежны из-за особенностей советского хозяйства. Его искусственный, во многом автаркический, административно-плановый характер был мало совместим с рыночным укладом. Вместо денежной рентабельности советское предприятие демонстрировало прежде всего документально подтвержденное выполнение планового задания. Главной задачей становилось обеспечение не прибыли, а отчетности. Как обнаружилось еще в период перестройки, централизованное распределение ресурсов вело к непропорциональным затратам материальных ресурсов, времени, человеческих сил и способностей. Распределение рабочей силы не всегда зависело от потребностей хозяйства и подчас преследовало цели всеобщей занятости. Стремление к равному распределению общественных благ можно положительно оценить с точки зрения социального мира. Однако производитель-

ность труда вследствие выбора подобной парадигмы заметно уступала уровню мировых стран. Социологические исследования того времени свидетельствуют, что скрытая безработица составляла 30—40 % работников. Это мотивировалось в том числе субъективными факторами: «Ведь от численности занятых на предприятиях зависела его категория по оплате труда руководителей и специалистов, легче было выполнять обычные общественные повинности (сельскохозяйственные и строительные работы, уборку территорий). Практически там, где могут справиться 3—4 специалиста, держат 5—6»³.

При попытке перейти к рыночной экономике сохранение прежних принципов влекло неконкурентоспособность, низкую производительность, банкротства⁴. Как следствие, увольнение работников в связи с ликвидацией организации приобрело масштаб национальной проблемы. Так, в течение 1998 г. было рассмотрено 55 451 судебное дело о прекращении организаций в связи с неуплатой налогов, в 1999 г. таких дел было 72 276, в 2000 г. — 66 567, в 2001 г. — 97 739, в 2002 г. — 109 086⁵. По утверждению А. Н. Сахарова, «основная часть бывших советских предприятий (до 70 % крупных заводов, колхозов и совхозов) была непригодна для вхождения в рынок, несовместима с ним и потому обречена на банкротство»⁶. Необходимым условием существования коммерческих организаций стала их окупаемость. Повсеместно в России прекращали свою деятельность неконкурентоспособные предприятия, происходили увольнения работников, зачастую массовые. Так, к концу 1992 г. в Москве были сокращены 40 % работников науки, 14 % — промышленности, 6,7 % — строительства. В 1993 г. в России под массовые высвобождения подпали 35 тыс. чел. на 350 предприятиях промышленности. Часть массовых увольнений носила скрытый характер: в 1993 г. в «вынужденных отпусках» находилось 4 млн чел.⁷ С точки зрения законода-

¹ Александров Н. Г., Пашерстник А. Е. Советское трудовое право. М. : Госюриздат, 1952. С. 17.

² Абжанов К. А. Трудовой договор по советскому праву. М. : Юрид. лит., 1964. С. 111.

³ Еловигов Л. Рынок труда: вершина айсберга и его подводная часть // Человек и труд. 1992. № 3. С. 53.

⁴ Яковлев А. А. Структурные ограничения либеральных реформ в российской экономике // Экономический журнал ВШЭ. 2001. № 1. С. 41—56.

⁵ Статистика рассмотренных споров с участием налоговых органов в 1998—2002 годах // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2003. № 4.

⁶ История России : в 2 т. / под ред. А. Н. Сахарова. М. : АСТ, 2003. Т. 2 : С начала XIX в. до начала XXI в. С. 815.

⁷ Голодец О. Тенденции массового высвобождения на рынке труда России // Человек и труд. 1994. № 7. С. 7, 9.

тельства это можно было бы квалифицировать как простой по вине работодателя, однако финансовое состояние организаций лишало такие меры смысла.

Сходные явления наблюдались во всех бывших республиках СССР. На Украине в 1999 г. увольнение работников по причинам ликвидации производств, конверсии, сокращения численности или штата достигло 40,1 %. Всего за 1992—2000 гг. по п. 1 ст. 33 КЗоТ УССР было уволено 2 484 449 человек⁸. В Белоруссии из 102 000 работников науки за 1991—1995 гг. сокращены 56 300⁹.

С учетом социологических данных можно констатировать распад прежней советской организации распределения труда в первой половине 1990-х гг. Такой контекст предопределил актуализацию увольнений и судебной практики по соответствующим категориям споров.

ЛИКВИДАЦИЯ ОРГАНИЗАЦИИ, СОКРАЩЕНИЕ ЧИСЛЕННОСТИ ИЛИ ШТАТА

Содержание споров об увольнении по сокращению численности или штата работников организации не обнаружило значимых новаций. Например, судами рассматривались дела об увольнении работника до дня внесения изменений в штатное расписание¹⁰, о процедурных ошибках в выяснении преимущественного права на сохранение работы¹¹, о подмене наименований должностей с сохранением трудовой функции¹². Все эти казусы были известны и советскому правоприменению, сохраняют они свою актуальность и сегодня. Выработывались и новеллы судебной практики. Так, Верховный Суд РФ выработал позицию, согласно которой уведомление о предстоящем сокращении должно содержать детальные обязанности по предлагаемой должности и размер новой заработной платы. Наименование должности как таковое признавалось незаконной формой предложения вакансии, влекущей отмену увольнения¹³. Современная практика такого подхода не придерживается, за исключением частных взглядов отдельных судей.

В целом в судебной практике по делам о расторжении трудового договора по инициативе работодателя сохранился главенствующий подход советского правоприменения: работник восстанавливался на работе даже при незначительных отклонениях от процедуры расторжения договора. Так, например, признавалось незаконным высвобождение работников в связи с сокращением численности или штата в связи с тем, что уведомление об увольнении было направлено сразу нескольким диспетчерам автотранспортной конторы. И лишь после уведомления выявлялись обстоятельства, обеспечивающие преимущественное право на сохранение работы¹⁴. Подобная правоприменительная парадигма действует и в современной судебной практике. Она достаточно спорна, но, вероятно, оправдывает себя в условиях, пока не проведена градация нарушений процедуры увольнения на существенные и незначительные.

Тесно связанной с массовыми увольнениями работников оказалась проблема рейдерства. Институт рейдерства — полуправового отъема предприятий — включает в свой арсенал в том числе возможность ликвидации организации. Для трудового права важно, что при рейдерском захвате номинальная ликвидация или смена собственника имущественного комплекса сопровождаются реальными увольнениями. При этом работники не всегда принимаются на прежнее, по сути, место работы. Таким образом, недейственность институтов уголовного и гражданского права создавала проблемы в трудовом праве. После принятия в 2002 г. Закона «О несостоятельности (банкротстве)» нестабильность положения российских работодателей и работников в известной мере снизилась. Сказались также общая стабилизация национального хозяйства и политическая централизация первой половины 2000-х гг.

Частой практикой 1990-х гг. стала подмена категории «реорганизация» категорией «ликвидация». В. В. Ершов писал в 1994 г.: «Достаточно часто в “организационных приказах”

⁸ Верлинский И. Высвобожденные работники. Проблема, практика, нормативное регулирование // Юридическая практика. 2001. № 29 (187).

⁹ Сасим В. Г. Промышленность Беларуси в XX веке. Минск : Изд-во БГУ, 2001. С. 260.

¹⁰ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ № 47 г-95-2.

¹¹ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ № 5в-95пр-37.

¹² Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ № 5в-94-92.

¹³ Судебная практика по гражданским делам (1993—1996). М. : Городец, 1997. С. 128—129.

¹⁴ Бюллетень Верховного Суда РСФСР. 1990. № 9. С. 1.

вместо “реорганизации” говорится о “ликвидации”, главным образом с целью увольнения неугодных работников»¹⁵. Такая оценка мотивов работодателя представляется обоснованной, но лишь в известной мере. Собственник прежде всего стремится сохранить производство, обеспечить максимально высокую рентабельность организации. Очевидным средством достижения этой цели служит минимизация затрат, в том числе уменьшение кадровых расходов. В связи с этим «неугодность» работников связывалась не с субъективными, а объективными причинами. Впрочем, в стремлении к повышению доходности юридически неискушенный работодатель 90-х доходил порой до противозаконных решений. Так, приказом руководства АО «Домостроительный комбинат» был уволен единственный инженер по охране труда и технике безопасности. Основанием увольнения послужило сокращение штата. На иных работников выполнение данных обязанностей не возлагалось. Подозревать работодателя в расправе с неугодным работником трудно, так как штатная должность действительно была упразднена, новый работник на это место не принимался¹⁶. Неудобной стала именно должность инженера по охране труда. Подобная «оптимизация» производства нарушила права работников на обеспечение безопасности труда и императивное требование законодательства о наличии в штате уполномоченного по охране труда. Решением суда приказ об увольнении был отменен, работник восстановлен в должности с оплатой времени вынужденного прогула.

МЕРЫ ОБЩЕСТВЕННОГО ВОЗДЕЙСТВИЯ КАК САНКЦИЯ

В 1990-е гг. утратили свою роль в системе отношений по увольнению работника меры общественного воздействия. В советский период они учитывались как законное наказание при расторжении трудового договора за систематическое неисполнение трудовых обязанностей (п. 3 ст. 33 КЗоТ РФ). Согласно п. 17 постановления Пленума Верховного Суда СССР от 13.09.1957¹⁷ применение мер общественного воздействия считалось равнозначным замечанию или вы-

говору работодателя и было достаточно для высвобождения лица за систематическое неисполнение трудовых обязанностей. На практике к мерам такого рода относились решения товарищеских судов, связанные с общественным порицанием, переносом отпуска, задержкой в получении жилья, размещением на «доске позора» и т.п. В начале 1990-х гг. формальное нормативное регулирование общественных санкций в трудовом праве не изменилось. Пункт 3 ст. 33 КЗоТ РФ и постановление Пленума Верховного Суда РФ от 22.12.1992 № 16 «О некоторых вопросах применения судами Российской Федерации законодательства при разрешении трудовых споров»¹⁸ сохранили указание на меры общественного воздействия. Однако исчезновение разветвленных организаций коммунистической партии и коммерциализация общества снизили значение такого рода санкций. В большинстве организаций прекратили существование или перестали функционировать товарищеские суды. В дальнейшем законодатель упразднит и соответствующую юридическую норму. С точки зрения формальной юриспруденции ликвидация этого института видится оправданной. Меры общественного порицания, применявшиеся на практике, не имели нормативной регламентации. Не были упорядочены перечень наказаний, процедуры и последствия наложения, их место в иерархии санкций. В реальности это создало неправовой институт, влекущий существенные юридические последствия. Для советского строя с его масштабными усилиями по формированию новой нравственности такой подход был состоятелен. В новых условиях требовались иные механизмы воздействия на работника.

ПРОГУЛ И ПОЯВЛЕНИЕ НА РАБОТЕ В НЕТРЕЗВОМ СОСТОЯНИИ

В области увольнения за прогул (п. 4 ст. 33 КЗоТ РФ) достаточно новой стала проблематика определения должностных обязанностей. От толкования содержания трудовой функции зависело признание вины работника в период отсутствия на рабочем месте. С точки зрения работодателя, следовало исходить из формального понимания рабочего места и наименования должности. Не-

¹⁵ Ершов В. Расторжение трудового договора (контракта) по инициативе администрации по п. 1 ст. 33 КЗоТ РФ // Российская юстиция. 1994. № 3. С. 26.

¹⁶ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 15.12.1995 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1996. № 4.

¹⁷ Бюллетень Верховного Суда СССР. 1957. № 5.

¹⁸ Бюллетень Верховного Суда. 1993. № 3.

исполнение обязанностей по этой должности дает основания для увольнения. Однако суд, с учетом экономических потребностей, общей дезорганизации национального хозяйства, следовал более либеральному подходу и защищал работника. Так, Ш., работавший водителем, был уволен за отсутствие на работе в течение трех часов. В судебном процессе выяснилось, что в это время Ш. искал для закрепленного за ним автомобиля запасные части на соседней автобазе. Ответчик утверждал, что поиск запчастей не входит в трудовую функцию Ш. и он уклонялся от выполнения собственных трудовых обязанностей. В сущности, исходя из содержания должностной инструкции, так и было в действительности. Однако суд квалифицировал ситуацию как вынужденную для работника, обусловленную пассивностью организации в ремонте транспорта, и признал увольнение незаконным. Можно говорить о том, что, с точки зрения суда 1990-х гг., ситуативные обстоятельства позволяют расширить понимание трудовой функции работника вопреки ее формальному содержанию.

Увольнение за появление на рабочем месте в нетрезвом состоянии, в состоянии наркотического или токсического опьянения (п. 7 ст. 33 КЗоТ РФ) во многом приобрело характер частных отношений между работником и работодателем. Фактически прекратилась советская политика общественного и государственного попечения в отношении лиц, злоупотребляющих алкоголем и иными наркотическими средствами. В начале 1980-х гг. в СССР по официальным данным насчитывалось более 21 млн алкоголиков¹⁹. Обращение к нормативным актам, судебным разъяснениям и публицистике показывает особое внимание законодателя и правоприменителя к деградации российского общества²⁰. В советское время государственные и партийные органы последовательно вмешивались в решение проблемы пьянства, организовывали меры борьбы с ним. С распадом Советского Союза власть фактически отказалась от политики по оздоровлению нации, от своей воспитательной функции. Основным мотивом к качественному труду для работника стала личная заинтересованность

в сохранении рабочего места. Если в советское время государство требовало привлечения алкоголиков к дисциплинарной ответственности, то в 1990-е гг. такая практика прервалась.

