

№7⁽¹⁵²⁾ 2019
ИЮЛЬ

ISSN 1729-5920

LEX RUSSICA

О возрастающей роли
парламентской дипломатии
в многополярном мире

Циклический характер
трансформации права
и правовой системы
общества:
теоретико-методологические
основания исследования

О коллизии права
и «неправа», реновации *lex*
mercatoria, смарт-контрактах
и блокчейн-арбитраже

Искусственный интеллект
и робототехника:
возможность вторжения
в права человека и правовое
регулирование этих
процессов в ЕС и мире

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РОССИЙСКОГО ПРАВА



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

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

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

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

LEX RUSSICA (РУССКИЙ ЗАКОН)



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

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

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

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

Председатель редакционного совета журнала

БЛАЖЕЕВ Виктор Владимирович ректор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук, доцент, 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

СЕВРЮГИНА Ольга Александровна эксперт отдела научно-издательской политики НИИ 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 Жана Моне, 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.

КОЛЮШИН Евгений Иванович	доктор юридических наук, профессор, член Центризбиркома России, заслуженный юрист РФ.
КОМОРИДА Акио	профессор Университета Канагава (Япония).
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, профессор кафедры информационного права и цифровых технологий Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
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** хабилитированный доктор права, профессор, заведующий кафедрой уголовного и экономического уголовного права юридического факультета Потсдамского университета (Германия).

**ШЕВЕЛОВА
Наталья
Александровна** доктор юридических наук, профессор, и. о. заведующего кафедрой административного и финансового права юридического факультета 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
Инна
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, профессор, 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).

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.

Chairman of the Council of Editors

BLAZHEEV Victor Vladimirovich Rector of the Kutafin Moscow State Law University, PhD in Law, Associate 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

SEVRYUGINA Olga Aleksandrovna Expert of the Research and Publishing Policy Department of the Research Institute of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

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.

KOLYUSHIN Evgeniy Ivanovich	Doctor of Law, Professor, Member of the Central Election Committee of the Russian Federation, Merited Lawyer of the Russian Federation.
KOMORIDA Akio	Professor of the Kanagawa University (Japan).
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, Professor of the Department of Information Law and Digital Technologies of the Kutafin Moscow State Law University.
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, Holder of the Chair of Criminal Law and Commercial Criminal Law of the Faculty of Law, University of Potsdam (Germany).
- SHEVELEVA**
Natalia
Aleksandrovna
Doctor of Law, Professor, Acting Head of the Department of Administrative and Financial Law of the Law Faculty 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, 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

ЧАСТНОЕ ПРАВО / *JUS PRIVATUM*

- Новоселова Л. А., Гринь Е. С. Принципы государственной регистрации результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации 9
- Муратова О. В. Концепция транснационального потребительского права в современном мире 20
- Савенко О. Е. Трансформация брачно-семейных отношений в условиях сетевого общества 29

ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО / *JUS PUBLICUM*

- Забелина Е. П. Механизм правового регулирования муниципального процесса 36
- Баркова О. И., Власов В. А. Некоторые актуальные аспекты совершенствования архитектурной среды в России: проблемы правового обеспечения 45

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО / *JUS GENTIUM*

- Варлен М. В. О возрастающей роли парламентской дипломатии в многополярном мире 54

НАУКИ КРИМИНАЛЬНОГО ЦИКЛА / *JUS CRIMINALE*

- Смирнова И. Г., Фойгель Е. И. К вопросу о необходимости выделения категории адвентальных участников российского уголовного судопроизводства: уголовно-процессуальный и криминалистический аспекты 66
- Воронин М. И. Электронные доказательства в УПК: быть или не быть? 74

ТЕОРИЯ ПРАВА / *THEORIA LEX*

- Барсуков А. Ю. Циклический характер трансформации права и правовой системы общества: теоретико-методологические основания исследования 85

КИБЕРПРОСТРАНСТВО / *CYBERSPACE*

- Мажорина М. В. О коллизии права и «неправа», реновации *lex mercatoria*, смарт-контрактах и блокчейн-арбитраже 93
- Богданова Е. Е. Проблемы применения смарт-контрактов в сделках с виртуальным имуществом 108
- Терентьева Л. В. Принципы установления территориальной юрисдикции государства в киберпространстве 119

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА / *NOVUS LEX*

- Егорова М. А., Ефимова Л. Г. Понятие криптовалют в контексте совершенствования российского законодательства 130

МЕГАСАЙЕНС / *MEGA-SCIENCE*

- Четвериков А. О. Европейские консорциумы исследовательской инфраструктуры: международные организации по европейскому праву или юридические лица *sui generis*? 141

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ / *COMPARATIVE STUDIES*

- Кашкин С. Ю. Искусственный интеллект и робототехника: возможность вторжения в права человека и правовое регулирование этих процессов в ЕС и мире 151
- Антонович Е. К. Использование в доказывании результатов прослушивания телефонных переговоров в условиях развития информационных технологий (сравнительно-правовой анализ законодательства Российской Федерации и законодательства некоторых иностранных государств) 160

CONTENTS

PRIVATE LAW / JUS PRIVATUM

- Novoselova L. A., Grin E. S.** *Principles of State Registration of Intellectual Property and Means of Individualization* 9
- Muratova O. V.** *The Concept of Transnational Consumer Law in the Modern World* 20
- Savenko O. E.** *Transformation of Matrimonial and Family Relations in the Context of a Network Society* 29

PUBLIC LAW / JUS PUBLICUM

- Zabelina E. P.** *The Mechanism of Legal Regulation of the Municipal Process* 36
- Barkova O. I., Vlasov V. A.** *Some Topical Aspects of Improvement of Architectural Environment in Russia: Problems of Providing Legal Support* 45

INTERNATIONAL LAW / JUS GENTIUM

- Varlen M. V.** *The Growing Role of Parliamentary Diplomacy in a Multipolar World* 54

SCIENCES OF THE CRIMINAL CYCLE / JUS CRIMINALE

- Smirnova I. G., Foigel E. I.** *The Issue of Necessity of Determining the Category of Advenal Participants of the Russian Criminal Proceedings: Criminal Procedural Law and Criminalistic Aspects* 66
- Voronin M. I.** *Electronic Evidence in the Criminal Procedure Code: To Be or not to Be?* 74

THEORY OF LAW / THEORIA LEX

- Barsukov A. Yu.** *The Cyclical Nature of Law and Legal System Transformation: Theoretical and Methodological Bases of Research* 85

CYBERSPACE / CYBERSPACE

- Mazhorina M. V.** *Conflict-Of-Law and "Non Law" Renovation of the Lex Mercatoria, Smart Contracts and Blockchain Arbitration* 93
- Bogdanova E. E.** *Problems of Smart Contracts Application in Transactions in Virtual Property* 108
- Terentyeva L. V.** *Principles for Determining Territorial Jurisdiction of the State in Cyberspace* 119

THE IMPROVEMENT OF LEGISLATION / NOVUS LEX

- Egorova M. A., Efimova L. G.** *The Concept of Cryptocurrency in the Context of Improvement of the Russian Legislation* 130

MEGASCIENCE / MEGA-SCIENCE

- Chetverikov A. O.** *European Research Infrastructure Consortia: International Organization under European Law or Legal Entities Sui Generis?* 141

COMPARATIVE LEGAL STUDIES / COMPARATIVE STUDIES

- Kashkin S. Yu.** *Artificial Intelligence and Robotics: The Possibility of Invasion of Human Rights and Legal Regulation of these Processes in the EU and the World* 151
- Antonovich E. K.** *The Use of Wiretapping Results in Establishment of Evidence in Conditions of Developing Information Technologies (Comparative Legal Analysis of the Russian Federation Legislation and Some Foreign Countries Legislation)* 160

ЧАСТНОЕ ПРАВО JUS PRIVATUM

Л. А. Новоселова*,
Е. С. Гринь**

ПРИНЦИПЫ ГОСУДАРСТВЕННОЙ РЕГИСТРАЦИИ РЕЗУЛЬТАТОВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ И СРЕДСТВ ИНДИВИДУАЛИЗАЦИИ¹

Аннотация. Коммерциализация результатов интеллектуальной деятельности и введение в оборот прав на них выявляют различные серьезные правовые проблемы, в том числе связанные с существующей системой государственной регистрации интеллектуальной собственности. Однако природе такой регистрации, ее особенностям, лежащим в ее основе принципам в юридической литературе не уделяется достаточное внимание.

Государственная регистрация результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации имеет свою специфику.

Как правило, в научной литературе преобладает мнение, что на регистрацию результатов интеллектуальной деятельности следует распространять те правила, которые характерны и в отношении государственной регистрации прав на недвижимое имущество, что далеко не всегда обоснованно. В статье рассматриваются принципы, лежащие в основе государственной регистрации указанных выше объектов, и выявляются особенности таких принципов в сфере регистрации интеллектуальной собственности. Выделяются общие и отличительные признаки государственной регистрации прав на недвижимое имущество и регистрации результатов интеллектуальной деятельности.

Рассмотрение особенностей двух систем регистрации позволяет выявить, в частности, расхождения в реализации принципов единства, достоверности, публичности и внесения. Авторы также исследуют три основных принципа государственной регистрации имущественных прав: проверка законности оснований регистрации, публичность и достоверность реестра.

Проведенное исследование позволило сделать вывод, что, несмотря на сближение систем регистрации прав на недвижимость и объектов интеллектуальных прав, они представля-

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ 2019 г. № 17-33-00005-ОГН по теме «Правовое обеспечение системы учета прав на результаты интеллектуальной деятельности в цифровой среде: перспективы развития».

© Новоселова Л. А., Гринь Е. С., 2019

* Новоселова Людмила Александровна, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой интеллектуальных прав Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

lanovosiolova@msal.ru

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

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

esgrin@msal.ru

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

ют собой отдельные правовые институты. Это связано как с различной природой самих объектов недвижимости и объектов интеллектуальных прав, так и с неодинаковым осуществлением регистрационных действий.

Ключевые слова: интеллектуальная собственность, интеллектуальные права, государственная регистрация результатов интеллектуальной деятельности, регистрация сделок, учет интеллектуальных прав.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.152.7.009-019

Коммерциализация прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации невозможна без создания устойчивой системы защиты добросовестных участников сделок. Государственная регистрация имущественных прав всегда рассматривалась в качестве одной из важнейших составляющих такой системы. Традиционно большая часть научных работ посвящена исследованию государственной регистрации прав на недвижимое имущество.

Восстановление в России системы государственной регистрации прав на недвижимое имущество в 90-х гг. XX в. повысило интерес к этой теме. Это следует учитывать при переходе к обсуждению вопросов о правовой природе, принципах и об особенностях государственной регистрации результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, поскольку мнения большинства участников дискуссии складываются под влиянием позиций, высказанных в отношении государственной регистрации недвижимости. Так, например, Т. П. Подшивалов, определяя значение государственной регистрации, пишет, что такая регистрация «является гарантией прав третьих лиц, которые впоследствии заключают те или иные сделки в отношении данного объекта недвижимости»². Зачастую эти позиции предлагается автоматически перенести на сферу оборота интеллектуальной собственности. Вместе с тем эти системы регистрации имеют различный характер; даже при очевидной тенденции к выработке единообразных подходов к регулированию они имеют существенные отличия, в том числе на уровне принципов, лежащих в основе

такой регистрации, которые необходимо учитывать.

В Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации³ указывалось на целесообразность включения в Гражданский кодекс Российской Федерации общих положений о государственной регистрации имущественных прав, единых для различных объектов, в отношении которых предусмотрена правоустанавливающая (не учетная) регистрация, а также на целесообразность установления принципов регистрации, и правила о том, что право возникает с момента регистрации права в реестре (п. 2.1 разд. 2).

Это предложение было реализовано при включении в Гражданский кодекс РФ в 2012 г. статьи 8.1, посвященной общим вопросам государственной регистрации прав на имущество. Предполагалось, что данные положения будут применимы ко всем случаям государственной регистрации, а также установят единые принципы такой регистрации и общие подходы к ее осуществлению. Как известно, по общему правилу в ГК РФ не предусматривается регистрация объектов гражданских прав, но устанавливается требование о регистрации прав на них. Наиболее развитой и достаточно хорошо изученной является система регистрации прав на недвижимое имущество, поэтому в основу ст. 8.1 ГК РФ были положены общие принципы регулирования именно этой регистрационной системы.

В связи с этим возникают вопросы о применимости положений, содержащихся в указанной статье, к отношениям в сфере государственной регистрации интеллектуальной

² Подшивалов Т. П. К вопросу о способах достижения реализации принципа правовой определенности // Седьмой Пермский конгресс ученых-юристов (г. Пермь, 18—19 ноября 2016 г.) : сборник научных статей. Пермь, 2016.

³ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. Одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009 // СПС «КонсультантПлюс».

собственности. Данные вопросы уже являются предметом дискуссии в юридической литературе⁴ и судебной практике⁵. Так, Суд по интеллектуальным правам пришел к выводу, что «положения статьи 8.1 ГК РФ как в целом, так и в части ее пункта 7 неприменимы к отношениям в сфере государственной регистрации результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации»⁶.

Рассмотрим подробнее этот вопрос. В отличие от традиционной регистрации объектов недвижимости, государственная регистрация в сфере интеллектуальной собственности обладает рядом особенностей.

Для обоснования необходимости единого регулирования отношений по государственной регистрации объектов интеллектуальных прав и прав на недвижимое имущество требуется сравнение этих систем регистрации, в том числе и с точки зрения принципов, лежащих в их основе.

В Федеральном законе от 13 июля 2015 г. № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости»⁷ содержится понятие государственной регистрации прав на недвижимое имущество. В данном определении государственная регистрация прав на недвижимое имущество рассматривается в качестве юридического акта. Вместе с тем понятие государственной регистрации многогранно. Так, например, государственная регистрация прав на недвижимое имущество с гражданско-правовой точки зрения представляет собой правовой

институт, способ охраны гражданских прав на недвижимое имущество, а также юридический факт признания и подтверждения государством возникновения, ограничения, перехода или прекращения гражданских прав на недвижимое имущество, опосредованный в государственном акте, реализуемом в виде специальной записи в Едином государственном реестре недвижимости⁸.

Определения государственной регистрации результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации законодатель не дает. В частности, не раскрывается данное понятие в базовой норме п. 1 ст. 1232 ГК РФ, посвященной государственной регистрации результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации. В литературе можно встретить следующее определение: под государственной регистрацией результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации понимается «осуществляемая уполномоченным органом процедура с целью признания и подтверждения государством возникновения, изменения, обременения и прекращения прав, результатом которой является решение о наличии или отсутствии оснований для внесения соответствующих записей в государственный реестр и публикации сведений в официальных изданиях»⁹.

Эти подходы раскрывают единство внешней формы и функционального назначения указанных систем государственной регистрации. Юридическая природа соответствующих реги-

⁴ См.: Иванов А. А. Проблемы действия статьи 8.1 ГК РФ в отношении объектов интеллектуальной собственности // Вестник экономического правосудия. 2016. № 1. С. 59—65; Гаврилов Э. П. Предмет договоров о распоряжении исключительными правами // Патенты и лицензии. 2012. № 8.

⁵ См.: Справка о соотношении статьи 8.1 Гражданского кодекса Российской Федерации с положениями раздела VII Гражданского кодекса РФ «Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации», утв. постановлением Президиума Суда по интеллектуальным правам от 22 августа 2014 г. № СП-21/10 // СПС «КонсультантПлюс»; постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ Справка о соотношении статьи 8.1 Гражданского кодекса Российской Федерации с положениями раздела VII Гражданского кодекса РФ ...

⁷ Российская газета. № 156. 17.07.2015.

⁸ Природе государственной регистрации имущественных прав было посвящено немало работ. См., например: Алексеев В. А. Регистрация прав на недвижимость. М., 2000. С. 24—25; Кирсанов А. Р. Регистрационное право — формирующаяся отрасль современного российского права // Бюллетень Минюста России. 2001. № 11. С. 60—61; Рузакова О. А. Проблемы государственной регистрации в гражданском праве // Законодательство. 2002. № 2.

⁹ Добрынин О. В. Государственная регистрация результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации // Право интеллектуальной собственности: учебник / под общ. ред. Л. А. Новоселовой. М.: Статут, 2017. Т. 1: Общие положения. С. 179.

страционных систем в данном аспекте в полной мере, безусловно, не раскрывается.

Прежде всего важно указать на важнейшее концептуальное различие указанных регистрационных систем: регистрация исключительных прав осуществляется не в отношении прав на имущество, а в отношении самого имущества (статьей 1226 ГК РФ исключительное право признано имущественным правом, а статья 128 ГК РФ говорит о том, что имущественное право охватывается понятием «имущество»)¹⁰.

При этом необходимо обратить внимание, что с 1 октября 2019 г. вступает в силу Федеральный закон от 18 марта 2019 г. № 34-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации»¹¹, которым, в частности, норма ст. 128 ГК РФ изложена в новой редакции. К объектам гражданских прав, в соответствии с данной редакцией нормы, относятся вещи (включая наличные деньги и документарные ценные бумаги), иное имущество, в том числе имущественные права (включая безналичные денежные средства, бездокументарные ценные бумаги, цифровые права); результаты работ и оказания услуг; охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальная собственность); нематериальные блага. Помимо того, что в перечне объектов специально указаны цифровые права, произошло уточнение соотношения понятий «имущественные права», «безналичные денежные средства» и «бездокументарные ценные бумаги»: категория имущественных прав справедливо указана как родовая в отношении двух последних. Такая поставка вопроса дает основание утверждать, что регистрации подлежит прежде всего сам нематериальный объект — охраняемый результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации (п. 1 ст. 1232, п. 3 ст. 1246, ст. 1262, 1353, 1414, 1452, 1480, 1518 ГК РФ и др.).

Помимо этого, в отношении уже зарегистрированного объекта осуществляется государственная регистрация отчуждения исключительного права, залог этого права, предоставление права использования объекта по договору, переход исключительного права без договора (п. 2 С. 1232 ГК РФ). Такой регистрации подлежат соответствующие права (относящиеся с позиции ст. 128 ГК РФ к понятию имущества), но в сфере интеллектуальной собственности эта регистрация вторична по отношению к регистрации самого охраняемого результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации.

Более подробное рассмотрение двух систем регистрации требует раскрытия таких существенных характеристик, как принципы, лежащие в основе регулирования рассматриваемых отношений. Сравнение реализации в данных системах принципов регистрации позволит ответить на вопрос о наличии у данных регистрационных систем сходства и различий.

В статье 8.1 ГК РФ установлено 3 принципа осуществления государственной регистрации имущественных прав: *проверка законности оснований регистрации, публичность и достоверность реестра*.

Вопросам принципов осуществления государственной регистрации имущественных прав уделяется достаточное внимание в юридической литературе¹². Так, можно выделить материальные и процессуальные (организационные) принципы. К первым относятся принципы публичной достоверности, обязательности, единства реестра. Ко второй группе — принцип публичности сведений о регистрации, принцип внесения записей в реестр, проверки законности оснований регистрации и учет обременений прав, а также принцип обеспечения устойчивости. Рассмотрим, как данные принципы реализуются в двух интересующих нас системах регистрации.

Одним из основных принципов регистрации прав на недвижимость является *принцип един-*

¹⁰ Данный вывод сделал Президиум Суда по интеллектуальным правам, основываясь в том числе на контекстуальном смысле ст. 8.1 ГК РФ. См.: Справка о соотношении статьи 8.1 Гражданского кодекса Российской Федерации с положениями раздела VII Гражданского кодекса РФ ...

¹¹ Российская газета. № 60. 20.03.2019.

¹² См., например: *Скворцов О. Ю.* Сделки с недвижимостью в коммерческом обороте. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 142—147; *Карлин А. Б.* Принципы регистрационной системы прав на недвижимость в условиях экономической интеграции // Вестник Министерства юстиции РФ. 2005. № 1. С. 39—40; *Пискунова М. Г.* Государственная регистрация прав на недвижимое имущество и сделок с ними как правоприменительная деятельность учреждений юстиции // Государственная регистрация прав на недвижимость. М.: Ось-89, 2005. С. 289—298.

ства реестра. Это означает, что ведется Единый государственный реестр недвижимости, который состоит из реестра объектов недвижимости (кадастр недвижимости), реестра прав, ограничений прав и обременений недвижимого имущества (реестр прав на недвижимость), реестра границ, реестровых дел, кадастровых карт, а также книг учета документов. Аналогично ведется и Единый государственный реестр юридических лиц.

Ввиду различной природы и неоднородного характера результатов интеллектуальной деятельности, а также средств индивидуализации, в отношении объектов интеллектуальных прав единый государственный реестр отсутствует. В отношении каждого вида объектов, которым государством предоставлена правовая охрана, ведется самостоятельный реестр. Кроме того, один и тот же результат интеллектуальной деятельности может охраняться с использованием различных правовых режимов (например, как товарный знак и как промышленный образец), и, соответственно, предоставление правовой охраны будет отражаться в различных реестрах.

Отличительной особенностью осуществления регистрации прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации также можно назвать правовое регулирование порядка ведения реестров. В отличие от основ внесения сведений в Единый государственный реестр недвижимости, закрепленных в Федеральном законе от 13 июля 2015 г. № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости»¹³, нормативно-правовую базу в части ведения реестров результатов ин-

теллектуальной деятельности и средств индивидуализации составляют преимущественно подзаконные нормативные правовые акты¹⁴.

Возникает вопрос: есть ли при этом необходимость в специальном законе, регулирующем государственную регистрацию прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, где бы раскрывалась специфика государственной регистрации, процедура и процесс внесения сведений в реестры? Поскольку объекты интеллектуальных прав не однородны, процедуры их регистрации являются сложными и разноплановыми. При таких условиях возможность разработки единого закона, содержащего общие сведения о регистрации результатов интеллектуальной деятельности, представляется сомнительной. Затрудняет данную ситуацию и наличие нескольких регистрирующих ведомств. Так, реестр изобретений, реестр полезных моделей, реестр промышленных образцов, реестр товарных знаков и знаков обслуживания, реестр общеизвестных товарных знаков, реестр наименований мест происхождения товаров, а также реестры программ для ЭВМ и баз данных, топологий интегральных микросхем ведутся Роспатентом — непосредственно или с привлечением подведомственного ему Федерального института промышленной собственности¹⁵. В свою очередь, Роспатент осуществляет общее методическое и организационное обеспечение работ по ведению единого реестра результатов научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ военного, специального и двойного назначения¹⁶. Государ-

¹³ Так, ст. 13 Федерального закона от 13 июля 2015 г. № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости» закрепляет несколько порядков внесения сведений в ЕГРН.

¹⁴ Сложность подобного регулирования заключается в наличии большого свода постановлений и распоряжений Правительства РФ, административных регламентов, правил, порядков и иных документов, утвержденных приказами Министерства экономического развития, и иных нормативных правовых актов. Основной перечень подзаконных нормативных актов представлен в библиотеке нормативных актов Федерального института промышленной собственности (ФГБУ «ФИПС»): URL: http://www1.fips.ru/wps/wcm/connect/content_ru/ru/documents/lib_doc (дата обращения: 13.03.2019).

¹⁵ См., например: приказ Минэкономразвития РФ от 25 мая 2016 г. № 315 «Об утверждении Административного регламента предоставления Федеральной службой по интеллектуальной собственности государственной услуги по государственной регистрации изобретения и выдаче патента на изобретение, его дубликата» // СПС «КонсультантПлюс»; приказ Минэкономразвития РФ от 30 сентября 2015 г. № 702 «Об утверждении Административного регламента предоставления Федеральной службой по интеллектуальной собственности государственной услуги по государственной регистрации полезной модели и выдаче патента на полезную модель, его дубликата» // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁶ См.: постановление Правительства РФ от 26 февраля 2002 г. № 131 «О государственном учете результатов научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ военного, специального и двойного назначения» // СПС «КонсультантПлюс».

ственные реестры селекционных достижений (Государственный реестр охраняемых селекционных достижений и Государственный реестр селекционных достижений, допущенных к использованию) ведутся Минсельхозом России с привлечением Государственной комиссии РФ по испытанию и охране селекционных достижений (ФГБУ «Госсорткомиссия»)¹⁷. Закрытые реестры секретных изобретений ведутся Министерством обороны РФ, Министерством внутренних дел РФ, Министерством здравоохранения РФ, Министерством промышленности и торговли РФ, Федеральной службой безопасности, а также государственными корпорациями «Росатом» и «Роскосмос»¹⁸.

В литературе можно встретить мнение, согласно которому принцип единства реестра непосредственно взаимосвязан с принципами публичности и достоверности, что свидетельствует о невозможности распространения принципов публичности и достоверности на учет прав на результаты интеллектуальной деятельности¹⁹. Подобная точка зрения является спорной, однако отсутствие единого реестра, несомненно, оказывает влияние на реализацию принципов публичности и достоверности вносимых для учета сведений, но не исключает действия этих принципов.

Принцип достоверности в регистрации прав на недвижимое имущество основан на презумпциях существования зарегистрированного права и отсутствия незарегистрированно-

го права. В большинстве случаев в литературе данный принцип называется именно принципом публичной достоверности, поскольку и публичность, и достоверность гарантируют правдивость сведений, внесенных в ЕГРН²⁰.

Принцип публичности регистрации означает открытость сведений, внесенных в государственный реестр, для любых лиц. Так, в силу п. 1 ст. 62 Федерального закона от 13 июля 2015 г. № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости» сведения, содержащиеся в Едином государственном реестре недвижимости, за исключением сведений, доступ к которым ограничен федеральным законом, предоставляются органом регистрации прав по запросам любых лиц.

Принцип публичности (открытости) реализуется в двух системах сходным образом. Так, официальный сайт Федерального института промышленной собственности содержит открытые сведения обо всех записях, внесенных в реестры объектов интеллектуальных прав²¹. Аналогичные открытые сведения представлены на официальном сайте Росреестра²².

Под *принципом внесения* понимается установление правил, направленных на обязательное внесение записи в реестр для цели возникновения права на имущество. Значительная часть норм, отражающая данный принцип, ранее содержалась либо в других главах ГК РФ, либо иных нормативных правовых актах²³. Между тем отсутствие регистрации права собственности на объект недвижимости не означа-

¹⁷ См.: постановление Правительства РФ от 12 июня 2008 г. № 450 «О Министерстве сельского хозяйства Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс»; Устав ФГБУ «Госсорткомиссия» // URL: <https://gossort.com/docs/gossort/ustav.pdf> (дата обращения: 13.03.2019).

¹⁸ Данные органы и государственные корпорации уполномочены рассматривать заявки на выдачу патента на секретное изобретение в зависимости от их тематической принадлежности. См.: постановление Правительства РФ от 2 октября 2004 г. № 514 «О федеральных органах исполнительной власти, Государственной корпорации по атомной энергии «Росатом» и Государственной корпорации по космической деятельности «Роскосмос», уполномоченных рассматривать заявки на выдачу патента на секретные изобретения» // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁹ Гучмазова О. Некоторые правовые аспекты государственной регистрации объектов недвижимости и объектов интеллектуальной деятельности: общее и различия // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2016. № 1. С. 43—52.

²⁰ См., например: Рзаев Н. И., Мальцева О. А. Принцип публичной достоверности государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним в странах России и Германии // Молодой ученый. 2016. № 28. С. 669—671.

²¹ Официальный сайт ФИПС. URL: <http://www1.fips.ru/wps/portal/Registers/> (дата обращения: 13.03.2019).

²² Официальный сайт Росреестра. URL: https://rosreestr.ru/wps/portal/online_request (дата обращения: 13.03.2019).

²³ См., например: Федеральный закон от 21.07.1997 № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним».

ет, что сам объект отсутствует и не охраняется государством²⁴.

Так, в постановлении Пленума Верховного Суда РФ указано, что в целях обеспечения стабильности гражданского оборота в ГК РФ (в силу ст. 131 ГК РФ) устанавливается необходимость государственной регистрации права собственности и других вещных прав на недвижимые вещи, ограничения этих прав, их возникновения, переход и прекращение. По общему правилу государственная регистрация права на вещь не является обязательным условием для признания ее объектом недвижимости (п. 1 ст. 130 ГК РФ). Поэтому, в частности, являются недвижимыми вещами здания и сооружения, построенные до введения системы государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним, даже в том случае, если ранее возникшие права на них не зарегистрированы²⁵.

Самостоятельного рассмотрения заслуживает вопрос о добровольной регистрации результатов интеллектуальной деятельности. Как известно, помимо обязательной регистрации объектов интеллектуальных прав в ряде случаев предусматривается добровольная (факультативная) регистрация. Такая регистрация может иметь место в отношении программ для ЭВМ или баз данных (как объекта смежного права), за исключением содержащих сведения, составляющие государственную тайну (ст. 1262 ГК РФ); в отношении топологий интегральной микросхемы (ст. 1252 ГК РФ).

Факультативная регистрация осуществляется по желанию правообладателя и на любое время в течение срока действия исключительного права на охраняемый объект. Такая регистрация носит заявительный характер; исключительное право на указанные выше объекты возникает в момент создания соответствующих результатов интеллектуальной деятельности и его возникновение не связано с государственной регистрацией. Факультативная регистрация вводится как средство облегчения доказывания прав на указанные объекты при возникновении

спора об авторстве либо об их незаконном использовании.

В случае добровольной регистрации самого объекта обязательной государственной регистрации подлежат те же юридические факты, которые регистрируются в отношении объектов, подлежащих обязательной регистрации.

Следовательно, принцип внесения в отношении регистрации объектов интеллектуальных прав действует ограниченно.

Как известно, порядок регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним регулируется Федеральным законом от 13 июля 2015 г. № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости»²⁶. Согласно его положениям, регистрация осуществляется по заявлению лиц, указанных в Законе. Вместе с тем подробный анализ и экспертиза наличия прав и оснований сделки, влекущих переход права, не проводится: в Законе речь идет о правовой экспертизе документов (пп. 3 п. 1 ст. 29).

Однако регистрация результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации предусматривает проведение как формальной экспертизы, так и экспертизы по существу для целей установления признаков охраноспособности (например, если речь идет об объектах патентных прав). При государственной регистрации прав на недвижимое имущество оценка охраноспособности не производится, проверка наличия оснований для регистрации носит более формальный характер. Например, государственная регистрация товарного знака является результатом экспертизы заявленного обозначения при соблюдении ряда условий, в результате чего товарный знак регистрируется и вносится в открытый реестр товарных знаков и знаков обслуживания.

Согласно действующему законодательству обязательная регистрация необходима для возникновения исключительных прав на такие объекты интеллектуальных прав, как изобретения, полезные модели, промышленные образцы (ст. 1353 ГК РФ), товарные знаки (знаки

²⁴ Разрешительная система в Российской Федерации: научно-практическое пособие / Л. Ю. Акимов, Л. В. Андриченко, Е. А. Артемьева [и др.]; отв. ред. А. Ф. Ноздрачев // СПС «КонсультантПлюс».

²⁵ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации». П. 38 // СПС «КонсультантПлюс».

См.: Бевзенко Р. С. Принципиальные положения статьи 8.1 Гражданского кодекса РФ о государственной регистрации прав на имущество // Закон. 2015. № 4.

²⁶ Федеральный закон от 13.07.2015 № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости» (ред. от 25.12.2018, с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2019) // СЗ РФ. 2015. № 29 (ч. I). Ст. 4344.

обслуживания) (ст. 1480 ГК РФ), наименования мест происхождения товаров (ст. 1518 ГК РФ); селекционные достижения (1414 ГК РФ). Перечисленные объекты приобретают свойство самостоятельных объектов гражданского права с момента государственной регистрации, которая носит правообразующий характер. Это является принципиальным отличием системы регистрации в сфере интеллектуальной собственности от регистрации прав на недвижимость. В процессе данной регистрации решается вопрос о наличии охраняемого результата интеллектуальной деятельности. Так, например, если в ходе экспертизы заявки на изобретение будет установлено, что заявленное техническое решение не отвечает одному из критериев охраноспособности, это будет означать отсутствие самого объекта интеллектуальных прав. В ходе же регистрации прав на недвижимость этот вопрос не рассматривается. Данные обстоятельства устанавливаются в ходе государственного кадастрового учета недвижимого имущества, под которым понимается внесение в Единый государственный реестр недвижимости сведений об объектах недвижимости, которые подтверждают существование таких объектов с характеристиками, позволяющими определить их в качестве индивидуально определенных вещей, или подтверждают прекращение их существования, а также иных предусмотренных законом сведений об объектах недвижимости (п. 7 ст. 1 Федерального закона от 13 июля 2015 г. № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости»).

Как отмечалось выше, обязательной государственной регистрации подлежат также следующие юридические факты:

- отчуждение исключительного права на результат интеллектуальной деятельности и средство индивидуализации по договору;
- залог исключительного права на результат интеллектуальной деятельности и средство индивидуализации;

- предоставление права использования результата интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации по договору (например, по лицензионному договору, по договору коммерческой концессии);
- переход исключительного права на результат интеллектуальной деятельности и средство индивидуализации без договора.

Вместе с тем предоставление исключительных прав может быть предметом различных договоров: договора доверительного управления исключительными правами, договора коллективного управления правами, брачного договора, договора коммерческой концессии, договора аренды предприятия и т.д. Однако положения ст. 1232 ГК РФ не позволяют однозначно определить, что подлежат ли регистрации основанные на этих договорах акты распоряжения исключительными правами.

На настоящий момент вопрос о перечне актов распоряжения исключительными правами, по существу, разрешается на уровне подзаконных актов, в частности в постановлении Правительства РФ от 24 декабря 2015 № 1416 «О государственной регистрации распоряжения исключительным правом на изобретение, полезную модель, промышленный образец, товарный знак, знак обслуживания, зарегистрированные топологию интегральной микросхемы, программу для ЭВМ, базу данных по договору и перехода исключительного права на указанные результаты интеллектуальной деятельности без договора»²⁷. Этим постановлением были признаны утратившими силу правила государственной регистрации договоров о распоряжении исключительными правами.

В цивилистике до сих пор ведется дискуссия о договорной природе отношений по внесению вкладов в уставной капитал в связи с односторонним характером данной сделки²⁸. Некоторые разъяснения содержатся в постановлении Пленума ВС РФ № 5 и Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г.²⁹ Так, в случае внесения ис-

²⁷ Постановление Правительства РФ от 24 декабря 2015 г. № 1416 «О государственной регистрации распоряжения исключительным правом на изобретение, полезную модель, промышленный образец, товарный знак, знак обслуживания, зарегистрированные топологию интегральной микросхемы, программу для ЭВМ, базу данных по договору и перехода исключительного права на указанные результаты интеллектуальной деятельности без договора» // СЗ РФ. 2016. № 1 (ч. II). Ст. 230.

²⁸ См., например: *Соболь И. А.* О распоряжении исключительным правом путем внесения его в уставной капитал хозяйственных обществ при учреждении // *Право и экономика*. 2016. № 5. С. 41—45.

²⁹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 5 и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации». П. 11 // СПС «КонсультантПлюс».

ключительного права в качестве вклада в уставный (складочный) капитал, помимо указания на это в учредительном договоре, необходимо заключение отдельного договора об отчуждении исключительного права или лицензионного договора, отвечающего требованиям, установленным ч. IV ГК РФ. Следовательно, регистрация перехода (предоставления права) в данном случае будет производиться на основании договоров о распоряжении исключительными правами, а не самого факта внесения доли в уставной капитал.

Реализация принципа обеспечения устойчивости в рамках регистрации объектов интеллектуальных прав отличается от ситуации при внесении в государственный реестр записей о правах на недвижимость.