НЕСООТВЕТСТВИЕ ЗАНИМАЕМОЙ ДОЛЖНОСТИ

С изменением политического строя фактически лишились процедурного обеспечения отношения по увольнению работника в связи с несоответствием занимаемой должности или выполняемой работе вследствие недостаточной квалификации. В качестве акта общего характера действовало (и продолжает действовать сегодня) утвержденное Государственным комитетом СССР по науке и технологиям и Государственным комитетом СССР по труду и социальным вопросам 05.10.1973 № 470/267 «Положение о порядке проведения аттестации руководителей, инженерно-технических работников и других специалистов предприятий и организаций промышленности, строительства, сельского хозяйства, транспорта и связи»²¹. Однако оно не всегда отвечало постсоветским реалиям и рассчитывалось на организации бюджетной сферы. Так, ст. 2 Положения и сегодня требует проведения аттестации во всех подразделениях организации. Статья 4 закрепляет обязательную периодичность аттестации с интервалом в три или пять лет. Положение отводит значительную роль в институте аттестации органам исполнительной власти, не содержит указаний на локальное нормотворчество. Считать его отвечающим потребностям работника и работодателя было сложно в 1990-е гг., сложно и сейчас.

УВОЛЬНЕНИЕ РУКОВОДИТЕЛЯ ОРГАНИЗАЦИИ

Новое правило было установлено Верховным Судом РФ для расторжения трудового договора с руководителем предприятия, учреждения, организации (филиала, представительства, отделения и другого обособленного подразделения) и его заместителем в связи с однократным грубым нарушением трудовых обязанностей (п. 1 ст. 254 КЗоТ РФ). Согласно постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 15.01.1998 № 1 «О внесении изменений и дополнений в не-

¹⁹ История России. С. 735.

²⁰ Указ Президиума Верховного Совета РСФСР от 19 июня 1972 г. «О мерах по усилению борьбы против пьянства и алкоголизма» // Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1972. № 25. Ст. 639 ; постановление Президиума ВЦСПС от 19 июня 1972 г. «О задачах профсоюзных организаций по усилению борьбы с пьянством и алкоголизмом» // Сборник постановлений ВЦСПС. Апрель — июнь. М. : Политиздат, 1972. С. 104.

²¹ Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств СССР. 1980. № 8.

которые постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации», обособленное подразделение должно обладать признаками, указанными в ст. 55 Гражданского кодекса РФ²². Постановление Пленума ВС РФ от 17.03.2004 № 2 уточнило это разъяснение и закрепило прямое указание на филиалы и представительства (п. 49). Таким образом, в конце 1990-х гг. выработалось ограничительное толкование, исключавшее из круга увольняемых субъектов глав подразделений, не являвшихся филиалами и представительствами. Такова была общая тенденция постсоветской эпохи относительно административных работников. В период 1920—1960-х гг. они выводились из-под юрисдикции общих органов по разрешению трудовых споров, подпадали под действие массы специальных подзаконных актов. С распадом СССР их статус получал в большей мере трудовые и гражданско-правовые, а не административно-правовые черты. Количество специальных норм уменьшалось, реализовывался принцип равенства перед законом и судом.

УВОЛЬНЕНИЕ ПО ТРУДОВОМУ КОНТРАКТУ

Самобытным явлением отрасли трудового права 1990-х гг. стал институт трудового контракта. Под ним понималось соглашение между работником и работодателем, приближающееся по своей сути к гражданско-правовому договору. Контракт позволял опосредовать отношения по труду с чертами, в большей степени присущими либеральному рынку труда. В этом он противопоставлялся советскому трудовому договору с его значительными публично-правовыми недоговорными началами. Контракт должны были отличать большая степень свободы сторон, действительные выработка и согласование условий, учет особенностей деятельности организации и личности работника, срочность, гибкая регламентация ответственности и поощрений. В. М. Лебедев определял трудовой контракт как особого рода письменное целе-

вое соглашение о приеме на работу с развитым блоком дополнительных условий, не предусмотренных законодательством о труде, необходимых для предпринимателя и интересных (привлекательных с материальной, организационной или моральной точки зрения) для работника²³.

С позиции высвобождения работника трудовой контракт важен практикой включения в него договорных оснований увольнения, не предусмотренных законом. По мнению С. Ю. Головиной, допустимо было предусматривать в контракте условие о неприменении тех или иных оснований увольнения²⁴. Отстаивалась идея заключения и свободного расторжения контракта с любым работником, независимо от наличия специального статуса²⁵. Как можно видеть из дальнейшей эволюции отрасли трудового права, негативные стороны феномена трудового контракта оказались слишком велики. Произошел закономерный процесс: на практике установился диктат условий работодателя, а свою идеально прогнозируемую форму контракт принял лишь в отношении единичных уникальных специалистов.

КОНЕЦ XIX в. И КОНЕЦ XX в. ИСТОРИЧЕСКИЕ ПАРАЛЛЕЛИ

В течение 1990-х гг. Россия пошла по пути демократических преобразований. Разгосударствление экономики, модернизация хозяйства, либерализация политической сферы — все это сопровождалось изменениями в законодательстве. Реформы были разработаны и проведены в чрезвычайно короткий срок. В октябре 1991 г. Б. Н. Ельцин объявил о переходе к рыночной экономике. Уже через год вступили в силу изменения к КЗоТ РСФСР. Вряд ли было возможно разработать и реализовать полноценную концепцию трансформации социально-трудовых отношений за столь короткий период. Для выработки планомерной программы реформ требовалась практическая апробация преж-

²² Бюллетень Верховного Суда РФ. 1998. № 3.

²³ Лебедев В. М. Контрактная форма найма рабочей силы // Актуальные вопросы правоправедения в современный период : сб. ст. Томск : Изд-во Томского гос. ун-в-та, 1995. С. 171.

²⁴ Головина С. Ю., Шахов В. Д. Контрактная форма регулирования трудовых отношений // Советское государство и право. 1991. № 8. С. 46.

²⁵ Уржинский К., Уржинская Н. Контракт: новая правовая модель подбора кадров // Хозяйство и право. 1991. № 3. С. 123, 126 ; Санникова Л. В. Проблемы правового регулирования отношений найма труда : дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 1996. С. 82—83 ; Орловский Ю. П. Контракт и его роль в возникновении, изменении и прекращении трудового правоотношения // Советское государство и право. 1991. № 8. С. 59—60.

них трудово-правовых норм в условиях рыночного хозяйства и рынка труда. Принимаемые на деле меры отчасти носили характер текущего бессистемного администрирования. В результате практические отношения увольнения по инициативе работодателя складывались стихийно, часто вне правовой регламентации. Учитывая доминирующее экономическое положение работодателя по отношению к работнику, эти процессы определялись именно его интересами.

Сложности на рынке труда возникли в истории России не впервые. Аналогичные проблемы были насущными и для Российской империи. Следует согласиться с Е. Б. Хохловым: «Нынешнее состояние экономики во многом напоминает экономику второй половины XIX в., когда происходил процесс складывания рыночного хозяйства»²⁶. Возврат России к либеральным ценностям означал и возврат к трудовым проблемам дореволюционной России. Экономическая нестабильность, потребительский дефицит, обнищание населения, массовые высвобождения из государственных организаций, несоблюдение статутных прав работника — все это вынуждало соглашаться на условия труда, предложенные работодателем. В результате складывались отношения, сходные с системой «свободы договора» начала XX в. В условиях трудового договора под давлением работодателя закреплялись «авторские» основания увольнения, носившие напрямую незаконный характер²⁷. С распадом СССР была подорвана система поддержания правопорядка. При высочайшем качественном уровне трудового законодательства в 1990-е гг. Россия вновь, как в начале XX в., проигрывала Западу в области реального соблюдения прав работников. Центральной задачей предпринимателя было обеспечение своей конкурентоспособности. Сокращение расходной части бюджета организации достигалось уклонением от заключения трудового договора. Последующее увольнение также происходило во внеправовом порядке.

РАННЕКАПИТАЛИСТИЧЕСКИЙ РЫНОК ТРУДА

Характерный признак раннекапиталистических отношений начала конца XIX и конца XX в. — разобщенность трудящихся. Практика 1990-х показывает снижение уровня солидарности работников. При фактическом сохранении прежнего законодательства произошла значительная индивидуализация отношений по расторжению трудового договора, а в целом и социально-трудовых отношений. Работники во многом отказывались от советского коллективизма, предпочитали разрешать трудовые сложности в одиночку, а чаще — претерпевать их пассивно. Система советских профсоюзов, будучи фактически институтом государства, обладала достаточно слабыми навыками реальной борьбы за трудовые права. Меры борьбы работников за трудовые права, как и действия работодателя, часто носили внеправовой характер. «Сопrotивление наемных работников приобретает в последнее время форму не открытых конфликтов (судебных процессов, забастовок), а форму саботажа, когда формально придраться не к чему, а работа не идет или идет не так, как хотелось бы работодателю»²⁸. Многие работники объясняли свою пассивность в защите трудовых прав, терпимость к произволу работодателя историческими традициями национального правосознания²⁹.

Исследования социологов показывают, что устойчивым феноменом пореформенной России стали многочисленные нарушения трудовых прав. Доля работников, чьи трудовые права нарушались, составляет, по данным опросов, не менее 60—65 %³⁰. Расхожей практикой стало незаконное заключение срочных трудовых договоров. В дальнейшем это позволяло работодателю прекратить трудовые отношения в связи с истечением срока договора. Защититься от увольнения в этом случае работнику, как и сегодня, мешали правовая неграмотность и пассивность. Потребность работодателя в уклонении от трудово-правовых гарантий вызвала к жизни феномен так называемых трудовых контрактов или трудовых соглашений, гражданско-правовых по своей сути. Работодатели

²⁶ Хохлов Е. Б. Очерки истории правового регулирования труда в России. СПб. : Спец. факультет по переподготовке кадров по юрид. наукам СПбГУ, 2000. Ч. 1 : Правовое регулирование труда в Российской империи. С. 181.

²⁷ Ершов В. В., Ершова Е. А. Трудовой договор. М. : Дело, 1999. С. 201.

²⁸ Становление трудовых отношений в постсоветской России. М. : Академический проект, 2004. С. 22—23.

²⁹ Становление трудовых отношений в постсоветской России. С. 92, 145—146.

³⁰ Заславская Т., Шабанова М. Проблема институционализации неправовых практик в сфере труда // Куда идет Россия. М. : МВШСЭН, 2002. С. 137.

произвольно меняли существенные условия трудовых договоров. Такое положение вещей объективно мотивировалось особенностями национального хозяйства рассматриваемого периода. Прежде всего эти особенности характеризовались сочетанием слабости государственного надзора, нерегулярностью наказаний, высокой конкуренцией на рынке, апатией работников в защите трудовых прав. Правонарушения оказывались для работодателя выгоднее, чем соблюдение норм трудового права. Во многом это актуально и сегодня. Как представляется, нивелирование недостатков «чистого» либерального экономизма на рынке труда возможно прежде всего в форме профсоюзной борьбы. В условиях ослабления государственной власти и неразвитого социального партнерства нарушения норм об увольнении оказывались предсказуемы. Процесс преодоления этих трудностей не завершен и сегодня.

ВЫВОДЫ

Изменения, вносившиеся в КЗоТ РСФСР с 25 сентября 1992 г. и до конца 1990-х гг., стали попыткой приспособить советский институт расторжения трудового договора к новым началам рыночного хозяйства. Сохранять прежние нормы сделалось объективно невозможно. Трансформации в экономическом и социальном строе получили столь значимый масштаб, что закрепленные в 1970-е гг. правила становились всё большим анахронизмом. Перед обществом и государством встал ряд принципиальных проблем: недостаточное (в отдельных случаях излишнее) правовое регулирование социально-трудовых отношений, неэффективность санкций за нарушение трудового законодательства, формальное применение норм трудового права, слабость механизма обеспечения трудовых гарантий.

Принятая законодателем концепция постепенной модификации имевшихся норм по прошествии времени представляется оптимальным способом выхода из социального кризиса 1990-х гг. Резкое обновление законодательства об увольнении по инициативе работодателя являло собой непозволительный правовой эксперимент. Мнение об этом высказывалось и в анализируемый период: «Можно ли в современной политической, экономической и социальной ситуации в короткий срок подготовить и принять экономически обоснованный, соответствующий Конституции РФ и междуна-

родным нормам новый Трудовой кодекс РФ? Думаем, нет. На наш взгляд, более реалистичную позицию занимают авторы, предлагающие внести необходимые срочные изменения и дополнения в действующий КЗоТ РФ»³¹. Постепенность новелл обуславливалась и естественной особенностью мышления: сознание человека скорее исходит из логики совершенствования имеющегося, нежели постройки нового. Нормы КЗоТ РФ об увольнении по инициативе работодателя озаменовали отход от государственного патернализма в прекращении трудовых правоотношений. В период их применения складывались хотя и не вполне зрелые, но свободные от этатизма трудовые отношения. Назвать их в полной мере правовыми сложно: государство отказалось не только от диктата в сфере труда, но и от обеспечения минимальных прав и свобод работника. Вместо привычной государственной опеки работнику потребовалось обращаться к мерам самозащиты трудовых прав, проявлять активность в обращении в юрисдикционные органы. Смена советских поведенческих моделей стала частью обновления системы ценностей российского общества.

Реформа правил прекращения трудового правоотношения по инициативе работодателя не преследовала цели усиления позиции работодателя. Конструкция института оставалась прежней. Однако в силу экономического контекста, с учетом стихийного распространения трудового контракта, падения роли профсоюзов, самоустранения контрольно-надзорных органов государства произошло существенное снижение уровня трудовых прав работников. Общий упадок эффективности гарантий прав работника сказался и на институте высвобождения по инициативе работодателя. В то же время предписание КЗоТ РФ 1992 г. о прекращении трудового правоотношения сгладил часть социальных конфликтов в сложных условиях российской жизни 1990-х гг. Их апробация дала возможность проанализировать потребности рынка труда, проследить реально действовавшие практики, скорректировать концепцию дальнейшей эволюции отрасли трудового права. Несмотря на низкое качество правореализации, нормы КЗоТ РФ об увольнении по инициативе работодателя подготовили почву для принятия соответствующих положений Трудового кодекса РФ.

³¹ Ершов В. В., Ершова Е. А. Указ. соч. С. 213.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Абжанов К. А. Трудовой договор по советскому праву. — М. : Юрид. лит., 1964. — 192 с.
2. Александров Н. Г., Пашерстник А. Е. Советское трудовое право. — М. : Госюриздат, 1952. — 448 с.
3. Верлинский И. Высвобожденные работники. Проблема, практика, нормативное регулирование // Юридическая практика. — 2001. — № 29 (187).
4. Головина С. Ю., Шахов В. Д. Контрактная форма регулирования трудовых отношений // Советское государство и право. — 1991. — № 8. — С. 45—51.
5. Голодец О. Тенденции массового высвобождения на рынке труда России // Человек и труд. — 1994. — № 7. — С. 6—11.
6. Еловигов Л. Рынок труда: вершина айсберга и его подводная часть // Человек и труд. — 1992. — № 3. — С. 53—56.
7. Ершов В. Расторжение трудового договора (контракта) по инициативе администрации по п. 1 ст. 33 КЗоТ РФ // Российская юстиция. — 1994. — № 3. — С. 25—30.
8. Ершов В. В., Ершова Е. А. Трудовой договор. — М. : Дело, 1999. — 352 с.
9. Заславская Т., Шабанова М. Проблема институционализации неправовых практик в сфере труда // Куда идет Россия. — М. : МВШСЭН, 2002. — С. 137—147.
10. История России : в 2 т. / под ред. А. Н. Сахарова. — М. : АСТ, 2003. — Т. 2 : С начала XIX в. до начала XXI в. — 862 с.
11. Лебедев В. М. Контрактная форма найма рабочей силы // Актуальные вопросы правоведения в современный период : сборник статей. — Томск : Изд-во Томского гос. ун-та, 1995. — С. 171—173.
12. Орловский Ю. П. Контракт и его роль в возникновении, изменении и прекращении трудового правоотношения // Советское государство и право. — 1991. — № 8. — С. 59—62.
13. Санникова Л. В. Проблемы правового регулирования отношений найма труда : дис. ... канд. юрид. наук. — Томск, 1996. — 192 с.
14. Сасим В. Г. Промышленность Беларуси в XX веке. — Минск : Изд-во БГУ, 2001. — 268 с.
15. Становление трудовых отношений в постсоветской России. — М. : Академический проект, 2004. — 320 с.
16. Статистика рассмотренных споров с участием налоговых органов в 1998—2002 годах // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. — 2003. — № 4.
17. Уржинский К., Уржинская Н. Контракт: новая правовая модель подбора кадров // Хозяйство и право. — 1991. — № 3. — С. 123—129.
18. Хохлов Е. Б. Очерки истории правового регулирования труда в России. — СПб. : Спец. факультет по переподготовке кадров по юрид. наукам СПбГУ, 2000. — Ч. 1 : Правовое регулирование труда в Российской империи. — 196 с.
19. Яковлев А. А. Структурные ограничения либеральных реформ в российской экономике // Экономический журнал ВШЭ. — 2001. — № 1. — С. 41—56.

Материал поступил в редакцию 28 февраля 2018 г.

**PARTICULARITIES OF IMPLEMENTATION OF THE RULES ON DISMISSAL
AT EMPLOYER'S INITIATIVE IN THE 1990s**

DEMIDOV Nikolay Voltovich, PhD in Law, Associate Professor of the National Research Tomsk State University, Associate Professor of the West Siberian Branch of the Russian State University of Justice
fra_nickolas@list.ru
634050, Russia, Tomsk, Moskovsky trakt, d. 8

Abstract. *By means of historical legal, historical sociological, statistical analysis, the experience of implementation of the Russian legislation on dismissal of the worker in the period of the 1990s is investigated. The specificity of the period is due to the preservation of the Soviet Institute of termination of the employment contract with a radical change in the socio-economic and political context of social life. In the context of the unpredictable further development of the country, the legislator preferred a cautious model of reform of the law on dismissal.*

At the same time, the actual practice of applying the rules on dismissal has significantly changed. The most problematic area was the release of an employee in connection with the liquidation of the organization and staff reduction. In court practice on cases of termination of the employment contract at the employer's initiative the dominant approach of the Soviet law enforcement remained; the employee was restored to work even with minor formal deviations from the procedure of termination of the contract. The importance of measures of social impact as a condition taken into account when dismissing the employee for systematic failure to perform work duties decreased. There was a self-removal of the State from the field of implementation of educational function of the labor law, in particular in the field of dismissal for appearance at work in state of intoxication. The spread of the employment contract in 1990s had a well-known negative impact on the practice of termination of the employment contract at the employer's initiative. The employment contract was understood as an agreement between an employee and an employer, which in its essence was a civil contract. From the point of view of issues of the employee release, the employment contract faced an interesting practice of inclusion of contractual bases of dismissal that were not provided by the law. Some of the gaps were filled by the practice of the Supreme Court of the Russian Federation, in particular concerning the date of dismissal of the employee in connection with the liquidation of the organization. In general, the period is characterized by a transitional nature. The determining factor in the development of the institute was the economic dominance of the employer. Frequent violations of the rights of an employee in the field of dismissal were not suppressed by the State or Union bodies and were the main content of public life. At the same time, provisions of the Labor Code of the Russian Federation of 1992 on termination of the employment contract at the employer's initiative underwent practical approbation. Their application made it possible to analyze social and economic needs, to develop the concept of further development. The paper develops the author's thesis "Dismissal at the employer's initiative".

Keywords: history of labor law, employment contract, termination of employment contract, dismissal at the employer's initiative, Labor Code 1992, implementation of labor law.

REFERENCES

1. Abzhanov K.A. *Trudovoy dogovor po sovetskomu pravu* [Employment contract according to the Soviet law]. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 1964. 192 p.
2. Aleksandrov N.G., Pasherstnik A. E. *Sovetskoe trudovoe pravo* [Soviet labor law]. Moscow: Gosyurizdat, 1952. 448 p.
3. Verlinsky I. *Vysvobozhdennyye rabotniki. Problema, praktika, normativnoe regulirovanie* [Released employees. Problem, practice, normative regulation]. *Yuridicheskaya praktika* [Legal practice]. 2001. No. 29 (187).
4. Golovina S.Yu., Shakhov V.D. *Kontraktная форма регулированиа трудовыkh otnosheniy* [Contract form of regulation of labor relations]. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* [Soviet state and law]. 1991. No. 8. Pp. 45—51.
5. Golodets O. *Tendentsii massovogo vysvobozhdeniya na rynke truda Rossii* [Trends of mass release in the labor market of Russia]. *Chelovek i trud* [Man and labor]. 1994. No. 7. Pp. 6—11.
6. Elovikov L. *Rynok truda: vershina aysberga i ego podvodnaya chast* [Labor market: the top of the iceberg and its underwater part]. *Chelovek i trud* [Man and labor]. 1992. No. 3. Pp. 53—56.
7. Ershov V. *Rastorzhenie trudovogo dogovora (kontrakta) po initsiative administratsii po P. 1 st. 33 KZOT RF* [The termination of the employment agreement (contract) at the initiative of the administration under art. 33, para.1 of the Labor Code of the Russian Federation]. *Rossiyskaya yustitsiya* [Russian Justitia]. 1994. No. 3. Pp. 25—30.
8. Ershov V.V., Ershova E.A. *Trudovoy dogovor* [Employment contract]. Moscow: Delo, 1999. 352 p.
9. Zaslavskaya T., Shabanova M. *Problema institutsionalizatsii nepravovykh praktik v sfere truda. Kuda idet Rossiya?* [Problem of institutionalization of illegal practices in the field of labor. Where Russia goes]. Moscow: MSSES, 2002. Pp. 137—147.
10. *Istoriya Rossii: v 2kh t.* [History of Russia: in 2 vol]. Edited by A.N. Sakharov. Moscow: AST, 2003. T. 2: *S nachala XIX v. do nachala XXI v* [Vol. 2.: From the beginning of 19th century to the beginning of 21st century]. 862 p.
11. Lebedev V.M. *Kontraktная форма найма rabochey sily* [Contract form of employment]. *Aktualnye voprosy pravovedeniya v sovremennyy period: sbornik statey* [Topical issues of law in the modern period: Collection of papers]. Tomsk: Tomsk State University Publ., 1995. Pp. 171—173.

12. Orlovskiy Yu.P. *Kontrakt i ego rol v vzniknovenii, izmenenii i prekrashchenii trudovogo pravootnosheniya* [Contract and its role in the emergence, change and termination of the employment relationship]. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo* [Soviet state and law]. 1991. No. 8. Pp. 59—62.
13. Sannikova L.V. *Problemy pravovogo regulirovaniya otnosheniy nayma truda: dis. ... kand. jurid. nauk* [Problems of legal regulation of employment relations: Avtoref. ... kand. jur. nauk: Abstract of the PhD Thesis]. Tomsk, 1996. 192 p.
14. Sasim V.G. *Promyshlennost' Belarusi v XX veke* [Industry in Belarus in the 20th century]. Minsk: BSU Publishing House, 2001. 268 p.
15. *Stanovlenie trudovykh otnosheniy v postsovetskoy Rossii* [Formation of labor relations in post-Soviet Russia]. Moscow: Akademicheskiiy proekt, 2004. 320 p.
16. *Statistika rassmotrennykh sporov s uchastiem nalogovykh organov v 1998—2002 godakh* [Statistics of disputes with tax authorities in 1998—2002]. *Vestnik Vysshego arbitrazhnogo suda RF* [Bulletin of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation]. 2003. No. 4.
17. Urzhinsky K., Urzhinskaya N. *Kontrakt: novaya pravovaya model podbora kadrov* [Contract: new legal model of recruitment]. *Khoziaistvo i Pravo* [Economy and law]. 1991. No. 3. Pp. 123—129.
18. Khokhlov E.B. *Ocherki istorii pravovogo regulirovaniya truda v Rossii* [History of legal regulation of labor in Russia]. St. Petersburg: Specialist faculty for staff training in the sphere of law. St. Petersburg State University Publ., 2000. Chast 18: Pravovoe regulirovanie truda v Rossiyskoy Imperii. [Part 1 : Legal regulation of labor in the Russian Empire]. 196 p.
19. Yakovlev A.A. *Strukturnye ogranicheniya liberalnykh reform v rossiyskoy ekonomike* [Structural limitations of liberal reforms in the Russian economy]. *Ekonomicheskiiy zhurnal VShE*. [HSE Economic Journal]. 2001. No. 1. Pp. 41—56.

РЕКОМЕНДУЕМЫЕ КНИГИ И РЕЦЕНЗИИ INDEX LIBRORUM

В. Г. Баев*,
В. В. Крамской**

КОМУ НЕ ИЗВЕСТЕН ЛЕНИН? Рецензия на книгу В. М. Сырых «Неизвестный Ленин: теория социалистического государства (без пристрастия и подобострастия)» (М.: Юрлитинформ, 2017. 520 с.)

Аннотация. В рецензии изложен взгляд авторов на научный труд В. М. Сырых «Неизвестный Ленин: теория социалистического государства (без пристрастия и подобострастия)». С позиций критического подхода оценены структура книги и ее теоретический и практический потенциал. Авторы показывают В. М. Сырых как одного из немногих крупных специалистов в области марксистской теории права и государства, заслужившего этот статус своими многочисленными и масштабными публикациями. Книга представляет собой многогранное исследование, способное привлечь заинтересованное внимание правоведов, историков, политологов, маститых и начинающих ученых.