Система регистрации результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации предусматривает несколько способов обжалования актов государственного органа, связанных с регистрацией. Согласно п. 6 ст. 8.1 ГК РФ регистрация прав на имущество может быть оспорена только в судебном порядке. Поэтому в случае возникновения нарушений, связанных с регистрацией прав на недвижимое имущество, принцип обеспечения устойчивости выражается в виде судебного обжалования зарегистрированного права.

В отличие от этого, в силу п. 2 ст. 1248 ГК РФ для рассмотрения споров, связанных с государственной регистрацией объектов интеллектуальных прав, в ряде случаев предусматривается внесудебный, административный порядок разрешения.

Так, например, решения Роспатента о выдаче патента, если заявителю было отказано в выдаче патента на полезную модель или заявка на полезную модель была признана отозванной, могут быть оспорены заявителем путем подачи возражения в Палату по патентным спорам (п. 3 ст. 1387 ГК РФ). Данное положение ставит под сомнение единство реализации принципа устойчивости, а также возможность применения положений п. 6 ст. 8.1 ГК РФ по отношению к государственной регистрации объектов интеллектуальных прав.

В заключение представляется необходимым отметить, что, несмотря на сходство принципов, которые были выделены для систем регистрации прав на недвижимость и объектов интеллектуальных прав, они представляют собой самостоятельные правовые институты. Это связано как с различной природой самих объектов недвижимости и объектов интеллектуальных прав, так и с неодинаковым значением регистрационных действий. Несмотря на сближение правовых подходов в регулировании рассмотренных систем регистрации, они сохраняют значительные различия.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Алексеев В. А. Регистрация прав на недвижимость. — М., 2000.
2. Гаврилов Э. П. Предмет договоров о распоряжении исключительными правами // Патенты и лицензии. — 2012. — № 8.
3. Гучмазова О. Некоторые правовые аспекты государственной регистрации объектов недвижимости и объектов интеллектуальной деятельности: общее и различия // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2016. — № 1.
4. Карлин А. Б. Принципы регистрационной системы прав на недвижимость в условиях экономической интеграции // Вестник Министерства юстиции РФ. — 2005. — № 1.
5. Кирсанов А. Р. Регистрационное право — формирующаяся отрасль современного российского права // Бюллетень Минюста России. — 2001. — № 11.
6. Пискунова М. Г. Государственная регистрация прав на недвижимое имущество и сделок с ними как правоприменительная деятельность учреждений юстиции // Государственная регистрация прав на недвижимость. — М. : Ось-89, 2005.
7. Подшивалов Т. П. К вопросу о способах достижения реализации принципа правовой определенности // Седьмой Пермский конгресс ученых-юристов (г. Пермь, 18—19 ноября 2016 г.) : сборник научных статей. — Пермь, 2016.
8. Право интеллектуальной собственности : учебник / под общ. ред. Л. А. Новоселовой. — М. : Статут, 2017. — Т. 1 : Общие положения.
9. Рзаев Н. И., Мальцева О. А. Принцип публичной достоверности государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним в странах России и Германии // Молодой ученый. — 2016. — № 28.

10. Рузакова О. А. Проблемы государственной регистрации в гражданском праве // Законодательство. — 2002. — № 2.
11. Скворцов О. Ю. Сделки с недвижимостью в коммерческом обороте — М. : Волтерс Клувер, 2006.
12. Соболев И. А. О распоряжении исключительным правом путем внесения его в уставный капитал хозяйственных обществ при учреждении // Право и экономика. — 2016. — № 5.
13. Бевзенко Р. С. Принципиальные положения статьи 8.1 Гражданского кодекса РФ О государственной регистрации прав на имущество // Закон. — 2015. — № 4.
14. Иванов А. А. Проблемы действия статьи 8.1 ГК РФ в отношении объектов интеллектуальной собственности // Вестник экономического правосудия. — 2016. — № 1.

Материал поступил в редакцию 20 марта 2019 г.

PRINCIPLES OF STATE REGISTRATION OF INTELLECTUAL PROPERTY AND MEANS OF INDIVIDUALIZATION³⁰

NOVOSELOVA Lyudmila Aleksandrovna, Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Intellectual Rights of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
lanovosiolova@msal.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

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

Abstract. *Commercialization of results of intellectual activity and introduction of rights to intellectual property into civil law transactions have revealed serious legal problems, including those related to the existing system of state registration of intellectual property. However, the nature of such registration, its characteristics and the principles underlying it are not given sufficient attention in the juridical literature.*

State registration of results of intellectual activity and means of individualization has its own specificity. As a rule, the prevailing view in the academic literature is that registration of intellectual property rights should be subject to the rules that apply to state registration of rights to immovable property, which is not always justified. The article deals with the principles underlying the state registration of the objects mentioned above and reveals the features of such principles in the field of registration of intellectual property. The authors highlight the general and distinctive features of state registration of rights to immovable property and registration of results of intellectual activity.

Examination of the features of the two registration systems reveals, inter alia, divergences in the implementation of the principles of unity, credibility, publicity, and disclosure. Also, the authors examine three basic principles of state registration of property rights: verification of legality of the grounds for registration, publicity and reliability of the register.

The research has made it possible to conclude that, despite convergence of systems of registration of rights to immovable property and to the objects of intellectual rights, they represent separate legal institutions. This is due to both a different nature of immovable property and intellectual property objects, and to different implementation of registration actions.

Keywords: *intellectual property, intellectual rights, state registration of results of intellectual activity, registration of transactions, registration of intellectual rights.*

³⁰ The research has been carried out with the financial support of RFBR 2019 No. 17-33-00005 GN on the topic «Legal Support of the System of Accounting of Rights to the Results of Intellectual Activity in the Digital Environment: Prospects for Development.»

REFERENCES

1. Alekseev V. A. Registratsiya prav na nedvizhimost [Registration of rights to immovable property]. Moscow, 2000. (In Russ.)
2. Gavrilov E. P. Predmet dogovorov o rasporyazhenii isklyuchitelnyimi pravami [The subject of contracts on the disposal of exclusive rights]. *Patenty i litsenzii [Patents and licenses]*. 2012. No. 8. (In Russ.)
3. Guchmazova O. Nekotorye pravovye aspekty gosudarstvennoy registratsii obektov nedvizhimosti i obektov intellektualnoy deyatel'nosti: obshchee i razlichiya [Some legal aspects of state registration of real estate objects and objects of intellectual activity: General issues and differences]. *Intellektualnaya sobstvennost. Avtorskoe pravo i smezhnye prava. [Intellectual Property. Copyright and Related Rights]*. 2016. No. 1. (In Russ.)
4. Karlin A. B. Printsipy registratsionnoy sistemy prav na nedvizhimost v usloviyakh ekonomicheskoy integratsii [Principles of system of registration of rights to immovable property in the context of economic integration]. *Vestnik Ministerstva yustitsii RF [Bulletin of the Ministry of Justice of the Russian Federation]*. 2005. No. 1. (In Russ.)
5. Kirsanov A. P. Registratsionnoe pravo — formiruyushchayasya otrasl sovremennogo rossiyskogo prava [Registration law as a forming branch of modern Russian law]. *Vestnik Ministerstva yustitsii RF [Bulletin of the Ministry of Justice of the Russian Federation]*. 2001. No. 11. (In Russ.)
6. Piskunova M. G. Gosudarstvennaya registratsiya prav na nedvizhimoe imushchestvo i sdelok s nimi kak pravoprimenitel'naya deyatel'nost uchrezhdeniy yustitsii [State registration of rights to immovable property and transactions with them as a law enforcement activity of institutions of justice]. Gosudarstvennaya registratsiya prav na nedvizhimost [State registration of rights to immovable property]. Moscow, Os-89 Publ., 2005. (In Russ.)
7. Podshivalov T. P. K voprosu o sposobakh dostizheniya realizatsii printsipa pravovoy opredelennosti [On the question of ways to achieve the implementation of the principle of legal certainty]. *Sedmoy Permskiy kongress uchennykh-yuristov [7th Perm Congress of Legal Scientists (Perm, November 18—19, 2016): Collection of academic articles]*. Perm, 2016. (In Russ.)
8. Pravo intellektualnoy sobstvennosti : uchebnik [Intellectual Property Law: A Textbook]. L. A. Novoselov (ed.). Moscow, Statut Publ., 2017. Vol. 1: General provisions. (In Russ.)
9. Rzaev N. I., Maltseva O. A. Printsip publichnoy dostovernosti gosudarstvennoy registratsii prav na nedvizhimoe imushchestvo i sdelok s nim v stranakh rossii i germanii [The principle of public reliability of state registration of rights to immovable property and transactions with it in the countries of Russia and Germany]. *Molodoy uchenyy*. 2016. No. 28. (In Russ.)
10. Ruzakova O. A. Problemy registratsii v grazhdanskom prave [Problems of registration in civil law]. *Zakonodatel'stvo*. 2002. No. 2. (In Russ.)
11. Skvortsov O. I. Sdelki s nedvizhimostyu v kommercheskom oborote [Real estate transactions in commercial circulation]. Moscow, Walters Kluver Publ., 2006. (in Russ.)
12. Sobol I. A. O rasporyazhenii isklyuchitel'nyim pravom putem vneseniya ego v ustavnyy kapital khozyaystvennykh obshchestv pri uchrezhdenii [On the disposal of the exclusive right by entering it into the authorized capital of economic companies at the establishment]. *Pravo i ekonomika [Law and Economics]*. 2016. No. 5. (In Russ.)
13. Bevenko R. C. Printsipialnye polozheniya statii 8.1 grazhdanskogo kodeksa rf o gosudarstvennoy registratsii prav na imushchestvo [Principle provisions of Article 8.1 of the Civil Code of the Russian Federation On State Registration of Rights to Property]. *Zakon [The Law]*. 2015. No. 4. (In Russ.)
14. Ivanov A. A. Problemy deystviya statii 8.1 gk rf v otnoshenii obektov intellektualnoy sobstvennosti [Problems of action of Article 8.1 of the Civil Code of the Russian Federation in relation to objects of intellectual property]. *Vestnik ekonomicheskogo pravosu'diya [Bulletin of Economic Justice]*. 2016. No. 1. (In Russ.)

О. В. Муратова*

КОНЦЕПЦИЯ ТРАНСНАЦИОНАЛЬНОГО ПОТРЕБИТЕЛЬСКОГО ПРАВА В СОВРЕМЕННОМ МИРЕ¹

Аннотация. В статье проводится анализ изменений, произошедших в регулировании трансграничных договорных отношений с участием потребителей в связи с развитием информационно-телекоммуникационных технологий и электронной торговли. Исследуется понятие «транснациональный онлайн-контракт» и влияние «цифрового элемента» на характеристику договорных связей; дается классификация онлайн-контрактов в зависимости: 1) от предмета онлайн-контракта; 2) характеристик сторон, вовлеченных в онлайн-договорные отношения; 3) процесса заключения и исполнения онлайн-контракта. Обращается внимание на тот факт, что новые способы заключения договоров предопределили появление новых подходов к квалификации отдельных аспектов договорных отношений сторон, в частности, это касается определения момента заключения договора, проведения различий между офертой и приглашением к оферте в условиях онлайн-взаимодействия, оценки действительности онлайн-контрактов и механизмов разрешения споров онлайн.

В статье анализируются последствия глобализация торговли на потребительских рынках, механизмы регулирования транснациональных потребительских отношений в контексте электронной коммерции. Отмечается, что глобализация торговли указала на необходимость выработки транснационального подхода к регулированию электронной коммерции, унификации и гармонизации соответствующих правовых инструментов. Автором исследуются шаги, предпринятые в этом направлении в рамках ЮНСИТРАЛ, ЕС, представителями американского бизнеса. Делается вывод о том, что политика США в отношении защиты прав потребителей направлена на реализацию экономических интересов бизнеса, что способствует конкуренции и коммерческому процветанию на рынке, но при этом подвергает потребителей риску при заключении онлайн-контрактов. Такой подход противоречит политике ЕС, которая продвигает социальное регулирование для обеспечения максимальной защиты потребителей.

Отдельно рассматривается *lex mercatoria* как источник транснационального потребительского права.

Ключевые слова: онлайн-контракт, транснациональное право, *lex mercatoria*, потребитель, Интернет, глобализация торговли.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.152.7.020-028

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке Российского фонда фундаментальных исследований в рамках проекта проведения научных исследований № 18-29-16061 «Сетевое право в условиях сетевого общества: новые регуляторные модели».

© Муратова О. В., 2019

* Муратова Ольга Вячеславовна, кандидат юридических наук, старший научный сотрудник отдела международного частного права Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации

olgbelusva@rambler.ru

117218, Россия, г. Москва, ул. Большая Черемушkinsкая, д. 34

Еще сравнительно недавно велись споры относительно правовых последствий заключения договоров посредством телефона, факса, иных средств связи. Развитие информационно-телекоммуникационных технологий предопределило появление качественно новых способов заключения договоров посредством сети Интернет: путем обмена сообщениями по электронной почте; с использованием протокола голосовой связи через Интернет (VOIP)²; с помощью электронного обмена данными (EDI) и, наконец, путем заключения онлайн-контрактов на веб-сайтах³.

Активное использование компьютерных технологий, появление онлайн-контрактов и, как следствие, глобализация потребительских рынков привели к формированию особого института в рамках международного частного права — транснационального потребительского права в контексте электронной коммерции.

1. ТРАНСНАЦИОНАЛЬНЫЙ ОНЛАЙН-КОНТРАКТ: ВЛИЯНИЕ «ЦИФРОВОГО ЭЛЕМЕНТА» НА ХАРАКТЕРИСТИКУ ДОГОВОРНЫХ СВЯЗЕЙ

Несмотря на то что регулирование транснациональных сделок, совершенных в электронной информационной среде, имеет ряд особенностей, онлайн-контракты едва ли можно считать исключением из традиционной системы договорного права⁴, которое всегда стремилось игнорировать средства, с помощью которых до-

стигается соглашение между сторонами до тех пор, пока это соответствует воле контрагентов⁵. В связи с этим представляется несостоятельной точка зрения, согласно которой выход сферы деловой активности за пределы национальных границ⁶ и ее сосредоточение в «киберпространстве»⁷ позволяет сделать вывод о появлении новых отраслей права, таких как киберправо, технологическое право, интернет-право⁸, источником которых должны служить новые законодательные акты, адаптированные к осуществлению договорных операций через Интернет в силу его особой природы⁹.

Полагаем, что в основе регулирования онлайн-договорных связей лежит не способ заключения контракта и не особая природа Интернета, а частноправовой фундамент отношений сторон, независимо от наличия или отсутствия «цифрового элемента» (это касается принципов, предмета, методов регулирования). Из этого следует вывод о применимости традиционных положений гражданского законодательства и законодательства о международном частном праве с оговоркой, указывающей на необходимость модернизации действующего регулирования.

Следует обратить внимание на тот факт, что в научной литературе одинаково употребляются термины «электронные контракты» и «онлайн-контракты» при решении различных юридических вопросов, связанных с процессом заключения договоров через Интернет¹⁰. Не вдаваясь в детали, отметим, что термин «онлайн-контракт» представляется более удачным

² Например, с помощью сервисов Skype, Google Talk, Yahoo Messenger и др.

³ *Al-Bayati M.* Reform of the Iraqi Private International Law on Transnational Online Contracting: Lessons from the EU and the USA : PhD thesis. Prifysgol Bangor University, 2014. P. 58.

⁴ *Davidson A.* The Law of Electronic Commerce. Cambridge University Press, 2009. P. 30 ; *Reed C.* Electronic Commerce // Computer Law: The Law and Regulation of Information Information Technology / Chris Reed and John Angel (eds). 6th edn. Oxford University Press, 2007. P. 199.

⁵ *Rowland D., Kohl U. and Charleswoth A.* Information Technology Law. 4th edn. Routledge, 2012. P. 236.

⁶ См. подробнее: *Терентьева Л. В.* Концепция суверенитета государства в условиях глобализационных и информационно-коммуникационных процессов // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 1. С. 187—200 ; *Мажорина М. В.* Международное частное право в условиях глобализации: от разгосударствления к фрагментации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 1. С. 193—217.

⁷ См. подробнее: *Терентьева Л. В.* Понятие киберпространства и очерчивание его территориальных контуров // Правовая информатика. 2018. № 4. С. 66—71.

⁸ См. подробнее: *Svantesson D. Je. B.* Private International Law and the Internet. 2nd edn. Wolters Kluwer, 2012.

⁹ *Al-Bayati M.* Op. cit. P. 3.

¹⁰ Например, *Juliet M.* Moringiello использует в своих работах термин «электронный контракт» (см.: URL: https://works.bepress.com/juliet_moringiello/). Другие авторы чаще обращаются к термину «онлайн-контракт». Например, см.: *Shiffman K. A.* Replacing the Infancy Doctrine Within the Context of Online Adhesion Contracts // Whittier Law Review. 2012. Vol. 34 ; *Cordon W. J.* Electronic Assent to Online Contracts: Do Courts

и соответствующим способу заключения договора через веб-сайт.

Если подходить технологически нейтрально к определению онлайн-контрактов, то это те безбумажные соглашения, которые заключаются мгновенно с помощью технических средств связи без физического присутствия сторон и фактически без возможности для одной из сторон договориться об условиях контракта. Содержание онлайн-контрактов отражается в соглашении между оператором и посетителем веб-сайта об условиях его использования — «пользовательском соглашении»¹¹. Пользовательское соглашение представляет собой всеобъемлющие договорные условия, которые регулируют все вопросы, связанные с использованием веб-сайта: покупку и продажу на веб-сайте, использование интеллектуальной собственности, ответственность сторон, а также содержат положения об урегулировании споров.

Онлайн-контракты можно классифицировать на три категории, в зависимости: 1) от предмета онлайн-контракта; 2) характеристики сторон, вовлеченных в онлайн-договорные отношения; 3) процесса заключения и исполнения онлайн-контракта.

Так, в зависимости от предмета договора, онлайн-контракты могут заключаться по поводу продажи товаров, оказания услуг, передачи информации, прав на результаты интеллектуальной деятельности и т.п.

С точки зрения характеристики договорных сторон онлайн-контракт можно разделить на договоры B2B (business to business), B2C (business to consumer), C2B (consumer to business) и C2C (consumer to consumer). Следует отметить, что правила, регулирующие вопро-

сы юрисдикции и применимого права в отношении каждого вида транзакций, различаются в зависимости от категории контракта¹².

Веб-сайты, на которых заключаются онлайн-контракты, также подразделяются на веб-сайты производителей товаров, которые управляются их отделами маркетинга и продаж, и так называемые электронные торговые площадки. Производители продают свой товар через веб-сайт, на котором указаны их доменные имена, обычно совпадающие с их торговым наименованием¹³. Электронные торговые площадки могут быть определены как веб-сайты, позволяющие как предприятиям, так и потребителям предлагать свои товары и услуги для продажи и управляющие транзакциями в электронном виде без физического присутствия. Такие электронные площадки могут как предлагать свою продукцию, так и выполнять функцию посредника между продавцами и покупателями¹⁴. В отличие от традиционных торговых площадок, онлайн-овые или виртуальные торговые площадки представляют собой особую среду без географических границ и временных ограничений.

В зависимости от процесса заключения и исполнения онлайн-контракта различаются полностью онлайн-контракты и частично онлайн-контракты. Полностью онлайн-контракты — это контракты, которые заключаются и исполняются на веб-сайтах без физического присутствия сторон. Частично онлайн-контракты предполагают только заключение контракта с помощью электронных средств, но не его исполнение.

Заключение онлайн-контрактов возможно тремя различными способами¹⁵: shrink-wrap, click-wrap и browse-wrap¹⁶. Shrink-wrap agreements¹⁷ заключаются преимущественно

Consistently Enforce Clickwraps Agreements? // Regent University Law Review. 2004. Vol. 16 ; *Deveci H. A.* Consent in Online Contracts: Old Wines in New Bottles // Computer and Technology Law Review. 2007. Vol. 1.

¹¹ *Melnik T.* Can We Dicker Online or Is Traditional Contract Formation Really Dying? Rethinking Traditional Contract Formation for the World Wide Web // Michigan Telecommunications and Technology Law Review. 2008. Vol. 15.

¹² Так, в рамках ЕС применяются различные правила при определении юрисдикции и применимого права при разрешении споров, вытекающих из контрактов B2B и B2C.

¹³ Например, www.apple.com, www.sony.com.

¹⁴ Например, eBay, Amazon.

¹⁵ См. подробнее: *Mann R. J. and Siebeneicher T.* Just One Click: The Reality of Internet Retail Contracting // Columbia Law Review. 2008. Vol. 108. No. 4. Pp. 984—1012.

¹⁶ См. подробнее: *Рожкова М. А.* Право в сфере Интернета : сборник статей / М. З. Али, Д. В. Афанасьев, В. А. Белов [и др.] ; отв. ред. М. А. Рожкова. М. : Статут, 2018.

¹⁷ См. подробнее: *Hayes D. L.* The Enforceability of Shrink-wrap License Agreements On-Line and Off-Line (Fenwick & West LLP, March 1997) // URL: <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Transactions/ShrinkwrapFenwick.pdf>.

при покупке программного обеспечения, разработанного специализированными компаниями. В этом случае условия лицензионного соглашения включены в пакет и вступают в силу для пользователя при открытии сжатой упаковки пакета программного обеспечения (так называемые упаковочные лицензии). Под *click-wrap agreement* понимается соглашение, заключаемое в электронном виде в сети Интернет посредством щелчка мышью одной из сторон по кнопке «Я согласен», сопровождающей текст такого соглашения¹⁸. Ситуация, когда условия договора доступны для ознакомления по ссылке на веб-сайте, но от пользователя не требуется выразить согласие с его условиями в явной форме, подпадает под понятие *browse-wrap agreement*¹⁹. Соглашение, таким образом, заключается, если оперировать традиционными терминами, посредством совершения конклюдентных действий — в данном случае достаточно факта использования веб-сайта.

Различаются и способы выставления товаров на продажу. Например, eBay на своем веб-сайте предлагает следующие варианты приобретения продукции: 1) «купить сейчас», 2) «купить сейчас» с опцией «сделать предложение»²⁰, 3) «сделать ставку», 4) «сделать ставку» или «купить сейчас», чтобы купить товар немедленно, до начала торгов.

Таким образом, новые способы заключения договоров предопределили и появление новых подходов к квалификации отдельных аспектов договорных отношений сторон, в частности, это касается определения момента заключения договора, проведения различий между офертой и приглашением к оферте в условиях онлайн-взаимодействия, оценки действительности онлайн-контрактов и механизмов разрешения споров онлайн.

Необходимо учитывать и глобальный, транснациональный масштаб деятельности электронных площадок, которая, несомненно, оказывает влияние на формирование правового поля. Сказанное свидетельствует о выделении трансграничной электронной коммерции в особый институт, сочетающий в себе признаки традиционного регулирования контрактных

обязательств и специфику цифровизации договорных отношений.

2. ГЛОБАЛИЗАЦИЯ ТОРГОВЛИ НА ПОТРЕБИТЕЛЬСКИХ РЫНКАХ И ГЛОБАЛИЗАЦИЯ ПРАВА

Долгое время механизмы защиты прав потребителей ограничивались национальными законодательствами, однако глобализация торговли указала на необходимость выработки транснационального подхода к регулированию электронной коммерции, унификации и гармонизации соответствующих правовых инструментов.

Серьезные шаги в этом направлении были предприняты Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), в рамках которой был разработан, в частности, Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле 1996 г., имеющий целью облегчение ведения торговли с использованием электронных средств путем предоставления в распоряжение национальных законодателей свода признанных на международном уровне норм, направленных на устранение правовых препятствий для электронной торговли и повышение ее юридической предсказуемости. Законодательство, разработанное на основе или под влиянием Типового закона ЮНСИТРАЛ об электронной торговле, принято в общей сложности в 151 юрисдикции в 72 государствах, в том числе в Австралии, Канаде, Китае, Колумбии, Франции, Индии, Иране, Ирландии, Мексике, Пакистане, Словении, Великобритании, США.

Активно развивается и законодательство Европейского Союза в сфере регулирования трансграничных потребительских контрактов. Так, принятые изначально в целях урегулирования традиционной договорной деятельности отдельные акты ЕС впоследствии были согласованы для обеспечения их применимости и к онлайн-контрактам, в частности Директива № 93/13/ЕЭС Совета Европейских сообществ от 5 апреля 1993 г. «О несправедливых условиях в договорах с потребителями», Директива № 2011/83/ЕС Европейского парламента

¹⁸ См.: Канашевский В. А. Коллизионное регулирование договоров с участием потребителей // Международное публичное и частное прав. 2016. № 4. С. 22—25.

¹⁹ Савельев А. И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование : учеб. пособие. М. : Статут, 2014. С. 117.

²⁰ Покупатель может сам предложить цену, которую готов заплатить за товар, если продавец допускает такую возможность.

и Совета Европейского Союза от 25 октября 2011 г. «О правах потребителей», Регламент № 593/2008 Европейского парламента и Совета Европейского Союза от 17 июня 2008 г. «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам («Рим I»)), Регламент № 1215/2012 Европейского парламента и Совета Европейского Союза от 12 декабря 2012 г. «О юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам».

Дополнительно были приняты Директива 2000/31/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза от 8 июня 2000 г. «О некоторых правовых аспектах информационных услуг на внутреннем рынке, в частности об электронной коммерции», Директива № 2002/65/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза от 23 сентября 2002 г. «О дистанционном маркетинге потребительских финансовых услуг», Директива № 2013/11/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза от 21 мая 2013 г. «Об альтернативном разрешении споров с участием потребителей», Регламент № 524/2013 Европейского парламента и Совета Европейского Союза от 21 мая 2013 г. «Об онлайн-урегулировании споров с участием потребителей» и др.

Названные акты ЕС устанавливают минимальные обязательные стандарты защиты прав потребителей, в частности это касается требований, предъявляемых к информированию потребителей, качеству товаров и услуг, формулированию справедливых условий договора, использованию адекватных средств правовой защиты, недискриминации, обеспечению доступа к правосудию.

В сфере обеспечения доступа к правосудию, как следует из принятых относительно недавно в ЕС актов, одной из тенденций правового регулирования механизмов защиты прав потребителей является обращение к онлайн-способам разрешения споров. Необходимость развивать механизмы урегулирования споров в режиме онлайн применительно к трансграничным электронным сделкам была признана и ЮНСИТРАЛ,

которая в 2010 г. инициировала создание третьей рабочей группы для разработки правовых стандартов по разрешению споров «с низкой стоимостью и большими объемами», возникающих при осуществлении электронной коммерции в секторах B2B и B2C²¹.

Однако в части разработки норм негосударственного регулирования электронной коммерции, онлайн-разрешения споров, вытекающих в том числе из контрактов типа B2C, безусловным лидером являются США. Так, представителями бизнес-сообщества и провайдеров интернет-услуг были предложены следующие документы:

*А. Кодекс онлайн-бизнес-практик, разработанный Бюро по улучшению деловой практики*²². В Кодексе закреплён в том числе принцип удовлетворенности потребителей. В документе содержится рекомендация об обращении к «неформальным» механизмам урегулирования споров: подразумеваются «третейские суды с рекомендательным решением» или «условно-обязательный арбитраж» (решение которого является обязательным для бизнеса, если потребитель выберет такой способ урегулирования споров; в этом случае решение будет обязательным и для потребителя).

*В. Руководящие принципы альтернативных способов разрешения споров (далее — ADR) — соглашение между Всемирной организацией потребителей и организацией «Глобальный диалог бизнеса по вопросам электронной торговли»*²³. В Руководящих принципах поощряется обращение к ADR-механизмам; указывается, что разрешение споров может основываться как на принципах справедливости, так и на кодексах поведения. Содержится рекомендация избегать «обязательного арбитража» до возникновения спора, «если такое обязательство приведет к лишению потребителя права на подачу иска в суд». Разработка ADR-процедур оставлена на усмотрение правительств. В документе содержится призыв к дерегулированию формальных требований к ADR-механизмам и уточнению правил о юрисдикции и применимом праве таким образом, чтобы они «одновременно сти-

²¹ Цит. по: Резник Р. С. Договоры с участием потребителя в международном частном праве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2018. С. 125.

²² Better Business Bureau BBBOnline Code of Online Business Practices // URL: <https://www.bbb.org/online/business/dynamicseal.aspx/reliability/code/code.asp>.

²³ Agreement between Consumers International and the Global Business Dialogue on Electronic Commerce — Alternative Dispute resolution Guidelines // URL: http://www.gbd-e.org/ig/cc/Alternative_Dispute_Resolution_Nov03.pdf.

мулировали инвестиции в бизнес и доверие потребителей к электронной торговле».

*С. Рекомендации Американской ассоциации юристов о лучших практиках для провайдеров онлайн-способов разрешения споров*²⁴ (далее — ODR). Согласно названному документу, провайдеры ODR должны раскрывать юрисдикцию для подачи жалобы (иска) потребителем, а также предоставлять любую информацию о «юрисдикционных ограничениях» (например, о сроке давности).

*Д. Разработанный в рамках Американской арбитражной ассоциации Протокол должного ведения процесса с потребителем*²⁵, содержащий 15 принципов разрешения потребительских споров: справедливости; предоставления доступа к информации об ADR-процедурах; независимости и беспристрастности; равенства и соразмерности сторон; сохранения права на обращение в суд мелких тяжб (мировой суд); разумной стоимости ADR-процедур; согласования удобного для обеих сторон места проведения очных заседаний; рассмотрения спора в разумные сроки; права на представителя; поощрения применения медиативных процедур; предоставления потребителю полной информации, касающейся арбитражного соглашения; честных слушаний и конфиденциальности полученной информации; доступа ко всем материалам дела; разрешения спора на основе норм закона и/или общих принципов права; окончательности и обязательности арбитражного решения.

В отличие от права Европейского Союза, американское и канадское законодательство и судебная практика значительно лояльнее относятся к использованию арбитражных оговорок, включенных в онлайн-контракты, заключенные методом click-wrap²⁶. Очевидно, что политика США в отношении защиты прав по-

требителей направлена на реализацию экономических интересов бизнеса, что способствует конкуренции и коммерческому процветанию на рынке²⁷, но при этом подвергает потребителей риску при заключении онлайн-контрактов. Такой подход противоречит политике ЕС, которая продвигает социальное регулирование для обеспечения максимальной защиты потребителей.

3. LEX MERCATORIA КАК ИСТОЧНИК ТРАНСНАЦИОНАЛЬНОГО ПОТРЕБИТЕЛЬСКОГО ПРАВА

Lex mercatoria, очевидно, служит реакцией на вызовы глобализации решением проблемы регулирования трансграничных договорных отношений, в том числе и с участием потребителей. По мнению отдельных исследователей, если обязательные стандарты защиты прав потребителей окажутся неэффективными для торговли, самый простой способ преодолеть эту проблему — создать систему либерализованной мировой торговли, основанную на саморегулировании, гарантирующую свободу контрактов для бизнеса и свободу выбора для потребителей²⁸.

Представляют интерес доктринальные подходы к оценке применимости концепции lex mercatoria, «частного упорядочения рынков», «глобального управления через саморегулирование» к отношениям с участием потребителей²⁹.

Так, П.-Г. Кэллис (Peter-Graff Calliess) полагает, что транснациональное право (lex mercatoria) относится к третьей категории автономных правовых систем, выходящей за рамки традиционных категорий национального или международного права. По его мнению, транснациональное право создается и развивается

²⁴ American Bar Association (Task force) Recommendation on Best Practices for Online Dispute Resolution Service (ODR) Providers // URL: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/dispute/documents/BestPracticesFinal102802.authcheckdam.pdf>.

²⁵ American Arbitration Association — Consumer Due Process Protocol Statement of Principles // URL: [https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Consumer%20Due%20Process%20Protocol%20\(1\).pdf](https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Consumer%20Due%20Process%20Protocol%20(1).pdf).

²⁶ Comb v. PayPal Inc., 218 F. Supp. 2d 1165, 1176 (N. D. Cal. 2002) ; Canadian Supreme Court, Dell Computer Corp. v. Union des Consommateurs, [2007] 2 S.C.R. 801, 2007 SCC 34 (Can.).

²⁷ Winn J. K. and Webber M. The Impact of EU Unfair Contract Terms Law on US Business-to-Consumer Internet Merchants // The Business Lawyer. 2006. Vol. 29.

²⁸ Reich N. Transnational Consumer Law-Reality or Fiction? // Penn State International Law Review. 2009. Vol. 27. P. 861.

²⁹ Reich N. Op. cit. P. 863.

глобальным гражданским обществом посредством актов, создающих право. Оно основано: а) на общих принципах права и б) на практике и обычаях, принятых в гражданском обществе, что приводит к их закреплению и дальнейшему развитию. Применение транснационального права, его интерпретация и разработка регулярно предоставляются частным «провайдером»³⁰ механизмов разрешения споров. Обязательный характер транснационального права основан на «юридически организованных запросах» и введении социально-экономических санкций. Кодификация транснационального права осуществляется негосударственными организациями посредством создания общих сводов принципов и правил, разработки стандартизированных форм договоров и кодексов поведения. Для целей установления глобального цивилистического закона, регулирующего транснациональные потребительские контракты, по мнению П.-Г. Кэллиса, необходимо создать рефлексивные институты, которые организуют феномен саморегулирования таким образом, чтобы одновременно способствовать эффективной защите прав потребителей через альтернативные механизмы урегулирования споров, и гарантировать справедливость таких процедур³¹.

Норберт Рейх (Norbert Reich), критикуя позицию П.-Г. Кэллиса, указывает на то, что данное им определение может быть верным для классического *lex mercatoria*, которое, однако, не может применяться в отношении третьих лиц, таких как потребители, поскольку они не участвовали в разработке этого «транснационального права» ни лично, ни через своих представителей. Таким образом, делает вывод Н. Рейх, понятие «транснациональное право» не может быть экстраполировано на потребительские сделки даже в условиях глобализации ввиду отсутствия равенства сторон и ограниченной свободы выбора для потребителей.

Дополнительно Н. Рейх задает закономерные вопросы: «Каковы стандарты, по которым должны функционировать альтернативные механизмы урегулирования споров? Каким образом должен быть выражен компромисс

между интересами бизнеса и потребителей? Существует ли международный консенсус по определенным минимальным стандартам защиты прав потребителей? Насколько далеко принцип свободы договора, который на самом деле является основным принципом международных коммерческих сделок, распространяется на сделки с участием потребителей, исключенные из сферы регулирования как «жесткого закона» — Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., так и «мягкого права» — Принципов УНИДРУА?»³² Здесь, однако, следует отметить, что Принципы европейского договорного права содержат положения о защите прав потребителей.

На наш взгляд, следует признать, что *lex mercatoria* — это нить, проходящая сквозь всю систему договорных обязательств в рамках международного частного права, включая отношения с участием потребителей. Разумным представляется предложение П.-Г. Кэллиса относительно создания специализированной организации по разработке международных стандартов защиты прав потребителей; справедливы и вопросы, поставленные Н. Рейхом. Вместе с тем следует отметить, что нам понятие «транснациональное право» видится намного шире, чем *lex mercatoria*, которое в условиях интернет-договорного взаимодействия трансформировалось в *lex mercatoria electronica (informatica)*.

Полагаем, что под транснациональным правом электронной торговли следует понимать систему норм международно-правового характера, регулирующих отношения, возникающие в связи с совершением транснациональных сделок в электронной информационной среде, устанавливаемую участниками таких отношений для внутреннего пользования и применяемую арбитрами при разрешении споров, вытекающих из этих отношений с учетом намерений сторон и сравнительно-правового анализа, учитывающего текущее состояние сферы электронной торговли³³. К таким нормам международно-правового характера относятся принципы *lex mercatoria*; международные акты (напри-

³⁰ Имеются в виду арбитры, представители юридического сообщества.