По мнению авторов, В. М. Сырых не удалось в полной мере беспристрастно подойти к анализу документов и материалов, относящихся к эпохе строительства социалистического государства. Однако выраженная симпатия к деятелям Октябрьской революции и их идеям отражает у него скорее научное, чем политическое пристрастие. Создатель монографии резко отрицательно относится к критикам марксистско-ленинского учения, полагая их подход противоречащим принципу историзма. Любая попытка антиисторического анализа со стороны Д. Волкогонова и Э. Розина, считает В. М. Сырых, уводит исследователя от реалий того времени. Чтобы соответствовать методологическим требованиям (заметим, что кандидатская и докторская диссертации В. М. Сырых посвящены проблемам методологии познания), профессор обширно документирует свою книгу первоисточниками права, что делает ее в высокой степени значимой для понимания процессов

© Баев В. Г., Крамской В. В., 2018

* *Баев Валерий Григорьевич*, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой «Трудовое и предпринимательское право» Юридического института Тамбовского государственного технического университета

vgbaev@gmail.com

392032, Россия, г. Тамбов, ул. Мичуринская, д. 112д

** *Крамской Вадим Владимирович*, кандидат юридических наук, доцент кафедры «Гражданское право и процесс» Юридического института Тамбовского государственного

технического университета

vkramskoy@mail.ru

392008, Россия, г. Тамбов, Моршанское ш., д. 14а

становления социалистического государства. Правда, столь обильное цитирование имеет и оборотную сторону, грозя превратить исследование в хрестоматийное издание. Авторам рецензии представляется, что больший (чем это присутствует в рецензируемом издании) акцент на историческую критику источников помог бы избежать малейшего намека на такое подозрение.

Ключевые слова: Октябрьская революция, Ленин, правовая система, теория социалистического государства, юридические источники, принцип историзма.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.145.12.157-160

2017 г. был богат на разные события. Однако красной нитью через многие пассажи, появившиеся на страницах различных изданий историко-юридической литературы, прошла дискуссия о роли Великой Октябрьской социалистической революции в контексте изменения экономической формации российского государства, общества и права. С трибун научных площадок выставлялись оценки произошедшим в 1917 г. событиям, эхо которых слышно и в настоящее время. Столетие — как раз тот промежуток времени, по истечении которого уже можно дать относительно объективную оценку обстоятельствам, изменившим ход отечественной и мировой истории. Как у любого крупного явления общественной жизни, у Октябрьской революции есть жесткие противники и убежденные сторонники. К третьей группе отнесем тех, кто пытается, абстрагируясь от конъюнктурных обстоятельств, разобраться с причинами и последствиями произошедших событий, не впадая в экзальтацию только от одного словосочетания «светлое будущее коммунистического общества всеобщего благосостояния и прочного мира».

Именно такой посыл несет в себе книга известного теоретика права, заслуженного деятеля науки Российской Федерации, профессора Московского государственного университета правосудия Владимира Михайловича Сырых «Неизвестный Ленин: теория социалистического государства (без пристрастия и подбобрастия)», вышедшая к столетию Октябрьской революции в издательстве «Юрлитинформ».

Книга объемом более 500 страниц получилась многогранной. Она, как явствует из ее аннотации, вызовет несомненный интерес у специалистов в области теории и истории государства и права, политологии, истории, магистрантов и аспирантов, а также у тех, кто проявляет склонность к изучению истории советского государства и права, пониманию идеологии российской коммунистической партии.

Логика изложения материала выстроена следующим образом. Вначале профессор В. М.

Сырых расставляет акценты в вопросе объективности оценок со стороны критиков коммунистического учения Д. А. Волкогонова и Э. Л. Розина; именно они выступили с наиболее резкими суждениями о политике государственного строительства, сформулированной Владимиром Ильичом Лениным. Далее автор переходит к анализу знаменитого труда В. И. Ленина «Государство и революция», ставшего манифестом проводимых преобразований. После этого он начинает последовательный ход рассуждений применительно к каждому из этапов развития советского государства: Учредительное собрание и политика диктатуры пролетариата; Гражданская война и пролетарское государство; новая экономическая политика и власть трудящихся; сталинские вариации ленинского государства. Крайне интересными с историко-правовой точки зрения являются положения книги, посвященные анализу основных событий первых лет становления советского государства, вопросов соотношения Советов как органов государственной власти с другими демократическими институтами. Выделим при этом важное обстоятельство: на протяжении всей книги размышления автора сопровождаются дискуссией с противниками марксистско-ленинского учения.

Высоко оценивая достоинства научного исследования профессора В. М. Сырых, полагаем тем не менее, что любая рецензия ценна не сама по себе, а в силу содержащихся в ней откликов со стороны читателей книги, эти заметки могут стать триггером для ее обсуждения в академической среде. Возьмем на себя смелость обратить внимание на отдельные положения рецензируемого издания, которые представляются небесспорными и требуют к себе отдельного внимания.

Внешний взгляд сразу же привлекает название книги, предопределяющее ее критическое прочтение: «кому в наше время не известен Ленин?» или «чем не известен Ленин?», «без пристрастия и подбобрастия к личности Лени-

на или к его идеям?». Укажем еще на одно обстоятельство. Крупный ученый В. М. Сырых — безусловный противник предвзятости; он подчеркивает это и подзаголовком книги: «без пристрастия и подобострастия». Однако эпиграф книги — «Столетию Великой Октябрьской социалистической революции и ее участникам посвящается» — невольно заставляет сомневаться в этом. Авторское посвящение, как правило (и в данном случае тоже), носит личный характер и сформировано в соответствии с субъективными суждениями автора.

Сугубо личный подход к историко-правовому анализу событий 1917 г. прослеживается и в заочном споре автора с Д. А. Волкогоновым и Э. Л. Розиным. Основная идея их публикаций заключается в резкой критике марксизма, деятельности В. И. Ленина и его последователей. В столь же резкой форме отвечает им профессор В. М. Сырых, что очевидно на примере названий разделов рецензируемой книги. «А судьи кто, и Как они обрабатывают В. И. Ленина под конъюнктуру сегодняшнего дня?», «Недостаточный профессионализм и мелкотравчатый эмпиризм Д. А. Волкогонова», «“Выдающийся марксовед”, плохо знающий марксизм», «Волкогоновско-розинский антиисторизм». Жизнь в мире Евклида, где параллельные прямые не пересекаются, не для профессора В. М. Сырых. В целях восстановления историко-правовой справедливости в характеристике революционного 1917 г. он стремится пересечь линии рассуждений о советском государстве Д. А. Волкогонова и Э. Л. Розина и предложить свое видение правовой природы Октябрьской революции и роли В. И. Ленина в ее осуществлении.

Несмотря на заметную (во всяком случае, на уровне ощущения) симпатию В. М. Сырых к личности В. И. Ленина и его идеям, он далек от попыток лакировать советскую действительность; однозначно признает: «Процесс творческой разработки теории марксизма и ее воплощения в жизнь не был простым и однолинейным. Ряд мер, которые В. И. Ленин признавал необходимыми в период подготовки к октябрьскому перевороту, оказались несостоятельными...», «Советское государство лишило избирательного права своих явных и непримиримых врагов, которые подлежали <...> беспощадной репрессии...», «Нужно перестать обожествлять В. И. Ленина, видеть в нем богочеловека, мессию, который знал все и ни в чем никогда не ошибался» (с. 47, 137, 512).

Использование первоисточников всегда служит подтверждением глубокого погружения

автора в атмосферу эпохи и научной значимости исследования. Применительно к рецензируемому труду можно говорить о масштабном цитировании деятелей и современников революции, что, по нашему мнению, нередко приводит к потере авторской точки зрения, а само исследование приобретает хрестоматийный характер. Разумеется, без ссылок на работы государственных деятелей, их критиков, документы советской правовой системы трудно представить себе произведение историко-правового толка. Мы отмечаем лишь необходимость более широкого употребления приемов исторической критики приводимых автором документов.

Вернемся к поставленному ранее вопросу о том, кому и чем не известен Ленин. Вопрос далеко не праздный. Хотя идеи капиталистического способа производства овладели массами, динамика развития мировой экономики все чаще заставляет задуматься о необходимости ренессанса отдельных положений марксистско-ленинского учения и их воплощения в жизнь. Ведь, как подчеркивает В. М. Сырых в рецензируемом труде, советский строй не был плох или хорош, он был адекватен эпохе того времени, а «попытка современных исследователей представить его как негативную силу тотального социалистического целого, направленного против людей, является плодом фантазии, далекой от действительных реалий» (с. 149).

Что же касается «пристрастия и подобострастия» к личности В. И. Ленина, отметим, что к фигуре Ленина как одного из руководителей государства российского в его исторической спирали развития можно относиться по-разному — благоговеть или ненавидеть, но невозможно не замечать ленинские идеи, в том числе относимые к сфере правовой науки. Ленин не был ученым, получившим систематическое юридическое образование. Он — политик, формировавший свои взгляды на государство и право с опорой на исторический опыт Французской буржуазной революции конца XVIII в., Парижской коммуны 1871 г., на труды классиков марксизма.

Например, автор рецензируемого труда уделяет пристальное внимание анализу взглядов «вождя мирового пролетариата» на развитие положений марксистской теории происхождения государства, являющегося продуктом непримиримых классовых противоречий, и материалистической теории права, состоящей в определении права как возведенной в закон воли господствующего класса. По этой причине право представляет собой живой организм,

реагирующий на изменения в социальной стратификации. По утверждению автора, вопросы социального равенства, которые неизбежно определяют правовую политику, освещались большевиками более честно, нежели представителями либералов. К примеру, «буржуазное представление о формальном равенстве как сущностном признаке права является неприемлемым для оценки степени демократизма, свободы пролетарского права. Фактическое же равенство на уровне индивидов невозможно ни при каких условиях, вплоть до построения коммунистического общества» (с. 149).

По прочтении книги профессора В. М. Сырых попытаемся ответить на вопрос, стал ли Ленин нам (людям старшего поколения) более изве-

стен, более понятен и, таким образом, более близок? Со всей очевидностью хочется ответить утвердительно. Монография покоится на мощном фундаменте юридических источников. Сами источники, представляя собой сколок прошлого, обеспечивают читателю возможность глубокого проникновения в бурные, противоречивые и трагичные годы становления и укрепления социалистического государства, способствуют формированию собственной точки зрения в многочисленных спорах об устройстве социалистического государства и о его противоречиях, которых не могло не быть, коль скоро оно строилось руками пролетариата по идеям интеллигенции. Господство либерализма в сегодняшнем мире — не «конец истории».

Материал поступил в редакцию 24 июля 2018 г.

**WHO DOES NOT KNOW LENIN? REVIEW OF THE MONOGRAPH BY V.M. SYRYKH
“UNKNOWN LENIN: THE THEORY OF THE SOCIALIST STATE
(WITHOUT PREJUDICE AND SERVILITY)”. (MOSCOW: YURLITINFORM, 2017. 520 P.)**

BAEV Valery Grigorievich, Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Labor and Business Law of the Law Institute of the Tambov State Technical University
vgbaev@gmail.com
392032, Russia, Tambov, Michurinskaya ul., d. 112D

KRAMSKOY Vadim Vladimirovich, PhD in Law, Associate Professor of the Department of Civil Law and Procedure of the Law Institute of the Tambov State Technical University
vkramskoy@mail.ru
392008, Russia, Tambov, Morshanskoe shosse, d. 14a

Abstract. *The review presents the authors' view on the scientific work by V.M. Syrykh "Unknown Lenin: The Theory of the Socialist State (Without Prejudice and Servility)". The structure of the book and its theoretical and practical potential are evaluated from the standpoint of the critical approach. The authors show V.M. Syrykh as one of the few major specialists in the field of Marxist theory of law and State who has earned this status due to her numerous and large-scale publications. The book is a multifaceted test that is able to attract the attention of jurists, historians, political analysts, eminent and young scholars.*

According to the authors, V.M. Syrykh failed to provide an impartial approach to the analysis of the documents and materials relating to the era of construction of the Socialist State. However, the expressed sympathy for the leaders of the October revolution and their ideas reflects her scientific rather than political bias. The author of the monograph shows her sharply negative attitude to the critics of the Marxist-Leninist doctrines, believing that their approach is contrary to the principle of historicism. V.M. Syrykh states that any attempt of ahistorical analysis by D. Volkogonov and E. Rosina leads the researchers away from the realities of the time. To meet the methodological requirements (note that V. M. Syrykh's PhD thesis and doctoral dissertation are devoted to the problems of the methodology of cognition), she extensively supports her book with the primary sources of law, which makes it highly significant for understanding the processes of formation of the Socialist State. However, such a plentiful citation has a downside, threatening to turn the study into a paradigmatic textbook. The authors of the review believe that more (than it is present in the peer-reviewed edition) emphasis on historical criticism of sources would help to avoid the slightest hint of such a suspicion.