³¹ Calliess P.-G. *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge: Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auf dem elektronischen Weltmarktplatz*. Mohr Siebeck, 2006. P. 340.

³² Reich N. *Op. cit.* P. 864.

³³ Цит. по: Казаченок С. Ю. Развитие *lex electronica* как предпосылка включения в арбитражное соглашение условия об онлайн-арбитраже // Современное право. 2014. № 10. С. 124—130.

мер, Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле); акты интеграционных объединений (например, ЕС); торговые обычаи в области электронной коммерции; типовые контракты и соглашения (в частности, пользовательские соглашения); практика разрешения споров.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Казаченок С. Ю.* Развитие lex electronica как предпосылка включения в арбитражное соглашение условия об онлайн-арбитраже // Современное право. — 2014. — № 10. — С. 124—130.
2. *Мажорина М. В.* Международное частное право в условиях глобализации: от разгосударствления к фрагментации // Право. Журнал Высшей школы экономики. — 2018. — № 1.
3. *Терентьева Л. В.* Концепция суверенитета государства в условиях глобализационных и информационно-коммуникационных процессов // Право. Журнал Высшей школы экономики. — 2017. — № 1.
4. *Терентьева Л. В.* Понятие киберпространства и очерчивание его территориальных контуров // Правовая информатика. — 2018. — № 4.
5. *Al-Bayati M.* Reform of the Iraqi Private International Law on Transnational Online Contracting: Lessons from the EU and the USA : PhD thesis. — Prifysgol Bangor University, 2014.
6. *Calliess P.-G.* Grenzüberschreitende Verbraucherverträge: Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auf dem elektronischen Weltmarkt. — Mohr Siebeck, 2006.
7. *Davidson A.* The Law of Electronic Commerce. — Cambridge University Press, 2009.
8. *Reed C.* Electronic Commerce // Computer Law: The Law and Regulation of Information Technology / C. Reed and J. Angel (eds). — 6th edn. — Oxford University Press, 2007.
9. *Reich N.* Transnational Consumer Law-Reality or Fiction? // Penn State International Law Abstract. — 2009. — Vol. 27.
10. *Rowland D., Kohl U. and Charleswoth A.* Information Technology Law. — 4th edn. — Routledge, 2012.
11. *Svantesson D. Je. B.* Private International Law and the Internet. — 2nd edn. — Wolters Kluwer, 2012.
12. *Winn J. K. and Webber M.* The Impact of EU Unfair Contract Terms Law on US Business-to-Consumer Internet Merchants // The Business Lawyer. — 2006. — Vol. 29.

Материал поступил в редакцию 25 апреля 2019 г.

THE CONCEPT OF TRANSNATIONAL CONSUMER LAW IN THE MODERN WORLD³⁴

MURATOVA Olga Vyacheslavovna, PhD in Law, Senior Researcher of the Department of Private International Law of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation
olgbelusva@rambler.ru
117218, Russia, Moscow, ul. Bolshaya Cherevushkinskaya, d. 34

Abstract. *The article is devoted to the analysis of changes that have taken place in the regulation of cross-border contractual relations with the participation of consumers in connection with the development of information and telecommunication technologies and e-commerce. The author examines the concept of «transnational online contract» and the influence of a «digital element» on the characteristics of contractual relations. Also, the paper provides for the classification of online contracts with due regard to: 1) the subject matter of the online contract; 2) characteristics of the parties involved in the online contractual relationship; 3) the process of concluding and executing the online contract.*

Attention is drawn to the fact that new methods of conclusion of contracts has predetermined the emergence of new approaches to qualification of certain aspects of contractual relations between the parties, in particular, it

³⁴ The study has been carried out with the financial support of the Russian Foundation for Basic Research within the framework of the research project No. 18-29-16061 «Network Law in the Context of a Network Society: New Regulatory Models».

concerns determining the moment of contract conclusion, distinguishing between offer and invitation to offer in online interaction, assessing the validity of online contracts and dispute resolution mechanisms online.

The article analyzes the impact of globalization of trade on consumer markets, mechanisms of regulation of transnational consumer relations in the context of e-commerce. It is noted that globalization of trade has pointed to the need to develop a transnational approach to the regulation of e-commerce, to unify and harmonize relevant legal instruments. The author examines the steps taken in this direction within the framework of UNCITRAL, the EU, by the representatives of American business. It is concluded that the US policy concerning consumer protection is aimed at implementation of economic interests of business, which promotes competition and commercial prosperity in the market, but at the same time puts consumers at risk when concluding online contracts. This approach runs counter to the EU policies that promote implementation of social regulation in order to maximize consumer protection.

The authors consider *Lex mercatoria* as a separate source of transnational consumer law.

Keywords: online contract, transnational law, *lex mercatoria*, consumers, Internet, globalization of trade.

REFERENCES

1. Kazachenok S. Yu. Razvitie lex electronica kak predposylka vklucheniya v arbitrazhnoe soglasenie usloviya ob onlayn-arbitrazhe [Development of lex electronica as a prerequisite for inclusion in the arbitration agreement of a condition on online arbitration]. *Sovremennoe pravo [Modern Law]*, 2014, No. 10, pp. 124—130. (In Russ.)
2. Mazhorina M. V. Mezhdunarodnoe chastnoe pravo v usloviyakh globalizatsii: ot razgosudarstvleniya k fragmentatsii [Private international law in the context of globalization: From Denationalization to fragmentation]. *Pravo. Zhurnal vysshey shkoly ekonomiki [Law. Journal of the Higher School of Economics]*. 2018. No. 1. (In Russ.)
3. Terenteva L. V. Kontseptsiya suvereniteta gosudarstva v usloviyakh globalizatsionnykh i informatsionno-kommunikatsionnykh protsessov [The concept of state sovereignty in the context of globalization and information and communication processes]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki [Law. [Journal of the Higher School of Economics]*. 2017. No. 1. (In Russ.)
4. Terenteva L. V. Ponyatie kiberprostranstva i ocherchivanie ego territorialnykh konturov [The concept of cyberspace and the outline of its territorial contours]. *Pravovaya informatika [Legal Informatics]*. 2018, No. 4. (In Russ.)
5. Al-Bayati M. Reform of the Iraqi Private International Law on Transnational Online Contracting: Lessons from the EU and the USA : PhD thesis. Prifysgol Bangor University, 2014.
6. Calliess P.-G. Grenzüberschreitende Verbraucherverträge: Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auf dem elektronischen Weltmarktplatz. — Mohr Siebeck, 2006.
7. Davidson A. The Law of Electronic Commerce. — Cambridge University Press, 2009.
8. Reed C. Electronic Commerce. Computer Law: The Law and Regulation of Information Technology. C. Reed and J. Angel (eds). 6th ed. Oxford University Press, 2007.
9. Reich N. Transnational Consumer Law-Reality or Fiction? *Penn State International Law Abstract*. 2009. Vol. 27.
10. Rowland D., Kohl U. and Charleswoth A. Information Technology Law. 4th ed. Routledge, 2012.
11. Svantesson D. Je. B. Private International Law and the Internet. 2nd ed. Wolters Kluwer, 2012.
12. Winn J. K. and Webber M. The Impact of EU Unfair Contract Terms Law on US Business-to-Consumer Internet Merchants. *The Business Lawyer*. 2006. Vol. 29.

О. Е. Савенко*

ТРАНСФОРМАЦИЯ БРАЧНО-СЕМЕЙНЫХ ОТНОШЕНИЙ В УСЛОВИЯХ СЕТЕВОГО ОБЩЕСТВА¹

Аннотация. Актуальность темы исследования заключается в наличии большего спектра социально значимых процессов, протекающих в сети Интернет. Это стало возможным за счет развития информационно-коммуникационных технологий и формирования сетевого общества. Ключевой проблемой для юристов является конструирование правовой регламентации совершения определенных действий в Сети и защита прав лиц, такие действия совершающих. В результате исследования проанализирован ряд действий в сфере семейных правоотношений, совершение которых в сети Интернет улучшит качество жизни граждан и не нанесет вреда личным и семейным ценностям.

Цель представленного исследования состоит в попытке выявления особенностей трансформации брачно-семейных отношений в условиях развития процессов глобализации общества и формирования так называемого сетевого общества. В задачи исследования входит анализ особенностей существования брачно-семейных отношений в условиях сетевого общества.

Автор использует различные общенаучные методы исследования: диалектический, системный, логический, а также специальные: наблюдение, контент-анализ и другие методы исследования. Для изучения проблематики и решения поставленной задачи использованы системный анализ правовых норм (законодательных актов, ведомственных нормативных документов) и методы сравнительного правоведения.

Ключевые слова: сетевое общество, семейные отношения, глобализация, цифровые технологии, трансформация отношений, конвергенция ценностей, биометрическая идентификация.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.152.7.029-035

Семья — фундаментальная социальная ценность, одно из важнейших стабильных социальных явлений. Семейные ценности составляют, во-первых, основы создания и деятельности каждой семьи во всех ее формах: основанной на браке; биологическом, кровном родстве, в том числе на происхождении детей с применением вспомогательных репродуктивных

технологий; воспитании ребенка, оставшегося без попечения родителей; во-вторых, основы отношений между членами каждой российской семьи; в-третьих, основы отношений членов каждой семьи с обществом и государством.

Семейные ценности существуют в силу объективных причин и являются, как правило, постоянно действующими, передаются из поко-

¹ Статья подготовлена при финансовой поддержке Российского фонда фундаментальных исследований (РФФИ) в рамках научно-исследовательского проекта РФФИ «Сетевое право в условиях сетевого общества: новые регуляторные модели», проект № 18-29-16061, реализуемого по результатам конкурса на лучшие научные проекты междисциплинарных фундаментальных исследований (код конкурса 26-816 «Трансформация права в условиях развития цифровых технологий»).

© Савенко О. Е., 2019

* Савенко Оксана Евгеньевна, кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) savenko-oksana@inbox.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

ления в поколение, свидетельствуют об уровне развития и мировоззрения человека, о ценностных приоритетах в государстве.

Особенность российской семьи определяется ее нравственными началами, доброй волей ее членов, самостоятельностью обеспечения своей жизнедеятельности, осознанием ответственности друг перед другом, обществом и государством.

Российская семья и семейные ценности подвергаются трансформации по причине изменения экономических, культурных и иных условий, что отмечают российские мыслители. Кроме того, семейные отношения трансформируются вместе с трансформацией внешней социальной среды.

В настоящее время большое значение в трансформации семейных правоотношений приобретает развитие так называемого сетевого общества. Изначально сформулировал понятие сетевого общества и положил начало научному изучению феномена сетей Мануэль Кастельс². В своей концепции автор подчеркивает неизбежность перемещения многих социальных процессов в сеть и указывает на необходимость превентивного правового регулирования такого перехода.

В условиях современной мировой глобализации нормативно-правовое регулирование сетевых правоотношений, стремительно развивающихся под влиянием информационно-коммуникационных технологий, является чрезвычайно важным фактором устойчивости и залогом положительной динамики национальной государственности.

С начала XXI в. российская правовая наука и практика совершила несколько шагов в области развития сетевого права: в 2006 г. появилась теория сетевого права, в 2010 г. некоторые из ее положений реализовались в Федеральном законе от 27 июля 2010 г. № 210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг»³. Следующим этапом развития сетевого права стало постановление Правительства РФ от 15 апреля 2014 г. № 313 «Об утверждении государственной программы Российской Федерации «Информационное об-

щество»⁴, в котором была закреплена задача оценки индекса готовности к созданию «сетевого общества», что означало фактическое признание его существования и содержало планы реализации многих идей, описанных в рамках теории сетевого права. Таким образом, возникновение, функционирование и расширение нормативно-правовой базы по вопросам регулирования сетевых правоотношений, в том числе и семейных, в РФ стало очевидным.

В условиях ускорения всех жизненных процессов главная задача электронных сетей — быстрая передача информации, выраженная в способности сохранить любую информацию в определенном месте и получить ее в другом, где это представляется необходимым. Важно помнить о том, что, наряду с преимуществами, сеть приносит с собой также и угрозы безопасности брачно-семейным отношениям, которые необходимо устранять различными способами, в том числе и правовыми. Развитие сетевого общества дает возможность неограниченного общения и участия в правоотношениях, в связи с чем возникает реальная потребность правового регулирования обязательств, взятых на себя субъектами отношений посредством электронно-цифровых технологий.

Остановимся на активно обсуждаемой теме электронного заключения брака. Начиная с 2015 г. Федеральным законом от 31 декабря 2014 г. № 517-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об актах гражданского состояния»⁵ был введен электронный документооборот в органах ЗАГС. Предусматривалось, в частности, что «запись акта гражданского состояния составляется также в форме электронного документа и подписывается усиленной квалифицированной электронной подписью уполномоченного работника органа записи актов гражданского состояния. Записи актов гражданского состояния, составленные в электронной форме, хранятся в информационной системе органа ЗАГС».

В форме электронного документа могут представляться заявления о вступлении в брак и о его расторжении, о рождении ребенка, об установлении отцовства, о перемене имени и др.

² Кастельс М. Информационная эпоха: экономика, общество, культура. М.: Изд-во ГУ ВШЭ, 2000. С. 145.

³ Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг» // СЗ РФ. 2010. № 31. Ст. 4179.

⁴ Постановление Правительства РФ от 15 апреля 2014 г. № 313 «Об утверждении государственной программы Российской Федерации «Информационное общество» // СЗ РФ. 2014. № 18 (ч. II). Ст. 2159.

⁵ СЗ РФ. 2015. № 1 (ч. I). Ст. 70.

Инициатива законодателя была воспринята неоднозначно. С одной стороны, эксперты соглашались с упрощением процедур заключения и расторжения брака⁶. С другой — отмечали опасность большого числа «спонтанных» заявлений, под влиянием чувств и эмоций, что впоследствии могло бы привести к необдуманному заключению брака без целей создания семьи в традиционном ее понимании.

Кроме того, анализируя абз. 5 ст. 7 Федерального закона «Об актах гражданского состояния»⁷, который гласил, что «запись акта гражданского состояния составляется также в форме электронного документа и подписывается усиленной квалифицированной электронной подписью уполномоченного работника органа записи актов гражданского состояния», можно было прийти к выводу что законодатель дал зеленый свет полностью электронному (заочному) браку, совершаемому с использованием интернет-технологий.

Нет оснований не согласиться с таким мнением. Во-первых, никто не отменял ст. 11 СК РФ⁸, которая закрепляет, что «заключение брака производится в личном присутствии лиц, вступающих в брак, по истечении месяца и не позднее двенадцати месяцев со дня подачи заявления в орган записи актов гражданского состояния в дату и во время, которые определены лицами, вступающими в брак, при подаче ими заявления о заключении брака».

Во-вторых, п. 1 ст. 26 Федерального закона «Об актах гражданского состояния» закрепляет что «лица, вступающие в брак, подают в орган записи актов гражданского состояния совместное заявление о заключении брака в письменной форме лично или направляют это заявление и иные указанные в настоящей статье документы в форме электронных документов через единый портал государственных и муниципальных услуг и региональные порталы государственных и муниципальных услуг. Заявление, которое направляется в форме электронного документа, подписывается простой электронной подписью каждого заявителя. Это заявление и иные указанные в настоящей статье документы могут быть поданы через

многофункциональный центр предоставления государственных и муниципальных услуг. В совместном заявлении должны быть подтверждены взаимное добровольное согласие на заключение брака, а также отсутствие обстоятельств, препятствующих заключению брака».

В защиту электронной формы подачи заявлений о заключении брака обратим внимание еще на один аспект. Подача заявления о регистрации брака в электронной форме является добровольной и не отменяет совместного заявления на бумажном носителе.

Таким образом, законодатель предоставил возможность лицам, желающим вступить в брак, на первом этапе его оформления избежать ненужной волокиты и траты времени на очередь, отнюдь не отменяя обязанности личного присутствия брачующихся на втором этапе, заключающемся собственно в регистрации брака.

В контексте обозначенной проблемы проанализируем мнение зарубежного законодателя о процессе заключения брака. Анализ норм, действующих в современных зарубежных государствах в рассматриваемой области, позволяет разделить процесс заключения брака на два этапа — подготовительный и основной.

Как мы отмечали, в России на подготовительном этапе лица, желающие заключить брак, лишь подают совместное заявления в органы ЗАГС. В то же время в ряде зарубежных стран подготовительный этап более насыщен. Так, в странах общего права (Англия, США) подготовительный этап предусматривает необходимость получения лицензии — специального разрешения сторон на заключение брака от церковных или светских властей, осуществляющих такую регистрацию. Для этого вступающие в брак приносят клятву в церкви либо присягу государственным органам, осуществляющим регистрацию брака, о том, что не имеют никаких препятствий к заключению брака. Подобные разрешения действительны в течение определенного законом срока — от месяца до года.

В ряде стран, в частности в Италии, на подготовительном этапе должны быть свидетели, подтверждающие отсутствие препятствий для заключения брака⁹. Отметим, что в России сви-

⁶ Носковский Ю. Именем Твиттера объявляю вас мужем и женой // URL: <https://www.pravda.ru/society/1244049> (дата обращения: 22.04.2019).

⁷ Абзац 5 ст. 7 Федерального закона «Об актах гражданского состояния» утратил силу с 1 октября 2018 г.

⁸ Семейный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 1995 г. № 223-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16.

⁹ Чекулаев С. С., Ерлинг А. В. Ответственность за заключение фиктивного брака, проблемы на примере стран Европейского Союза // Аллея науки. 2018. № 17. С. 762.

детели должны были присутствовать на основном этапе, в процессе непосредственной регистрации брака в ЗАГСе, но в настоящее время данная норма утратила свою силу и регистрация брака происходит без свидетелей.

Достаточно сложным является процесс заключения брака во Франции. Чтобы у граждан приняли заявление в мэрии, один из будущих супругов должен непрерывно проживать в том округе, где собирается вступить в брак, не менее 40 последних дней на момент заключения брака. Если вступающие в брак проживали в разных округах, но каждый из них на момент подачи заявления в мэрию в своем округе жил последние 30 дней подряд, то подавать заявление можно в любой из этих двух департаментов. То есть на тот момент, когда подается заявление, срок непрерывного проживания в одном округе Франции должен быть не менее 30 дней, а на момент регистрации брака — не менее 40 дней, так как брак во Франции заключается не ранее чем через 10 дней после подачи заявления в мэрию и публикации объявления о браке.

Когда заявление уже подано, мэрия выдает специальную брошюру, в которой указан список всех документов, справок и свидетельств, необходимых для того, чтобы брак был зарегистрирован. Следует отметить, что документы нужны только в виде оригиналов. В случае же подачи копии ее нужно обязательно нотариально заверить. Если у лиц, стремящихся к заключению брака, имеются документы не на французском языке (чаще всего это свидетельство о рождении), то они должны быть переведены только присяжным переводчиком. По закону брак во Франции совершается только после публичного оповещения. Это значит, что за 10 дней до регистрации бракосочетания в местной газете будет опубликовано сообщение о предстоящем бракосочетании. Объявление в газету подает мэрия, но до того, как подать заявку на публикацию, чиновники из мэрии должны ознакомиться с некоторыми из требуемых документов и одобрить их. В некоторых округах для публикации оповещения могут затребовать полный пакет документов. Поскольку Франция гражданский брак признает единственно юридически полномочным, венчание в церкви возможно только при наличии официального свидетельства о браке.

В Чехии, так же как и во Франции, при подаче заявления о регистрации брака необходимо предъявить ряд дополнительных документов. Органы регистрации актов гражданского состояния на основании Закона № 301/2000 «Об органах записи актов гражданского состояния, имени и фамилии» требуют от заявителей документы, подтверждающие наличие дееспособности лиц для вступления в брак.

Как мы видим, ни о какой заочной процедуре подачи заявления о регистрации брака и о самом процессе заключения брака с использованием электронных средств сети Интернет речь не идет.

Какими бы сетевыми технологиями ни обладали технологически развитые страны, правовое регулирование семейно-брачных отношений осуществляется в традиционном аспекте. Законодатели бережно охраняют личные и семейные ценности народов, проживающих на своих территориях.

Отказ от возможности регулирования заключения брака в Сети в зарубежных странах обусловлен еще и следующим. В условиях большого потока миграции в Европу из стран Африки и Азии, а в США из Южной Америки увеличился процент заключения фиктивных браков в целях получения гражданства. Это же положение касается и России, учитывая присутствие в стране большого количества мигрантов из Средней Азии, Казахстана и Украины.

Сейчас в России вопросы ответственности за заключение фиктивных браков отнесены к гражданским правоотношениям и не подвергаются административному или уголовному наказанию.

В то же время стоит учитывать опыт зарубежных законодателей, особенно в США, где данный вид мошенничества в брачной сфере достаточно распространен. США справляются с данной задачей благодаря работе органов полиции, которые зачастую проверяют не только факт совместного проживания супругов (если один из них иностранец), но даже такие факты, как совместный сон супругов. В соответствии с законодательством США, за преступления в данной сфере полагается тюремное заключение сроком до 5 лет, а также штраф, размер которого не ограничен и определяется судом штата¹⁰.

В Германии законодательство тоже достаточно строго карает за заключение фиктивных

¹⁰ Закон о гражданстве США // URL: https://ru.wikipedia.org/wiki/Закон_о_гражданстве_США (дата обращения: 22.04.2019).

браков с целью получения гражданства. Здесь для возбуждения уголовного дела достаточно заявления от соседей или знакомых, которые узнали о данном факте. В соответствии с § 95, абз. 2, предложение 2, Закона Германии «Об условиях пребывания, трудовой деятельности и интеграции иностранных граждан на территории Федеративной Республики Германии»¹¹, за получение вида на жительство путем заключения фиктивного брака предусмотрено наказание в виде лишения свободы сроком до 3 лет или денежный штраф, а после исполнения наказания — принудительная депортация из страны и запрет на въезд не только в Германию, но и на территорию Шенгенской зоны. Срок запрета в каждом случае индивидуален.

Таким образом, упрощение процедуры заключения брака посредством сети Интернет может привести к увеличению числа фиктивных браков.

Говоря о браке как об основополагающем факторе возникновения семейных отношений, необходимо исследовать тему брачного контракта и возможности его заключения посредством сети Интернет. Как мы уже отмечали, в условиях глобализации социальных процессов изменяется и институт брака, все чаще субъекты отношений, общаясь в Сети, заводят личные отношения, находясь в разных странах и являясь представителями разных конфессий. Именно поэтому институт брачного контракта призван защитить права вступающих в брак лиц. Причем, если говорить о брачном контракте российского образца, то он предполагает только регулирование имущественных отношений супругов, тогда как, например, в странах Европы или США возможно включение в такой договор и условий, регулирующих личные неимущественные отношения.

Брачный контракт в России принято относить к гражданско-правовым сделкам, а его заключение возможно и до регистрации брака. В связи с чем высказываются предложения о возможном заключении брачного контракта посредством сети Интернет, по аналогии с электронными способами заключения договора, когда обе стороны подписывают договор посредством электронной цифровой подписи. Согласно п. 2 ст. 434 ГК РФ заключение договора в письменной форме допускается посредством пересылки электронных документов по

телекоммуникационным каналам связи при условии, что сторона, отправившая документ, может быть идентифицирована второй стороной. Для обеспечения идентификации отправителя, а также предотвращения внесения коррективов в документ после того, как он был заверен составителем, необходимо использовать электронную цифровую подпись (ЭЦП). Согласно п. 1 ст. 6 Федерального закона от 6 апреля 2011 г. № 63-ФЗ «Об электронной подписи»¹², электронный документ может быть признан аналогичным по юридической силе документу, созданному на бумажном носителе, лишь в том случае, если он подписан квалифицированной ЭЦП.

На данный момент, кроме письменной формы, брачный контракт в России должен быть удостоверен нотариусом. С 2014 г. в РФ функционирует единая электронная база нотариата, в которую вносятся все брачные контракты, заключенные на территории России. Используя данную базу, можно значительно упростить порядок заключения брачного контракта в ситуации, когда лица, желающие его заключить, находятся далеко друг от друга. Например, используя средства электронной связи, супруги или будущие супруги составляют электронный брачный договор, подписывают его своими личными электронными цифровыми подписями и высылают в адрес нотариуса. Нотариус проверяет правильность оформления документа, удостоверяет его своей квалифицированной цифровой подписью и регистрирует в единой электронной базе нотариата. Естественно такой порядок заключения брачного договора может носить исключительный характер и требует подробного правового регулирования.

Кроме того, в данном случае могут возникнуть проблемы идентификации лиц, желающих заключить брачный контракт. Решить проблему могла бы биометрическая идентификация и аутентификация личности. Однако такая система в России еще не до конца введена и вызывает немало критики среди консервативно настроенных граждан.

Например, яркими противниками биометрической идентификации являются участники конференции «Принудительная оцифровка личности или свобода человека», которая проходила в апреле 2019 г. в Москве. Участники подписали резолюцию, в которой потребовали не разре-

¹¹ URL: <https://advokat-engelmann.de/index.php?category=aufentg&do=cat> (дата обращения: 22.04.2019).

¹² СЗ РФ. 2011. № 15. Ст. 2036.

шать удаленную биометрическую идентификацию и аутентификацию россиян, чипирование населения и уничтожение личной и семейной тайны. Среди подписавших документ — представители патриотических объединений, родительских организаций и Русской православной церкви. По мнению организаторов конференции, закон о внесении изменений в Федеральный закон от 1 апреля 1996 г. № 27-ФЗ «Об индивидуальном (персонифицированном) учете в системе обязательного пенсионного страхования»¹³ превратит СНИЛС в пожизненный номер — идентификатор человека, который дает доступ ко всей его личной и семейной информации. Они потребовали запретить идентификацию граждан при помощи номеров и биометрических данных, а также гарантировать отказавшимся от автоматизированной обработки данных гражданам предоставление государственных и других услуг.

На наш взгляд, такие опасения не напрасны. Перенос всех личных и семейных данных в Сеть нарушает права на личную и семейную тайну и не гарантирует защиту от потери данных при мошеннических или хакерских атаках.

В заключение отметим следующее. Сетевые отношения, пронизывающие все сферы нашей жизни, будут развиваться. Очевидно, что правовая база, регулирующая сетевые правоотношения в России, в том числе брачно-семейные, в силу своей актуальности увеличивается в объеме. С одной стороны, законодатель пытается урегулировать такие отношения, но нормы современного законодательства не систематизированы. Право в этой сфере общественных отношений изобилует пробелами, нормы различных нормативных правовых актов нередко вступают в коллизии, некоторые

нуждаются в толковании, а все это в совокупности препятствует эффективной реализации прав.

Пути решения указанных проблем видятся в следующем: четкое правовое регулирование и создание кодифицированного правового акта, консолидирующего различные отрасли и институты с привязкой их использования в Сети. Либо внесение в СК РФ главы, которая будет содержать в себе нормы права, регулирующие брачно-семейные отношения, возникающие, изменяющиеся и прекращающиеся в сетевом пространстве.

В то же время необходимо учитывать, что в российском обществе предполагается, что основная функция семьи, реализуемая при заключении брака, заключается в духовно-нравственном развитии членов семьи и всего общества, в сохранении и укреплении традиционных семейных ценностей, в рождении, воспитании, содержании и социализации детей. Лишь при сохранении и укреплении традиционных семейных ценностей возможна реализация и иных функций семьи.

Правоприменительные органы в сфере брачно-семейных отношений должны руководствоваться при принятии конкретных решений принципами и идеалами сохранения и укрепления традиционных ценностей семьи и добросовестности поведения будущих супругов.

Легализация процессов так называемой сетевой трансформации семьи способна оказывать негативное воздействие на традиционный институт семьи, что в конечном счете приводит к юридической деформации этой социально-правовой категории. И это воздействие необходимо учитывать при формировании будущей семейной политики.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Кастельс М.* Информационная эпоха: экономика, общество, культура. — М.: Издательство ГУ ВШЭ, 2000. — 345 с.
2. *Носковский Ю.* Именем Твиттера объявляю вас мужем и женой // URL: <https://www.pravda.ru/society/1244049> (дата обращения: 22.04.2019).
3. *Чекулаев С. С., Ерлинг А. В.* Ответственность за заключение фиктивного брака, проблемы на примере стран Европейского Союза // *Аллея науки.* — 2018. — № 17. — С. 758—762.

Материал поступил в редакцию 25 апреля 2019 г.

¹³ СЗ РФ. 1996. № 14. Ст. 1401.

TRANSFORMATION OF MATRIMONIAL AND FAMILY RELATIONS IN THE CONTEXT OF A NETWORK SOCIETY¹⁴

SAVENKO Oksana Evgenievna, PhD in Law, Associate Professor of the Department of Private International Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
savenko-oksana@inbox.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The relevance of the study lies in the existence of a larger range of socially significant processes taking place in the Internet. This has been made possible by the development of information and communication technologies and the formation of a network society. The key problem for lawyers is the construction of the legal regulation of certain actions performed in the Network and the protection of the rights of persons doing such actions. As a result of the study, the author has analyzed a number of actions in the field of matrimonial relations in the Internet that will improve the quality of life of citizens and will not harm personal and family values. The purpose of the study is to try to identify features of transformation of marriage and matrimonial relations in the context of development of globalization of the society and formation of a so-called network society. The objectives of the study include the analysis of features of the existence of marital and family relations in the context of a network society. The author uses various general scientific research methods: dialectical, systemic, logical, as well as special: observation, content analysis and other research methods. The author uses a system analysis of legal norms (legislative acts, departmental normative documents) and methods of comparative jurisprudence to study the issue and resolve the problem in question.*

Keywords: *network society, matrimonial relations, globalization, digital technologies, transformation of relations, convergence of values, biometric identification.*

REFERENCES

1. Kastels M. *Informatsionnaya epokha: ekonomika, obshchestvo, kultura* [An Information Age: Economy, Society, Culture]. Moscow, Higher School of Economics Publishing House, 2000. 345 p. (In Russ.)
2. Noskovskiy Yu. *Imenem twittera obyavlyayu vas muzhem i zhenoy* [I declare you husband and wife in the name of Twitter]. URL: <https://www.pravda.ru/society/1244049> (date of access: 22.04.2019). (In Russ.)
3. Chekulaev S. S., Erling A. V. *Otvetstvennost za zaklyuchenie fiktivnogo braka, problemy na primere stran evropeyskogo soyuza* [Responsibility for conclusion of fictitious marriage, problems on the example of the countries of the European Union]. *Alleya nauki [Alley of science]*. 2018. No. 17. pp. 758 — 762. (In Russ.)

¹⁴ The article was prepared with the financial support of the Russian Foundation for Basic Research (RFBR) within the framework of the research project of RFBR «Network Law in the Context of a Network Society: New Regulatory Models», project No. 18-29-16061 implemented on the basis of the results of the competition for the best scientific projects of interdisciplinary fundamental research (competition code 26-816 «Transformation of Law in the Context of Development of Digital Technologies»).

МЕХАНИЗМ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ МУНИЦИПАЛЬНОГО ПРОЦЕССА

Аннотация. В статье раскрывается содержание механизма правового регулирования муниципального процесса. Муниципальный процесс рассматривается как деятельность субъектов местного самоуправления по применению процессуальных норм для решения вопросов местного значения и иных вопросов, касающихся жизнедеятельности местных сообществ. В статье отмечается, что механизм правового регулирования муниципального процесса имеет свои особенности. К таковым, в частности, относится его ограничение территорией муниципального образования, включение муниципальных процессуальных норм не только в федеральные и региональные законы, но и в муниципальные правовые акты. Автором сделан вывод о том, что механизм правового регулирования муниципального процесса обеспечивает реализацию материальных полномочий субъектов муниципального права. В статье высказываются предложения о признании правового института муниципально-го процесса как элемента структуры муниципального права Российской Федерации, а также высказывается идея принятия кодифицированных актов, содержащих процессуальные нормы, обеспечивающие реализацию органами местного самоуправления своих материальных полномочий. В этом видится важное условие повышения эффективности муниципального процесса.

Ключевые слова: закон, механизм правового регулирования муниципального процесса, муниципальные процессуальные нормы, муниципальные процессуальные отношения, муниципальное право РФ, муниципальные правовые акты, муниципальный процесс, субъекты местного самоуправления, правовой институт муниципального процесса.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.152.7.036-044

Закрепленные в законах и других нормативных правовых актах материальные нормы, определяющие полномочия субъектов местного самоуправления, реализуются путем применения процессуальных норм, называющих или описывающих определенные процедуры. При их применении возникают процессуальные правовые отношения во всех сферах местного самоуправления. Без применения процессуальных норм невозможно формирование органов

местного самоуправления, принятие и реализация муниципальных правовых актов, осуществление контроля за их исполнением, привлечение органов местного самоуправления и их должностных лиц к ответственности.

Процессуальные нормы реализуются посредством процессуальных действий, составляющих в совокупности муниципальный процесс.

Необходимость введения в научный оборот понятия «муниципальный процесс» об-

© Забелина Е. П., 2019

* Забелина Елена Павловна, кандидат юридических наук, доцент кафедры государственного и муниципального управления Института государственного управления и права Государственного университета управления, доцент кафедры конституционного и муниципального права Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА), эксперт Всероссийского совета местного самоуправления

Zabelina_ep@mail.ru

109542, Россия, г. Москва, Рязанский пр-т, д. 99

условлена потребностью максимально полно и точно охарактеризовать деятельность органов местного самоуправления по процессуальному обеспечению решения ими вопросов местного значения и других нормативно обусловленных вопросов. Согласно этимологическому толкованию слова «процесс», этим словом обозначается ход, развитие определенных явлений, последовательная смена состояний в развитии чего-нибудь¹. Каждое явление представляет собой публично-правовую данность, то есть реально существующую объективную действительность. Интерпретируя слово «процесс» в контексте муниципального права, муниципальный процесс следует характеризовать как совокупность обусловленных правовыми предписаниями последовательно сменяющихся процессуальных действий с целью достижения конкретных результатов в виде решенных вопросов местного значения и других нормативно обусловленных вопросов².

Муниципальный процесс является неотъемлемым направлением общего юридического процесса. Научная теория общего юридического процесса возникла в 70-е гг. XX в. Ее основоположниками были М. В. Горшенев и П. Е. Недбайло. Они расширили представление о юридическом процессе, доказав, что процессуальные действия осуществляются не только в рамках уголовного процессуального права и гражданского процессуального права. М. В. Горшенев отмечал, что процессуальные нормы содержатся и в других отраслях права. Они обеспечивают применение норм материального права при наличии обстоятельства, требующего этого применения³. Последующее развитие юридической науки доказало обоснованность идей основоположников теории общего юридического процесса выделением,

к примеру, из конституционного права конституционного процессуального права⁴, а также выделением из административного права административно-процессуального права⁵.

Целью муниципального процесса является обеспечение реализации субъектами местного самоуправления своих полномочий по решению вопросов местного значения и других вопросов в пределах их компетенции. Основными его субъектами являются население и органы местного самоуправления, что обусловлено положениями ст. 3 и 130 Конституции Российской Федерации и нормами Федерального закона от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»⁶.

В целом муниципальный процесс характеризуется нами как динамичная, стадийно развивающаяся система процессуальных юридических целенаправленных действий населения и органов местного самоуправления, обеспечивающих реализацию предоставленных им материальных полномочий по решению вопросов местного значения, других социально значимых вопросов, а также отдельных государственных полномочий⁷.

Следует отметить, что в научной литературе по проблемам местного самоуправления до последнего времени не уделялось должного внимания вопросам, связанным с раскрытием сущности муниципального процесса. Это свидетельствует о недооценке обеспечительных мер реализации субъектами местного самоуправления своих полномочий. Нами обнаружена лишь статья А. А. Сапожникова, в которой автор определяет муниципальный процесс как комплексный многоотраслевой социально-эколого-экономический процесс функционирования и развития компонентов муниципального

¹ См.: Ожегов С. И. Толковый словарь русского языка. 28-е изд. М., 2014. С. 941.

² См.: Забелина Е. П. Муниципальный процесс : монография. М., 2019. С. 6—20.

³ Горшенев В. М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. М., 1972. С. 219.

⁴ См.: Саликов М. С. Конституционно-процессуальное право как наука, отрасль права и учебная дисциплина // Право и политика. 2000. № 4. С. 15—22 ; Серяева И. Ю. Конституционное процессуальное право : учебное пособие. Оренбург : ОГУ, 2012.

⁵ См.: Сорокин В. Д. Административно-процессуальное право : учебник. 2-е изд., перераб. и доп. СПб. : Издательство Р. Асланова «Юридический центр-Пресс», 2008 ; Зеленцов А. Б., Ястребов О. А. Судебное административное право : учебник для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция». М. : Статут, 2017.

⁶ СЗ РФ. 2003. № 40. Ст. 3822.

⁷ Незначительный сегмент муниципального процесса составляют действия по реализации местных обычаев и традиций. Однако они не влияют на общую характеристику муниципального процесса.

образования, целью которого является удовлетворение потребностей объектов муниципальной деятельности. При этом под ее объектами понимаются земельные участки (территория), домохозяйства (население), природные комплексы (природа), предприятия, организации и учреждения (жизнеобеспечение)⁸. Вполне очевидно, что данное определение полностью лишено юридического содержания и ошибочно называет объекты муниципального процесса. Ведь смыслом муниципального процесса является не удовлетворение потребностей территории или природы, а обеспечение реализации полномочий субъектов местного самоуправления, закрепленных в законодательных и муниципальных правовых актах.

По своей сущности муниципальный процесс представляет многовекторную процессуальную деятельность, обеспечивающую реализацию материальных полномочий субъектов муниципального права. Надлежащая динамичность и целенаправленность этой деятельности достигаются посредством ее правового регулирования.

Системный подход к правовому регулированию муниципального процесса обеспечивается сложившимся механизмом реализации права. В юридической литературе по теории государства и права механизм реализации права обоснованно раскрывается как процесс осуществления правовых предписаний посредством целесообразных действий людей, направленных на достижение каких-либо конкретных результатов в форме исполнения или применения норм права⁹. Такое определение, например, подтверждается реализацией права при осуществлении муниципального процесса. Так, при выдаче избирательного бюллетеня членом участковой избирательной комиссии исполняется требование правовой нормы, которой установлена процедура голосования на муниципальных выборах. В качестве примера применения права можно назвать завершающую процедуру принятия гражданина Российской Федерации на муниципальную службу в форме издания компетентным должностным лицом индивидуального правового акта, подтверждающего факт решения этого вопроса.

Использование понятия «механизм» для раскрытия сущности правового регулирования муниципального процесса позволяет объединить, с одной стороны, статику муниципального процесса в виде процессуальных норм, включенных в систему муниципального права как отрасли права Российской Федерации, а с другой стороны, природную динамичность процесса в виде осознанных целенаправленных процессуальных действий, обеспечивающих реализацию правовых норм, определяющих полномочия органов местного самоуправления по решению вопросов местного значения и других вопросов, касающихся жизнедеятельности местных сообществ.

Слово «механизм» трактуется как система, устройство, определяющие порядок какого-нибудь вида деятельности¹⁰. В правовом смысле это слово используется для обобщенной характеристики системы правового регулирования юридической деятельности, осуществляемой органами публичной власти, в том числе и органами местного самоуправления, а также населением в лице граждан РФ, проживающих в муниципальных образованиях, в процессе их участия в осуществлении местного самоуправления.

Механизм правового регулирования муниципального процесса имеет ряд особенностей. Во-первых, он ограничен территорией муниципального образования. Во-вторых, правовыми регуляторами муниципального процесса являются не только нормы федерального и регионального законодательства, но и нормы муниципальных правовых актов. В-третьих, механизм правового регулирования муниципального процесса обеспечивает реализацию материальных полномочий субъектов муниципального права по решению вопросов местного значения и других законодательно определенных за ними вопросов.

Механизм правового регулирования муниципального процесса включает в себя такие элементы, как правовые нормы, рассчитанные на многократное применение, действия субъектов муниципального права, юридические факты, муниципальные правовые отношения.

Первым элементом механизма правового регулирования муниципального процесса яв-

⁸ Сапожников А. А. Системные основы теории муниципального управления: муниципальный процесс // Вестник Челябинского государственного университета. 2003. Т. 7. С. 76—77.

⁹ См., например: Марченко М. Н. Теория государства и права: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2013. С. 606—614.

¹⁰ Ожегов С. И. Указ. соч. С. 535.

ляется муниципальная процессуальная норма. Таковой является правовая норма, закрепляющая порядок реализации материальных норм¹¹. Процессуальным нормам свойственны все признаки правовых норм, что подтверждается предназначением и содержанием муниципальных процессуальных норм¹². В. И. Фадеев отмечал, что процессуальные нормы определяют порядок (процедуру) выборов и деятельности органов местного самоуправления, порядок принятия решений непосредственно населением муниципальных образований, процедуру реализации права населения на правотворческую инициативу в вопросах местного значения¹³. В то же время он вполне обоснованно полагал, что диапазон применения процессуальных норм значительно шире. Ведь вполне очевидно, что процессуальные нормы обеспечивают реализацию всех материальных правовых норм, закрепляющих полномочия органов местного самоуправления и других субъектов муниципального права, включая порядок подготовки и проведения заседаний представительных органов муниципальных образований, подготовки и утверждения местных бюджетов¹⁴, проведения местных референдумов¹⁵.

Муниципальные процессуальные нормы по характеру предписаний являются управомочивающими и обязывающими. Управомочивающий признак процессуальных норм проявляется при реализации субъектом местного самоуправления права осуществлять целенаправленные действия по решению вопросов местного значения, например реализовать право издать решение об установлении ставок местных налогов. Обязывающий признак процессуальных норм проявляется, когда описанные в них действия обязательны для исполнения субъектами муниципального права, например если необходимо определить порядок организации обсуждения населением проекта устава муниципального образования или внесения изменений в этот нормативный правовой акт.

Предназначение муниципальных процессуальных правовых норм видится в определении порядка реализации материальных полномочий, которыми наделены субъекты муниципального права, например при решении вопросов изменения границ муниципальных образований и их преобразования.

О распространенности муниципальных процессуальных правовых норм свидетельствует то, что они составляют заметную часть многих федеральных законодательных актов и законов субъектов Российской Федерации, а также правовых актов, принимаемых на уровне местного самоуправления. Большое количество процессуальных норм, обеспечивающих функционирование непосредственной демократии на муниципальном уровне, содержится, к примеру, в Федеральном законе от 12 июня 2002 г. № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации»¹⁶. В статье 24 этого Закона определен порядок формирования избирательных комиссий муниципальных образований и последовательность действий представительных органов муниципальных образований для достижения этой цели.

Сфера процессуальной деятельности субъектов муниципального права, регулируемой федеральными законами, достаточно широка. Этот вывод подтверждается, к примеру, содержанием федеральных законов. Так, во исполнение Федерального закона от 14 ноября 2002 г. № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях»¹⁷ органы местного самоуправления осуществляют такие процессуальные действия, как утверждение устава и бухгалтерской отчетности муниципального унитарного предприятия, дача согласия на распоряжение недвижимым имуществом, на совершение иных сделок и контроль за выполнением предприятием экономических показателей. Адресованные органам местного самоуправления процессуальные нормы со-

¹¹ См.: Теория государства и права : учебник для вузов / под ред. О. В. Мартышина. М., 2007. С. 274.

¹² См.: Лукьянова Е. Г. Теория процессуального права. М., 2003. С. 167.

¹³ Кутафин О. Е., Фадеев В. И. Муниципальное право Российской Федерации : учебник. 3-е изд. М., 2010. С. 18.

¹⁴ См.: Постовой Н. В., Таболин В. В., Черногор Н. Н. Муниципальное право России : учебник / под ред. Н. В. Постового. 2-е изд. М., 2011. С. 11.

¹⁵ См.: Комарова В. В. Референдумный процесс Российской Федерации : учеб. пособие / под ред. д-ра юрид. наук О. Е. Кутафина. М. : Директ-Медиа, 2014.

¹⁶ СЗ РФ. 2002. № 24. Ст. 2253.

¹⁷ СЗ РФ. 2002. № 48. Ст. 4746.

держатся в Федеральном законе от 13 июня 2015 г. № 220-ФЗ «Об организации регулярных перевозок пассажиров и багажа автомобильным транспортом и городским наземным электрическим в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹⁸. Этим Законом на местные органы публичной власти возлагаются такие процессуальные действия, как установление, изменение и отмена муниципальных маршрутов регулярных перевозок автобусным транспортом общего пользования, заключение муниципальных контрактов с победителями конкурсов на перевозки пассажиров по регулируемым тарифам, контроль за реализацией требований этих контрактов.

Процессуальные правовые нормы содержатся и в законах субъектов Российской Федерации, касающихся сферы местного самоуправления на подведомственной им территории. Так, например, в Законе Архангельской области от 21 июня 2006 г. № 194-11-ОЗ «О порядке голосования по отзыву депутата представительного органа муниципального образования, члена выборного органа местного самоуправления, выборного должностного лица местного самоуправления в Архангельской области»¹⁹ имеются процессуальные нормы, описывающие обязательные процедуры осуществления голосования по отзыву муниципальных депутатов. К таким процедурам, в частности, относятся: процедура регистрации участников собрания по инициированию отзыва депутата, процедура выступления на таком собрании отзываемого лица, процедура формирования инициативной группы граждан для осуществления взаимодействия с избирательной комиссией муниципального образования, процедура оформления подписных листов в поддержку отзыва депутата. Наличие процессуальных норм в федеральных и региональных законах позволяет считать эти законы правовыми источниками механизма правового регулирования муниципального процесса.

Важнейшей особенностью механизма правового регулирования муниципального процесса является то, что основные процессуальные нормы сосредоточены в муниципальных нормативных правовых актах. В значительной мере это обусловлено тем, что федеральный и региональный законодатель полагают, что процес-

суальные вопросы осуществления местного самоуправления следует широко регулировать на муниципальном уровне. Об этом свидетельствует, к примеру, содержание Федерального закона от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ. Например, в ст. 24 указанного Закона установлено, что процедура отзыва депутата, члена выборного органа местного самоуправления, выборного должностного лица местного самоуправления устанавливается уставом муниципального образования. В его ст. 26 определено, что порядок реализации правотворческой инициативы граждан регулируется нормативным правовым актом представительного органа муниципального образования. Подобные отсылочные нормы имеются и в других статьях названного Закона, а также в законах субъектов РФ по вопросам организации местного самоуправления.

Такая ориентация органов местного самоуправления на создание процессуальной основы своей деятельности представляется обоснованной. Ведь именно органы местного самоуправления знают особенности процессуального обеспечения местного самоуправления на своей территории и в состоянии отразить их в своих нормативных правовых актах. Важной гарантией принятия надлежащих процессуальных нормативных правовых актов является многотысячный аппарат органов местного самоуправления, состоящий примерно на одну треть из юристов.

Анализ муниципальных правовых актов показывает, что процессуальные нормы содержатся прежде всего в уставах муниципальных образований и некоторых других актах общего характера. В уставах муниципальных образований чаще всего фиксируются процедуры организации местных референдумов и осуществления других форм муниципальной демократии. Кроме того, в уставах муниципальных образований имеются отсылочные нормы к специальным нормативным правовым актам. Во исполнение этих норм представительные органы муниципальных образований принимают регламенты, регулирующие организацию их внутренней деятельности, а также положения о порядке реализации гражданами правотворческой инициативы, о порядке проведения опросов и некоторые другие муниципальные процессуальные акты.

В развитие и во исполнение уставных требований значительное количество общих

¹⁸ СЗ РФ. 2015. № 29 (ч. I). Ст. 4346.

¹⁹ Ведомости Архангельского областного Собрания депутатов четвертого созыва. 2006. № 11.

и специальных нормативных правовых актов принимают местные администрации в форме положений о порядке решения каких-либо вопросов местного значения и административных регламентов о предоставлении муниципальных услуг. В административных регламентах определяются не только порядок предоставления отдельных муниципальных услуг, но и порядок осуществления контрольной деятельности по проверке их качества и своевременности предоставления. Примечательна в этом контексте, например, нормотворческая практика администрации города Ижевска. 30 июня 2011 г. она утвердила Порядок разработки и утверждения административных регламентов предоставления муниципальных услуг в городе Ижевске, который относится к первой группе нормативных правовых актов²⁰.

В данном правовом документе в редакции от 21 апреля 2016 г. определен общий порядок подготовки административных регламентов, на основе которого должны разрабатываться административные регламенты предоставления муниципальных услуг территориальными и отраслевыми (функциональными) органами — структурными подразделениями администрации города Ижевска. В понятийном аппарате анализируемого правового акта правомерно раскрываются понятия «административный регламент», «муниципальная услуга», «административная процедура». При этом под административной процедурой понимаются логически обособленные последовательные административные действия, осуществляемые при предоставлении муниципальной услуги, имеющие начало и конечный результат в виде оказанной услуги. Кроме того, в Порядке раскрыты иные понятия и термины, в том числе «заявитель», «орган, осуществляющий муниципальную услугу», что вполне обоснованно.

Структура и содержание названного Порядка нашла отражение в административных регламентах по предоставлению конкретных муниципальных услуг, осуществляемых структурными подразделениями администрации города Ижевска. Такие муниципальные процессуальные акты составляют группу специальных муниципальных процессуальных актов. К ним относится, например, Административный регламент предоставления муниципальной услуги «Предоставление разрешения на строи-

тельство», который утвержден постановлением администрации города Ижевска от 14 декабря 2017 г. № 548²¹. Данным Регламентом определены состав, сроки и последовательность административных процедур, осуществляемых главным управлением архитектуры и градостроительства администрации города Ижевска, а также его должностными лицами и муниципальными служащими. Целями Регламента является обеспечение правомерности предоставления муниципальной услуги, открытости деятельности органов местного самоуправления, доступности обращения за предоставлением муниципальной услуги, возможности ее получения в электронном виде, правомерности взимания платы за муниципальную услугу.

Содержание данного Административного регламента и многих других аналогичных процессуальных актов позволяет сделать вывод о том, что внедрение в правоприменительную практику указанного вида процессуальных актов обеспечивает правомерное применение органами местного самоуправления предоставленных им полномочий, объективное рассмотрение заявлений граждан, которые нуждаются в соответствующих муниципальных услугах, и квалифицированное их оказание.

Движущей силой правового регулирования муниципального процесса являются главным образом органы местного самоуправления. Именно они организуют деятельность по решению вопросов местного значения, принимают муниципальные нормативные правовые акты процессуального характера. Поэтому вполне правомерно относить органы местного самоуправления к элементам механизма правового регулирования муниципального процесса.

В процессе деятельности органов местного самоуправления и других субъектов муниципального права возникают процессуальные правовые отношения. Они являются результатом реализации материальных полномочий субъектами муниципального права, их деятельности по решению вопросов местного значения и других законодательно закрепленных за ними вопросов, реальным проявлением процессуальной деятельности и входят в состав механизма правового регулирования муниципального процесса в качестве его элемента.

Условием возникновения, изменения и прекращения правоотношений являются юридиче-

²⁰ Распоряжение администрации г. Ижевска от 30 июня 2011 г. № 273 // СПС «КонсультантПлюс».

²¹ Официальный сайт муниципального образования «Город Ижевск». URL: <http://www.izh.ru>. 19.12.2017.

ские факты в виде действий и событий²². Оба вида юридических фактов являются стимуляторами механизма правового регулирования муниципального процесса. При этом осуществляемые процессуальные действия порождают определенные юридические последствия, влекущие совершение новых нормативно обусловленных действий, в конечном счете обеспечивающих достижение ожидаемого результата в форме, например, конкретного муниципального правового акта.

Юридические факты в виде событий, то есть явлений, не зависящих от воли человека, но влекущих за собой возникновение, изменение или прекращение правоотношений, к примеру наводнение, также активизируют муниципальный процесс. Ведь и в таких случаях органы местного самоуправления реализуют свои материальные полномочия путем осуществления процессуальных действий. Такие действия влекут за собой юридические последствия, например в форме списков жителей муниципальных образований, нуждающихся в финансовой и иной помощи для компенсации последствий стихийного бедствия.

Многочисленность правовых процессуальных норм, используемых при осуществлении механизма правового регулирования муниципального процесса, актуализирует вопрос об их систематизации. Решение этого вопроса позволит комплексно оценить состояние правового регулирования муниципального процесса, определить пути его совершенствования. В настоящее время, как известно, имеются три варианта систематизации правовых норм — в виде правового института, в виде подотрасли и отрасли права. Анализ учебной и теоретической литературы по муниципальному праву показывает, что в учебниках, пособиях и монографиях не выделяется правовой институт муниципального процесса. Между тем оснований для его выделения, на наш взгляд, более чем достаточно.

В связи с этим заметим, что под правовым институтом понимается группа взаимосвязанных правовых норм, регулирующих определенный вид однородных общественных отношений²³. С этим определением теоретиков права согласны ученые — специалисты в области муниципального права. Н. С. Тимофеев отме-

чает, что муниципальные правовые институты образуют близкие по объекту и характеру правового регулирования нормы²⁴. При этом материальные и процессуальные нормы зачастую содержатся в одних и тех же источниках муниципального права, применяются в переплетении и взаимосвязи²⁵.

Под вышеприведенное определение правового института как структурного элемента любой отрасли российского права подпадает и совокупность процессуальных норм, регулирующих муниципальные правовые отношения. Процессуальные нормы связаны между собой общей целью в виде обеспечения реализации материальных полномочий субъектов местного самоуправления. Их отличием от материальных норм является то, что в них либо содержится название какого-либо действия, например голосование, или определяется порядок осуществления такого действия, к примеру выдача бюллетеня избирателю для выражения его волеизъявления.

Анализ правовых источников отрасли муниципального права Российской Федерации показывает, что процессуальные нормы, как уже отмечалось, содержатся во многих федеральных и региональных законах, в том числе упомянутых в настоящей статье, а также в уставах муниципальных образований и других муниципальных правовых актах. При этом количество процессуальных норм постоянно увеличивается, чем обуславливается объективная потребность в их объединении в самостоятельный правовой институт муниципального процесса и включения его в систему правовых институтов муниципального права. Информация об этих правовых институтах содержится во всех учебниках по муниципальному праву²⁶.

Совокупность процессуальных муниципальных норм в виде правового института может быть структурирована следующим образом.

Первую группу процессуальных норм целесообразно сформировать из процессуальных норм, обеспечивающих реализацию избирательных прав граждан и формирование органов местного самоуправления. Вторая группа процессуальных норм может оформиться из норм, регулирующих муниципальный право-

²² См.: Юридический энциклопедический словарь. М., 2008. С. 801—803.

²³ См.: Теория государства и права / под ред. О. В. Мартышина. С. 298.

²⁴ См.: Муниципальное право России : учебник / отв. ред. С. А. Авакьян. М., 2009. С. 29.

²⁵ Муниципальное право России / отв. ред. С. А. Авакьян. С. 20.

²⁶ См., например: *Кутафин О. Е., Фадеев В. И.* Указ. соч. С. 16—18.

творческий процесс. Третья — из процессуальных норм, обеспечивающих реализацию полномочий субъектов местного самоуправления по решению вопросов местного значения. Четвертую группу можно сформировать из процессуальных норм, описывающих порядок проведения проверок и других контрольных действий, а также порядок привлечения органов местного самоуправления, должностных лиц и муниципальных служащих к ответственности.

Выделение правового института муниципального процесса будет иметь теоретическое

значение, так как станет фактором для проведения соответствующих научных исследований и повлечет за собой разработку кодифицированных процессуальных актов, регулирующих муниципальные процессуальные правоотношения. Их принятие повысит целенаправленность муниципального процесса, что положительно отразится на решении субъектами местного самоуправления вопросов местного значения, а также будет способствовать повышению эффективности реализации предоставленных им материальных полномочий.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Горшенев В. М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. — М., 1972.
2. Забелина Е. П. Муниципальный процесс : монография. — М., 2019.
3. Зеленцов А. Б., Ястребов О. А. Судебное административное право : учебник для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция». — М. : Статут, 2017.
4. Комарова В. В. Референдумный процесс Российской Федерации : учеб. пособие / под ред. д-ра юрид. наук О. Е. Кутафина. — М. : Директ-Медиа, 2014. — 608 с.
5. Кутафин О. Е., Фадеев В. И. Муниципальное право Российской Федерации : учебник. — 3-е изд. — М., 2010.
6. Лукьянова Е. Г. Теория процессуального права. — М., 2003.
7. Марченко М. Н. Теория государства и права : учебник. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2013.
8. Муниципальное право России : учебник / отв. ред. С. А. Авакьян. — М., 2009.
9. Ожегов С. И. Толковый словарь русского языка. — 28-е изд. — М., 2014.
10. Постовой Н. В., Таболин В. В., Черногор Н. Н. Муниципальное право России : учебник / под ред. Н. В. Постовой. — 2-е изд. — М., 2011.
11. Саликов М. С. Конституционно-процессуальное право как наука, отрасль права и учебная дисциплина // Право и политика. — 2000. — № 4. — С. 15—22.
12. Сапожников А. А. Системные основы теории муниципального управления: муниципальный процесс // Вестник Челябинского государственного университета. — 2003. — Т. 7. — С. 76—77.
13. Серяева И. Ю. Конституционное процессуальное право : учебное пособие. — Оренбург, 2012.
14. Сорокин В. Д. Административно-процессуальное право : учебник. — 2-е изд., перераб. и доп. — СПб. : Издательство Р. Асланова «Юридический центр-Пресс», 2008.
15. Теория государства и права : учебник для вузов / под ред. О. В. Мартышина. — М., 2007.
16. Юридический энциклопедический словарь. — М., 2008.

Материал поступил в редакцию 3 апреля 2018 г.

THE MECHANISM OF LEGAL REGULATION OF THE MUNICIPAL PROCESS

ZABELINA Elena Pavlovna, PhD in Law, Associate Professor of the Department of Public and Municipal Administration of the Institute of Public Administration and Law of the State University of Management, Associate Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law of the Kutafn Moscow State Law University (MSAL), Expert of the All-Russian Council of Local Self-Government
Zabelina_ep@mail.ru
109542, Russia, Moscow, Ryazansky pr-t, d. 99

Abstract. *The article reveals the content of the mechanism of legal regulation of the municipal process. The municipal process is considered as an activity of subjects of local self-government regarding application of*

procedural rules for resolution of local issues and other issues concerning community life. The paper highlights that the mechanism of legal regulation of the municipal process has its own features. These include, in particular, its limitation to the territory of a municipality, the incorporation of municipal procedural rules not only in federal and regional laws, but also in municipal legal acts. The author concludes that the mechanism of legal regulation of the municipal process ensures the exercise of substantive powers of subjects of municipal law.

The paper proposes to recognize the legal institution of the municipal process as an element of Municipal Law of the Russian Federation, as well as to adopt codified acts containing procedural rules ensuring the exercise of substantive powers by local authorities. This is seen as an important condition for improving the efficiency of the municipal process.

Keywords: *law, mechanism of legal regulation of the municipal process, municipal procedural rules, municipal procedural relations, municipal law of the Russian Federation, municipal legal acts, municipal process, subjects of local self-government, legal institute of the municipal process.*

REFERENCES

1. Gorshenev V. M. Sposoby i organizacionnye formy pravovogo regulirovaniya v socialisticheskom obshhestve [Methods and organizational forms of legal regulation in socialist society]. Moscow, 1972. (In Russ.)
2. Zabelina E. P. Munitsipalnyy protsess : monografiya [Municipal process: A monograph]. Moscow, 2019. (In Russ.)
3. Zelentsov A. B., Yastrebov O. A. Sudebnoe administrativnoe pravo : uchebnik dlya studentov vuzov, obuchayushchikhsya po spetsialnosti «Yurisprudentsiya» [Judicial Administrative Law: A Textbook for University Students Majoring in «Jurisprudence.» Moscow, Statut Publ., 2017 (In Russ.)
4. Komarova V. V. Referendumnyy protsess rossiyskoy federatsii : ucheb. posobie [Referendum process of the Russian Federation: A Study Guide]. O. E. Kutafin (ed.). Moscow, Direct-Media Publ., 2014. 608 p. (In Russ.)
5. Kutafin O. E., Fadeev V. I. Munitsipalnoe pravo Rossiyskoy Federatsii : uchebnik [The municipal law of the Russian Federation: A textbook]. 3rd ed. Moscow, 2010. (In Russ.)
6. Lukyanova E. G. Teoriya protsessualnogo prava [The theory of procedural law]. Moscow, 2003. (In Russ.)
7. Marchenko M. N. Teoriya gosudarstva i prava : uchebnik [The theory of the State and Law: A Textbook]. 2nd ed., rev. and suppl. Moscow, 2013. (In Russ.)
8. Munitsipalnoe pravo Rossii : uchebnik [Municipal Law of Russia: A Textbook]. C. A. Avakyan (ed.). Moscow, 2009. (In Russ.)
9. Ozhegov S. I. Tolkovyy slovar russkogo yazyka [Explanatory Dictionary of the Russian Language]. 28th ed. Moscow, 2014. (In Russ.)
10. Postovoy N. V., Tabolin V. V., Chernogor N. N. Munitsipalnoe pravo Rossii : uchebnik [The Municipal Law of Russia: A Textbook]. N.V. Postovoy. 2nd ed. Moscow, 2011. (In Russian)
11. Salikov M. S. Konstitutsionno-protsessualnoe pravo kak nauka, otrasl prava i uchebnaya distsiplina [Constitutional and procedural law as a science, branch of law and educational discipline]. *Pravo i politika [Law and Politics]*. 2000. No. 4. P. 15—22. (In Russ.)
12. Sapozhnikov A. A. Sistemnye osnovy teorii munitsipalnogo upravleniya: munitsipalnyy protsess [System bases of the theory of municipal management: Municipal Process]. *Vestnik Chelyabinskogo gosudarstvennogo universiteta [Bulletin of Chelyabinsk State University]*. 2003. Vol. 7. pp. 76—77. (In Russ.)
13. Seryaeva I. Yu. Konstitutsionnoe protsessualnoe pravo : uchebnoe posobie [Constitutional procedural law: A Study Guide]. Orenburg, 2012. (In Russ.)
14. Sorokin V. D. administrativno-protsessualnoe pravo : uchebnik [Administrative and procedural law: A Textbook]. 2nd ed., rev. and suppl. St. Petersburg, «Yuridicheskiy tsentr-Press» R. Aslanov Publishing House, 2008. (In Russ.)
15. Teoriya gosudarstva i prava : uchebnik dlya vuzov [The theory of the State and Law: A textbook for universities]. O.V. Martyshin (ed.). Moscow, 2007. (In Russ.)
16. Yuridicheskiy entsiklopedicheskiy slovar [Legal Encyclopedic Dictionary]. Moscow, 2008. (In Russ.)

О. И. Баркова*,
В. А. Власов**

НЕКОТОРЫЕ АКТУАЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ АРХИТЕКТУРНОЙ СРЕДЫ В РОССИИ: ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

Аннотация. Научная новизна проблематики охраны архитектурного наследия в Российской Федерации состоит в том, что многие ее аспекты имеют важное не только теоретическое, но и практическое значение. Деятельность по сохранению исторической памяти приобретает все большее число сторонников в нашей стране, где совсем недавно безраздельно царил утилитаризм и стремление к бесконечному обновлению. Приходит осознание того, что каждый объект национального культурного и исторического наследия, независимо от производимого эстетического эффекта и формы собственности, принадлежит всем людям нынешнего и будущего поколений. Каждый гражданин имеет право на доступ к культурным ценностям. Сравнительно-правовой метод в культурно-охранной деятельности является чрезвычайно актуальным, потому что в различных странах стереотипы оценки материального наследия не одинаковы. Авторами обнаружены закономерности различной оценки сходных явлений, в связи с которой носители отнесены к двум типам культур. Методологической основой стратегий выступают следующие теоретические положения: «самодостаточные» социумы — это социумы, углубленно изучающие, вписывающие в мозаику бытования социума каждый артефакт; «менее самодостаточные» — признающие свое наследие ущербным: «некрасивым» физически и духовно неполноценным, что «помогает» легко с ним расставаться. На примере города Красноярска приведен анализ фактов, позволяющих считать второе мнение «внушенным» и подлежащим исправлению. Данный казус как явление юридической сферы проявляется как конфликт частных и публичных интересов, который требует своего разрешения. Для поиска оптимальной и эффективной модели организации аппарата государства, формирования системы законодательства в области культуры необходимо использовать метод государственно-правового моделирования. Выводы авторов сопровождаются рекомендациями, оценками, предложениями, имеющими практическое значение.

Ключевые слова: архитектурная среда, архитектурный облик, объект культурного наследия, право, законодательство, культура, власть, предмет охраны, культурная самобытность, пространство обитания, стратегия развития.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.152.7.045-053

© Баркова О. И., Власов В. А., 2019

* Баркова Ольга Ивановна, кандидат философских наук, консультант юридического агентства «Антикризисный центр»

Vo1112@ya.ru

660075, Россия, г. Красноярск, ул. Железнодорожников, д. 32, кв. 142

** Власов Валерий Александрович, кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Красноярского государственного аграрного университета, доцент кафедры гражданского права и процесса Сибирского юридического института МВД России, член Российской академии юридических наук, член Общественной палаты г. Красноярска

vav.70@mail.ru

660012, Россия, г. Красноярск, ул. Судостроительная, д. 26а, кв. 52

1. ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ АРХИТЕКТУРНОЙ СРЕДЫ РОССИИ В СОВРЕМЕННОМ РОССИЙСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ И МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ

Надлежащее обеспечение сохранности памятников истории и культуры и заботливое отношение к объектам, которые могут быть признаны таковыми, — это те общепризнанные общечеловеческие ценности, которые позволяют сохранять и гордиться ими на протяжении долгого периода времени. Сохранение культурного наследия народа в новых реалиях является одной из важнейших внутренних функций государства, которая закреплена в Конституции РФ¹: «Каждый имеет право на участие в культурной жизни и пользование учреждениями культуры, на доступ к культурным ценностям. Каждый обязан заботиться о сохранении исторического и культурного наследия, беречь памятники истории и культуры» (ч. 2 и ч. 3 ст. 44). Указанные конституционные права и обязанности находят свое отражение в действующем российском законодательстве.

Федеральный закон от 25.06.2002 № 73-ФЗ «Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации»² (далее — Федеральный закон № 73-ФЗ) собственно к объектам культурного наследия (памятникам истории и культуры) народов Российской Федерации относит объекты недвижимого имущества (включая объекты археологического наследия) и иные объекты с исторически связанными с ними территориями, произведениями живописи, скульптуры, декоративно-прикладного искусства, объектами науки и техники и иными предметами материальной культуры, возникшие в результате исторических событий, представляющие собой ценность с точки зрения истории, археологии, архитектуры, градостроительства, искусства, науки и техники, эстетики, этнологии или антропологии, социальной культуры и являющиеся свидетельством эпох и цивилизаций, подлинными источниками информации о зарождении и развитии культуры (ст. 3).

Более того, законодатель непосредственно в этой же статье закрепил следующие виды объектов культурного наследия: памятники; мемориальные квартиры; мавзолеи, отдельные захоронения; произведения монументального искусства; объекты науки и техники; объекты археологического наследия; ансамбли; произведения ландшафтной архитектуры и садово-паркового искусства, некрополи; объекты археологического наследия; достопримечательные места; центры исторических поселений или фрагменты градостроительной планировки и застройки; памятные места, культурные и природные ландшафты; места совершения религиозных обрядов; места захоронений жертв массовых репрессий; религиозно-исторические места.

Нельзя не отметить, что к отдельному виду достопримечательных мест относятся музеи-заповедники, регулируемые Федеральным законом от 23.02.2011 № 19-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации»»³.

В 2012 г. был разработан правовой статус исторического поселения регионального значения. Пункт 7 ст. 59 Федерального закона № 73-ФЗ установил порядок наделения статусом исторических поселений регионального значения. Перечень и границы их утверждаются в порядке, установленном законом субъекта РФ. В частности, на территории Красноярского края действует Закон от 23.04.2009 № 8-3166 «Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации, расположенных на территории Красноярского края»⁴.

За нарушение правовых норм в исследуемой области правонарушители могут привлекаться к дисциплинарно-правовой, гражданско-правовой, административно-правовой (ст. 7.13. КоАП РФ⁵) и уголовно-правовой ответственности (ст. 243 УК РФ⁶).

¹ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ) // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru>. 01.08.2014.

² URL: <http://www.consultant.ru> (дата обращения: 24.04.2018).

³ URL: <http://www.consultant.ru> (дата обращения: 15.05.2018).

⁴ URL: <http://docs.cntd.ru> (дата обращения: 15.05.2018).

⁵ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

⁶ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

Чрезвычайно важное значение имеет вопрос о регламентации отдельных аспектов архитектурной среды в международных договорах. Например, во Всеобщей декларации прав человека 1948 г. указано, что «каждый человек имеет право свободно участвовать в культурной жизни общества...» (п. 1 ст. 27). Указанное право человека предусмотрено также в п. 1 ст. 15 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах 1966 г. В Декларации принципов международного культурного сотрудничества (принята в Париже 4 ноября 1966 г. на 14-й сессии Генеральной конференции ЮНЕСКО)⁷ установлено, что развитие собственной культуры является правом и долгом каждого народа (ст. 1). В Рекомендации ЮНЕСКО «Об участии и вкладе народных масс в культурную жизнь» (принята в Найроби 26 ноября 1976 г. на 19-й сессии Генеральной конференции ЮНЕСКО)⁸ культурное развитие показано не только как дополняющее и регулирующее общее развитие, но и как подлинное орудие прогресса.

2. ОТДЕЛЬНЫЕ ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ АРХИТЕКТУРНОЙ СРЕДЫ В КРАСНОЯРСКОМ КРАЕ

В соответствии с постановлением Правительства РФ от 27.12.2012 № 1446, одной из целей федеральной целевой программы «Культура России (2012—2018 годы)» является сохранение российской культурной самобытности, один из главных факторов которой — архитектурный облик российского города.

Вопреки этому положению мэрия Красноярска в преддверии Зимней универсиады 2019 г. приняла решение «провести масштабный снос деревянных домов в центре города. В январе 2016 г. Департамент градостроительства г. Красноярска опубликовал перечень из более чем 250 многоквартирных жилых домов, в том числе и деревянных, находящихся в центре краевой столицы, признанных аварийными и подле-

жащими сносу. Жители Красноярска протестуют против сноса ряда ценных зданий»⁹.

Следует отметить, что необходимо поддерживать и пропагандировать формы общественного контроля гражданского общества на территории муниципальных образований, если имеется реальная угроза утраты зданий и сооружений, которые не признаны, но имеют признаки объектов историко-культурного наследия.