Keywords: *The October revolution, Lenin, legal system, theory of the Socialist State, legal sources, principle of historicism.*

ОБ ИТОГАХ РАБОТЫ IX ПЕРМСКОГО КОНГРЕССА УЧЕНЫХ-ЮРИСТОВ «ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ЦИФРОВИЗАЦИИ ОБЩЕСТВА: ПРИОРИТЕТНЫЕ ЗАДАЧИ»

Аннотация. В материале представлены итоги работы IX Пермского конгресса ученых-юристов «Правовое регулирование цифровизации общества: приоритетные задачи». Каждую осень на базе юридического факультета Пермского государственного национального исследовательского университета проходит межрегиональный российский форум классической юридической университетской науки — Пермский конгресс ученых-юристов. Взаими-партнерами конгресса являются: Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), Уральский государственный юридический университет (УрГЮА), Казанский (Приволжский) федеральный университет (КФУ), Саратовская государственная юридическая академия (СГЮА).

Ключевые слова: научный конгресс, цифровизация общества, цифровая экономика, информационные технологии, смарт-контракты, искусственный интеллект, инновации, электронная торговля, криптовалюта, персональные данные.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.145.12.161-173

Пермский конгресс ученых-юристов проходит при активной поддержке губернатора Пермского края, который в этом году инициировал *цифровую* направленность юридического дискурса, соответствующую общей федеральной повестке: в прошлом году Президентом РФ была утверждена Стратегия развития информационного общества в Российской Федерации на 2017—2030 г., а Правительством РФ — программа «Цифровая экономика Российской Федерации».

Сегодня уже для всех очевидно, что цифровизация затрагивает все сферы жизни общества: государственное управление, законодательство, производство, финансы, образование, медицину, безопасность и др. Цифровые технологии изменяют и продолжают интенсивно изменять облик современного общества и принципы его функционирования.

При этом появлению новых моделей отношений всегда должно сопутствовать адекватное и своевременное правовое сопровождение.

Это требует не только скрупулезной законотворческой работы, но и формирования актуальной правовой политики, разработки принципиально новых подходов к механизму правовой регламентации, перестройки правоприменения и изменения обыденного и профессионального правосознания и правовой культуры.

Основная цель прошедшего юридического форума — обнаружить цифровые тенденции в правовой сфере, а также выявить юридические проблемы цифровизации и предложить эффективные пути их решения. В работе конгресса приняли участие ведущие специалисты не только в праве, но и в экономике и технике. Гостей форума встречал Promobot¹.

Конгресс проводился как в рамках большого пленарного заседания, так и в формате 10 дискуссионных площадок, заостривших свое вни-

¹ URL: <https://promo-bot.ru/>.

мание на особенностях цифровизации в различных правовых сферах.

Результатами работы конгресса стало принятие участниками резолюций, содержащих основные выводы, которые могут быть использованы в законотворческой, правоприменительной и научной работе. Предлагаем вашему вниманию основные выдержки из них².

**Резолюция круглого стола
«Частное право и цивилистический процесс
в цифровую эпоху: достаточны ли
классические институты?»**

1. В зарубежных правовых порядках выявлена тенденция постепенного перехода к новой модели защиты прав правообладателей на результаты интеллектуальной деятельности в сети Интернет и введения «безвиновного» стандарта гражданско-правовой ответственности информационного посредника. Иностранцами судами на информационных посредников возлагается обязанность не только по удалению уже имеющегося нелегального контента, но и по недопущению его повторного размещения в будущем. Необходимо обеспечение справедливого баланса интересов между правообладателями, информационными посредниками и конечными пользователями. При этом видится целесообразным учитывать общемировую тенденцию перехода на новую модель защиты прав правообладателей.

2. Следует признать перспективным использование искусственного интеллекта при заключении и исполнении договоров (контрактов); целесообразно расширить области применения смарт-контрактов и в условиях многозначности данного понятия законодательно уточнить понятие смарт-контракта. В то же время участниками дискуссии отмечена невозможность на сегодняшний день полной цифровизации договорных правоотношений в связи со сложностями интерпретирования искусственным интеллектом оценочных категорий («добросовестность», «разумные сроки» и т.д.), с трудностями «перевода» некоторых условий договора в программный код смарт-контракта, неразрешенностью контроля за исполнением отдельных условий договора, а также неурегулированностью правовых последствий выявления ошибок в программном коде смарт-контракта. Необходимо решение вопроса об определении субъекта ответственности за убытки, свя-

занные с ошибками программного кода смарт-контракта.

3. С точки зрения действующего российского законодательства криптовалюта формально не может быть отнесена ни к средствам платежа, ни к ценным бумагам, ни к имущественным правам. Криптовалюта скорее представляет собой вид цифрового финансового актива. Введение криптовалюты в гражданский оборот требует установления на законодательном уровне правил осуществления операций с ней, а также установления мер защиты и ответственности участников таких операций.

4. Представляется необходимым совершенствование правового регулирования цифровизации в сфере инвестиционных отношений, предоставление инвесторам, осуществляющим финансирование с использованием краудфандинговых платформ, дополнительных гарантий, создание правового механизма, позволяющего защитить инвесторов от мошеннических и недобросовестных действий со стороны получателей инвестиций, повышение прозрачности расходов привлечения инвестиций. При этом создание подобного рода правового механизма должно осуществляться с учетом существующего в мировой практике опыта разрешения споров в той сфере и его дальнейшей апробации.

5. В условиях технологической революции следует признать так называемое цифровое право в качестве отдельного объекта гражданских прав и обязанностей. Обоснована возможность отнесения цифровых прав к категории иного имущества (по аналогии с ценными бумагами).

В рамках круглого стола состоялась панельная дискуссия «Электронные доказательства в современном цивилистическом процессе», в результате работы которой были сделаны следующие основные выводы.

1. Участие в судебных заседаниях посредством электронных технологий предложено рассматривать как механизм, обеспечивающий доступность правосудия. Вместе с тем при рассмотрении и разрешении дел с множественностью лиц или в которых содержится большой объем доказательственной базы, зачастую от участников процесса требуется не только изложение правовой позиции, но и непосредственное участие в исследовании доказательств. При этом в процессуальных кодексах нет возможности дистанционного ознакомле-

² Подробнее см.: URL: <http://permcongress.com/>.

ния с материалами дела (за исключением дел, рассматриваемых в порядке упрощенного производства). В связи с этим реализация права на участие в судебном заседании посредством видео-конференц-связи должна происходить с учетом данной особенности.

2. В ходе дискуссии были проанализированы вопросы подачи в суд документов в электронном виде в контексте классификации средств доказывания. Письменные доказательства могут представляться в суд в виде электронного образа документа — сканированной копии, которую следует оценивать как производное (а не первичное) доказательство, поэтому в ходе рассмотрения дела суд может потребовать представление оригинала документа. В отличие от сканированных письменных доказательств, принципиально новым средством доказывания являются электронные доказательства, которые формируются и существуют в той или иной информационной системе, при этом могут быть отражены на бумажном носителе или на электронном носителе и приобщены в таком виде к материалам дела. В связи с обозначенным существенным отличием письменных доказательств от электронных, первоочередной задачей теории процессуального права представляется разработка правил сбора и исследования электронных доказательств. Применение аналогии закона с регулированием письменных доказательств вряд ли возможно.

3. Вопросы относимости, допустимости и достоверности электронных доказательств относятся к числу сложных, поскольку могут требовать специальных познаний состава суда в сфере информационных технологий. В связи с этим, по мнению участников дискуссии, на практике возможно привлечение специалиста для исследования содержания и формы электронных доказательств.

4. При рассмотрении дела с использованием электронного образа письменных доказательств на лиц, участвующих в деле, может быть возложена обязанность представить в суд и другим участникам процесса копию письменного доказательства на бумажном носителе. Такой вывод обоснован, во-первых, тем, что электронные технологии призваны способствовать доступности правосудия, в частности ускорять передачу документов от стороны спора в суд, но при этом необходимо сохранять гарантии прав иных участников процесса. Во-вторых, в случае, если сканированные копии документов имеют большой объем (например,

свыше 50 печатных страниц), то прочтение таких документов, их сопоставление между собой в электронном виде может оказаться затруднительным или невозможным.

Резолюция круглого стола «Интеллектуальные права и охраноспособность объектов, создаваемых с использованием искусственного интеллекта, в цифровую эпоху»

1. Вопрос о необходимости охраны объектов, создаваемых искусственным интеллектом, является дискуссионным. Обоснованием правовой охраны таких объектов является утилитаристский аргумент, т.е. развитие науки, культуры, образования и окупаемость инвестиций лиц, создающих соответствующие компьютерные программы.

2. Произведения, создаваемые искусственным интеллектом, в настоящее время не являются объектами авторского права, так как их создателем необоснованно признавать лица/лиц, создавших соответствующие компьютерные программы. Такие произведения следует признавать охраняемыми объектами интеллектуальной собственности за рамками института авторского права, на которые отсутствует право авторства.

3. В отношении произведений, создаваемых искусственным интеллектом, предпочтительно установить режим исключительного права, обладателем которого является разработчик искусственного интеллекта. В качестве альтернативы такому подходу можно рассматривать режим права на вознаграждение разработчиков искусственного интеллекта.

4. Установление в отношении произведений, создаваемых искусственным интеллектом, режима исключительного права, аналогичного авторскому праву или смежным правам, т.е. исключительного права, возникающего в силу факта создания объекта, действующего в течение продолжительного времени (от 50 лет), не требующего уплаты государственных пошлин или иных платежей, потенциально может крайне негативно отразиться на творческих интересах личности, развитии культуры, искусства и образования. Искусственный интеллект за ограниченное время способен создать, по сути, безграничное число текстов, гармонических и мелодических рядов, изображений объектов. Все эти объекты в силу принципа их автоматической охраны могут стать препятстви-

ем для использования их аналогов, созданных в результате самостоятельной творческой деятельности физических лиц.

5. Представляется обоснованным как минимум такое предложение, согласно которому каждый объект, создаваемый искусственным интеллектом, должен иметь автоматически присваиваемый идентификационный номер, позволяющий, во-первых, определить, каким искусственным интеллектом он создан, во-вторых, установить разработчика саморазвивающейся программы, обладающего исключительным правом не только на эту программу, но и на объект, ею созданный. Разумной представляется также идея, согласно которой действие исключительного права на объекты, создаваемые искусственным интеллектом, должно быть для правообладателя платным.

6. По вопросу о защите интересов издателей прессы при онлайн-использовании их материалов агрегаторами новостей. Во-первых, в Директиве ЕС, принятой Европарламентом 12 сентября 2018 г., признается новое смежное право издателей прессы на онлайн-использование их публикаций агрегаторами новостей. Вопрос об обоснованности этого права является крайне дискуссионным. Опыт Германии (2013 г.) и Испании (2014 г.), признавших права издателей прессы, показал, что этим субъектам пока не удалось монетизировать их права во взаимоотношениях с агрегаторами новостей. Во-вторых, решение о целесообразности признания права издателей пресс-публикаций на их онлайн-использование (в том числе касательно и Российской Федерации) предпочтительно принять на основе эмпирических данных о том, как деятельность новостных агрегаторов влияет на посещаемость пользователями сайтов СМИ и, соответственно, на их доходы, а не апеллируя к абстрактным доводам о том, что организационный и финансовый вклад издателей в производство пресс-публикаций должен быть признан и далее поощрен для обеспечения устойчивости издательской индустрии.

7. По проблеме охраноспособности виртуальных объектов в видеоиграх. Во-первых, в настоящее время имеются все предпосылки для признания виртуальных объектов видеоигр объектами гражданских прав. Виртуальные объекты обладают способностью находиться в состоянии присвоенности и отчужденности. Во-вторых, достижение цели правовой охраны виртуальных объектов требует принятия специального правового регулирования, устанавливающего норма-

тивный глоссарий, особенности правового режима данных объектов, основы статики и динамики гражданских правоотношений по поводу данных объектов и т.д. В-третьих, виртуальное пространство игнорирует территориальные границы государств, что, в свою очередь, ставит вопросы определения юрисдикции при возникновении споров и применимого права. В этой связи повышается роль международно-правового регулирования, которое позволит создать возможность гармонизации законодательства в данной сфере.

**Резолюция круглого стола
«Конституционно-правовые основы
цифровизации государственного
и муниципального управления:
Федеральный и региональные аспекты»**

1. В качестве проблемы федерального уровня, имеющей существенное значение для регионов, признать необходимость выделения из общей массы государственных и муниципальных услуг, оказываемых удаленно, с использованием цифровых технологий, функций административного санкционирования, возлагаемых на органы исполнительной власти и органы местного самоуправления (функций по разрешению, одобрению, признанию правовыми отдельными правомерных видов деятельности (действий) физических лиц и организаций, имеющих общественную опасность).

2. По вопросу об административно-правовом статусе роботов: необходимо рассматривать роботов (в том числе линейных роботов, роботов, работающих с человеком, и роботов, обладающих искусственным интеллектом) исключительно как объекты административных и иных публичных правоотношений; представляется верным рассматривать роботов (в том числе линейных роботов, роботов, работающих с человеком, и роботов, обладающих искусственным интеллектом) в качестве техногенных источников повышенной опасности.

3. По проблемам административно-правового регулирования дистанционной продажи.

3.1. Представляется необходимым наделить Роспотребнадзор правом применять такую меру государственного принуждения, как блокировка обезличенных сайтов, несанкционированных интернет-магазинов, предусмотрев соответствующий порядок реализации данных полномочий. Вместе с тем в КоАП РФ необходимо предусмотреть административную ответственность за размещение

в сети Интернет обезличенных и несанкционированных интернет-магазинов, а также за непредоставление информации о создании интернет-магазина в Роспотребнадзор, в том числе за отсутствие на сайте созданного интернет-магазина контактной информации и обязательных реквизитов продавца. Вместе с тем важно создать единый государственный реестр регистрации интернет-магазинов и обеспечить надлежащий государственный контроль, возложив данную функцию на Роспотребнадзор.

- 3.2. Представляется вполне логичным на законодательном уровне установить обязательные правила осуществления платежей в интернет-магазине. Если создан интернет-магазин, то на странице его сайта должны быть указаны все обязательные для предпринимателя реквизиты, позволяющие идентифицировать продавца (телефоны, банковские реквизиты, юридический или адрес регистрации физического лица). Еще одним из важных моментов является то, чтобы платежи за товар, осуществляемые при покупке товара в интернет-магазине, производились через электронный сайт магазина. Необходимо обязать при этом продавца предоставлять в личном кабинете покупателя электронные квитанции, подтверждающие поступление данного платежа, которые можно было бы распечатать и в случае возникшего спора предъявить в суде.
- 3.3. Поскольку при оказании услуг всё больший оборот набирают платежи с использованием электронных платежных систем в интернет-магазинах, то вполне целесообразно было бы дополнить ст. 14.7 КоАП РФ таким квалифицирующим признаком, как «с использованием электронных платежных систем в сети Интернет, в том числе посредством размещения на сайте интернет-магазина информации о товаре и продавце».
4. По вопросу об обмене финансовой информацией с зарубежными странами. Во-первых, для эффективной работы по автоматическому обмену финансовой информацией необходимо проведение мероприятий правового и организационного характера, в том числе по подготовке кадров для осуществления указанных процессов на местах, по разработке системы

кодирования и пакета документов, необходимых для передачи данных, по обеспечению надежной защиты передаваемой информации. Во-вторых, 7 июня 2018 г. Россия присоединилась к единой системе передачи данных ОЭСР. Также должны быть заключены двусторонние соглашения с каждой страной, налажено взаимодействие на основе принятых нормативных актов с государствами, с которыми осуществляется обмен информацией. Совместных усилий всех заинтересованных государств потребует создание общей политики при реализации миграционных программ в целях недопущения злоупотреблений при автоматическом обмене финансовой информацией. Необходимо оказывать методическую помощь финансовым институтам, передающим информацию, и обеспечить контроль за их деятельностью.

**Резолюция круглого стола
«Юридическая деятельность
и информационные технологии:
теоретические вопросы
и практика взаимодействия»**

1. В ходе работы круглого стола продемонстрирована программа для ЭВМ «Система автоматизированного управления назначением защитника в уголовном судопроизводстве» (создана адвокатской палатой Пермского края и ООО «Бюро информационного методического обеспечения», свидетельство о государственной регистрации от 05.07.2017 № 2017617492) — это первый (и до сих пор практически единственный в России) информационный инструмент, позволяющий успешно преодолевать типичные конфликтные ситуации в адвокатской деятельности.

Создание юристами алгоритмов юридической деятельности (в данном случае процесс назначения защитника в уголовном судопроизводстве лицу, не заключившему соглашение с адвокатом самостоятельно, и участие адвокатов в уголовных делах по назначению органов предварительного расследования, дознания и судов) с учетом поставленных перед ними законом задач, с одной стороны, и создания на этой основе барьеров для негативных явлений, с другой стороны, и воплощение этих алгоритмов специалистами информационных технологий в программе для ЭВМ позволяет получить инструмент, который оптимизирует время осуществления юридической деятельности и минимизирует возможности для совершения при этом действий, противоречащих целям закона.

Данная программа для ЭВМ позволяет: существенно сократить время от принятия органом предварительного расследования, дознания и суда решения о назначении защитника до назначения конкретного адвоката с извещением последнего (сокращено с нескольких дней с перепиской по почте до 10—15 минут); проинформировать за 1—3 минуты замену адвоката; без выходных, круглосуточно принимать решения органов о назначении защитника; обеспечить равноправие адвокатов при распределении поручений на оказание юридической помощи по назначению; обеспечить защиту ордера от внесения правок, а также возможность распознавания внесенных исправлений; освободить около 50 адвокатов в Пермском крае от непроизводительного труда по распределению решений органов о назначении защитника; обеспечить в автоматическом режиме получение достоверных статистических сведений, в том числе для направления в Федеральную палату адвокатов и органы государственной власти сведений о количестве действий с участием адвокатов по назначению и о необходимых расходах бюджета для их оплаты; создать практически непреодолимый барьер для назначения так называемых карманных адвокатов.

2. На практике расследования преступлений в сфере информационной безопасности показана неэффективность подходов, используемых для формулирования охранительных правовых предписаний, направленных на обеспечение информационной безопасности и их реализации. Существующее юридическое образование и средний профессиональный уровень юристов недостаточен для самостоятельного создания адекватных действительности юридических конструкций и применения норм права, регулирующих информационные отношения. Вредные для общества информационные технологии создаются без участия юридической науки и юристами самостоятельно не могут быть осознаны и нейтрализованы.

3. Неспособность человека воспринимать явления цифровой среды, в которой работает компьютер, представляет собой основной риск, связанный с цифровыми технологиями. Компьютер не оперирует такими категориями, как текст, буквы, символы или изображения. Компьютер использует разряды двоичного кода (биты). Возможных значений, которые может принимать бит, всего два — единица или ноль (включено или выключено, да или нет, верно или не верно). Других значений для данной

единицы измерения не существует. Именно эти двоичные коды использует любая ЭВМ в своей работе.

Технологией, которая усиливает влияние системного риска, является искусственный интеллект в виде обучаемых нейронных сетей. Искусственная нейронная сеть представляет собой совокупность программных элементов — нейронов, которая получает на входе некие исходные данные. В сетях количество нейронов настолько велико, что отследить алгоритмы обучения нейросети человеку уже невозможно. Он не способен понять, каким образом нейронная сеть обучилась и какова логика принимаемых ею решений (не прослеживается зависимость информации на выходе от информации на входе). Это обуславливает необходимость осторожного применения этого направления искусственного интеллекта для юридической деятельности.

Результатом применения нейронных сетей, их развития и усложнения может стать фактическое отстранение человека от принятия решений, неспособность понять логику их вынесения, невозможность отследить причинно-следственные связи в машинной обработке информации. Процесс обучения нейронных сетей имеет тенденцию к отчуждению самого человека.

Любая технология сама по себе нейтральна. Она не имеет заведомо положительного или отрицательного значения или смысла. Все смыслы и все значения закладываются человеком. Будет ли технология служить во благо или во вред — зависит от человека.

4. Перспективным направлением развития юридической деятельности представляется создание автоматизированных рабочих мест юриста определенной профессии. В будущем на их основе могут быть созданы экспертные системы. На кафедре теории и истории государства и права ПГНИУ разрабатывается программа информационно-технологической поддержки принятия судебных решений «Лазер». Представленный на конгрессе демонстрационный вариант рабочей версии «Лазера» позволяет убедиться в реальной возможности создания в ближайшее время пригодной для широкого внедрения программы генерирования судебных актов. Она поможет судье выносить решение, задавая для правоприменительной деятельности следующие параметры: создание судье строгих условий движения по стадиям правоприменения и юридической ар-

гументации в соответствии с требованиями закона и юридической науки, чтобы исключить неправовые основания вынесения решений; сокращение дефицита времени судьи; заполнение форм программы, т.е. выбор судьей представленных участниками юридического спора позиций и аргументация выбора на основе закона в процессе судебного разбирательства, должно быть одновременно составлением мотивированного судебного акта; мотивированное решение должно выдаваться программой по итогу решения судьей промежуточных задач в судебном заседании практически сразу.

Рабочая версия программы показывает, что автоматизация юридической деятельности в намеченном направлении отнюдь не приведет к отказу от существенных признаков правосудия, но серьезно ускорит изготовление мотивированного судебного акта за счет применения информационных технологий. Юридическая часть работы в этом направлении заключается в определении последовательности выбора вариантов, возникающих перед судьей в процессе решения дел определенной категории, и правил движения по развилкам алгоритма на основе законодательных и доктринальных положений, т.е. алгоритмизация решения дела судьей.

Последовательность промежуточных решений (через да/нет) и вводимая аргументация позволяют формировать мотивированное решение за счет информационных средств, систематизации сделанных выборов и согласований их между собой и трафаретными частями судебного акта.

5. Необходимо от общих фраз о применении информационных технологий в правотворчестве переходить к их созданию. Наиболее перспективным для начала представляется создание алгоритмов выявления дефектов нормативных правовых актов на уровне нормотворчества органов местного самоуправления. Составление их и конвертация в программный продукт возможны только при постоянном взаимодействии юридических и информационных технологий.

**Резолюция круглого стола
«Правовое регулирование трудовых
и социально-обеспечительных отношений
в условиях технологических инноваций:
федеральная и региональная повестка»**

1. Статистика Организации экономического сотрудничества и развития (далее — ОЭСР) свидетельствует о неуклонном росте в боль-

шинстве государств — членов ОЭСР числа лиц, работающих в режиме неполного рабочего дня, а также в условиях временной занятости. В Испании, Португалии, Италии, Франции, Нидерландах, Швейцарии и Швеции это более 50 % занятых. По сравнению с 2000 г., в 2017 г. динамика временной занятости в большинстве стран — членов ОЭСР положительная. В России в 2017 г. лишь 18,2 % лиц были временно занятыми, однако в сравнении с 2000 г. (14,5 %) данный показатель вырос. Это свидетельствует о расширении нетипичной занятости, все более частом использовании гибких форм привлечения к труду. Во многом стремительное развитие нетипичных форм занятости обусловлено впечатляющими технологическими инновациями, которые, воплощаясь в новых бизнес-моделях, формируют цифровую экономику.

Применение нетипичных форм занятости зависит от отрасли и сферы деятельности. Например, опыт Германии свидетельствует о том, что гибкие формы занятости в наибольшей мере используют управленческие работники, а также лица, имеющие ученую степень; в наименьшей степени — работники сельского хозяйства, работники, занятые обслуживанием машин и механизмов.

В условиях расширения нетипичной занятости и «выталкивания» наемных работников в категорию самозанятых реальной становится проблема уменьшения числа лиц, защищенных трудовым правом. Экономический мотив работодателей — сокращение издержек, уход от социальной ответственности за работника.

С юридической точки зрения разнообразие видов и форм нетипичных отношений в сфере труда делает разграничение трудовых и гражданско-правовых отношений все более сложной задачей.

2. В условиях цифровой экономики в модернизации нуждаются отдельные институты трудового права, а также его понятийный аппарат. Интенсификация труда, постоянное повышение требований к уровню знаний, умений, навыков работника, усложнение характера работы, необходимость быстрого обучения сотрудников работе с современными программными продуктами — эти и иные факторы требуют переосмыслить понятие трудовой функции, а также подходы в области нормирования труда. Электронное взаимодействие работника и работодателя, осуществляющееся на практике, требует нормативного урегулирования. В сфере дисциплины труда технологические инновации

порождают новые виды дисциплинарных проступков. Доказательства их совершения теперь могут быть получены работодателем на основании информации из социальных сетей, с помощью систем контроля управления доступом.

3. Влияние цифровых технологий на труд отдельных категорий работников рассмотрено на примере педагогических работников. В фокус обсуждения попало нововведение, касающееся перевода лекций преподавателей вузов в цифровой формат. Дискуссионным является вопрос об обязанности создания видеолекций: является ли это изменением трудовой функции или же речь идет о новом способе выполнения прежних трудовых обязанностей? В качестве проблемных моментов отмечены в том числе отсутствие у вузов, переходящих к данному нововведению, методики создания видеолекций; возможность применения санкций в отношении преподавателей, не участвующих в их записи. Участники круглого стола пришли к выводу о том, что в современных условиях, когда необходима постоянная актуализация информации по преподаваемым дисциплинам, видеолекции эффективны лишь в качестве дополнительного учебного материала, но не как полноценная замена аудиторным лекциям.

4. Вызовами цифровой экономики в области социального обеспечения являются: отсутствие доступа к социальному обеспечению для работников с нетипичной занятостью, безработица, в том числе среди молодежи, старение населения, социальная защита мигрантов, организация труда посредством интернет-платформ. Стирание грани между рабочим временем и временем отдыха может привести к психологическим перегрузкам, профессиональному выгоранию, изменению структуры заболеваемости трудоспособного населения в сторону увеличения процента психических расстройств.