Профессиональная общественность, позицию которой выражает Краевое отделение Всероссийского общества охраны памятников истории и культуры (ВООПИиК), требует прекратить процесс исключения Службой объектов из списков объектов культурного наследия, «остановить поточный процесс невключения выявленных объектов культурного наследия в Госреестр ОКН»¹⁰. Похожие движения наблюдаются в Иркутской, Томской, Новосибирской областях. Общественный совет при Службе охраны Иркутской области в рамках плана своей работы проводил исследование качества актов государственной историко-культурной экспертизы (ГИКЭ) и указал руководителю Службы на обнаруженные «кардинальные недостатки актов ГИКЭ, делающих эти акты неправомерными».

Характерна и малочисленность специалистов, занятых охраной памятников истории и культуры. В Красноярском крае таковых насчитывается шесть. Пока что в отрасли не совсем качественно работает институт экспертов, которому свойственно не только ошибаться, но и намеренно злоупотреблять своими эксклюзивными правами, выступая от лица всего народа и даже будущих поколений.

Обращает на себя внимание тот факт, что учредитель строительной компании ООО УСК «Сибиряк» В. Егоров предпринимает попытки исключения объектов культурного наследия из реестра охраны в судебном порядке (в частности, жилой дом XIX в. на ул. Ленина, д. 154; училище имени Николая II, ул. Профсоюзов, д. 3) путем признания недействительным приказа о включении объекта в реестр¹¹. В каче-

⁷ Международные нормативные акты ЮНЕСКО. М., 1993. С. 404—406.

⁸ Международные нормативные акты ЮНЕСКО. С. 340—352.

⁹ Власти готовят массовый снос деревянных домов // URL: <http://krasnoyarsk-news.net> (дата обращения: 24.04.2018).

¹⁰ Меерович М. Г. Вынужден обратить Ваше внимание // URL: <http://irkutsk.aldana.ru/new> (дата обращения: 24.04.2018).

¹¹ Медведев рвется к власти. Итоги недели в Красноярском крае // URL: <http://magazine.fedpress.ru/news> (дата обращения: 24.04.2018).

стве причины сноса ценных объектов исторического центра указываются надуманные аргументы: аварийное состояние (до которого их специально доводят строительные машины новых застройщиков), грибковые поражения и т.п. Статья 29 Федерального закона № 73-ФЗ прямо закрепляет, что историко-культурные, а не технические характеристики являются основными для внесения в реестр объектов культурного наследия. Принятие решений правительством края с такой мотивировкой в очередной раз подчеркивает некомпетентность работников данной сферы. Для экспертов, выдавших заведомо некачественные заключения, законом установлены меры ответственности, которые в Красноярском крае пока не применялись.

Для облегчения процедуры сноса так называемого «ветхого жилого фонда» один из депутатов горсовета г. Красноярска прошлого созыва заказал историко-культурную экспертизу в Институте проблем устойчивого развития городов и территорий г. Ярославля в отношении казачьего квартала на ул. Перенсона, сформировавшегося в XIX в. (последнего из сохранившихся), и получил акт ГИКЭ, который Служба государственной охраны культурного наследия не разместила на общедоступном сайте — вопреки п. 4 ст. 32 Федерального закона № 73-ФЗ: «Заключение историко-культурной экспертизы подлежит обязательному размещению федеральным органом охраны объектов культурного наследия, региональным органом охраны объектов культурного наследия на официальных сайтах указанных органов охраны объектов культурного наследия в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»». Результат экспертизы позволил начать снос строений, возраст которых насчитывает 200 лет, — дом казачьего урядника Евсея Ермолаева (ул. Перенсона, д. 34) и стоящий поблизости дом учителя Мацвеева (ул. Перенсона, д. 32). Это явное нарушение действующего законодательства.

Следует согласиться с К. Б. Фрадким, который писал: «Нередки случаи, когда сносят объекты культурного наследия, чтобы освободить нужный для тех или иных целей земельный участок»¹². В рассматриваемом выше случае

в Красноярске речь шла о строительстве многоквартирного дома на месте снесенных домов.

Нельзя не отметить того факта, что не только гражданское общество г. Красноярска пыталось привлечь внимание к реальным проблемам архитектурной среды в своем городе, но и известный блогер-урбанист И. Варламов: здания на ул. Перенсона он включил в список наиболее значительных архитектурных потерь России 2018 г.¹³

Вместе с тем следует отметить и положительные моменты в исследуемой области. В частности, представляется важным одно из последних определений Верховного Суда РФ от 25 января 2019 г. по делу № А33-26812/2017. Суть спора заключалась в следующем. Департамент муниципального имущества и земельных отношений администрации города Красноярска как арендодатель и ЗАО «Центральный парк» как арендатор заключили 10 ноября 2003 г. договор аренды имущественного комплекса, в состав которого входило как движимое, так и недвижимое имущество общей площадью 1 759,6 кв. м (с учетом дополнительных соглашений). Арендатор хотел реализовать преимущественное право на приобретение арендованного имущества, но получил отказ. Верховный Суд РФ руководствовался тем, что переданное ЗАО «Центральный парк» в аренду имущество представляет собой единый комплекс, состоящий из разнородных объектов, имеет единое назначение и является сложной вещью; Центральный парк имени М. Горького (объект, состоящий из разнородных элементов, объединенных общим функциональным назначением) является вместе с земельным участком памятным местом, связанным с историей и культурой города, объектом культурного наследия, зарегистрированным в соответствующем реестре. Поэтому предоставление в порядке Федерального закона от 22.07.2008 № 159-ФЗ «Об особенностях отчуждения недвижимого имущества, находящегося в государственной собственности субъектов Российской Федерации или в муниципальной собственности и арендуемого субъектами малого и среднего предпринимательства, и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» в собственность ЗАО

¹² Фрадкин К. Б. Проблемы оспаривания прав на объекты культурного наследия // Закон. 2014. № 2. С. 136—144.

¹³ Урбанист Илья Варламов включил снос старинных усадеб в Красноярске в топ архитектурных потерь года // URL: <https://newslab.ru/news/874438> (дата обращения: 24.11.2019).

отдельных частей единого объекта культурного наследия недопустимо¹⁴. (Один из авторов настоящей статьи обращал внимание на отдельные проблемы, противоречия и пробелы указанного Федерального закона¹⁵.)

Еще в одном резонансном деле, в котором активные общественники миллионного города проявили себя как истинные защитники архитектурной среды мегаполиса, речь идет о строительстве в историческом центре Красноярска бурно обсуждаемого двухэтажного кафе на месте бара «Кантри» (ул. Мира, д. 102д). В результате Управление ФСБ по Красноярскому краю проверило законность строительства данного кафе, которое находится в зоне влияния объекта регионального значения (дом купца Ивана Ивановича Кузнецова)¹⁶.

Вместе с тем важно подчеркнуть, что излишне часто и неправоммерно муниципалитеты оперируют балансовой стоимостью объектов, не учитывая, что указанными выше действиями причиняется непоправимый вред историческому наследию общества. Культура принятия решений низка, никаких открытых обсуждений не проводится. Градостроительный совет существует только на бумаге, без взаимодействия с региональными и городскими органами власти. Лоббируется выгодный для застройщиков, но пагубный для общества процесс — гиперурбанизация.

«Гиперурбанизация — вид ложной урбанизации. Если не будут приняты меры по планомерному расформированию ложных городов, наступит либо стихийная пауперизация и вымирание их населения, либо «одеревенивание», а в районах, окружающих нынешние супергорода, возникнут огромные пятна застройки сельского типа. Обществу в эпоху «постиндустриализма», осознавшему тщету навязанной извне, поданной в готовом виде стратегии, придется принимать меры для спасения людей»¹⁷.

Скруплезная дефиниция типов охраняемых объектов, их сложная, тонко разработанная номенклатура никак не коррелируют с совершенно неэффективной практикой оценки, охраны и воссоздания объектов культурного наследия.

3. ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ И РЕШЕНИЯ ГРАДОСТРОИТЕЛЬНЫХ ЗАДАЧ В РУСЛЕ ДВУХ ГЛАВНЫХ МИРОВЫХ СТРАТЕГИЙ ФОРМИРОВАНИЯ АРХИТЕКТУРНОЙ СРЕДЫ

Научный анализ позволяет исследователям сделать гипотетическое обобщение: с помощью архитектурных форм в мире создаются два принципиально разных вида как городской, так и сельской сред обитания.

Первая стратегия заключается в максимальном сохранении культурно-исторического своеобразия, в чем бы оно ни заключалось. К такой организации пространства обитания людей стремится большинство стран старой Европы. Речь, в частности, идет о Германии (Нюрнберг, Пассау), Норвегии (Берген), Франции (Каркасон) и Англии (Эдинбург). Методологической основой этой стратегии выступают следующие теоретические положения.

На каждом этапе исторического развития человечество создает ценности. Задача прогресса заключается в том, чтобы не утратить ни одну из них, какие бы новые ценности в последующем ни были выработаны. Иными словами, в ходе исторического развития ценности не заменяются, а увеличиваются в числе; к старым ценностям добавляются новые. При этом исключается отказ в ходе общественного развития даже от одной ранее созданной ценности. Сохранение в упомянутых городах плодов труда всех предыдущих поколений дает наглядное представление об эволюции среды обитания людей, о прирастании к старому нового. Каж-

¹⁴ Определение Верховного Суда РФ от 25.02.2019 по делу № А33-26812/2017 // URL: <http://sudact.ru/> (дата обращения: 04.02.2019).

¹⁵ Власов В. А., Троянов Н. И. Некоторые проблемы и пробелы Федерального закона от 22.07.2008 № 159-ФЗ «Об особенностях отчуждения недвижимого имущества, находящегося в государственной собственности субъектов Российской Федерации или в муниципальной собственности и арендуемого субъектами малого и среднего предпринимательства, и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // *Аграрное и земельное право*. 2011. № 9 (81). С. 20—30.

¹⁶ Управление ФСБ по Красноярскому краю проверило законность строительства скандального двухэтажного кафе на месте бара «Кантри» (Мира, 102д) // URL: <https://prmira.ru/news> (дата обращения: 11.02.2019).

¹⁷ Баркова О. И. Европейский урбанизм эпохи модерна, русский урбанизм эпохи ампира. Культурологические особенности // *Международный научно-исследовательский журнал*. 2017. № 3 (57). С. 91—92.

дый человек — наследник истории общества, в котором он живет. Видя приметы прошлых эпох, гражданин, руководствуясь полученной им информацией о прошедших временах, имеет возможность проведения анализа того, куда следует идти цивилизации и лично ему, со знанием дела.

Причем индивидуум прекрасно осознает изложенную методологию. Ему не приходит в голову отбросить как ненужную ни одну из ценностей, созданных человечеством до того, как он начал действовать. Вся его активность ориентирована на добавление к уже имеющимся ценностям новых, а не на отказ от какой-либо из них как менее совершенной по сравнению с остальными.

Вторая стратегия состоит в коренной реконструкции и обновлении имеющихся архитектурных форм населенных мест. Ей чаще всего следуют в Сингапуре, КНР (Шанхай), ОАЭ (Доха), Бангладеш (Дакка), Нигерии (Лагос), Бразилии (Сан-Паулу), Пакистане (Карачи) и Заире (Киншаса).

Эта стратегия имеет давнюю историю. Например, она отчетливо проявилась уже во второй половине XVIII в. в Англии в ходе промышленной революции. В Лондоне, в Музее Виктории и Альберта, в одном из экспонатов присутствует поразительная иллюстрация этой стратегии. Имеется в виду витрина с двумя изображениями одной и той же местности до и после промышленной революции. На первом изображении присутствует сельская местность, включающая дома крестьян, церковь, замок феодала, а также сельскохозяйственные угодья (луга со скотом, засеянные поля), нетронутую часть природы в виде леса. Второе изображение того же самого участка земли наполовину занято фабрикой с ее главным зданием и рядом вспомогательных сооружений. Сельскохозяйственные угодья исчезли. Вместо них на изображении присутствует городское поселение, в котором преобладающую часть занимают невыразительные здания, где живут рабочие. Леса также не осталось. Вместо него — складские помещения фабрики.

При данной характеристике второй стратегии можно сделать вывод, что ее методологическая подоплека коренным образом отличается от методологических основ первой стратегии. Суть этого отличия заключается в следующем. Большая часть того, что являлось ценностью раньше, проводниками второй стратегии ценностью не рассматривается. Для них при по-

явлении новой ценности часть того, что имело ценность раньше, утрачивает это качество. Исходя из этого, сторонники второй стратегии не церемонятся с теми достижениями человечества, которые в настоящий момент имеют вновь созданные альтернативные формы, превосходящие прежние достижения по эффективности при достижении целей, которые люди ставят перед собой. И невдомек указанным лицам, что, следуя их логике, по сути, у человечества не останется ни одной ценности, которая выступает в этом качестве во все времена. Ибо то, что считают ценностями сторонники этой стратегии, в будущем преемники их мировоззрения ценностями считать не будут. Они найдут ценности в тех механизмах и средствах, которые окажутся более эффективными в их время. По существу, эти две методологии коренным образом отличаются друг от друга в понимании общественного развития. Для сторонников первой методологии оно выступает как процесс постепенного прирастания человеческих ценностей, которых оказывается все больше. Для сторонников второй методологии количество ценностей в ходе человеческой истории не увеличивается. Причем нет благодарной оценки со стороны потомков достижений предшествующих усилий людей. При этом вторая стратегия предполагает, что не заслужит благодарности потомков и нынешнее поколение людей.

Применительно к современной Российской Федерации налицо постоянные столкновения и противоречия между творцами среды обитания людей — как городской, так и сельской — с помощью архитектурных форм. Одна часть их разделяет первую методологическую основу этого творчества, остальные — вторую. При этом такая борьба иногда приносит успех сторонникам одной из указанных методологий, иногда — приверженцам другой. Что касается результатов этого соперничества, то обогащению человеческой культуры весьма часто способствуют победы сторонников первой методологии, ибо разумно сохранять старые ценности, выработанные людьми. Но так обстоят дела не всегда.

Вторая методология также имеет рациональное зерно. Суть его в том, что если все материальные формы, созданные людьми в прошлом, сохранять, то не останется достаточно свободного места для новых материальных форм, в которых воплощены человеческие ценности, которых не было в прошлом. В обществе для того, чтобы оно развивалось, должно быть

место не только для старых, но и для новых ценностей.

Иллюстраций этого последнего тезиса имеется достаточно. Если опять обратиться к примеру Великобритании, то англичане, как в общем и целом консервативные люди, стремятся сохранять материальные формы, созданные их предшественниками на британской земле. Вот почему в Великобритании туристы могут посетить Стоунхендж (мегалитическую каменную структуру, созданную в догосударственную эпоху), построенный древними римлянами пограничный вал, защищавший цивилизованную ими часть Британии от населявших северную часть Британских островов варваров; многочисленные средневековые феодальные замки. Однако англичане все же совершили промышленную революцию и создали многочисленные материальные формы, воплощавшие ее достижения и ценности. Крупнейшей такой формой является сам многомиллионный город Лондон с его сложнейшей инфраструктурой, а также многочисленные иные британские города, разместившие крупнейшие промышленные предприятия, делавшие Англию «мастерской мира» в XIX в.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Правовое регулирование архитектурной среды в России представляет собой весьма сложную картину. В ней есть как фрагменты, свидетельствующие о приоритете первой методологии, так и противоположного плана фрагменты, подчас приводящие к тому, что первая методология в очень многих случаях является неэффективной.

У стратегии обесценения, или лишения знаковых городских пространств национальной специфики, в Красноярском крае отчетливо прослеживается политическая подоплека. Реализовать эту стратегию можно лишь с применением административного ресурса. Правовые средства сохранения старых и закрепления материальных форм, существующие в мире, либо соответствуют, либо не соответствуют тому идеалу, который имманентен конкретному обществу.

Каждая страна пытается построить собственную эффективную модель охраны национального достояния. Культурная полити-

ка — явление динамическое, вынужденное приспосабливаться к изменяющимся социальным условиям. Самосохранению любого государства и человечества в целом способствует интеграция упомянутого рационального зерна второй стратегии с тем, что является верным в стратегии первой. Причем для конкретного государства должен быть выбран свой комплекс правовых средств, обеспечивающий такую интеграцию. В правовом отношении необходимо учитывать общественную опасность, ее степень, раскрывающую социальную сущность правонарушения. Общественная опасность деяния определяется важностью, значимостью тех общественных отношений, на которые оно посягает (объектом), а также теми негативными последствиями, которые наступают. Латентность исследуемых преступлений объясняется несовершенством действующего уголовного законодательства. Уголовно-правовая охрана культурных ценностей не распространяется на те из них, которые объективно являются памятниками истории и культуры, но не имеют юридического статуса, т.к. не включены в государственный реестр. Исходя из этого, в Федеральный закон № 73-ФЗ необходимо внести норму, устанавливающую, что снос объектов, обладающих признаками объекта культурного наследия, в отношении которых в орган охраны поступило заявление о включении в перечень выявленных объектов культурного наследия, запрещен до принятия решения. Реальная практика в г. Красноярске показала, что в 90 рабочих дней, в течение которых рассматривается вопрос о постановке выявленного объекта на охрану, происходит основное количество сносов. Наличие срока и эфемерность административной ответственности за нарушение предписания о запрете сноса делают все усилия со стороны общественности по спасению зданий тщетными. Невозможность доказательства заведомого умысла в действиях разрушителей делает ст. 243 УК РФ по отношению к ним неприменимой.

Несмотря на это, потенциал институтов местного самоуправления позволяет проводить самостоятельную градостроительную политику, консолидировать финансы местного бюджета для обретения таких ценностей городской жизни, как благоприятная среда обитания, с целью сохранения объектов исторического и культурного наследия.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Баркова О. И. Европейский урбанизм эпохи модерна, русский урбанизм эпохи ампира. Культурологические особенности // Международный научно-исследовательский журнал. — 2017. — № 3 (57). — С. 91—92.
2. Власов В. А., Троянов Н. И. Некоторые проблемы и пробелы Федерального закона от 22.07.2008 № 159-ФЗ «Об особенностях отчуждения недвижимого имущества, находящегося в государственной собственности субъектов Российской Федерации или в муниципальной собственности и арендуемого субъектами малого и среднего предпринимательства, и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Аграрное и земельное право. — 2011. — № 9 (81). — С. 20—30.
3. Фрадкин К. Б. Проблемы оспаривания прав на объекты культурного наследия // Закон. — 2014. — № 2. — С. 136—144.

Материал поступил в редакцию 27 мая 2018 г.

**SOME TOPICAL ASPECTS OF IMPROVEMENT OF ARCHITECTURAL ENVIRONMENT IN RUSSIA:
PROBLEMS OF PROVIDING LEGAL SUPPORT**

BARKOVA Olga Ivanovna, PhD in Law, Consultant of the Law Agency «Anti-Crisis Center»

Bo1112@ya.ru

660075, Russia, Krasnoyarsk, ul. Zheleznichnikov, d. 32, kv. 142

VLASOV Valeriy Aleksandrovich, PhD in Law, Associate Professor of the Department of Theory and History of the State and Law of the Krasnoyarsk State Agrarian University, Associate Professor of the Department of Civil Law and of the Siberian Law Institute of the Ministry of Internal Affairs of Russia, Member of the Russian Academy of Legal Sciences, Member of the Public Chamber of the city of Krasnoyarsk

vav.70@mail.ru

660075, Russia, Krasnoyarsk, ul. Sudostroitel'naya, d. 26a, kv. 52

Abstract. *The scientific novelty of the problem of protection of architectural heritage in the Russian Federation is that many of its aspects are of not only theoretical, but also practical significance. The preservation of historical memory is becoming increasingly popular in our country, where, till recently, utilitarianism and pursuit for endless renewal have prevailed. It has been realized that every object of national cultural and historical heritage, regardless of the aesthetic effect and form of ownership, belongs to all the people of present and future generations. Every individual has the right to cultural property. A comparative method in cultural and protection activity is extremely relevant, since different countries have different stereotypes of assessment of tangible heritage. The authors have determined the regularities of different evaluations of similar phenomena, in connection with which carriers are assigned to two types of cultures. A methodological basis of the study includes the following theoretical provisions: «self-sufficient» communities are communities that thoroughly examine and fit each artifact into the mosaic of the existence of the community; «less self-sufficient» communities recognize their legacy as flawed, i.e. «ugly» physically and spiritually disabled, which «helps» part with them easily. On the example of the city of Krasnoyarsk the authors provide for the analysis of facts allowing to consider the second opinion «inspired» and subject to correction. This case as a phenomenon of the legal field manifests itself as a conflict of private and public interests, which requires its resolution. In order to find the most effective model of organization of the state apparatus and formation of legislation in the field of culture, it is necessary to use the method of state legal modeling. The conclusions of the authors are accompanied by recommendations, assessments, and proposals of practical importance.*

Keywords: *architectural environment, architectural appearance, object of cultural heritage, law, legislation, culture, power, subject of protection, cultural identity, habitat, development strategy.*



REFERENCES

1. Barkova O. I. Evropeyskiy urbanizm epokhi moderna, russkiy urbanizm epokhi ampir. Kulturologicheskie osobennosti [European urbanism of the modern era, Russian urbanism of the empire era. Cultural peculiarities]. *Mezhdunarodnyy nauchno-issledovatel'skiy zhurnal [International Scientific Research Journal]*. 2017, No. 3 (57), pp. 91—92. (In Russ.)
2. Vlasov V. A., Troyanov N. I. Nekotorye problemy i probely federal'nogo zakona ot 22.07.2008 № 159-fz «ob osobennostyakh otchuzhdeniya nedvizhimogo imushchestva, nakhodyashchegosya v gosudarstvennoy sobstvennosti subektov Rossiyskoy Federatsii ili v munitsipalnoy sobstvennosti i arenduemogo subektami malogo i srednego predprinimatel'stva, i o vnesenii izmeneniy v otdelnye zakonodatelnye akty Rossiyskoy Federatsii» [Some problems and gaps of the Federal Law of 22.07.2008 No. 159-FZ «On peculiarities of alienation of immovable property that is in state ownership of constituent entities of the Russian Federation or in municipal property and leased by entities of small and medium business, and on amendments to certain legislative acts of the Russian Federation»]. *Agrarnoe i zemelnoe pravo [Agrarian and Land Law]*. 2011. No. 9 (81). pp. 20—30. (In Russ.)
3. Fradkin K. B. Problemy osparivaniya prav na obekty kulturnogo naslediya [Problems of contesting rights to objects of cultural heritage]. *Zakon [The Law]*. 2014. No. 2. pp. 136—144. (In Russ.)

О ВОЗРАСТАЮЩЕЙ РОЛИ ПАРЛАМЕНТСКОЙ ДИПЛОМАТИИ В МНОГОПОЛЯРНОМ МИРЕ

Аннотация. Развитие современной мировой политики предъявляет новые требования к дипломатии XXI в., которая стремительно трансформировалась в многоуровневую и сложную систему. Примечательными чертами и одновременно императивами дипломатических отношений в настоящий момент являются глобализация и многополярность, турбулентность и многогранность внешнеполитического процесса, быстрая аккумуляция и обработка информации, интеграция и вместе с тем регионализация, возрастание национального самосознания государств, широкое взаимодействие с негосударственными субъектами международного права. В условиях этой долгосрочной тенденции важнейшее место принадлежит новым акторам внешнеполитического процесса, оказывающимся в форматах международного диалога нередко более конкурентоспособными по сравнению с официальными, классическими механизмами дипломатии. Так, в числе трендов в настоящее время активно проявляются публичная, экономическая, цифровая, спортивная, региональная, научная, электоральная дипломатии. Знаковая роль в осуществлении задач и целей внешней политики принадлежит институту парламентской дипломатии. Уникальность этого дипломатического направления проявляется в том, что оно органично сочетает в себе черты официальной дипломатии и дипломатии общественной, поскольку парламентарии выступают легитимными представителями своих стран, избранными путем демократических процедур и выражающими интересы своих избирателей. В Российской Федерации парламентская дипломатия признается концептуально важным, в высшей степени востребованным и перспективным форматом глобального взаимодействия, о чем неоднократно упоминалось на высоком государственном уровне.

Ключевые слова: парламент, дипломатия, представительство, парламентарий, государство, международное право, эффективность, парламентский контроль, демократия.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.152.7.054-065

В послании к участникам первого Международного форума «Развитие парламентаризма», состоявшегося в Москве 4 июня 2018 г., Президент Российской Федерации В. В. Путин отметил, что парламентская дипломатия способна «укрепить доверие между странами, оказать

положительное влияние на решение острых международных и региональных проблем»¹.

По солидарному мнению обоих спикеров палат Федерального Собрания — В. В. Володина и В. И. Матвиенко, — парламентская дипломатия может и должна содействовать

¹ Путин: парламентская дипломатия в высшей степени востребована в современных условиях // URL: <https://tass.ru/politika/5260480> (дата обращения: 30.09.2018).

© Варлен М. В., 2019

* Варлен Мария Викторовна, доктор юридических наук, профессор кафедры конституционного и муниципального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

mvvarlen@msal.ru

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

снижению конфронтации и конфликтного потенциала, укреплению доверия между странами и народами. Становление многополярной системы — процесс объективный и необратимый. И в этих условиях востребованность парламентской дипломатии, ее эффективность неуклонно возрастают. Контакты, взаимодействие парламентариев имеют место и дают эффект там, где буксуют обычные внешнеполитические механизмы².

В ежегодных отчетах МИД, многочисленных выступлениях министра иностранных дел России С. В. Лаврова, дипломатических представителей Российской Федерации неизменно подчеркивается, что парламентская дипломатия — «важный ресурс в деле эффективной реализации внешнеполитического курса России»³.

Несмотря на повышенный интерес к феномену парламентской дипломатии, исследование сущности данного института, теоретический анализ его лучших практик относятся к числу мало исследованных направлений. Научная степень осмысления термина до сих пор не сформирована в самостоятельном академическом плане.

В первую очередь это объясняется сравнительно небольшим сроком «жизнедеятельности» парламентской дипломатии по историческим меркам развития парламентаризма в целом и отдельных парламентских институ-

тов, многие из которых приобрели статус старейших (институт неприкосновенности, законодательный процесс). Во-вторых, сочетание терминов «парламентская» и «дипломатия» отражает междисциплинарный характер данного института, находящегося на стыке политологии, международного и конституционного права, что, в свою очередь, осложняет выработку единой системы его понимания и анализа.

Кроме того, на степень разработанности проблематики, безусловно, влияет динамичность диверсификации современных форматов международного сотрудничества, постоянно обуславливающих поиск новых моделей парламентской дипломатии.

Российские публикации по парламентской дипломатии представлены преимущественно научными статьями и касаются главным образом анализа общей тенденции, актуальности проблемы или интегрированы в разделы изучения парламентского права. В этом плане заслуживают признания научные разработки Н. С. Волковой, Д. Ю. Жука, В. Э. Камучевой, В. Н. Лихачева, Н. Е. Нарышкина, Т. Я. Хабриевой⁴.

Важные вопросы, которые можно отнести к области парламентской дипломатии, рассматриваются в контексте отдельных примеров интеграционного сотрудничества⁵, роли парла-

² Володин: парламентская дипломатия должна содействовать снижению конфронтации в мире // URL: <https://tass.ru/politika/5260472> ; Блог Председателя Совета Федерации В. И. Матвиенко. Санкт-Петербург дал новый импульс развитию парламентской дипломатии // *Международная жизнь*. 2017. 26 октября. URL: <https://interaffairs.ru/news/show/18625> (дата обращения: 30.09.2018).

³ Обзоры МИД России о внешнеполитической и дипломатической деятельности Российской Федерации в 2016 и 2017 годах // URL: http://www.mid.ru/foreign_policy/news/-/asset_publisher/cKNonkJE02Bw/content/id/2610167 (дата обращения: 02.10.2018).

⁴ Жук Д. Ю. Парламентская дипломатия в деятельности международных организаций // *Диалог: политика, право, экономика*. 2017. № 3 (6). С. 21—30 ; Камучева В. Парламентская дипломатия и основы межпарламентского взаимодействия Федерального Собрания // *Научный альманах*. 2016. № 4 (18). С. 62—65 ; Лихачев В. Н. Парламентская дипломатия // *Международная жизнь*. 2009. № 2 ; Нарышкин Н. Е., Хабриева Т. Я. К новому парламентскому измерению евразийской интеграции // *Журнал российского права*. 2012. № 8 (188). С. 5—15 ; *Парламентское право России: монография / А. И. Абрамова, В. А. Витушкин, Н. А. Власенко [и др.] ; под ред. Т. Я. Хабриевой ; Государственная Дума ФС РФ ; ИЗИСП при Правительстве РФ. М. : Издание Государственной Думы, 2013. С. 304—336.*

⁵ Зайцева А. А. Парламентская дипломатия БРИКС // *Международная жизнь*. 2015. № 13. С. 91—96 ; Залесский Б. Беларусь — Казахстан: резерв парламентской дипломатии // *News of Science and Education*. 2017. Т. 4. № 9. С. 53—55 ; Козут В. Г. Актуальные вопросы международной безопасности в русле парламентской дипломатии ОДКБ как фактор интеграции // *Управленческое консультирование*. 2016. № 5 (89). С. 42—52 ; Токаев К. Ж. Борьба за мир — миссия парламентской дипломатии в Евразии // *Вестник Дипломатической академии МИД России. Россия и мир*. 2016. № 2 (8). С. 22—25 ; Ягья В. С. Парламентская дипломатия в российско-корейском сотрудничестве // *Россия в глобальном мире*. 2017. № 10 (33). С. 419—470.

мента как инструмента «мягкой силы»⁶, изучения феномена «парламентского измерения»⁷.

Широкое освещение проблематики парламентской дипломатии присутствует в публикациях спикеров российского парламента, руководителей комитетов палат по международным делам, а также отдельных депутатов Государственной Думы и членов Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации⁸. Многочисленную часть составляют публикации информационного, экспертного характера по конкретным проектам парламентского сотрудничества либо освещающие отдельные официальные мероприятия, гуманитарные проекты, научно-практические конференции, круглые столы.

Таким образом, институт парламентской дипломатии постепенно формируется в самостоятельную область научного исследования, а высокая практическая значимость стимулирует углубленный анализ его сущности и концептуальные разработки.

Понятие «парламентская дипломатия» было включено в научно-политический оборот в 1955 г. Д. Раском, который главной ее задачей называл усиление взаимопонимания между странами, улучшение контроля над правительством, лучшее представительство своего народа и повышение демократической легитимности межправительственных институтов⁹.

В 1956 г. известный американский ученый, дипломат и юрист Ф. Джессап ввел термин «парламентская дипломатия» в научно-кате-

гориальный аппарат международного права. Согласно Ф. Джессапу, парламентскую дипломатию выделяют следующие основополагающие черты. Во-первых, для нее характерно создание постоянно действующего органа или организации, в компетенцию которых входит широкий круг вопросов. Во-вторых, сессии и встречи, проводимые такими органами, носят публичный характер и проходят с привлечением журналистов и других представителей СМИ, которые, по сути, и представляют интересы общественности. Наличие фиксированного регламента работы органа и порядка проведения сессий, а также их неукоснительное соблюдение всеми членами данного органа тоже является неотъемлемой частью парламентской дипломатии. По итогам сессии подобного органа принимается совместный документ (как правило, резолюция) посредством голосования ее полноправных участников¹⁰.

Следовательно, в своем первоначальном виде парламентская дипломатия создавалась как инструмент классической дипломатии, форма парламентского участия в межправительственных отношениях.

С учетом развивающихся международных процессов в конкретных странах и на площадках международных форматов понимание сущности и роль парламентской дипломатии серьезно изменились. На фоне расширения интеграционных практик на первый план внешнепарламентского сотрудничества выходит идея народного представительства и, как следствие,

⁶ *Азис Н.М.* Интеграционные процессы и роль парламентаризма как «мягкой» силы // Научные труды Республиканского института высшей школы. Минск, 2017. № 1 (17). С. 3—10; *Косачев К. И.* Мягкая сила и жесткая сила — не сумма, но произведение // Индекс безопасности. 2013. Т. 19. № 4 (107). С. 11—18; *Лебедева М. М.* Мягкая сила: понятие и подходы // Вестник МГИМО-Университета. 2017. № 3 (54). С. 212—223.

⁷ *Козут В. Г.* Актуальные аспекты развития евразийской интеграции сквозь призму парламентского измерения содружества // Национальная безопасность и стратегическое планирование. 2017. № 2 (18). С. 8—13; *Сатвалдиев Н. А.* Парламентское измерение Евразийского союза // Вестник Кыргызско-Российского славянского университета. 2013. Т. 13. № 1. С. 176—180; *Савёлов О. П.* «Парламентское измерение», которого нам не хватает. Когда и на каких условиях Россия вернется в ПАСЕ // Россия и Совет Европы: 20 лет вместе на защите прав человека : сборник материалов круглого стола, посвященного Международному дню прав человека / под ред. С. А. Глотова. М., 2017. С. 244—253.

⁸ *Жиряков С. М.* Парламентская дипломатия — народная дипломатия как важный ресурс внешнеполитической работы // Парламентаризм и развитие гражданского общества: региональные аспекты : материалы Всерос. науч.-практ. конференции / отв. ред. Ю. Лупенко; Забайкальский государственный университет. Чита, 2018. С. 13—21; *Косачев К. И.* Парламентская дипломатия в многополярном мире // Диалог: политика, право, экономика. 2017. № 1 (4). С. 26—31.

⁹ *Rusk D.* Parliamentary Diplomacy — Debate vs. Negotiation // World Affairs Interpreter. 1955. V. 26. № 2. Pp. 121—138.

¹⁰ *Recueil des Cours de l'Academie de droit international.* La Haye, 1956. V. 89. P. 234.

представительская функция парламента. Таким образом, парламентская дипломатия стала рассматриваться как направление внешней политики, формируемое на пересечении народной и профессиональной дипломатии¹¹.

На Конференции руководителей национальных парламентов, проходившей в Нью-Йорке в 2000 г. в связи с проведением Ассамблеи тысячелетия, было определено новейшее парламентское измерение международного сотрудничества. Его основа в том, что «парламенты являются воплощением суверенитета народа и могут со всей легитимностью вносить вклад в процесс выражения воли государства в международном плане». Чтобы обеспечить парламентское измерение, парламенты должны принять на себя больше ответственности за сферу международных отношений, играть более активную роль на национальном, региональном, глобальном уровнях и в целом способствовать всеобщему укреплению парламентской дипломатии¹².

В своем выступлении на Международной конференции «Европейский парламентаризм: история и современность. К столетию учреждения Государственной думы в России» председатель ПАСЕ (2005—2008 гг.) Рене ван дер Линд заявил, что парламенты должны реализовать свою «центральную роль в международных отношениях»¹³.

Таким образом, парламентское измерение стало расцениваться как новый тренд в мировой политике, свидетельствующий о многообразии форм парламентской демократии в современных условиях мирового развития и о расширении его использования для целей укрепления межгосударственного сотрудничества¹⁴. Парламентская дипломатия уже не рассматривается только как построение работы и функ-

ционирование международных организаций в соответствии с принципами парламентаризма, теперь это самостоятельный компонент участия законодательных органов в международных отношениях.

У Российской Федерации сложилась своя история парламентской дипломатии, свой своеобразный паспорт презентации в международном сообществе.

В истории внешней политики дореволюционной России остались яркие примеры участия парламента в международных делах и тесного сотрудничества Государственной думы с МИД¹⁵. Так, значительным событием в апреле — июне 1916 г. стала поездка российской парламентской делегации в Англию, Францию и Италию для укрепления отношений России с остальными державами Антанты. Выступая с докладом о результатах поездки, лидер кадетов П. Н. Милюков заявил, что после подобных внешнеполитических акций с участием депутатов Государственной думы с национальными желаниями страны «будут считаться не как с какой-то выдумкой отдельных руководителей, а как с настоящим, действительным, легально засвидетельствованным желанием всего русского народа»¹⁶. Общим внешнеполитическим итогом пребывания русской делегации в Англии, Франции и Италии стала демонстрация прочности отношений между союзниками. Она наглядно показала заинтересованность правящих кругов стран Антанты в расширении контактов с российскими политическими партиями, в дальнейшем развитии межпарламентского сотрудничества.