Кроме того, вопросы цифровизации общественной жизни применительно к праву социального обеспечения были рассмотрены на примере изменений в обязательном социальном страховании работников. Социальное страхование, сформировавшееся в середине XX в., опирается в первую очередь на критерии полной и постоянной занятости, что позволяет реализовать один из важных принципов данного института — страхование в течение всей жизни. В условиях роботизации производства и связанного с этим сокращения числа работающих в промышленности, а также в связи с переходом все большего количества работников

на условия неполной или частичной занятости резко снижается эффект социального страхования в плане формирования адекватного дохода в старости. Аналогичная проблема была отмечена применительно к нетипичным трудовым отношениям, самозанятым и дистанционным работникам. Вопросы социального обеспечения названных категорий работников все больше переносятся в сферу их личной ответственности. Выступающие отметили, что переход от коллективных форм социального страхования к самообеспечению будет шагом назад в развитии социально-обеспечительных отношений, поскольку не может гарантировать компенсации утраченного заработка на достаточном уровне. Были высказаны предположения о том, что в условиях цифровизации общественной жизни всё большую роль начнет играть обеспечение минимального уровня социальной защиты для всего населения. Рассмотрены попытки решения отдельных проблем на европейском уровне.

5. По вопросу введения уголовной ответственности работодателя за необоснованный отказ в приеме на работу или необоснованное увольнение лица, достигшего предпенсионного возраста (ст. 144.1 Уголовного кодекса РФ). Применение указанной статьи, носящей репрессивный характер для работодателя, на практике будет крайне затруднено по причине сложности доказывания состава преступления. Более того, стремление работодателей избежать любых рисков, связанных с применением ст. 144.1 УК РФ, может ухудшить положение работников на рынке труда.

Резолюция круглого стола

«Международная защита прав человека в условиях развития цифровой экономики»

1. Процессы цифровизации оказывают существенное воздействие на все сферы общественной жизни. Право как ключевой регулятор общественных отношений должно отвечать современным реалиям, в том числе быть способным к надлежащей регламентации отношений, складывающихся в условиях информационно-технологического прогресса. В связи с этим следует считать цифровизацию одним из современных вызовов надлежащему правовому регулированию общественной жизни. При этом отвечать на эти вызовы необходимо механизмами как национально-правового, так и международно-правового регулирования.

2. Ускорение экономического развития с помощью развития цифровых технологий требу-

ет разработки эффективных мер обеспечения безопасности на национальном и глобальном уровнях. При этом «цифровой контроль» не должен приводить к ограничению основных прав и свобод человека. Прежде всего требуется разработка действенных механизмов защиты права на неприкосновенность частной жизни при активном трансграничном взаимодействии частных лиц посредством сети Интернет и использовании цифровых технологий для обеспечения потребностей жизнедеятельности.

3. Использование цифровых технологий в международных торговых отношениях проявляется прежде всего в процессах трансграничной электронной торговли, в осуществлении электронных международных расчетов, в использовании криптовалют во внешнеэкономических правоотношениях. Указанные технологии существенно ускоряют взаимодействие субъектов внешнеэкономической деятельности. В целях формирования положительного опыта взаимодействия иностранных контрагентов с российскими субъектами предпринимательской деятельности на национальном уровне необходимо разрабатывать и внедрять необходимую инфраструктуру, позволяющую обеспечить работу цифровых технологий в рамках трансграничных экономических процессов.

4. Повышение роли международно-правового регулирования обусловлено, помимо прочего, взаимодействием субъектов предпринимательской деятельности в виртуальном пространстве. Это порождает вопросы определения применимого права и эффективного разрешения возникающих споров. В этом контексте особенно актуальными становятся процессы гармонизации национальных законодательств по вопросам регулирования предпринимательской деятельности, осуществляемой в сети Интернет.

5. Повсеместное распространение цифровых технологий не может не оказывать влияние и на профессиональную деятельность юриста, обеспечивающего деятельность участника внешнеэкономической деятельности. При этом возникает целый спектр вопросов, требующих скорейшего правового решения. В частности, вопросы вызывают охраноспособность объектов, являющихся результатом такой деятельности, нормирование труда юриста с учетом появления цифровых технологий, позволяющих повысить эффективность труда юриста. В новых условиях осуществления профессиональной деятельности от специалиста требуется соблю-

дение баланса между использованием новых технологий и защитой частной жизни, охраной персональных данных в процессе их передачи посредством применения цифровых технологий и всемирной сети Интернет. Указанные процессы повышают степень ответственности специалистов, работающих с указанными данными.

6. Опыт зарубежных юридических компаний, активно внедряющих в свою деятельность искусственный интеллект, существенно превосходящий скорость реакции человека, заставляет задуматься над угрозой вытеснения человека и полной его замены в некоторых процессах юридической деятельности. Представляется, что использование искусственного интеллекта в юридической деятельности способно существенным образом ускорить процессы взаимодействия участников правоотношений, особенно в условиях трансграничного взаимодействия. В то же время полное замещение человека в выполнении высокоинтеллектуальных функций в процессе юридической деятельности цифровыми механизмами на данной стадии представляется преждевременным. Напротив, грамотное внедрение новых технологий в сфере юридической деятельности, отвечающих потребностям конкретного субъекта предпринимательской деятельности, позволит существенным образом повысить эффективность работы правовых подразделений.

Резолюция круглого стола «Альтернативные способы разрешения споров в синтезе с информационно-коммуникационными технологиями»

1. В настоящее время имеются все предпосылки для применения информационно-коммуникационных технологий в области альтернативных способов разрешения споров в части участия в процедурах субъектов, имеющих удаленную территориальную локацию, посредством телекоммуникационного оборудования. Применение данных технологий в указанных условиях способствует повышению доступности и обеспечения равного доступа к услугам по альтернативному разрешению споров для граждан. Дополнительного регулирования требует документационный аспект реализации данных процедур, в частности возможность заключения электронного соглашения о проведении процедуры медиации, электронного медиативного соглашения с использованием электронной подписи и др., вопрос стандартизации процедуры медиации.

2. Региональный опыт по развитию информационного сервиса в области альтернативных способов разрешения споров является «очаговым», необходимо его развивать, унифицировать, расширять пул поставщиков и сегмент потребителей.

3. Применимость использования информационно-коммуникационных технологий в разрешении споров имеет ряд ограничений, в частности в случае, если споры связаны с публичными интересами, интересами третьих лиц, конфликтами в области взаимоотношений, ценностей. К указанным случаям следует применять примирительные процедуры, основанные на восстановительном подходе и реализованные в очном формате.

4. Отмечая инновационность как цифровых технологий, так и технологий медиации, участники круглого стола рекомендовали разработку дополнительных мер по их внедрению в систему образования и практику урегулирования конфликтов, а именно: принятие региональных и муниципальных программ «Цифровизация образования»; создание межведомственных команд для разработки стандартизированных информационных услуг для населения по медиации с последующей передачей информационного продукта в многофункциональные центры; создание региональных ресурсных центров примирительных технологий и медиации как единого информационно-коммуникационного портала; разработка региональных нормативных правовых актов, регулирующих вопросы реализации примирительных процедур и медиации, при включении в рабочую группу представителей экспертного сообщества медиаторов, представителей органов законодательной, исполнительной и судебной власти, представителей науки и образования; создание модели цифровизации медиативных услуг на базе некоммерческих организаций.

Резолюция круглого стола «Уголовно-правовые вызовы цифровой экономики»

1. За последние несколько лет наблюдается снижение удельного веса традиционных преступлений и одновременное увеличение преступлений, совершаемых в виртуальной реальности. Кроме того, возросло число преступлений, в которых в качестве средства используется виртуальная валюта (например, для легализации, при незаконном обороте наркотических средств, психотропных веществ, при незакон-

ном обороте оружия). Были отмечены и такие проблемы, как высокая латентность (до 90 % компьютерных преступлений могут оставаться скрытыми), интернационализация преступной деятельности, недостаточное число специалистов в сфере цифровых технологий среди сотрудников правоохранительных органов.

2. Пробел в части законодательного регулирования криптовалюты и признания ее объектом гражданских прав приводит к невозможности квалифицировать посяательства на нее как хищение и охранять интересы ее владельцев при помощи уголовно-правовых методов воздействия.

3. В последнее время участились случаи совершения нападений (в том числе и с применением насилия), имеющих своей целью завладение виртуальными (игровыми) «вещами», однако действующее уголовное законодательство не позволяет квалифицировать такие деяния как разбой, поскольку отсутствует предмет хищения.

4. Законодательно не урегулирован вопрос об ответственности за причинение вреда здоровью физическим лицам роботами, искусственным интеллектом, машинами, которые создаются несколькими разработчиками, ответственными только за отдельную часть робота (например, разработку программного обеспечения сенсорного экрана).

5. Использование информационно-телекоммуникационных сетей и цифровых технологий в процессе исполнения наказаний во многом облегчает контроль и надзор за поведением осужденных, расширяет возможности оперативно-розыскной деятельности и в целом существенно способствует достижению целей и задач уголовно-исполнительной системы.

В то же время качественное и адекватное внедрение современных цифровых технологий в деятельность пенитенциарной системы требует создания четко скоординированной системы правовых, организационных и тактических механизмов использования технических средств и технологий, а также обеспечения необходимых условий и процедур порядка их использования.

Резолюция круглого стола «Информационно-технологическое обеспечение уголовно-процессуальной и криминалистической деятельности в условиях цифровизации общества»

1. Проблемы оптимизации деятельности по раскрытию и расследованию преступлений в условиях информационного общества

связаны с информационно-технологическим обеспечением органов предварительного расследования, которое позволяет получать доказательственную информацию из различных видеозаписывающих устройств, баз данных, операторов сотовой связи, интернет-провайдеров в ходе производства по делу.

2. Невозможность оперативного получения криминалистически значимой информации связана с отсутствием доступа органов предварительного расследования в режиме онлайн к имеющимся базам данных, операторов сотовой связи, интернет-провайдеров, базам данных на удаленных серверах. Проблемы получения уголовно-релевантной информации связаны с нахождением необходимых сведений в других государствах, под иностранной юрисдикцией. Решение данной проблемы видится в организации взаимодействия посредством информационно-телекоммуникационных сетей.

3. При извлечении криминалистически значимой информации из мобильных и компьютерных устройств возникает проблема с парольной и криптографической защитой. Для преодоления защиты органы предварительного расследования должны быть оснащены современными аппаратно-программными комплексами, например UFED, «Мобильный криминалист», позволяющими извлечь необходимую информацию и использовать ее в доказывании по уголовным делам.

4. При производстве таких следственных действий, как выемка и обыск электронных носителей информации, возникает проблема участия специалиста, что предусмотрено уголовно-процессуальным законодательством независимо от сложности следственного действия. Ввиду отсутствия необходимого количества специалистов в данной сфере считаем целесообразным приглашать специалиста только для копирования компьютерной информации в наиболее сложных случаях.

5. В связи с проблемами назначения и производства компьютерно-технических экспертиз, длительными сроками их производства представляется обоснованным расширение института заключения специалиста как наиболее оптимальной формы использования специальных знаний при исследовании компьютерной информации на машинных носителях, базах данных, мобильных устройствах.

6. По вопросу о внедрении электронных доказательств при производстве по уголовным делам.

6.1. В Уголовно-процессуальном кодексе нет понятия «электронные доказательства», вместо этого Уголовно-процессуальный кодекс оперирует понятиями «электронные носители информации», что означает на практике собирание криминалистически значимой информации через использование машинных носителей информации при каждом следственном действии. В целях оптимизации считаем необходимым развивать и внедрять электронный способ получения электронной информации удаленным способом, посредством копирования на портал органа предварительного расследования в ведомственной информационной системе.

6.2. При производстве следственных действий, не связанных с извлечением компьютерной информации, считаем необходимым развивать электронный способ фиксации доказательственной информации. В условиях требований Уголовно-процессуального кодекса о необходимости составления протокола как основного способа фиксации доказательств, полагаем, в протоколах возможно указывать минимум информации, а в цифровых видеозаписях и фототаблицах как приложения к протоколу фиксировать большую часть доказательственной информации.

6.3. На основе исследования зарубежного опыта уголовного судопроизводства считаем необходимым предложить оптимизацию производства по делу через развитие электронного документооборота в процессе получения, сохранения и использования доказательственной информации в зависимости от сложности уголовного дела. Указанное обстоятельство становится особенно актуальным в ситуации, когда 60—70 % уголовных дел рассматривается в особом порядке, т.е. без исследования в суде письменных материалов уголовного дела.

7. По вопросу совершенствования организации деятельности по раскрытию и расследованию преступлений.

7.1. В условиях информационного общества, когда подавляющая часть информации о докриминальной, криминальной и посткриминальной деятельности

человека фиксируется в мобильных устройствах, у провайдера связи, интернет-провайдера, в организациях, оказывающих навигационные услуги, в платежной и банковской системах, органы расследования должны быть обеспечены информационно-технологическими возможностями получения криминалистической информации посредством удаленного доступа.