Традиции советской парламентской дипломатии сложились на политической и идеологической основе и в современных условиях практически не востребованы. Институт парла-

¹¹ Косов Ю. В., Торопыгин А. В. Содружество Независимых Государств : Интеграция, парламентская дипломатия и конфликты. М. : Аспект Пресс, 2012. С. 203.

¹² URL: <http://context.reverso.net/translation/russian-english/> (дата обращения: 09.10.2018).

¹³ International Conference on European Parliamentarianism: Past and Present. Statement by Mr. Van der Linder, President of the Parliamentary Assembly. Saint-Peterburg, 2006. 28 April // URL: <http://website-pace.net/web/apce/parliamentary-representation> (дата обращения: 13.10.2018).

¹⁴ Нарышкин Н. Е., Хабриева Т. Я. Указ. соч. С. 6.

¹⁵ Чернявский С. И. Взаимодействие МИД России с Государственной Думой в годы Первой мировой войны // Вестник МГИМО-Университета. 2017. № 3 (54). С. 72—90 ; Чернявский С. И. Депутаты и дипломаты России в годы Первой мировой войны. К 100-летию Февральской революции в России // Диалог: политика, право, экономика. 2017. № 2 (5). С. 30—46.

¹⁶ Цит. по: Кустов В. А. Думская дипломатия: визит русской парламентской делегации в страны Антанты (апрель — июнь 1916 г.) // Вестник Саратовского государственного социально-экономического университета. 2010. № 4 (33). С. 132.

ментской демократии в его классическом понимании был реализован в малой степени, да еще и с существенными перерывами, затрудняющими эффективную преемственность¹⁷. В конце 1990-х гг. активность парламента во внешней политике действовала в «фарватере» исполнительной власти, рассматривалась лишь в общем контексте внешней политики.

Произошедшие на рубеже столетий изменения в глобальном геополитическом ландшафте привели к существенной переоценке роли дипломатической деятельности российских парламентариев, это период ее политической зрелости. Как закономерное следствие, в этот период дипломатия перестала являться исключительной прерогативой государства.

Выделим основные устойчивые признаки и элементы парламентской дипломатии.

В первую очередь парламентская дипломатия имеет прочную нормативную основу, представленную национальным и международным компонентом. Институциональный статус парламентской дипломатии исчерпывающе очерчен в Конституции Российской Федерации¹⁸: в ст. 15 (ч. 4), устанавливающей, что общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы; в ст. 102 (ч. 1), где к полномочиям Совета Федерации относится решение вопроса о возможности использования Вооруженных сил Российской Федерации за пределами территории Российской Федерации (п. «г»); в ст. 106, закрепляющей порядок обязательного рассмотрения в Совете Федерации принятых Государственной Думой федеральных законов о ратификации и денонсации международных договоров РФ (п. «г»), о статусе и защите госу-

дарственной границы Российской Федерации (п. «д»), о войне и мире (п. «е»). В Конституции РФ предусмотрена процедура участия комитетов или комиссий палат Федерального Собрания при назначении и отзыве дипломатических представителей Российской Федерации в иностранных государствах и международных организациях (п. «м» ст. 83).

Правовые возможности участия палат Федерального Собрания в заключении международных договоров закреплены в Федеральном законе от 15 июля 1995 г. «О международных договорах Российской Федерации»¹⁹. Например, в 2016 г. было ратифицировано 56 международных договоров, в 2017 г. — 44.

Как базовый элемент парламентская дипломатия представлена в разд. V Концепции внешней политики Российской Федерации от 30 ноября 2016 г.²⁰, которая предусматривает, что Совет Федерации и Государственная Дума в пределах своих полномочий ведут работу по законодательному обеспечению внешнеполитического курса страны и выполнения международных обязательств Российской Федерации, а также способствуют повышению эффективности парламентской дипломатии (п. 101).

Большое значение в институционализации парламентской дипломатии принадлежит постановлениям палат Федерального Собрания, подчеркивающим, что Российская Федерация следует традициям парламентской дипломатии, активно использует инструментарий «мягкой силы»²¹.

Правовое пространство парламентского сотрудничества в международных или региональных интеграциях закрепляется в уставах, договорах, соглашениях, резолюциях, в их числе: соглашение от 27 марта 1992 г. «О Межпарла-

¹⁷ Косачев К. Парламентская дипломатия // Международная жизнь. 2004. № 7—8. С. 130.

¹⁸ Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 г., с поправками от 21 июля 2014 г. // URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 15.10.2018).

¹⁹ Федеральный закон от 15 июля 1995 г. «О международных договорах Российской Федерации», с изм. от 12 марта 2014 г. // URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 15.10.2018).

²⁰ URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 15.10.2018).

²¹ Постановление Совета Федерации ФС РФ от 26 декабря 2017 г. «Об актуальных вопросах внешней политики Российской Федерации»; постановление Совета Федерации ФС РФ от 19 июля 2017 г. «О заявлении Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации о российском участии в деятельности Межпарламентского союза»; постановление Совета Федерации ФС РФ от 3 июня 2015 г. № 211-СФ «Об актуальных вопросах внешней политики Российской Федерации»; постановление Государственной Думы ФС РФ от 24 апреля 2015 г. № 6579-6 ГД «О заявлении Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации»; решение совместного собрания Совета Федерации и Государственной Думы ФС РФ от 20 ноября 2015 г. «О мерах по противодействию терроризму» // URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 15.10.2018).

ментской Ассамблее государств — участников Содружества Независимых Государств», Устав Организации Договора о коллективной безопасности от 7 октября 2002 г.²² и др.

Вторым характерным признаком парламентской дипломатии является ее представительная природа. Органы народного представительства являются основным звеном демократического процесса легитимации власти в современном обществе²³. Легитимность использования парламентского формата во внешнеполитических отношениях продиктована самой природой парламентаризма, характером депутатского мандата, позволяющим парламентариям, заручившись поддержкой, опираться на общественное мнение, действовать от имени и, по сути, проводить линию своего избирателя. «Это сродни народной дипломатии в значительной степени, — отметил В. В. Путин на встрече с руководителями палат Федерального Собрания, — потому что вы общаетесь со своими коллегами — также избранниками в своих странах, избранниками соответствующих народов. Это очень важно, несмотря на известные ограничения, в том числе связанные с деятельностью представительных органов власти...»²⁴

В-третьих, парламентская дипломатия обладает более высоким уровнем транспарентности, носит гораздо более гибкий, оперативный характер, нежели дипломатические инструменты исполнительной власти. Независимость законодательной власти, ее плюрализм, невключенность депутатов в жесткую систему исполнительной власти с ее формализованной иерархичностью и подчиненностью дают возможность быть гораздо более откровенными и открытыми в международном общении. Парламент преимущественно не ограничен официальными рамками дипломатического протокола, что позволяет активно использовать механизм компромиссов, дискуссий и договоренностей.

С другой стороны, высокое государственное положение парламентариев, обладание «государственной властью» и правом непосредственно участвовать в законодательной деятельности обеспечивают прямую имплементацию результатов парламентской дипломатии

во внутригосударственное и международное право. При этом важнейшим критерием политической оценки прогрессивности и авторитета парламентской деятельности становится не только фактическая реализация достигнутых договоренностей, но и совершенствование законодательства, урегулирование проблемы «противостояния юрисдикций».

Еще одним важным свойством парламентской дипломатии в рамках международной деятельности парламента выступает качество «мягкой силы», получившее свое юридическое выражение в Концепции внешней политики Российской Федерации, в которой установлено, что неотъемлемой составляющей современной международной политики становится использование для решения внешнеполитических задач инструментов «мягкой силы», прежде всего возможностей гражданского общества, информационно-коммуникационных, гуманитарных и других методов и технологий, в дополнение к традиционным дипломатическим методам (п. 9).

Сфера применения «мягкой силы» парламента достаточно широка — от налаживания и поддержания связей по линии сотрудничества с парламентами иностранных государств и на международных парламентских площадках до расширения гуманитарного присутствия в других странах и привлечения к сотрудничеству организаций соотечественников за рубежом.

На мировом уровне парламентарии привлекаются к обсуждению глобальных вызовов и нахождению эффективных ответов на такие проблемы, как массовое «негражданство», неконтролируемая миграция, наркотрафик, экстремизм, национализм, нетерпимость и дискриминация. Велико участие парламентариев в переговорных форматах по урегулированию конфликтов, это особенно проявилось в сирийском, ливийском кризисах, в минском процессе по Украине.

Благодаря высокому уровню неформального взаимодействия, потенциал «мягкой силы» используется парламентариями также в аспекте «привлекательности», создания положительного имиджа страны.

²² URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 15.10.2018).

²³ *Фадеев В. И., Варлен М. В.* Депутатский мандат в Российской Федерации: конституционно-правовые основы. М. : Норма, 2008. С. 8.

²⁴ Встреча с руководством Совета Федерации и Государственной Думы ФС РФ, а также профильных комитетов обеих палат российского парламента 25 декабря 2017 г. // URL: <http://www.kremlin.ru/events/president/news/56495> (дата обращения: 25.10.2018).

Таким образом, парламентская дипломатия, ее характеристики создают возможность участия депутатов в международных отношениях — как в юридическом аспекте, так и в плане целеполагания, наличия необходимых ресурсов.

Отталкиваясь от практики последних лет и тенденции многофункциональной, многоуровневой деятельности парламентов, можно сделать вывод, что в своем политическом и институциональном статусе парламентская дипломатия обладает многочисленными механизмами внешнеполитического влияния. При этом нельзя оценить однозначно наиболее или наименее продуктивные дипломатические формы. На разных международных площадках дипломатический парламентский компонент наделяется новыми ролями или обретает новые функции — от создания благоприятных условий для диалога до согласования документов, продвижения интеграционных инициатив и решений, гармонизации законодательства.

Сегодня Россия идет в авангарде «дипломатизации» парламентской деятельности, когда парламентская дипломатия нередко становится «ключевой формой в диалоге с государствами». Эта мысль выступает лейтмотивом большинства научных исследований²⁵.

Анализ дипломатической практики Федерального Собрания РФ за 2016 и 2017 гг. наглядно доказывает нарастающую тенденцию присутствия парламента на внешнем треке российской политики. Парламентское измерение дипломатии выходит за рамки официального протокола Государственной Думы, Совета Федерации или их профильных комитетов по международным делам и демонстрирует широкое участие в мировом диалоге спикеров палат Федерального Собрания, отдельных депутатов и их объединений.

Серьезный ресурс парламентской дипломатии задействован в продвижении и отстаивании российских позиций на площадках международных и региональных организаций и парламентских ассамблей (Международный парламентский союз (МПС), ПА ОБСЕ, ПА НАТО, ПА Черноморского экономического сотрудничества, Азиатско-тихоокеанский парламентский форум, Северный совет, Парламентская кон-

ференция стран Балтийского моря, МА православия, КПС Россия — Европейский Союз, МПА СНГ). В сессиях этих организаций представители России участвуют ежегодно более 10 раз.

В апреле 2016 г. Россия выступила принимающей стороной первого Совещания спикеров парламентов стран Евразии «Межпарламентское сотрудничество в интересах совместного благополучия стран Евразийского региона в XXI веке». Самой представительной за 128 лет существования стала прошедшая в октябре 2017 г. в Санкт-Петербурге 137-я Ассамблея Межпарламентского союза (МПС). В его работе приняли участие 160 делегаций, 87 глав палат парламентов и 71 вице-спикер, свыше 850 депутатов.

На юбилейной 25-й ежегодной сессии Азиатско-Тихоокеанского парламентского форума в январе 2017 г. российской делегацией внесены пять проектов резолюций, расширяющие потенциал политического, экономического и межпарламентского сотрудничества России со странами АТР («Мир и безопасность в АТР», «Борьба с терроризмом», «Экономическое и торговое сотрудничество в АТР», «Роль парламентов в имплементации Целей устойчивого развития», «Парламентское сотрудничество в АТР»), все резолюции были поддержаны.

Нельзя не указать в качестве позитивного и такое направление, как двусторонние связи законодательных властей по линии заключения соглашений о партнерстве, двусторонних межгосударственных программ сотрудничества, которые содержат специальные пункты о межпарламентском взаимодействии (Люксембург, Нидерланды, Бельгия, Китай, страны СНГ), во время многочисленных встреч и визитов парламентских делегаций. Такая работа чрезвычайно многообразна. К примеру, в Совете Федерации действует 46 групп по сотрудничеству с высшими законодательными органами зарубежных стран.

Показательна в этом плане и география зарубежных поездок депутатов, широкая страноведческая сеть парламентской дипломатии. Наши партнеры находятся во многих регионах и представляют более 100 государств, с большинством из которых Государственная Дума и Совет Федерации заключили различные по форме источники взаимодействия.

²⁵ Косачев К. И. Парламентская дипломатия в многополярном мире. С. 27 ; Парламентская дипломатия и ее роль в современном мире : аналитический доклад Международного аналитического центра Rethinking Russia // URL: <https://www.politanalitika.ru/wp-content/uploads/2018/06/Razvitie-parlamentarizma.pdf> (дата обращения: 11.10.2018).

Совсем недавно в практике Федерального Собрания появилась новая форма двусторонних отношений — совместные доклады о состоянии и перспективах развития межгосударственного сотрудничества. В качестве примера может служить обсуждение в 2017 г. доклада «Россия — Франция: парламентский взгляд в будущее», по итогам которого был подписан Меморандум о парламентском сотрудничестве между комитетом Совета Федерации по международным делам и Комиссией по международным делам, обороне и вооруженным силам Сената Французской Республики.

Особое звучание приобрели контакты на уровне профильных парламентских комитетов, которые внедрили новый формат двустороннего общения — совместные заседания. Так, в 2017 г. проведены совместные заседания комитета Государственной Думы по международным делам с аналогичным комитетом Народного совета Сирии, комитета по международным делам Совета Федерации — с комитетами Израиля, Великого Герцогства Люксембург, Армении.

Анализ парламентской практики показывает, насколько заметными событиями на политическом поле выступает международная деятельность спикеров палат Федерального Собрания. В 2016 г. состоялось назначение В. В. Володина председателем МПА ОДКБ и переутверждение В. И. Матвиенко председателем Совета МПА СНГ. Усилено информационное присутствие председателей палат в российской и зарубежной медиасферах, обретает все более широкое освещение их деятельность — как в связи с плановыми мероприятиями и разноформатными встречами с зарубежными коллегами и партнерами, так и в связи с информационными поводами, диктуемыми актуальной внешнеполитической повесткой.

В 2017 г. была возобновлена практика выступления иностранных парламентариев, которая была достаточно хорошо востребована в первой половине 2000-х гг.

Важным итогом дипломатических усилий является участие российских парламентариев в международных конференциях и круглых столах. В марте 2017 г. совместно с МПА СНГ и

ПА ОБСЕ была организована Парламентская конференция по борьбе с международным терроризмом, с этой же повесткой в декабре 2017 г. парламентарии участвовали в первой Межпарламентской конференции «Поиск совместных стратегий по борьбе с угрозой терроризма в регионе» (Исламабад).

Признанием ведущей роли России в борьбе с глобальным нарковызовом стало проведение в декабре 2017 г. в Москве на площадке Государственной Думы международной конференции «Парламентарии против наркотиков», в которой приняли участие делегации из 42 государств, руководство Управления ООН по наркотикам и преступности, ШОС, ОДКБ, а также российские и зарубежные НКО.

В контексте донесения официальной позиции России до зарубежных партнеров особую роль играет участие парламентариев в составе делегаций на международных мероприятиях (в ежегодной сессии Генеральной Ассамблеи ООН, в Мюнхенской конференции по вопросам политики безопасности, в составе делегаций для наблюдения за проведением выборов, в панельных дискуссиях, межпарламентских форумах).

В 2017 г. появилась еще одна новая парламентская составляющая внешнеполитического диалога. Для выработки мер и содействия развитию процесса мирного урегулирования кризиса в Сирии комитетом Совета Федерации по международным делам совместно с комитетом Совета Федерации по обороне и безопасности впервые в практике Совета Федерации был организован телепроект по проведению серии прямых видеомостов.

В практике парламентской дипломатии важнейшую роль играют официальные заявления и обращения палат Федерального Собрания, в которых парламентарии реагируют на резонансные мировые события и доводят свою позицию до международной общественности и парламентариев других государств, включая тех, отношения с которыми в данный момент находятся на крайне низком уровне. Например, в 2018 г. предметом заявлений Государственной Думы и Совета Федерации стала ситуация на Украине²⁶.

²⁶ Постановление Совета Федерации ФС РФ от 21.03.2018 «О заявлении Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации в связи с нарушением властями Украины избирательных прав граждан Российской Федерации»; постановление Государственной Думы ФС РФ от 18.10.2018 «О заявлении Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации «Об обострении ситуации на Украине»» // URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 27.10.2018).

Результаты политико-дипломатической деятельности парламента, как правило, нельзя измерить в количественных и стоимостных параметрах. Критериями ее эффективности могут служить такая степень обеспечения внешних приоритетов Российской Федерации, которая будет конвертироваться в создание благоприят-

ных условий для внутреннего развития страны, качественную модернизацию и конкурентоспособность отечественной экономики, повышение уровня жизни населения, консолидацию общества, укрепление основ конституционного строя, правового государства и демократических институтов.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Азис Н. М.* Интеграционные процессы и роль парламентаризма как «мягкой» силы // Научные труды Республиканского института высшей школы. — 2017. — № 1 (17). — С. 3—10.
2. *Жиряков С. М.* Парламентская дипломатия — народная дипломатия как важный ресурс внешнеполитической работы // Парламентаризм и развитие гражданского общества: региональные аспекты : материалы Всероссийской научно-практической конференции / отв. ред. Ю. Лупенко ; Забайкальский государственный университет. — Чита, 2018. — С. 13—21.
3. *Жук Д. Ю.* Парламентская дипломатия в деятельности международных организаций // Диалог: политика, право, экономика. — 2017. — № 3 (6). — С. 21—30.
4. *Зайцева А. А.* Парламентская дипломатия БРИКС // Международная жизнь. — 2015. — № 13. — С. 91—96.
5. *Залесский Б.* Беларусь — Казахстан: резерв парламентской дипломатии // News of Science and Education. — 2017. — Т. 4. — № 9. — С. 53—55.
6. *Камучева В. Э.* Парламентская дипломатия и основы межпарламентского взаимодействия Федерального Собрания // Научный альманах. — 2016. — № 4 (18). — С. 62—65.
7. *Карасев А. Т., Гиздатов А. Р.* Парламентский контроль в системе государственного контроля в Российской Федерации // Актуальные проблемы российского права. — 2015. — № 9 (58). — С. 34—38.
8. *Козут В. Г.* Актуальные аспекты развития евразийской интеграции сквозь призму парламентского измерения содружества // Национальная безопасность и стратегическое планирование. — 2017. — № 2 (18). — С. 8—13.
9. *Козут В. Г.* Актуальные вопросы международной безопасности в русле парламентской дипломатии ОДКБ как фактор интеграции // Управленческое консультирование. — 2016. — № 5 (89). — С. 42—52.
10. *Косачев К. И.* Парламентская дипломатия // Международная жизнь. — 2004. — № 7—8.
11. *Косачев К. И.* Мягкая сила и жесткая сила — не сумма, но произведение // Индекс безопасности. — 2013. — Т. 19. — № 4 (107). — С. 11—18.
12. *Косачев К. И.* Парламентская дипломатия в многополярном мире // Диалог: политика, право, экономика. — 2017. — № 1 (4). — С. 26—31.
13. *Косов Ю. В., Торопыгин А. В.* Содружество Независимых Государств : Интеграция, парламентская дипломатия и конфликты. — М. : Аспект Пресс, 2012. — 296 с.
14. *Кустов В. А.* Думская дипломатия: визит русской парламентской делегации в страны Антанты (апрель — июнь 1916 г.) // Вестник Саратовского государственного социально-экономического университета. — 2010. — № 4 (33). — С. 129—133.
15. *Лебедева М. М.* Мягкая сила: понятие и подходы // Вестник МГИМО-Университета. — 2017. — № 3 (54). — С. 212—223.
16. *Лихачев В. Н.* Парламентская дипломатия // Международная жизнь. — 2009. — № 2.
17. *Нарышкин Н. Е., Хабриева Т. Я.* К новому парламентскому измерению евразийской интеграции // Журнал российского права. — 2012. — № 8 (188). — С. 5—15.
18. Парламентская дипломатия и ее роль в современном мире. Аналитический доклад Международного аналитического центра Rethinking Russia // URL: <https://www.politanalitika.ru/wp-content/uploads/2018/06/Razvitie-parlamentarizma.pdf>.
19. Парламентское право России : монография / А. И. Абрамова, В. А. Витушкин, Н. А. Власенко [и др.] ; под ред. Т. Я. Хабриевой ; Государственная Дума ФС РФ, Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ. — М. : Издание Государственной Думы, 2013. — 400 с.

20. Петухова Н. В. Парламентский контроль в системе народного представительства Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2017. — 219 с.
21. Савёлов О. П. «Парламентское измерение», которого нам не хватает. Когда и на каких условиях Россия вернется в ПАСЕ // Россия и Совет Европы: 20 лет вместе на защите прав человека : сборник материалов круглого стола, посвященного Международному дню прав человека / под ред. С. А. Глотова. — М., 2017. — С. 244—253.
22. Сатвалдиев Н. А. Парламентское измерение Евразийского союза // Вестник Кыргызско-Российского славянского университета. — 2013. — Т. 13. — № 1. — С. 176—180.
23. Стрежнева М. В. Парламентские сети в транснациональном экономическом управлении // Вестник Пермского университета. — 2018. — № 2. — С. 5—20.
24. Токаев К. Ж. Борьба за мир — миссия парламентской дипломатии в Евразии // Вестник Дипломатической академии МИД России. Россия и мир. — 2016. — № 2 (8). — С. 22—25.
25. Фадеев В. И., Варлен М. В. Депутатский мандат в Российской Федерации: конституционно-правовые основы. — М. : Норма, 2008. — 447 с.
26. Чернявский С. И. Депутаты и дипломаты России в годы Первой мировой войны. К 100-летию Февральской революции в России // Диалог: политика, право, экономика. — 2017. — № 2 (5). — С. 30—46.
27. Чернявский С. И. Взаимодействие МИД России с Государственной думой в годы Первой мировой войны // Вестник МГИМО-Университета. — 2017. — № 3 (54). — С. 72—90.
28. Ягья В. С. Парламентская дипломатия в российско-корейском сотрудничестве // Россия в глобальном мире. — 2017. — № 10 (33). — С. 419—470.
29. Recueil des Cours de l'Academie de droit international. — La Haye, 1956. — V. 89.
30. Rusk D. Parliamentary Diplomacy — Debate vs. Negotiation // World Affairs Interpreter. — 1955. — V. 26. — № 2.

Материал поступил в редакцию 3 декабря 2018 г.

THE GROWING ROLE OF PARLIAMENTARY DIPLOMACY IN A MULTIPOLAR WORLD

VARLEN Maria Viktorovna, Doctor of Law, Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
mvvarlen@msal.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The development of contemporary world politics puts new demands on the diplomacy of the 21st century that has rapidly transformed into a multilevel and complex system. The remarkable features and, at the same time, imperatives of diplomatic relations include globalization and multipolarity, turbulence and the multifaceted nature of the foreign policy process, rapid accumulation and processing of information, integration and regionalization, increased national consciousness of States, extensive interaction with non-state actors of international law. In the context of this long-term trend, the most important place belongs to the new actors of the foreign policy process that find themselves in the formats of international dialogue often more competitive as compared with formal, classic mechanisms of diplomacy. Thus, currently, public, economic, digital, sports, regional, scientific, and electoral diplomacy are actively manifested as key trends. The institution of parliamentary diplomacy plays a significant role in the implementation of foreign policy goals and objectives. The uniqueness of this diplomatic course is manifested in the fact that it organically combines the features of official diplomacy and public diplomacy, as parliamentarians act as legitimate representatives of their countries, elected through democratic procedures and representing the interests of their constituents. In the Russian Federation, parliamentary diplomacy is recognized as conceptually important, demanded and promising format of global interaction, which has been repeatedly mentioned at high level of the State.*

Keywords: *parliament, diplomacy, representation, parliamentarian, state, international law, efficiency, parliamentary control, democracy.*

REFERENCES

1. Azis N.M. Integratsionnye protsessy i rol parlamentarizma kak «myagkoy» sily [Integration processes and the role of parliamentarism as «soft» power]. *Nauchnye trudy Respublikanskogo instituta vysshey shkoly [Scientific works of the Republican Institute of Higher School]*. 2017. No. 1 (17). pp. 3—10. (In Russ.)
2. Zhyryakov S. M. Parlamentskaya diplomatiya — narodnaya diplomatiya kak vazhnyy resurs vneshnepoliticheskoy raboty [Parliamentary Diplomacy — People's Diplomacy as an Important Resource of Foreign Policy Work]. *Parlamentarizm i razvitie grazhdanskogo obshchestva: regionalnye aspekty : materialy Vserossiyskoy nauchno-prakticheskoy konferentsii [Parliamentarianism and Development of the Civil Society: Regional aspects: Proceedings of the All-Russian Scientific and Practical Conference]*. I. Lupenko (ed.), Transbaikal State University Publishing House, Chita, 2018, pp. 13—21. (In Russ.)
3. Zhuk D. Yu. Parlamentskaya diplomatiya v deyatelnosti mezhdunarodnykh organizatsiy [Parliamentary diplomacy in the activities of international organizations]. *Dialog: politika, pravo, ekonomika [The Dialogue: Politics, Law, Economics]*. 2017. No. 3 (6). pp. 21—30. (In Russ.)
4. Zaitseva A. A. Parlamentskaya diplomatiya briks [Parliamentary diplomacy of the BRICS]. *Mezhdunarodnaya zhizn [The International Affairs]*. 2015. No. 13. pp. 91—96. (In Russ.)
5. Zalesskiy B. Belarus-Kazakhstan: rezerv parlamentskoy diplomatii [Belarus-Kazakhstan: The reserve of parliamentary diplomacy]. *Novosti nauki i obrazovaniya [News of Science and Education]*. 2017. Vol. 4. No. 9. pp. 53—55. (In Russ.)
6. Kamucheva V. E. Parlamentskaya diplomatiya i osnovy mezhparlamentskogo vzaimodeystviya Federalnogo Sobraniya [Parliamentary diplomacy and foundations of interparliamentary interaction of the Federal Assembly]. *Nauchnyy almanakh [Science Almanac]*. 2016. No. 4 (18). pp. 62—65. (In Russ.)
7. Karasev A. T., Gizdatov A. P. Parlamentskiy kontrol v sisteme gosudarstvennogo kontrolya v Rossiyskoy Federatsii [Parliamentary control in the system of state control in the Russian Federation]. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava [Actual Problems of Russian Law]*. 2015. No. 9 (58). pp. 34—38. (In Russ.)
8. Kogut V. G. Aktualnye aspekty razvitiya evraziyskoy integratsii skvoz prizmu parlamentskogo izmereniya sodruzhestva [Actual aspects of development of the Eurasian integration through the prism of the parliamentary dimension of the Commonwealth]. *Natsionalnaya bezopasnost i strategicheskoe planirovanie [National security and strategic planning]*. 2017. No. 2 (18). pp. 8—13. (In Russ.)
8. Kogut V. G. Aktualnye voprosy mezhdunarodnoy bezopasnosti v rusle parlamentskoy diplomatii odkb kak faktor integratsii [Topical issues of international security in the framework of parliamentary diplomacy of the CSTO as a factor of integration]. *Upravlencheskoe konsultirovanie [Administrative Consulting]*. 2016. No. 5 (89). pp. 42—52. (In Russ.)
10. Kosachev K. I. Parlamentskaya diplomatiya [Parliamentary Diplomacy]. *Mezhdunarodnaya zhizn [International Affairs]*. 2004. No. 7—8. (In Russ.)
11. Kosachev K. I. Myagkaya sila i zhestkaya sila — ne summa, no proizvedenie [Soft force and hard force — not the sum, but multiplication]. *Indeks bezopasnosti*. 2013. Vol. 19. No. 4 (107). pp. 11—18. (In Russ.)
12. Kosachev K. I. Parlamentskaya diplomatiya v mnogopolyarnom mire [Parliamentary diplomacy in the multipolar world]. *Dialog: politika, pravo, ekonomika. [The Dialogue: Politics, Law, Economics]*. 2017. No. 1 (4), pp. 26—31. (In Russ.)
13. Kosov Yu. V., Toropygin A. V. Sodruzhestvo nezavisimyykh gosudarstv : integratsiya, parlamentskaya diplomatiya i konflikty [The Commonwealth of Independent States: Integration, Parliamentary Diplomacy and Conflicts]. Moscow, Aspekt Press Publ., 2012. 296 p. (In Russ.)
14. Kustov V. A. Dumskaya diplomatiya: vizit russkoy parlamentskoy delegatsii v strany Antanty (aprel — iyun 1916 g.) [Duma diplomacy: Visit of the Russian parliamentary delegation to the Entente countries (April — June 1916)]. *Vestnik Saratovskogo gosudarstvennogo sotsialno-ekonomicheskogo universiteta [Bulletin of Saratov State Socio-Economic University]*. 2010. No. 4 (33). pp. 129—133. (In Russ.)
15. Lebedeva M. M. Myagkaya sila: ponyatie i podkhody [Soft Power: The concept and approaches]. *Vestnik MGIMO-Universiteta [MGIMO Review of Interantional Relations]*. 2017. No. 3 (54). pp. 212—223. (In Russ.)
16. Likhachev V. N. Parlamentskaya diplomatiya [Parliamentary Diplomacy]. *Mezhdunarodnaya zhizn [International Affairs]*. 2009. No. 2. (In Russ.)
17. Naryshkin N. E., Khabrieva T. Ya. K novomu parlamentskomu izmereniyu evraziyskoy integratsii [To the new parliamentary dimension of Eurasian integration]. *Zhurnal rossiyskogo prava [Journal of Russian Law]*. 2012, No. 8 (188), pp. 5—15. (In Russ.)



18. Parlamentskaya diplomatiya i ee rol v sovremennom mire. Analiticheskiy doklad Mezhdunarodnogo analiticheskogo tsentra Rethinking Russia [Parliamentary diplomacy and its role in the modern world. Analytical report of the International Analytical Center Rethinking Russia]. URL: <https://www.politanalitika.ru/wp-content/uploads/2018/06/Razvitie-parlamentarizma.pdf>. (In Russ.)
19. Parlamentskoe pravo Rossii : monografiya [Parliamentary Law of Russia: A monograph]. A. I. Abramova, V. A. Vitushkin, N. A. Vlasenko [et al.]; T. Ya. Khabriyeva (ed.); State Duma of the Federal Assembly of the Russian Federation, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation. Moscow, Publication of the State Duma, 2013. 400 p. (In Russ.)
20. Petukhova N. V. Parlamentskiy kontrol v sisteme narodnogo predstavitelstva rossiyskoy federatsii : dis. ... kand. jurid. nauk [Parliamentary control in the system of people's representation of the Russian Federation: PhD Thesis]. Moscow, 2017. 219 p.
21. Savelov O. P. «Parlamentskoe izmerenie», kotorogo nam ne khvataet. kogda i na kakikh usloviyakh rossiya vernetsya v pase [A «parliamentary dimension» that we lack. When and under what conditions Russia will return to PACE]. Rossiya i Sovet Evropy: 20 let vmeste na zashchite prav cheloveka : sbornik materialov rruglogo stola, posvyashchennogo Mezhdunarodnomu dnyu prav cheloveka [Russia and the Council of Europe: 20 years together for the protection of human rights: Collection of proceedings of the round table devoted to the International Human Rights Day]. S. A. Glotov (ed.). Moscow, 2017. pp. 244—253. (In Russ.)
22. Satvaldiev N. A. Parlamentskoe izmerenie evraziyskogo soyuza [Parliamentary dimension of the Eurasian Union]. *Vestnik Kyrgyzsko-Rossiyskogo slavyanskogo universiteta [Bulletin of Kyrgyz-Russian Slavic University]*. 2013. Vol. 13. No. 1. pp. 176—180. (In Russ.)
23. Strezhneva M. V. Parlamentskie seti v transnatsionalnom ekonomicheskom upravlenii [Parliamentary networks in transnational economic administration]. *Vestnik of Perm University [Perm University Herald]*. 2018. No. 2. pp. 5—20. (In Russ.)
24. Tokayev K. Zh. Borba za mir — missiya parlamentskoy diplomatii v Evrazii [Struggle for Peace — a mission of parliamentary diplomacy in Eurasia]. *Vestnik Diplomaticheskoy akademii MID Rossii. Rossiya i mir [The Herald of Diplomatic Academy of the Ministry of Foreign Affairs of Russia. Russia and the World]*. 2016. No. 2 (8). pp. 22—25. (In Russ.)
25. Fadeev V. I., Varlen M. V. Deputatskiy mandat v Rossiyskoy Federatsii: konstitutsionno-pravovye osnovy [A deputy mandate in the Russian Federation: Constitutional law foundations]. Moscow, Norma Publ., 2008. 447 p. (In Russ.)
26. Chernyavskiy S. I. Deputaty i diplomaty Rossii v gody Pervoy mirovoy voyny. K 100-letiyu Fevral'skoy revolyutsii v Rossii [Deputies and diplomats of Russia during the First World War. To the 100th anniversary of the February Revolution in Russia]. *Dialog: politika, pravo, ekonomika [The Dialogue: Politics, Law, Economics]*. 2017. No. 2 (5). pp. 30—46. (In Russ.)
27. Chernyavskiy S. I. Vzaimodeystvie MID Rossii s Gosudarstvennoy dumoy v gody Pervoy mirovoy voyny [Interaction of the Ministry of Foreign Affairs of Russia with the State Duma during the First World War]. *Vestnik MGIMO-Universiteta [MGIMO Review of Interantional Relations]*, 2017, No. 3 (54), pp. 72—90. (In Russ.)
28. Yagya V. S. Parlamentskaya diplomatiya v rossiysko-koreyskom sotrudnichestve [Parliamentary diplomacy in the Russian-Korean cooperation]. *Rossiya v globalnom mire [Russia in the Global World]*. 2017. No. 10 (33). pp. 419—470. (In Russ.)
29. Recueil des Cours de l'Academie de droit international. La Have, 1956. V. 89.
30. Rusk D. Parliamentary Diplomacy — Debate vs. Negotiation. *World Affairs Interpreter*. 1955. V. 26. No. 2.

К ВОПРОСУ О НЕОБХОДИМОСТИ ВЫДЕЛЕНИЯ КАТЕГОРИИ АДВЕНАЛЬНЫХ УЧАСТНИКОВ РОССИЙСКОГО УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА: УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ И КРИМИНАЛИСТИЧЕСКИЙ АСПЕКТЫ

Аннотация. Многонациональный характер нашего государства (в настоящее время на территории РФ проживает более 204 национальностей), достаточно серьезное представительство мигрантов и натурализованных иностранных граждан в структуре российского населения, большое количество иностранных граждан, находящихся в России нелегально, отрицательно сказываются на состоянии преступности в стране и влекут за собой сложности при расследовании соответствующих уголовных дел. На данный момент можно констатировать, что в структуре российского населения образовался новый элемент — натурализованные граждане России и иностранные граждане, которые в силу своей этнической принадлежности отличаются от титульного этноса и народов Российской Федерации, имеющих национально-территориальные образования, национальным языком, культурой, традициями, менталитетом и ценностями. Авторы статьи полагают, что такие лица образуют самостоятельную группу — адвеналиев. Рассмотренные в статье сложности с реализацией таких принципов, как уважение чести и достоинства данных лиц, язык судопроизводства, право на свободу вероисповедания, позволили сделать вывод о необходимости разработки методики расследования адвенальных преступлений. Под таковой предлагается понимать совокупность научных положений и разрабатываемых на их основе практических рекомендаций по организации и осуществлению выявления, расследования, раскрытия и предотвращения преступлений, совершенных адвенальными лицами, в отношении адвенальных лиц, либо преступлений, воспринимаемых адвенальными лицами, личностные характеристики которых, отражен-

© Смирнова И. Г., Фойгель Е. И., 2019

* Смирнова Ирина Георгиевна, доктор юридических наук, заведующий кафедрой уголовного права, криминологии и уголовного процесса Института государства и права Байкальского государственного университета

smirnova-ig@mail.ru

664003, Россия, г. Иркутск, ул. Ленина, д. 11

** Фойгель Елена Игоревна, кандидат юридических наук, доцент кафедры криминалистики, судебных экспертиз и юридической психологии Байкальского государственного университета

foiguelelena@gmail.com

664003, Россия, г. Иркутск, ул. Ленина, д. 11

ные в их деятельности, определяют линию поведения субъектов расследования, осуществляющих собирание, исследование и оценку доказательств по делу.

Ключевые слова: уголовное судопроизводство, адвентальные участники, адвентальные лица, права личности, язык судопроизводства, уважение чести и достоинства личности.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.152.7.066-073

Структура населения Российской Федерации за последние десятилетия претерпела значительные изменения. Являясь многонациональным государством, в котором, по данным Всероссийской переписи населения, органично уживаются представители более 204 национальностей¹, Россия включает в себя только 22 национальные республики, одну автономную область и 4 автономных округа. Остальные этносы не имеют национально-территориальных образований, однако чаще всего проживают компактно, диаспорами, стремясь поддерживать свой национальный язык, культуру и традиции.

Кроме того, современная миграционная и этническая ситуация в Российской Федерации характеризуется достаточно серьезным представительством мигрантов и натурализованных иностранных граждан в структуре российского населения: по данным МВД РФ, только за январь — сентябрь 2018 г. поставлено на миграционный учет 13 618 136 человек (в 2017 г. — 12 001 072 человек)². Заметим, что данный показатель не учитывает количество иностранных граждан, находящихся в России нелегально. При этом криминологи отмечают негативное в целом влияние миграционных процессов на состояние преступности: «На состояние организованной преступности в регионе оказывают влияние представители дальнего и ближнего зарубежья, приезжающие сюда под предлогом осуществления торговой деятельности, при этом зачастую не имея каких-либо

документов и находящиеся в розыске... Миграционные потоки оказывают заметное влияние на социально-демографическую и криминогенную обстановку в регионе»³.

Суммарный миграционный прирост за 2012—2017 гг. составил 1,6 млн чел., в гражданство Российской Федерации принято более 1 млн чел. Среднегодовая численность трудящихся-мигрантов составила около 3 млн чел. (3—4 % от среднегодовой численности всех трудовых ресурсов). На территории Российской Федерации ежегодно пребывает около 10 млн иностранных граждан и лиц без гражданства, постоянно или временно проживает в Российской Федерации более 1 млн иностранных граждан⁴.

Сложившаяся ситуация имеет непосредственное значение и для определения уровня преступности на территории страны. Следует согласиться с М. В. Зяблиной, которая совершенно обоснованно подчеркивает, что только на первый взгляд вес преступлений с «иностранным элементом» кажется незначительным, поскольку уровень латентности преступлений, совершаемых такими лицами, в 1,7 раз превышает средние показатели латентности общероссийской преступности⁵.

В настоящее время можно с уверенностью говорить о проблеме обеспечения прав иностранных граждан в ходе производства по делу, а также лиц без гражданства, чему посвящено достаточно большое количество публикаций и научных исследований⁶. Данная категория

¹ Информационные материалы об окончательных итогах Всероссийской переписи населения 2010 года. Приложение 5 : Национальный состав Российской Федерации // URL: http://www.gks.ru/free_doc/new_site/perepis2010/perepis_itogi1612.htm.

² URL: <https://xn--b1aew.xn--p1ai/Deljatelnost/statistics/migracionnaya/item/14852705/>.

³ Христюк А. А. Организованная преступность Восточной Сибири: современные тенденции и региональные особенности : монография. Иркутск : Изд-во БГУЭП, 2009.

⁴ Концепция государственной миграционной политики Российской Федерации на 2019—2025 годы, утв. Указом Президента РФ от 31.10.2018 № 622.

⁵ Зяблина В. М. Реализация принципа языка уголовного судопроизводства // Lex Russica. 2016. № 11. С. 156.

⁶ Литвинцева Н. Ю. Права личности в уголовном судопроизводстве. Иркутск : Изд-во БГУЭП, 2016. URL: <http://lib-catalog.bgu.ru> ; Она же. Законность при производстве по уголовному делу // Сибирские уголовно-процессуальные и криминалистические чтения. 2016. Вып. 6 (14). С. 31—39 ; Мазюк Р. В. Смарт-

лиц имеет неоспоримые процессуальные права, гарантируемые и обеспечиваемые уголовно-процессуальными нормами-принципами.

Однако за рамками исследования осталась еще одна категория лиц, обеспечение процессуальных прав которых также является самостоятельной проблемой, которая, с одной стороны, требует своего разрешения, а с другой стороны, носит комплексный характер: на данный момент можно констатировать, что в структуре российского населения образовался новый элемент — натурализованные граждане России и иностранные граждане, которые в силу своей этнической принадлежности отличаются от титульного этноса и народов Российской Федерации, имеющих национально-территориальные образования, национальным языком, культурой, традициями, менталитетом и ценностями.

Следует констатировать, что на данный момент ни в законодательстве, ни в теории уголовного процесса и криминалистике не существует понятия, охватывающего данную категорию населения. Они не являются иностранными гражданами, поскольку могут иметь недавно приобретенное гражданство Российской Федерации (на профессиональном сленге работников подразделений МВД по вопросам миграции их называют «российские иностранцы»), не все из них являются мигрантами, поскольку могут и не пересекать периодически государственную границу Российской Федерации, иные смежные понятия также не отражают сути рассматриваемого явления. В этой связи предлагается использовать категорию «адвенальные лица» (от лат. *advena* — чуждый, пришлый, иноземный), под которыми понимать людей, обладающих совокупностью социально-психологических свойств, осуществляющих свою деятельность на основе генетически определенных факторов, в силу своей этнической принадлежности отличающихся от представителей российского макроэтноса этническим языком, народно-бытовой культурой, обрядовой деятельностью и этническим самосознанием, что влияет на течение их отражательных процессов при осуществлении или восприятии преступной деятельности. В отличие от существующих категорий «иностранец», «иностранец-гражданин», «мигрант» и т.д., термин «адвенальное лицо» отличается четко выраженной криминалистической сущностью, поскольку акцентирует внимание на этнических отличиях соматического, психического, социального и культурного характера, лежащих в основе установления информации о механизме преступления и разработки тактических приемов производства следственных действий.

Как и любые иные, адвенальные лица в ряде случаев становятся участниками уголовного судопроизводства: подозреваемыми или обвиняемыми, свидетелями, потерпевшими, однако в силу наличия определенных этнических особенностей производство предварительного расследования с участием адвенальных лиц может иметь существенные затруднения. Вместе с тем в соответствии со ст. 6 УПК РФ назначением уголовного судопроизводства является защита прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений, а также защита личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод. Кроме того, ч. 2 ст. 19 Конституции Российской Федерации гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина 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. Запрещаются любые формы ограничения прав граждан по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности.

Можно выделить несколько групп вопросов, которые, с одной стороны, нуждаются в самостоятельном исследовании применительно к адвенальным лицам, а с другой стороны, обуславливают необходимость выделения этой категории лиц и определения их статуса в уголовном судопроизводстве с последующей разработкой криминалистических приемов, обеспечивающих эффективность производства по уголовным делам с их участием.

Первый вопрос неразрывно связан с реализацией принципа языка судопроизводства и обеспечением участия переводчика в деле

фон как средство реализации процессуального интереса участников уголовного судопроизводства в надлежащем переводе на их родной язык // Деятельность правоохранительных органов в современных условиях : сб. мат-ов XXI Междунар. науч.-практ. конференции : в 2 т. Иркутск : Изд-во ВСИ МВД России, 2016. Т. 1. С. 236—240 ; Принципы современного российского уголовного судопроизводства : монография / науч. ред. И. В. Смолькова, отв. ред. Р. В. Мазюк. М. : Юрлитинформ, 2015. С. 299—324.

(ст. 18 УПК РФ). С одной стороны, анализ правовых позиций Верховного Суда РФ позволяет с уверенностью утверждать, что данный принцип применим не только в тех случаях, когда лицо не владеет языком судопроизводства, но и тогда, когда уровень такого владения является недостаточным. Это вполне применимо к лицам с недавно приобретенным гражданством РФ и полностью согласуется с ч. 2 ст. 18 УПК РФ. С другой стороны, не всегда наличие иностранного гражданства является безусловным основанием для привлечения в обязательном порядке переводчика к участию в деле. Так, определением Верховного Суда РФ от 11 февраля 2009 г. № 81-О09-4⁷ решение Кемеровского областного суда от 14 октября 2008 г. о признании М. виновным в создании преступного сообщества для совершения тяжких и особо тяжких преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, которые незаконно перемещались через таможенную границу Российской Федерации из Киргизской Республики, а также за совершение ряда иных преступлений, было оставлено без изменений. В своей жалобе М. обосновывал как нарушение права пользоваться услугами переводчика и пользоваться родным диалектом факт назначения ему переводчика — киргиза по национальности, который не владел диалектом китайского дунгана. Однако исходя из материалов дела принятие такого процессуального решения было предопределено гражданством обвиняемого (гражданин Киргизской Республики), его службой в армии на территории РСФСР, длительным проживанием на территории страны.

Таким образом, становится вполне очевидным тот факт, что процессуальные особенности урегулирования принципа языка уголовного судопроизводства по критерию исключительно гражданства лица не всегда определяются адекватно. Именно на это обстоятельство справедливо обращает внимание В. В. Пушкарев, подчеркивая, что не только гражданство лица, но и его этническая принадлежность являются основанием для требования обеспечить участие в деле переводчика⁸.

Не менее сложной проблемой для правоприменителя является удостоверение компе-

тентности переводчика. Как может следователь, не владеющий иностранным языком, удостовериться в компетенции переводчика? Если речь идет о распространенном европейском языке (английский, немецкий, французский и т.п.), то есть вероятность, что следователь хотя бы приблизительно — по степени беглости, по отдельным словам — может сделать вывод о владении либо невладении языком. Но когда речь идет об узбекском, таджикском, китайском и подобных языках, следователь, не владеющий этими языками, лишен возможности сделать такой вывод. Например, в китайском языке более 50 диалектов, и даже представители разных регионов Китая, говоря на китайском языке, не понимают друг друга (в этом случае используется единое письмо). Уяснить разницу и степень понимания переводчика и лица, чьи показания проверяются, следователю в данной ситуации по меньшей мере затруднительно.

Соблюдение принципа уважения чести и достоинства адвентальных лиц и обеспечения баланса частных и публичных интересов при производстве по делу — еще один фактор, требующий своего учета. На данный момент можно с уверенностью констатировать отсутствие уголовно-процессуальных механизмов защиты чести и достоинства адвентальных лиц, принадлежащих к иным культурно-религиозным типам. Адвентальный участник уголовного судопроизводства, принадлежащий к иной культуре, соответствующим образом формирует сопутствующие элементы своего внешнего облика (одежда, аксессуары и др.). К примеру, ношение паранджи и хиджаба может существенно затруднить производство отдельных следственных действий (личный обыск, предъявление для опознания), в то время как отсутствие таких расценивается адвентальным лицом как покушение на честь и достоинство.

С одной стороны, соблюдение данного принципа подразумевает запрет осуществления действий и принятие решений, унижающих честь и достоинство участников уголовного процесса, причиняющих им нравственные страдания⁹. С другой стороны, публичный характер уголовно-процессуальных действий предопределяет приоритет публичного интереса перед частным.

⁷ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2009. № 11.

⁸ Пушкарев В. В. Реализация принципа языка уголовного судопроизводства при применении мер процессуального принуждения // Миграционное право. 2016. № 4. С. 24—28.

⁹ Базарова Д. Б. Принцип уважения чести и достоинства личности как важнейшая процессуальная гарантия в уголовном судопроизводстве // Российский следователь. 2016. № 20. С. 54.

Как отмечают С. Б. Россинский и Т. Ю. Вилкова, при освидетельствовании, например, вполне допустимо применение мер принудительного характера, обеспечивающих возможность обследовать тело человека против его воли¹⁰. Но вопрос остается открытым.

Рассматривая возможности ношения хиджаба в образовательных учреждениях, можно вспомнить определение Верховного Суда РФ от 10 июля 2013 г., в котором суд подчеркнул светский характер государства, его право устанавливать единые для всех граждан правила поведения в государственных учреждениях независимо от их отношения к религии. Применение аналогии позволяет утверждать, что светский характер государства распространяется на все сферы общественной жизнедеятельности, а это означает, что и в области борьбы с преступностью реализация различных начал правового регулирования данного вопроса может оказаться опасной. Именно поэтому, как представляется, законодатель при формировании матрицы правового регулирования особенностей производства по уголовному делу не предусмотрел таких частных случаев, как специфика внешних атрибутов принадлежности к определенной религии. Но это вовсе не означает их игнорирования с точки зрения криминалистики. Напротив, благодаря криминалистическим приемам и методам производства отдельных следственных действий с участием адвентальных лиц и можно обеспечить соби́рание допустимых доказательств.

Наконец, еще одним краеугольным камнем расследования адвентальных преступлений является соблюдение права участников уголовного судопроизводства на свободу вероисповедания, которое также не обеспечено соответствующими механизмами уголовно-процессуального регулирования.

Как отмечает Ю. Канцер, религия и вера человека — настолько интимные и личные категории, что говорить о четком государственном регулировании этих сфер весьма неуместно¹¹. Но в сфере борьбы с преступностью, где конфликт частных и публичных интересов является наиболее острым, игнорирование этого вопро-

са может иметь самые нежелательные последствия.

Невозможность поддерживать национальный образ жизни и выполнять определенные религиозные обязанности (обязательные молитвы, принятие пищи в определенное время, осуществление гигиенических процедур) во время осуществления в отношении адвентального лица уголовного преследования может быть расценена как ограничение прав и свобод личности.

В правоприменительной практике при расследовании адвентальных преступлений возникают и иные вопросы, ответа на которые не содержит ни УПК РФ, ни иные нормативные правовые акты. Однако, несмотря на практическую необходимость решения данных и многих других вопросов, представляется, что такое узконаправленное изменение уголовно-процессуального законодательства было бы нецелесообразно и непрактично. Поэтому восполнение вышеназванных пробелов видится в создании комплексной криминалистической методики расследования адвентальных преступлений. Поскольку задача криминалистической методики заключается в том, чтобы на основе следственной практики, использования наиболее эффективных тактических приемов и рекомендаций, современных научно-технических средств, приемов и методов, с учетом специфики отдельных видов преступлений разрабатывать стройную систему рекомендаций по расследованию конкретных видов преступлений¹².

Преступления, при расследовании которых этнический фактор играет важное значение, предлагается называть адвентальными и относить к ним преступные деяния не по уголовно-правовому либо криминологическому критерию, а на основании значимости этнической информации, используемой для организации и осуществления предварительного расследования. Так, к категории адвентальных преступлений будут относиться следующие группы:

- преступления, совершенные адвентальным лицом;
- преступления, совершенные против адвентального лица;

¹⁰ Вилкова Т. Ю., Россинский С. Б. Реализация права на уважение чести и достоинства личности при производстве освидетельствования в судебном следствии // Российский судья. 2015. № 3. С. 22—26.

¹¹ Канцер Ю. Хиджаб не для учебных заведений // ЭЖ-Юрист. 2014. № 33. С. 8.

¹² Особенности расследования отдельных категорий уголовных дел и уголовных дел в отношении отдельных категорий лиц : монография. М. : Юрлитинформ, 2016. С. 10.

— преступления, обстоятельства совершения которых, известные адвенальному лицу, способны оказать существенное влияние на процесс выявления, расследования, раскрытия и предупреждения преступления.

Отметим, что, безусловно, простое наличие в числе свидетелей адвенального лица не позволяет автоматически переводить преступление в категорию адвенальных. Таковыми можно считать преступные деяния при наличии хотя бы одного из следующих признаков:

1. Совершение преступления адвенальным лицом (группой лиц, доля участия в которой адвенального лица составляет не менее 50 %).
2. Совершение преступления в отношении адвенального лица (в отношении нескольких адвенальных лиц).
3. Совершение преступления, обстоятельства которого известны свидетелям, среди которых более 50 % составляют адвенальные лица.
4. Совершение преступления, обстоятельства которого, известные адвенальному лицу (адвенальным лицам), составляют более 50 % доказательственной базы по делу.
5. Совершение преступления, при расследовании которого более 50 % следственных действий осуществляется с участием адвенальных лиц.

Поскольку адвенальные преступления являются криминалистической категорией, выделение которой не имеет уголовно-правового значения, основная цель формирования данного понятия — создание научных положений и основанных на них практических рекомендаций по выявлению, расследованию, раскрытию и предупреждению преступлений данной группы.

Создание качественно новой методики позволит решить не только тактические, но и уголовно-процессуальные проблемы, связанные с кардинально иным поведением адвенальных участников уголовного судопроизводства в следственных действиях и оперативно-тактических комбинациях.

Таким образом, методика расследования адвенальных преступлений — это совокуп-

ность научных положений и разрабатываемых на их основе практических рекомендаций по организации и осуществлению выявления, расследования, раскрытия и предотвращения преступлений, совершенных адвенальными лицами, в отношении адвенальных лиц либо преступлений, воспринимаемых адвенальными лицами, личностные характеристики которых, отраженные в их деятельности, определяют линию поведения субъектов расследования, осуществляющих собирание, исследование и оценку доказательств по делу.

В структуру криминалистической методики расследования адвенальных преступлений будут входить следующие элементы:

1. Криминалистическая характеристика адвеналия как лица, подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления, потерпевшего от преступления, либо лица, которому в большом объеме известны обстоятельства преступного деяния, имеющие значение для дела.

2. Криминалистическая модель человеческой деятельности, связанной с совершением адвенальных преступлений.

3. Особенности использования специальных знаний при расследовании и раскрытии адвенальных преступлений.

4. Тактика отдельных следственных действий и тактических комбинаций с участием адвенальных лиц.

Представляется, что данная структура способна в полной мере отразить специфику выявления, расследования и раскрытия адвенальных преступлений как криминалистической категории.

Создание комплекса методических рекомендаций, направленных на оптимизацию следственной деятельности по борьбе с адвенальными преступлениями, позволит не только обеспечить соблюдение основных прав, свобод и законных интересов адвенальных лиц в российском уголовном судопроизводстве, но и вооружить правоприменителя мощным инструментарием противодействия преступности в новом, недавно сформированном значительном слое российского общества.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Базарова Д. Б. Принцип уважения чести и достоинства личности как важнейшая процессуальная гарантия в уголовном судопроизводстве // Российский следователь. — 2016. — № 20. — С. 53—56.
2. Вилкова Т. Ю., Россинский С. Б. Реализация права на уважение чести и достоинства личности при производстве освидетельствования в судебном следствии // Российский судья. — 2015. — № 3. — С. 22—26.
3. Зяблина В. М. Реализация принципа языка уголовного судопроизводства // Lex Russica. — 2016. — № 11. — С. 155—161.
4. Канцер Ю. Хиджаб не для учебных заведений // ЭЖ-Юрист. — 2014. — № 33. — С. 8.
5. Литвинцева Н. Ю. Законность при производстве по уголовному делу // Сибирские уголовно-процессуальные и криминалистические чтения. — 2016. — Вып. 6 (14). — С. 31—39.
6. Литвинцева Н. Ю. Права личности в уголовном судопроизводстве. — Иркутск: Изд-во БГУЭП, 2016. — 86 с.
7. Мазюк Р. В. Смартфон как средство реализации процессуального интереса участников уголовного судопроизводства в надлежащем переводе на их родной язык // Деятельность правоохранительных органов в современных условиях : сб. мат-ов XXI Междунар. науч.-практ. конференции : в 2 т. — Иркутск : Изд-во ВСИ МВД России, 2016. — Т. 1. — С. 236—240.
8. Особенности расследования отдельных категорий уголовных дел и уголовных дел в отношении отдельных категорий лиц : монография. — М. : Юрлитинформ, 2016. — 336 с.
9. Принципы современного российского уголовного судопроизводства : монография / науч. ред. И. В. Смолькова ; отв. ред. Р. В. Мазюк. — М. : Юрлитинформ, 2015. — 228 с.
10. Пушкарев В. В. Реализация принципа языка уголовного судопроизводства при применении мер процессуального принуждения // Миграционное право. — 2016. — № 4. — С. 24—28.
11. Христюк А. А. Организованная преступность Восточной Сибири: современные тенденции и региональные особенности : монография. — Иркутск : Изд-во БГУЭП, 2009. — 149 с.

Материал поступил в редакцию 7 февраля 2019 г.

**TO THE ISSUE OF NECESSITY OF DETERMINING THE CATEGORY OF ADVENAL PARTICIPANTS
OF THE RUSSIAN CRIMINAL PROCEEDINGS:
CRIMINAL PROCEDURAL AND CRIMINALISTIC ASPECTS**

SMIRNOVA Irina Georgievna, Doctor of Law, Head of the Department of Criminal Law, Criminology and Criminal Procedure of the Institute of State and Law of Baikal State University
smirnova-ig@mail.ru
664003, Russia, Moscow Irkutsk, ul. Lenina, d. 11

FOIGEL Elena Igorevna, PhD in Law, Associate Professor of the Department of Criminalistics, Forensic Examination and Legal Psychology of Baikal State University
foiguelena@gmail.com
664003, Russia, Moscow Irkutsk, ul. Lenina, d. 11

Abstract. *A multinational character of our state (currently more than 204 nationalities live on the territory of the Russian Federation), a considerable representation of migrants and naturalized foreign citizens among the Russian population, a large number of foreign citizens who are in Russia illegally adversely affect criminality in the country and entail difficulties for the investigation of relevant criminal cases. At the moment, we can argue that a new element has emerged in the structure of the Russian population, namely: naturalized citizens of Russia and foreign citizens who differ in their ethnicity from the titular ethnic group and the peoples of the Russian Federation having national territorial formations on the basis of their national language, culture, traditions, mentality and values. The authors of the article believe that such persons form an independent group of advenals. Difficulties with the implementation of such principles as respect for the honor and dignity of such individuals, language of court proceedings, the right to freedom of religion considered in the paper result in drawing a conclusion about the necessity of development of methods of investigation of advenal crimes. They include a set of scientific*

premises and practical recommendations developed on the basis of such premises used to organize and implement identification, investigation, disclosure and prevention of crimes committed by advenal persons against advenal persons or crimes perceived by advenal persons whose personal characteristics, as reflected in their activities, determine the course of conduct of investigators collecting, examining and evaluating evidence in a case.

Keywords: *criminal proceedings, advenal participants, advenal persons, personal rights, language of court proceedings, respect for honor and dignity of the individual.*

REFERENCES

1. Bazarova D. B. Printsip uvazheniya chesti i dostoinstva lichnosti kak vazhneyshaya protsessualnaya garantiya v ugovnom sudoproizvodstve [The principle of respect for honor and dignity of the person as the most important procedural guarantee in criminal proceedings]. *Rossiyskiy sledovatel [Russian Investigator]*. 2016. No. 20. pp. 53—56. (In Russ.)
2. Vilkova T. Yu., Rossinskiy S. B. Implementation of the right to respect for honor and dignity of a person during examination in a judicial investigation]. *Rossiyskiy sudya [Russian Judge]*. 2015. No. 3. pp. 22—26. (In Russ.)
3. Zyablina V. M. Realizatsiya printsipa yazyka ugovnogo sudoproizvodstva [Realization of the principle of language of criminal proceedings]. *Lex Russica*. 2016. No. 11. pp. 155—161. (In Russ.)
4. Kantser Yu. Khidzhab ne dlya uchebnykh zavedeniy [Hijab is not for educational institutions]. *EZh-Jurist Publ.*, 2014. No. 33. P. 8. (In Russ.)
5. Litvintseva N. Yu. Zakonnost pri proizvodstve po ugovnomu delu [Legality in criminal proceedings]. *Sibirskie ugovno-protsessualnye i kriminalisticheskie chteniya [Siberian criminal procedural and criminalistic readings]*. 2016. Issue 6 (14). pp. 31—39. (In Russ.)
6. Litvintseva N. Yu. Prava lichnosti v ugovnom sudoproizvodstve [Rights of the individual in criminal proceedings]. Irkutsk, BSUEP Publishing House, 2016. 86 p. (In Russ.)
7. Mazyuk R. V. Smartfon kak sredstvo realizatsii protsessualnogo interesa uchastnikov ugovnogo sudoproizvodstva v nadlezhashchem perevode na ikh rodnoy yazyk [A smartphone as a means of realization of procedural interest of participants of criminal proceedings in proper translation into their native language]. *Deyatel'nost pravookhranitelnykh organov v sovremennykh usloviyakh: sb. mat-ov XXI mezhdunar. nauch.-prakt. konf.: v 2 t. [Activity of law enforcement agencies in modern conditions: Proceedings of the XXI International Scientific-Practical Conference: in 2 vol]*. Irkutsk, Publishing House of the ESI of the Ministry of Internal Affairs of Russia, 2016. Vol. 1. pp. 236—240. (In Russ.)
8. Osobennosti rassledovaniya otdelnykh kategoriy ugovnykh del i ugovnykh del v otnoshenii otdelnykh kategoriy lits: monografiya [Features of investigation of certain categories of criminal cases and criminal cases in relation to certain categories of persons: A monograph]. Moscow, Yurlitinform Publ., 2016. 336 p. (In Russ.)
9. Printsipy sovremennogo rossiyskogo ugovnogo sudoproizvodstva: monografiya [The principles of modern Russian criminal proceedings: A monograph]. I. V. Smolkov (sci. ed.); P. V. Mazyuk. Moscow, Yurlitinform Publ., 2015. 228 p. (In Russ.)
10. Pushkarev V. V. Realizatsiya printsipa yazyka ugovnogo sudoproizvodstva pri primeneni mer protsessualnogo prinuzhdeniya [Realization of the principle of language of criminal proceedings in the application of measures of procedural coercion]. *Migratsionnoe pravo [Migration Law]*. 2016, No. 4, pp. 24—28. (in Russ.)
11. Khrystyuk A. A. Organizovannaya prestupnost vostochnoy sibiri: sovremennye tendentsii i regionalnye osobennosti: monografiya [Organized crime in Eastern Siberia: Current trends and regional features: A monograph]. Irkutsk, BSUEP Publishing House, 2016. 149 p. (In Russ.)

М. И. Воронин*

ЭЛЕКТРОННЫЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВА В УПК: БЫТЬ ИЛИ НЕ БЫТЬ?¹

Аннотация. Цифровая реальность прочно вошла в жизнь общества и государства. И также прочно стала и средой, и средством совершения преступлений, по цифровым (электронным) следам которых правоохранные и судебные органы восстанавливают картину происшедшего события. В орбиту уголовного процесса попадают различные цифровые устройства (мобильные телефоны, планшеты, смартфоны, флеш-накопители, жесткие диски и т.п.), несущие важную для органов предварительного расследования и суда информацию. Зачастую изъять, исследовать, закрепить данную информацию без участия специалиста невозможно. Действующее уголовно-процессуальное законодательство не в полной мере адаптировано к таким источникам информации. Поэтому цифровые новеллы действительности становятся объектом изучения многих наук уголовно-правового цикла, в том числе и науки уголовно-процессуального права. Необходимо ли включать в уголовно-процессуальное законодательство понятие «электронное доказательство»? Если необходимо, то имеются ли основания для вывода о самостоятельности этого вида доказательств или же электронные доказательства могут быть отнесены к одному из традиционных видов доказательств? Каковы для этого теоретические и практические предпосылки? В чем особенности электронных доказательств? В науке высказываются различные точки зрения по этим вопросам. Большинство ученых и специалистов полагают возможным отнесение электронных доказательств либо к вещественным доказательствам, либо к иным документам. В статье предлагается рассматривать данные доказательства как самостоятельный вид доказательств, относя к ним как электронные носители информации, так и саму электронную информацию в форме электронных документов. На основе выдвинутых теоретических предложений необходимо начать разработку соответствующих правовых норм для включения их в уголовно-процессуальный закон.

Ключевые слова: электронное доказательство, доказательства, доказывание, виды доказательств, уголовный процесс, оценка доказательств, правоприменение, электронные носители информации.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.152.7.074-084

В современной юридической науке широко обсуждаются вопросы, связанные с необходимостью правового регулирования отношений, связанных с цифровой реальностью и электронной информацией, содержащейся на электрон-

ных носителях. Ученые той или иной отрасли права осмысливают отдельные аспекты цифровизации и предлагают различные варианты правовой регламентации цифровых (электронных) объектов и технологий. Опережая во многом

¹ Статья подготовлена в рамках исследования по гранту РФФИ на основании договора от 04.10.2018 № 18-29-16041.МК.

© Воронин М. И., 2019

* Воронин Михаил Ильич, кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовно-процессуального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
m_voronin@bk.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

научные исследования в этой сфере, законодатель создает правовые нормы, отражающие цифровые реалии. Уже более 100 федеральных законов содержат такие понятия, как «электронный документ», «электронные ресурсы», «электронная информация», «электронные носители информации», «электронная площадка», «электронный билет», «электронная почта», «электронное средство платежа», «цифровые права». Совершенно очевидно, что такое законодательство нуждается в основательном и всестороннем научном анализе, итогом которого должны стать предложения по совершенствованию законодательства в данной сфере, ибо правоприменение не всегда адекватно воспринимает до конца не продуманные и научно не обоснованные законодательные новеллы.

Не может оставаться в стороне от научного поиска оптимальных правовых решений проблем, связанных с цифровой реальностью, и наука уголовно-процессуального права. Одним из центральных правовых институтов уголовно-процессуального права является доказательственное право. Появившиеся в последние годы публикации, да и внесенные в УПК РФ изменения, поставили перед наукой вопросы о необходимости и целесообразности трансформации норм доказательственного права в связи с появлением и широким распространением на практике новых источников доказательственной информации, имеющих электронную (цифровую) природу. Научные дискуссии разворачиваются вокруг таких понятий, как «электронные доказательства» и «электронное доказывание». Спектр мнений довольно широк, что свидетельствует о сложности и многоаспектности рассматриваемых явлений новой реальности.

Один из основных вопросов, вызывающих полемику, связан с необходимостью и обоснованностью закрепления в законе нового вида доказательства — «электронного доказательства». Несмотря на распространенное в литературе и на практике употребление термина «электронное доказательство», многими специалистами высказывается отрицательное от-

ношение к необходимости выделения такого доказательства в качестве отдельного вида доказательства и закрепления его в уголовно-процессуальном законе.

Так, Р. И. Оконенко в диссертационном исследовании об электронных доказательствах приходит к выводу о том, что в настоящее время преждевременно говорить о понятии «электронного доказательства» как о состоявшейся категории позитивного права, а появление в УПК РФ термина «электронный носитель информации» следует рассматривать как промежуточный шаг на пути к возможному появлению в российском процессуальном праве термина «электронные доказательства»². По его же мнению, электронные доказательства не являются особым видом доказательств.

Авторы коллективной монографии «Основы теории электронных доказательств», соглашаясь с автором англоязычной статьи в сети Интернет, считают, что электронным доказательством является любая электронно хранимая информация (ESI), которая может быть использована в качестве доказательства в судебном процессе; к такому виду доказательств относятся любые документы, электронные письма или другие файлы, хранящиеся в электронном виде, а также электронные свидетельства, включающие записи, хранящиеся сетевыми или интернет-провайдерами. В этой же работе утверждается, что электронная информация может быть представлена в виде одного из традиционных доказательств — вещественного доказательства или иного документа³.

По мнению П. С. Пастухова, в УПК РФ не следует вводить новый вид доказательства («электронное доказательство») или новый источник («электронный носитель информации»), необходимо лишь уточнить понятие «доказательство», указав, что сведения могут быть в виде электронной информации, которая, в свою очередь, «вполне способна восприниматься в одном из традиционных доказательств — вещественном доказательстве или документе»⁴. Предлагается также отказаться от приводимого в ч. 2 ст. 74 УПК РФ перечня источников доказательств, ко-

² Оконенко Р. И. «Электронные доказательства» и проблемы обеспечения прав граждан на защиту тайны личной жизни в уголовном процессе: сравнительный анализ законодательства Соединенных Штатов Америки и Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016.

³ Основы теории электронных доказательств : монография / под ред. д-ра юрид. наук С. В. Зуева. М. : Юрлитинформ, 2019. С. 253, 254.

⁴ Пастухов П. С. О развитии уголовно-процессуального доказывания с использованием электронных доказательств // СПС «КонсультантПлюс».

торый является изжившим себя анахронизмом, а доказательствами считать сведения, полученные любой из сторон способами, не запрещенными законом, которые позволяют установить обстоятельства, имеющие существенное значение для дела. Эти сведения могут быть получены от лиц, из предметов или процессов⁵. Иной точки зрения придерживаются, в частности, Н. А. Зигура и А. В. Кудрявцева, которые полагают, что компьютерная информация является самостоятельным видом доказательств⁶.

Так нужно ли направлять научные усилия на поиск определения понятия «электронное доказательство» и выделять его в качестве самостоятельного вида доказательств? В рамках настоящей статьи вряд ли возможно провести масштабное научное исследование по данному вопросу, однако наметить основные подходы к изучению нового социального феномена и его места в уголовно-процессуальном праве, равно как и ответить на поставленный вопрос, мы все же попытаемся.

Прежде всего стоит отметить, что в литературе уже была предпринята попытка определить некоторые подходы к формулированию понятия «электронное доказательство» в уголовном судопроизводстве. Например, небезыңтересные суждения по этому поводу высказал П. Г. Марфицин, однако в его рассуждениях имеется серьезный скепсис. Задаваясь вопросом о том, а нужен ли нам такой самостоятельный вид доказательства, как электронное, П. Г. Марфицин предлагает растворить признак «электронности» в иных видах доказательств, то есть рассматривать его как форму, в которую облечены необходимые для дела сведения. И тогда, заключает он, не понадобится формулировать понятие «электронные доказательства». При этом его рассуждения не категоричны, поскольку в конечном итоге он соглашается с тем, что «в любом случае этот вопрос нуждается в проработке»⁷.