7.2. В то же время оперативное обеспечение органов предварительного расследования криминалистически значимой информацией по уголовным делам требует соблюдения конституционных гарантий неприкосновенности частной жизни и жилища. Главная задача заключается в поиске разумного баланса между оперативностью органов расследования при получении информации и соблюдением прав личности.

7.3. В уголовно-процессуальное законодательство необходимо внести изменения, направленные на получение согласия подозреваемых, обвиняемых на осмотр и исследование компьютерной информации, находящейся на изымаемых компьютерных устройствах и телефонах мобильной связи. Своевременное получение согласия подозреваемого (по аналогии с получением согласия на осмотр жилища) позволит органам расследования оперативно получать необходимую криминалистически значимую информацию без неоправданных задержек и нарушения прав участников уголовного судопроизводства.

Резолюция круглого стола

«Цифровизация избирательного процесса»

1. Цифровизация избирательного процесса немыслима без внедрения электронных технологий при организации практически всех стадий избирательного процесса. В этом отношении наибольшее внимание стоит уделить проблеме введения единого электронного списка избирателей. Как показали прошедшие выборы Президента РФ, введенная система регистрации избирателей по месту их фактического нахождения («мобильный избиратель») не исключает вероятности двойного учета и, следовательно, неоднократного голосования одних и тех же граждан на выборах.

2. Представляется возможным поддержать предложения о сборе подписей в поддержку кандидатов (списков кандидатов) посредством сайта «Госуслуги» в целях наибольшего охвата граждан, фактически лишенных такой возможности (лиц с ограниченными физическими возможностями).

3. Представляются перспективными предложения по внедрению дистанционного голосования, например при помощи сети Интернет, в том числе с применением блокчейн-технологий.

Резолюция круглого стола

«Информационная безопасность в условиях цифровизации жизнедеятельности граждан»

1. Вопрос об обработке персональных данных показал наличие индивидуальных особенностей каждого случая совокупности действий, совершаемых с использованием средств автоматизации или без использования таких средств, по сбору, записи, систематизации, накоплению, хранению, предоставлению и удалению сведений, относящихся к персональным данным.

2. Рассмотрены принципы и условия обработки персональных данных, которая должна осуществляться на законной и справедливой основе и ограничиваться достижением конкретных, заранее определенных и законных целей. Не допускается обработка персональных данных в целях и случаях, не предусмотренных федеральными законами и/или без согласия на то субъекта персональных данных. При обработке персональных данных необходимо уделять особое внимание срокам их хранения и уничтожения, в том числе в связи с достижением цели их обработки, требованиями законодательства, условиями договора.

3. Сбор персональных данных — это первое действие при обработке персональных данных, при этом он может быть осуществлен следующими способами: получение персональных данных непосредственно от самого субъекта (например, при заключении кредита займа, при приеме на работу, регистрации в органах ЗАГС и т.д.), то есть в силу потребности самого субъекта; сбор персональных данных в целях исполнения требований законодательства (например, сведения о доходах и расходах государственных и муниципальных служащих в целях исполнения требований Указа Президента РФ; при осуществлении переписи населения и т.д.).

4. Объем обрабатываемых персональных данных и перечень категорий субъектов персональных данных не могут быть избыточными по отношению к предусмотренным законом или обусловленным целями обработки. Например, не может дошкольное образовательное учреждение обрабатывать персональные данные детей, предназначенные и необходимые для прохождения службы в Вооруженных Силах РФ. Или иной пример: не вправе автотранспортное предприятие обрабатывать специальные категории персональных данных граждан, послуживших основанием для получения ими

социальных льгот на проезд в пассажирском транспорте.

5. Обработка персональных данных лицом по поручению оператора возможна только с согласия субъекта персональных данных, если иное не предусмотрено федеральным законом. В поручении оператора должны быть определены перечень действий (операций) с персональными данными, которые будут совершаться лицом, осуществляющим обработку персональных данных, и цели обработки, должна быть установлена обязанность такого лица соблюдать конфиденциальность персональных данных.

Редакторы-составители:

Михайлов Сергей Георгиевич,
кандидат юридических наук, профессор,
декан юридического факультета
Пермского государственного национального
исследовательского университета, заслуженный юрист РФ;

Голубцов Валерий Геннадьевич,
доктор юридических наук,
заведующий кафедрой предпринимательского права,
гражданского и арбитражного процесса юридического факультета
Пермского государственного национального
исследовательского университета;

Кузнецова Ольга Анатольевна,
доктор юридических наук, профессор,
заместитель декана юридического факультета
Пермского государственного национального
исследовательского университета;

Богданов Дмитрий Евгеньевич,
доктор юридических наук,
профессор кафедры гражданского права
Московского государственного юридического университета
имени О.Е. Кутафина (МГЮА), главный редактор
научного юридического журнала Lex Russica.

Материал поступил в редакцию 12 ноября 2018 г.

**ON THE RESULTS OF THE IX PERM CONGRESS OF JURISTS “LEGAL REGULATION
OF DIGITALIZATION OF SOCIETY: PRIORITY GOALS”**

Abstract. *The article presents the results of the IX Perm Congress of Jurists “Legal Regulation of Digitalization of Society: Priority Goals”. Every autumn the Law Faculty of the Perm State National Research University holds Interregional Russian forum for academic legal science — Perm Congress of Jurists. Universities-partners of the Congress are: the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), the Ural State Law University (USLU), Kazan (Volga region) Federal University (KFU), Saratov State Law Academy (SSUA).*

Keywords: *scientific congress, digitalization of society, digital economy, information technology, smart contracts, artificial intelligence, innovation, e-Commerce, cryptocurrency, personal data.*

Compiling editors:

Mikhailov Sergey Georgievich,
PhD in Law, Professor, Dean of the Law Faculty
of the Perm State National Research University,
Honored Lawyer of the Russian Federation;

Golubtsov Valery Gennadievich,
Doctor of Law, Head of the Department of Business Law,
Arbitrazh and Civil Procedure of the Law Faculty
of the Perm State National Research University;

Kuznetsova Olga Anatolyevna,
Doctor of Law, Professor,
Deputy Dean of the Law Faculty
of the Perm State National Research University;

Bogdanov Dmitry Evgenievich,
Doctor of Law, Professor of the Department
of Civil Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL),
editor-in-chief of “Lex Russica” scientific legal journal.

АНОНС ВСЕРОССИЙСКОГО КРУГЛОГО СТОЛА «МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ЦИВИЛИСТИЧЕСКИХ ИССЛЕДОВАНИЙ»

Юридический факультет Пермского государственного национального исследовательского университета на протяжении последних шести лет проводит Всероссийский круглый стол на тему «Методологические проблемы цивилистических исследований», посвященный памяти доктора юридических наук, профессора Михаила Юрьевича Челышева, внесшего большой вклад в развитие современной отечественной цивилистической методологии. Круглый стол проводится в качестве спутного проекта Пермского конгресса ученых-юристов (<http://permcongress.com>).

За все годы работы круглого стола для обсуждения методологических проблем цивилистики привлекались профессора из Москвы, Волгограда, Екатеринбурга, Иркутска, Казани, Калининграда, Краснодар, Нижнего Новгорода, Новосибирска, Саранска, Саратова, Челябинска, Ульяновска, Уфы. В работе круглого стола принимали участие эксперты ВАК, специалисты в области аттестации научных кадров.

Целью этого научного мероприятия является повышение статуса цивилистической методологии как фундаментальной и практико-ориентированной юридической науки.

В качестве основных задач работы круглого стола его организаторы видят:

- формирование новых предметов и программ развития цивилистической методологии как метаотраслевой сферы правовых исследований;
- интеграцию российской и мировой методологической мысли в области цивилистических исследований;
- формирование новых направлений методологических исследований в цивилистике;
- предоставление дискуссионной площадки для широкого обсуждения методологических проблем в цивилистике;
- укрепление корреляции между цивилистической методологией, наукометрией и аттестацией научных кадров по частнопроводимым наукам.

- рамках работы круглого стола разрабатываются вопросы по следующим тематикам:
- методология цивилистики, ее достижения и стратегии развития;
- методы и методики цивилистических исследований;
- междисциплинарные исследования на стыке гносеологии, науковедения, общенаучной методологии и цивилистической методологии;
- роль достижений экономики, социологии, психологии, культурологии и других смежных наук в проведении цивилистических исследований;
- дискуссии по актуальным проблемам фундаментальных и прикладных исследований в области цивилистической методологии.

С учетом поставленных цели, задач и тематик, а также сложности цивилистико-методологической проблематики к участию в работе круглого стола приглашаются исключительно доктора юридических наук, профессора, ведущие цивилистическими кафедрами.

Для ознакомления широкой юридической общественности с результатами работы круглого стола по итогам каждой сессии публикуются научные статьи участников по различным методологическим вопросам цивилистической науки.

Первые научные результаты этой многоплановой и многолетней работы большого коллектива ученых были опубликованы в журнале «Вестник Пермского университета. Юридические науки» (ISSN 1995-4190): 2013. № 4; 2014. № 4; 2015. № 3 (см.: <http://www.jurvestnik.psu.ru>).

Уже тогда стало ясно, что проблематика цивилистической методологии востребована новым поколением правоведов, продуцирует актуальные дискуссии и публикации как начинающих исследователей-юристов, так и состоявшихся ученых-цивилистов.

В последующие годы исследований важность и актуальность затронутых методологи-

ческих проблем потребовала их обнародования и для более широкого круга читателей. В связи с этим в качестве медиапартнера круглого стола было приглашено одно из крупнейших общероссийских юридических издательств — издательство «Статут» (г. Москва), в котором были изданы три сборника научных статей, посвященных методологическим проблемам цивилистических исследований. На сегодняшний день вышло три сборника научных статей — соответственно в 2016 г. (ISBN 978-5-8354-1215-0), 2017 г. (ISBN 978-5-8354-1309-6), 2018 г. (ISBN 978-5-8354-1412-3)¹. Все сборники находятся в открытом доступе на сайте <http://permcongress.com/project>.

Результаты научных разработок, полученных в ходе работы круглого стола, интересны не только российским, но и зарубежным ученым — специалистам в области правовой методологии и в сфере гражданского права. Сборник научных статей 2017 г. «Методологические проблемы цивилистических исследований» включен в международную базу научного цитирования Web of Science Core Collection (идентификационный номер WOS: 000402694300001)².

Однако, учитывая постоянно возрастающий интерес к методологической проблематике

в гражданском праве, необходимость охвата максимально широкой научной аудитории, важность популяризации цивилистической методологии как науки, ответственными редакторами сборников-ежегодников было принято решение учредить периодический ежегодный научный журнал «Методологические проблемы цивилистических исследований» (ISSN 2619-0559), первый выпуск которого уже увидел свет³. Журнал принимает к опубликованию только такой тип рукописи, как «научная статья» (обзоры, рецензии, комментарии, тезисы, труды конференций и т.п. не принимаются). Рукописи статей принимаются ежегодно строго до 25 февраля, оформленные в соответствии с требованиями журнала, подлежат обязательному рецензированию. Плата за публикацию статей не взимается. Подробные требования к оформлению статей — на сайте: <http://metodol59.ru/legitima>.

Очередной, VII Всероссийский круглый стол по актуальным проблемам цивилистической методологии состоится в Перми 24—25 мая 2019 г. Приглашаем к участию цивилистов — докторов юридических наук и заведующих цивилистическими кафедрами, интересующихся указанной научной проблематикой.

Голубцов Валерий Геннадьевич,
доктор юридических наук,
заведующий кафедрой предпринимательского права,
гражданского и арбитражного процесса юридического факультета
Пермского государственного национального
исследовательского университета

Кузнецова Ольга Анатольевна,
доктор юридических наук, профессор,
заместитель декана юридического факультета
Пермского государственного национального
исследовательского университета

¹ Методологические проблемы цивилистических исследований : сб. науч. ст. / отв. ред. А. В. Габов, В. Г. Голубцов, О. А. Кузнецова. М. : Статут, 2016. 192 с. ; Методологические проблемы цивилистических исследований : сб. науч. ст. / отв. ред. А. В. Габов, В. Г. Голубцов, О. А. Кузнецова. Вып. 2. М. : Статут, 2017. 424 с. ; Методологические проблемы цивилистических исследований : сб. науч. ст. / отв. ред. А. В. Габов, В. Г. Голубцов, О. А. Кузнецова. Вып. 3. М. : Статут, 2018. 376 с.

² URL: https://apps.webofknowledge.com/full_record.do?product=WOS&search_mode=GeneralSearch&qid=1&SID=V2aZHWLkKcwjSDlInCI&page=1&doc=1.

³ Методологические проблемы цивилистических исследований : ежегодник. 2019. Вып. 1 // <http://metodol59.ru/>

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: 20,70 усл.-печ.л. (13,9 а. л.), формат 60x84¹/₈. Тираж 150 экз. Дата выхода в свет 27.12.2018.

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.