Мало кто из специалистов отрицает наличие особых специфических свойств как у электронной информации, так и у электронных носителей информации. Р. И. Оконенко отмечает, что наиболее характерной чертой электронных данных является то, что они формируются не только посредством физических закономерностей, но и согласно программному алгоритму, который задан разработчиком программы⁸. Отличительные признаки электронной информации выделяет и В. Ю. Стельмах, указывая, что она циркулирует в виде электромагнитных импульсов и хотя и обладает некоторыми признаками «идеального» следа, в то же время имеет собственные признаки, не присущие в чистом виде ни «материальным», ни «идеальным» следам, поскольку электронная информация может находиться не на всех материальных объектах, а только в памяти компьютеров и на машинных носителях и при копировании электронной информации ее первоисточник не претерпевает никаких изменений (за исключением случаев использования при копировании дефектных или вредоносных программ), что делает в отношении электронной информации понятия «оригинал» и «копия» весьма условными⁹. Соглашаются с существенными особенностями электронной информации и авторы упомянутой выше коллективной монографии «Основы теории электронных доказательств», хотя и относят ее к одному из традиционных видов доказательств¹⁰.

Справедливо обращает внимание Е. И. Галяшина на то, что при поиске, обнаружении, фиксации, изъятии, исследовании и хранении файлов, содержащих цифровую информацию, представленную в бинарном коде, необходимо руководствоваться принципами, закрепленными Международной организацией по цифровым доказательствам (IOCE)¹¹. Помимо принципов, связанных в основном с изъяти-

⁵ Александров А. С., Кувычков С. И. О надежности «электронных доказательств» в уголовном процессе // URL: <https://docplayer.ru/26470841-O-nadezhnosti-elektronnyh-dokazatelstv-v-ugolovnom-processe.html>.

⁶ Зигура Н. А., Кудрявцева А. В. Компьютерная информация как вид доказательства в уголовном процессе России : монография. М., 2011. С. 30.

⁷ Марфицин П. Г. Некоторые подходы к формулированию понятия «электронное доказательство» в уголовном судопроизводстве // Вестник Нижегородской академии МВД России. 2017. № 3 (39). С. 107.

⁸ Оконенко Р. И. Указ. соч. С. 23.

⁹ Стельмах В. Ю. Электронная информация в доказывании по уголовным делам: способы получения и место в системе доказательств // Библиотека криминалиста. 2018. № 3. С. 94—95.

¹⁰ Основы теории электронных доказательств... С. 254.

¹¹ Галяшина Е. И. Оценка достоверности цифровых фонограмм в уголовном процессе // Доказывание и принятие решений в современном уголовном судопроизводстве : материалы Междунар. науч.-практ.

ем и исследованием цифровых доказательств, указанная организация привела определения основных понятий, касающихся цифровых доказательств:

- цифровое доказательство — информация, сохраненная или переданная в бинарной форме, которая может быть использована в суде;
- оригинальное цифровое доказательство — физические средства и информационные объекты (данные), связанные с этими средствами на момент изъятия;
- дубликат цифрового доказательства — точное цифровое воспроизведение всех данных, содержащихся на оригинальном физическом средстве;
- копия — точное воспроизводство информации, содержащейся в данных независимо от оригинального носителя¹².

Большинством авторов отмечается, что у электронной (цифровой) информации и электронных носителей информации как доказательств существуют особенности их собирания, проверки и оценки. Анализ этих особенностей будет предметом отдельных публикаций. Сейчас, в контексте рассматриваемого вопроса, отметим лишь одну особенность, связанную с так называемой цепью законных владений, под которой понимается порядок процессуального документирования цифровой (электронной) информации, имеющей доказательственное значение, который обеспечивает сохранность информации при передаче ее на всех этапах доказывания — от момента получения до передачи ее вплоть до судебного органа, рассматривающего дело по существу или по отдельному спорному вопросу¹³.

Являются ли отмеченные особенности электронных доказательств, равно как и констатируемая многими юристами специфика их собирания, проверки и оценки, достаточным основанием для выделения их в законе в качестве самостоятельного вида доказательств? Для ответа на поставленный вопрос необходимо обратиться как к уголовно-процессуальному закону, так и к положениям теории доказательств.

Известно, что УПК РФ (ч. 2 ст. 74) содержит закрытый перечень видов доказательств (источников доказательств). По мнению Л. В. Головки, такой подход законодателя имеет свои достоинства и недостатки. То, что принцип исчерпывающего перечня источников доказательств является преградой на пути попадания в процесс разного рода ненадежной и недоброкачественной информации, является несомненным достоинством этого принципа. К недостаткам он относит неспособность этого перечня угнаться за развитием жизни, особенно в условиях научно-технического прогресса, расцвета информационных технологий, появления виртуальной информации. «В то же время в большинстве случаев, — пишет Л. В. Головка, — судебной практике удается адаптироваться к новым реалиям, вкладывая новые смыслы в традиционные понятия, например, когда вещественными доказательствами стали признаваться не только ножи и пистолеты, но и разного рода носители, на которых в ходе следственных действий переносится информация из социальных сетей, Интернета и т.п.»¹⁴.

Следует согласиться с утверждением Л. В. Головки об адаптации судебной практики к новым реалиям — с оговоркой, что не только судебные органы, но и многие ученые пошли по тому же пути «адаптации», втискивая в рамки традиционных видов доказательств качественно новую доказательственную информацию. Думается, что такой подход нуждается в критической оценке, поскольку не учитывает природу, процессуальные особенности появления и закрепления в материалах уголовного дела электронных доказательств. Между тем, если обратиться к капитальному теоретическому труду прошлого века «Теория доказательств в советском уголовном процессе», то в нем в основу деления доказательств по видам источников положено различие процессуальных способов собирания и закрепления доказательств, соответствующих специфике отдельных фактических данных, а именно — «специфика способа сохранения и передачи информации о существенных обстоятельствах исследуемого события с тем,

конференции, посвящ. памяти д-ра юрид. наук, проф. Полины Абрамовны Лупинской : сборник науч. трудов. М. : Элит, 2011. С. 139—140.

¹² URL: https://ceur.ru/library/spravochnik/katalog_kompanijj/item126250/.

¹³ Доктринальная модель уголовно-процессуального доказательственного права РФ и комментариев к ней / А. С. Александров [и др.]. М., 2015. С. 28, 45.

¹⁴ Головка Л. В. Курс уголовного процесса / под ред. д. ю. н., проф. Л. В. Головки. М. : Статут, 2016. С. 444.

чтобы применить такие и только такие методы ее собирания, которые обеспечили бы полноту и точность полученных фактических данных»¹⁵. И. Б. Михайловская писала, что часть 2 ст. 74 УПК РФ, содержащая исчерпывающий перечень видов доказательств, является основой различия процессуальной формы доказательств (особенностей источника, оснований и порядка их получения, исследования и фиксации)¹⁶. К сказанному стоит добавить, что процессуальные нормы доказательственного права на современном этапе должны обеспечить не только достоверность получаемой и используемой субъектами доказывания информации, но также соблюдение и защиту основных прав и свобод человека.

Таким образом, специфика сведений (информации), обуславливающая особенности собирания и закрепления доказательств, предопределяет необходимость выделения того или иного вида доказательств. Так справедливы ли высказанные в ряде публикаций предложения об отнесении электронных доказательств либо к вещественным доказательствам, либо к иным документам?

В науке под вещественными доказательствами понимаются предметы материальной среды (материального мира), фрагменты внешней обстановки (орудия преступления, предметы со следами преступления и т.п.). Ю. К. Орлов подчеркивал, что в вещественных доказательствах доказательственное значение имеют их физические, материальные свойства и признаки — вес, размер, химический состав, конфигурация и локализация следов и т.п., они носят объективный характер и не зависят от индивидуальных особенностей исследователя. Информация в вещественных доказательствах содержится в естественной (некодированной) форме. Вопрос о том, какие объекты можно, а какие нельзя изымать и приобщать к делу в качестве вещественных доказательств, решается в зависимости от физической возможности, удобства и целесообразности. Если речь идет о микрообъектах (микроследах), которые невидимы невооруженным глазом, то они не могут фигури-

ровать в качестве вещественных доказательств, поскольку не могут храниться отдельно от объекта-носителя, который и будет признан вещественным доказательством после его изъятия вместе с микрообъектами (микроследами)¹⁷. Давая аналогичную характеристику вещественных доказательств, В. А. Лазарева добавляет, что «строго говоря, понятие «вещественное доказательство» и есть характеристика доказательства со стороны его формы. Вещественное доказательство — это вещь»¹⁸.

Если применительно к электронным носителям информации теоретические и правовые основания позволяют в некоторых случаях отнести их к вещественным доказательствам (например, при краже мобильного телефона, планшета, смартфона и т.п., в этих случаях «электронная составляющая» данных объектов значения не имеет), то в отношении электронной информации, определяемой чаще всего через понятие «электронный документ», а равно когда для расследования уголовного дела имеет значение не только сама электронная информация, но и электронный носитель этой информации, имеются возражения против отнесения этих объектов к традиционным видам доказательств. Представляется, что речь должна идти о выделении в уголовно-процессуальном законе самостоятельного вида доказательств — «электронное доказательство».

Рассуждая о необходимости выделения понятия «электронное доказательство», П. Г. Марфицин небезосновательно полагает, что искомое понятие должно находиться в гармонии с другими, используемыми в той или иной отрасли права, не выглядеть «белой вороной» среди них¹⁹. Но, как было отмечено выше, более 100 федеральных законов используют понятия с прилагательным «электронный». В частности, согласно п. 2 ст. 434 Гражданского кодекса РФ электронным документом, передаваемым по каналам связи, признается информация, подготовленная, отправленная, полученная или хранимая с помощью электронных, магнитных, оптических либо аналогичных

¹⁵ Теория доказательств в советском уголовном процессе / отв. ред. Н. В. Жогин. Изд. 2-е, испр. и доп. М. : Юрид. лит., 1973. С. 257, 635.

¹⁶ Михайловская И. Б. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации : учебник. 3-е изд., перераб. и доп. / отв. ред. И. Л. Петрухин, И. Б. Михайловская. М. : Проспект, 2010. С. 204.

¹⁷ Орлов Ю. К. Проблемы теории доказательств в уголовном процессе. М. : Юрист, 2009. С. 106, 152, 156.

¹⁸ Лазарева В. А. Доказывание в уголовном процессе : учебник для бакалавриата и магистратуры. 5-е изд., перераб. и доп. М. : Юрайт, 2014. С. 324.

¹⁹ Марфицин П. Г. Указ. соч. С. 108.

средств, включая обмен информацией в электронной форме и электронную почту. Указанное понятие можно встретить и в юридической литературе. Так, А. В. Рыбин под электронным документом как источником судебного доказательства понимает сведения об обстоятельствах, подлежащих установлению по делу, записанные на перфокарту, перфоленту, магнитный, оптический, магнитно-оптический накопитель, карту флеш-памяти или иной подобный носитель, полученные с соблюдением порядка их собирания²⁰.

Думается, что подробная техническая детализация анализируемых понятий в уголовно-процессуальном праве является излишней, необходимой скорее в криминалистике. Для процессуального доказывания значение имеет прежде всего информация (представленная в данном случае в электронной форме), а также при определенных обстоятельствах и носитель данной информации. Но поскольку электронную (цифровую) информацию непосредственно органами чувств человек воспринимать не может, то эта специфичность такого рода информации приводит нас к понятию «электронный документ», которого коснемся ниже.

В целом полагаем, что для нужд уголовно-процессуального регулирования вполне достаточным будет определение и использование следующих понятий: «электронное доказательство», «электронный документ», «электронный носитель информации».

Электронное доказательство — сведения, содержащиеся в электронном документе и/или на электронном носителе информации, на основании которых субъекты доказывания устанавливают наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, а также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела.

Понятие «электронный документ» вполне может быть заимствовано из Федерального закона № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации». Согласно п. 11.1 ст. 2 этого Закона электронный документ — документированная информация, представленная в электронной форме, то есть в виде, пригодном для восприятия человеком

с использованием электронных вычислительных машин, а также для передачи по информационно-телекоммуникационным сетям или обработки в информационных системах. Под данное определение подпадает любая электронная информация, содержащаяся в различных файлах, сообщениях, передаваемых при помощи услуг электронных мессенджеров, посредством электронной почты, а также выполненные на цифровых устройствах аудио-, видеозаписи и т.п.

Что касается понятия «электронный носитель информации», то многие авторы используют определение, содержащееся в 3.1.9 ГОСТ 2.051-2013 «Единая система конструкторской документации. Электронные документы. Общие положения», согласно которому электронным носителем является «материальный носитель, используемый для записи, хранения и воспроизведения информации, обрабатываемой с помощью средств вычислительной техники»²¹. Однако, по мнению некоторых ученых, подобная формулировка позволяет относить к данной категории носителей устройства бытового назначения, способные записывать, хранить, воспроизводить информацию (стиральные машины, кофемашины, холодильные камеры и т.д.)²².

Заслуживает внимания позиция Ю. В. Гаврилина, полагающего, что для достижения целей уголовного процесса правовой режим электронных носителей информации нужно распространять не только на съемные носители информации (например, карты памяти, флеш-накопители, съемные жесткие диски, оптические диски и др.), но и на сами персональные компьютеры и серверы, а также на иные микропроцессорные устройства, конструктивно предназначенные для постоянного или временного хранения компьютерной информации, что позволит избежать терминологической чехарды. При этом распространение данного правового режима на иную микропроцессорную технику, в частности указанную выше и имеющую бытовое назначение, то есть конструктивно не предназначенную для хранения компьютерной информации, является необоснованным. Ю. В. Гаврилин предлагает закрепить в УПК РФ

²⁰ Рыбин А. В. Электронный документ как вещественное доказательство по делам о преступлениях в сфере компьютерной информации (процессуальные и криминалистические аспекты). СПб., 2005. С. 8.

²¹ Стандарт введен в действие приказом Росстандарта от 22.11.2013 № 1628-ст.

²² Васюков В. Ф. Изъятие электронных носителей информации: нерешенные проблемы практики // Уголовный процесс. 2016. № 2. С. 54—55.

определение понятия «электронный носитель информации» следующего содержания: «это устройство, конструктивно предназначенное для постоянного или временного хранения информации в виде, пригодном для использования в электронных вычислительных машинах, а также для ее передачи по информационно-телекоммуникационным сетям или обработки в информационных системах»²³. В своем определении автор использовал приведенные выше формулировки, содержащиеся в ст. 2 Закона об информации, информационных технологиях и о защите информации, учел особенности самих электронных носителей информации и дал, на наш взгляд, удачное определение рассматриваемого понятия.

Процессуальная форма введения электронных доказательств в уголовный процесс имеет свои особенности, что, помимо особенностей их содержания, также дает основания для выделения их в качестве самостоятельного вида доказательств. В обоснование данного вывода сошлемся на полемику Р. И. Оконенко с Н. А. Зигура и А. В. Кудрявцевой в той части его диссертационного исследования, в которой он не соглашается с последними в части придания компьютерной информации статуса отдельного вида доказательств²⁴. Интересно, что большинство исходных тезисов, предлагаемых Р. И. Оконенко, по нашему мнению, абсолютно верные, но выводы, к которым он приходит, нами не разделяются.

Говоря о том, что электронные носители информации являются разновидностью электронных доказательств, мы исходим из того, что указанные носители непосредственно связаны с содержащейся в них электронной информацией, без которой они являются всего лишь «железом». Иными словами, без «электронной составляющей» эти носители не имеют доказательственного значения. Эта первая содержательная особенность и не позволяет отнести их к вещественным доказательствам. Схожие рассуждения можно найти у Р. И. Оконенко, который под исследованием «электронного доказательства» понимает изучение информационного содержания носителя информации, связанное с совершением действий в виртуальной среде (открытие папок с файлами, самих

файлов, изучение свойств файлов посредством использования иных программ и т.п.), при этом он подчеркивает, что такое исследование не есть внешний осмотр либо иное изучение характеристик электронного носителя информации как реального материального объекта (в частности, определение его веса, размера, формы, модели, других индивидуализирующих признаков)²⁵. А ведь такой внешний осмотр включается в процессуальную форму вещественного доказательства, являясь вторым этапом после изъятия вещественного доказательства.

Также следует согласиться с Р. И. Оконенко и в том его суждении, которое касается формирования следов преступления на обычном предмете и в ходе работы компьютерной программы. Следы на обычном предмете формируются исходя из физических, химических, биологических и других закономерностей, имеющих объективную природу и существующих помимо воли и сознания человека, в то время как при работе компьютерной программы изменения происходят согласно заданному разработчиком алгоритму, который он выбирает, исходя из своего субъективного усмотрения. И в этом Р. И. Оконенко прав, проводя отчетливо разницу между вещественными и электронными доказательствами. При этом данный довод, по нашему мнению, также обосновывает самостоятельность электронных доказательств.

Последний, отмечаемый тем же автором, специфический признак информации, отличающий ее от вещественного доказательства, — это ее выражение в определенном коде. Р. И. Оконенко пишет: «Несмотря на то что любого рода информация, хранящаяся на диске, кодируется по одним и тем же правилам, ее можно условно разделить на две группы. Первая группа сведений составляет основное содержание файла, это те сведения, для восприятия которых файл и был создан, — текст документа, графическое изображение, музыка, видеозапись. Вторая группа сведений составляет как бы «информацию об информации», она указывает на местоположение файла, его размер, расширение, историю его изменений, копирования и другие сведения, говорящие нам не столько о том, что

²³ Гаврилин Ю. В. Электронные носители информации в уголовном судопроизводстве // Труды Академии управления МВД России. 2017. № 4 (44). С. 47, 48.

²⁴ Оконенко Р. И. Указ. соч. С. 21—34.

²⁵ Оконенко Р. И. Указ. соч. С. 23.

хранится в соответствующем файле, сколько о том, как, в каком виде указанные сведения существуют в виртуальной реальности»²⁶. Сведения второй группы невозможно непосредственно обозреть, они будут представлены в виде уже переработанного определенной программой отчета о таких изменениях в форме семантических символов — букв и цифр, хранящихся на компьютере точно таким же способом, как и сам файл. Но ни эти факторы, ни кодирование информации не дают оснований, по мнению Р. И. Оконенко, для придания «электронным доказательствам» особого процессуального статуса, так как он считает, что говорить об электронных доказательствах как о состоявшейся категории уголовно-процессуального права можно, только уязвав особенности «электронных доказательств» с проблемами применения уголовно-процессуального закона.

А таких проблем в настоящее время уже немало. И обусловлены они во многом отсутствием в УПК РФ дефиниций, связанных с рассматриваемыми явлениями. Но главные проблемы связаны, как было отмечено выше, с обеспечением достоверности электронных доказательств и защитой прав личности. В рамках настоящей статьи все существующие трудности правоприменения обозначить не представляется возможным, отметим лишь основные: выбор следственного действия, в ходе которого допустимо изъятие электронного доказательства; право или обязанность следователя привлекать специалиста к участию в следственном действии, при производстве которого изымается электронное доказательство; копирование с электронных носителей информации — самостоятельное процессуальное действие или часть следственного действия; какие электронные носители информации могут быть предметом компьютерно-технической экспертизы; необходимо ли получение судебного решения для производства осмотра и выемки электронных сообщений (ч. 7 ст. 185 УПК РФ); привлечение специальных знаний при оценке подлинности и достоверности носителей с цифровыми фонограммами; проверка «цепи законных владений».

Отнесение электронных доказательств к иным документам также нельзя признать обоснованным. Во-первых, статья 84 УПК РФ, посвященная иным документам, сформулирова-

на по остаточному принципу. Все, что не может быть отнесено к другим видам доказательств, автоматически подпадает под иные документы. Такой подход законодателя не основан на познавательных особенностях той или иной информации. По мнению Ю. К. Орлова, например, фото- и киноизображения, являясь производными вещественными доказательствами, содержат и элементы условности, и элементы копирования, вследствие чего довольно затруднительно отнести их к какому-то виду доказательств²⁷. Во-вторых, этот вид доказательств не учитывает как специфику самих электронных доказательств, так и особенности их собирания, проверки и оценки. В-третьих, приобщение документа к делу не требует вынесения специального письменного решения об этом, как это имеет место в отношении вещественных доказательств. Применительно к электронным доказательствам такое положение считаем недопустимым. Правоприменитель должен выносить постановление о приобщении электронного документа или электронного носителя информации к делу в качестве электронного доказательства. В этом решении должны найти отражение как основание его принятия, так и процессуальный способ получения этого доказательства, итоги экспертного исследования при его проведении, а также вывод о его относимости к делу. Кроме того, по аналогии с вещественными доказательствами точная процессуальная фиксация факта приобщения, например, электронного носителя информации к делу в качестве электронного доказательства необходима еще и потому, что такие носители часто представляют определенную материальную ценность²⁸.

Безусловно, введение в уголовное судопроизводство электронных доказательств требует дальнейшего осмысления как содержания данного вида доказательств, так и особенностей правил их собирания, проверки и оценки. Научная мысль должна быть направлена и на изучение объективно изменившейся уголовно-процессуальной формы, трансформация которой вызвана появлением не только ранее неизвестных отечественному правопорядку доказательств, но и внедрением информационных технологий в саму процедуру расследования, рассмотрения и разрешения уголовно-правовых споров.

²⁶ Оконенко Р. И. Указ. соч. С. 27.

²⁷ Орлов Ю. К. Указ. соч. С. 165.

²⁸ Орлов Ю. К. Указ. соч. С. 155.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Александров А. С., Кувычков С. И. О надежности «электронных доказательств» в уголовном процессе // URL: <https://docplayer.ru/26470841-O-nadezhnosti-elektronnyh-dokazatelstv-v-ugolovnom-processe.html>.
2. Васюков В. Ф. Изъятие электронных носителей информации: нерешенные проблемы практики // Уголовный процесс. — 2016. — № 2.
3. Гаврилин Ю. В. Электронные носители информации в уголовном судопроизводстве // Труды Академии управления МВД России. — 2017. — № 4 (44).
4. Галяшина Е. И. Оценка достоверности цифровых фонограмм в уголовном процессе // Доказывание и принятие решений в современном уголовном судопроизводстве : материалы Международной научно-практической конференции, посвященной памяти д-ра юрид. наук, проф. Полины Абрамовны Лупинской : сборник научных трудов. — М. : Элит, 2011.
5. Доказывание в уголовном процессе : учебник для бакалавриата и магистратуры / В. А. Лазарева. — 5-е изд., перераб. и доп. — М. : Юрайт, 2014.
6. Доктринальная модель уголовно-процессуального доказательственного права РФ и комментариев к ней / А. С. Александров [и др.]. — М., 2015.
7. Зигура Н. А., Кудрявцева А. В. Компьютерная информация как вид доказательства в уголовном процессе России : монография. — М., 2011.
8. Курс уголовного процесса / под ред. д. ю. н., проф. Л. В. Головки. — М. : Статут, 2016.
9. Марфицин П. Г. Некоторые подходы к формулированию понятия «электронное доказательство» в уголовном судопроизводстве // Вестник Нижегородской академии МВД России. — 2017. — № 3 (39).
10. Оконенко Р. И. «Электронные доказательства» и проблемы обеспечения прав граждан на защиту тайны личной жизни в уголовном процессе: сравнительный анализ законодательства Соединенных Штатов Америки и Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2016.
11. Орлов Ю. К. Проблемы теории доказательств в уголовном процессе. — М. : Юрист, 2009.
12. Основы теории электронных доказательств : монография / под ред. д-ра юрид. наук С. В. Зуева. — М. : Юрлитинформ, 2019.
13. Пастухов П. С. О развитии уголовно-процессуального доказывания с использованием электронных доказательств // СПС «КонсультантПлюс».
14. Рыбин А. В. Электронный документ как вещественное доказательство по делам о преступлениях в сфере компьютерной информации (процессуальные и криминалистические аспекты). — СПб., 2005.
15. Стельмах В. Ю. Электронная информация в доказывании по уголовным делам: способы получения и место в системе доказательств // Библиотека криминалиста. — 2018. — № 3.
16. Теория доказательств в советском уголовном процессе / отв. ред. Н. В. Жогин. — Изд. 2-е, испр. и доп. — М. : Юрид. лит., 1973.
17. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации : учебник. — 3-е изд., перераб. и доп. / отв. ред. И. Л. Петрухин, И. Б. Михайловская. — М. : Проспект, 2010.

Материал поступил в редакцию 3 апреля 2019 г.

ELECTRONIC EVIDENCE IN THE CRIMINAL PROCEDURE CODE: TO BE OR NOT TO BE?²⁹

VORONIN Mikhail Ilyich, PhD in Law, Associate Professor of the Department of Criminal Procedure Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
m_voronin@bk.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. Digital reality has firmly entered the life of society and the state. It has also become a solid medium and a means of committing crimes, the digital (electronic) traces of which law enforcement and judicial authorities use to restore the picture of the event. Various digital devices (mobile phones, tablets, smartphones, flash drives,

²⁹ The paper is prepared with the financial support of the Russian Foundation for Basic Research, Grant Agreement of 04.10.2018 No. 18-29-16041.MK.

hard drives, etc.), carrying important information for the preliminary investigation and the court, fall into the orbit of the criminal process. It is often impossible to withdraw, investigate, consolidate this information without the participation of a specialist. The current criminal procedure legislation is not fully adapted to such sources of information. Therefore, digital novels of reality become the object of study of many sciences of the criminal law cycle, including the science of criminal procedure law. Is it necessary to include the concept of «electronic evidence» in the criminal procedure legislation? If necessary, are there grounds for concluding that this type of evidence is independent, or can electronic evidence be classified as one of the traditional types of evidence? What are the theoretical and practical prerequisites for this? What are the features of electronic evidence? In science, there are different points of view on these issues. Most scientists and experts believe it is possible to classify electronic evidence as either physical evidence or other documents. In the paper, it is offered to consider these evidence as an independent type of evidence, treating them as electronic carriers of information, and electronic information in the form of electronic documents. Based on the proposed theoretical proposals, it is necessary to begin the development of appropriate legal norms for their inclusion in the criminal procedure law.

Keywords: *electronic evidence, evidence, establishment of evidence, types of evidence, criminal procedure, evaluation of evidence, law enforcement, electronic media.*

REFERENCES

1. Aleksandrov A.S., Kuvychkov S.I. *O nadezhnosti «elektronnykh dokazatelstv v ugovnom protsesse* [On the reliability of «electronic evidence» in criminal procedure]. URL: <https://docplayer.ru/26470841-O-nadezhnosti-elektronnyh-dokazatelstv-v-ugovnom-processe.html>.
2. Vasyukov V.F. *Izlyatie elektronnykh nositeley informatsii: inereshennye problemy praktiki* [Seizure of electronic media: unresolved practice issues]. *Ugovnyy protsess* [Criminal Procedure]. 2016. No. 2.
3. Gavrilin Yu.V. *Elektronnye nositeli informatsii v ugovnom sudoproizvodstve* [Electronic media in criminal procedure]. *Trudy Akademii upravleniya MVD Rossii* [Procs of the Academy of Management of the Ministry of the Interior of Russia]. 2017. No. 4 (44).
4. Galyashina E.I. *Otsenka dostovernosti tsifrovyykh fonogramm v ugovnom protsesse* [Assessment of the reliability of digital phonograms in criminal proceedings]. *Dokazyvanie i prinyatie resheniy v sovremennom ugovnom sudoproizvodstve: materialy mezhdunarodnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii, posvyashchennoy pamyati d-ra yurid. nauk, prof. Poliny Abramovny Lupinskoy: sbornik nauchnykh trudov* [Evidence and decision-making in modern criminal procedure: Procs of the International scientific and practical conference dedicated to the memory of Prof. Polina Abramovna Lupinskaya : collection of papers]. Moscow: Elit Publ., 2011.
5. *Dokazyvanie v ugovnom protsesse: uchebnik dlya bakalavriata i magistratury* [Establishment of evidence in criminal procedure: A textbook for undergraduate and graduate studies]. V.A. Lazareva. 5th ed., rev. and suppl. Moscow: Yurayt Publ., 2014.
6. *Doktrinalnaya model ugovno-protsessualnogo dokazatelstvennogo prava RF i kommentariy k ney* [Doctrinal model of criminal procedural evidentiary law of the Russian Federation and commentary to it]. A.S. Aleksandrov [et al.]. Moscow, 2015.
7. Zigura N.A., Kudryavtseva A.V. *Kompyuternaya informatsiya kak vid dokazatelstva v ugovnom protsesse Rossii: monografiya* [Computer information as a kind of evidence in the criminal process of Russia: monograph]. Moscow, 2011.
8. *Kurs ugovnogo protsessa* [The course of criminal trial]. Edited by Professor L.V. Golovko. Moscow: Statut Publ., 2016.
9. Marfitsin P.G. *Nekotorye podkhody k formulirovaniyu ponyatiya «elektronnoe dokazatelstvo» v ugovnom sudoproizvodstve* [Some approaches to the formulation of the concept of «electronic evidence» in criminal proceedings]. *Vestnik Nizhegorodskoy akademii MVD Rossii* [Bulletin of the Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of the Interior of Russia]. 2017. No. 3 (39).
10. Okanenko R.I. *«Elektronnye dokazatelstva» i problemy obespecheniya prav grazhdan na zashchitu tayny lichnoy zhizni v ugovnom protsesse: sravnitelnyy analiz zakonodatelstva Soedinennykh Shtatov Ameriki i Rossiyskoy Federatsii : dis. ... kand. yurid. nauk.* [«Electronic evidence» and the problems of ensuring the rights of citizens

to protect privacy in criminal proceedings: comparative analysis of the legislation of the United States of America and the Russian Federation : PhD Thesis]. Moscow, 2016.

11. Orlov Yu.K. *Problemy teorii dokazatelstv v ugovnom protsesse* [Problems of the theory of evidence in criminal proceedings]. Moscow: Yurist Publ., 2009.
12. *Osnovy teorii elektronnykh dokazatelstv: monografiya* [Fundamentals of the theory of electronic evidence : monograph]. Edited by S.V. Zuev, Doctor of Law. Moscow: Yurlitinform Publ., 2019.
13. Pastukhov P.S. *O razvitii ugovno-protsessualnogo dokazyvaniya s ispolzovaniem elektronnykh dokazatelstv* [On the development of criminal procedural evidence using electronic evidence]. Legal reference system «Konsultant Plus:» [Electronic resource].
14. Rybin A.V. *Elektronnyy dokument kak veshchestvennoe dokazatelstvo po delam o prestupleniyakh v sfere kompyuternoy informatsii (protsessualnye i kriminalisticheskie aspekty)* [Electronic document as material evidence in cases of crimes in the field of computer information (procedural and forensic aspects)]. St. Petersburg, 2005.
15. Stelmakh V.Yu. *Elektronnaya informatsiya v dokazyvanii po ugovnym delam: sposoby polucheniya i mesto v sisteme dokazatelstv* [Electronic information in evidence in criminal cases: methods of obtaining and place in the system of evidence]. *Biblioteka kriminalista* [Criminalist's Library Scientific Journal]. 2018. No. 3.
16. *Teoriya dokazatelstv v sovetskom ugovnom protsesse* [Evidence theory in the Soviet criminal trial]. Edited by N.V. Zhogin. 2nd ed. rev. and suppl. Moscow: Legal Literature Publ., 1973.
17. *Ugovno-protsessualnoe pravo Rossiyskoy Federatsii: uchebnik* [Criminal procedure law of the Russian Federation: a textbook]. 3rd ed., rev. and suppl. Edited by I.L. Petrukhin, I.B. Mikhailovskaya. Moscow: Prospect Publ., 2010.

ЦИКЛИЧЕСКИЙ ХАРАКТЕР ТРАНСФОРМАЦИИ ПРАВА И ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ ОБЩЕСТВА: ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ ИССЛЕДОВАНИЯ

Аннотация. Отмечается ускорение динамики социально-правовых преобразований в современной России. Делается акцент на необходимости изучения конституционно-правовых циклов развития российского общества. Соотносятся понятия «цикл», «время» и «ритм» трансформации права и правовой системы. Обращается внимание на проблему кризисных явлений в процессе функционирования и развития правовой системы современного российского общества. Анализируется возможность и перспективность использования теоретической модели циклов правового развития в изучении кризисных правовых явлений. Кризис трактуется в качестве неотъемлемой части структуры правового развития общества, несущей в себе негативные и позитивные аспекты. Рассматриваются причины, условия и виды кризисных явлений права и правовой системы. Делается вывод о продуктивности выделения в относительно самостоятельное направление государственно-правовых исследований тематики циклической динамики развития российской правовой системы.

Ключевые слова: трансформация права и правовой системы, циклы правового развития, понятие и структура правового цикла, цикличность конституционно-правового развития, кризис в праве.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.152.7.085-092

ВВЕДЕНИЕ

В условиях безудержного роста цифровых технологий, новых высокотехнологичных инструментов социально-правовой коммуникации динамика трансформации права и правовой системы российского общества также существенным образом ускоряет свой темп. Динамичность правовых преобразований, безусловно, предопределяется потребностями экономического, политического и социально-культурного развития России. Однако наряду с позитивными момента-

ми столь ускоренная трансформация правовой жизни вызывает и негативные явления — как для самого права, так и для регулируемых им важнейших сфер общественных отношений. Одновременно наблюдается чередование, смена прямо противоположных тенденций правового развития общества. Специализация правового регулирования попеременно сменяется унификацией, смягчение правового наказания — его ужесточением, правовое стимулирование деловой активности — ее ограничением, расширение круга субъективных прав отдельных

© Барсуков А. Ю., 2019

* Барсуков Анатолий Юрьевич, кандидат юридических наук, доцент кафедры теории государства и права Саратовской государственной юридической академии
barsukovau@mail.ru
410056, Россия, г. Саратов, ул. Вольская, д. 1

категорий граждан — их последующим сужением и т.д. Все это позволяет говорить о присутствии в развитии и функционировании права определенных повторяющихся циклов, ритмов и различного рода темпов трансформации государственно-правовых явлений.

Циклическая динамика юридических преобразований представляется вполне очевидной, ее трудно не заметить. Она в той или иной форме пронизывает собой всю российскую правовую жизнь, будучи детерминированной в глобальном масштабе процессами общемирового развития. Так, по авторитетному мнению В. Д. Зорькина, подобные циклы не следует отрицать ввиду их объективного наличия: «Есть мировые процессы, имеющие определенную динамику. Можно говорить, что они цикличны, и описывать конкретные циклы. Кто-то считает, что все развивается только по закону циклов. А кто-то верит в великую новизну, приносимую историей. Лично я склоняюсь ко второй версии с ее верой в провозвестие и истину. Но каковы бы ни были процессы, они предполагают ритм, в котором спокойствие сменяется беспокойством, стабильность — потрясениями»¹.

1. ЦИКЛЫ И ЦИКЛИЧЕСКАЯ ДИНАМИКА В КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОМ ПРОСТРАНСТВЕ СОВРЕМЕННОЙ РОССИИ

Принятие в 1993 г. ныне действующей Конституции РФ ознаменовало собой начало нового цикла развития не только конституционно-правового пространства, но и всей правовой системы российского общества. За четверть века ее действия накоплен колоссальный юридический опыт, свидетельствующий о кардинальной роли Основного закона страны в переустройстве политических, экономических и культурных связей в социуме. Велико значение Конституции РФ в качестве фундамента российского законодательства, обеспечивающего единство, целостность и стабильность его действия и процесса дальнейшего совершенствования. Безусловно, Конституция РФ выступает оплотом стабильности в правовом пространстве. Однако данный факт вовсе не означает отсутствия поступательного движения в развитии самой Конституции РФ, феномена конституционализма и конституционно-

правового пространства. В связи с этим возникают вопросы: каким объективным закономерностям подчиняется конституционно-правовое развитие и возможно ли его описание посредством циклической динамики? Цикличность в своей основе предполагает смену определенных состояний в развитии того или иного процесса или явления, а также ориентирует на необходимость выделения в нем фаз подъема и упадка. Думается, что циклический подход может выступить тем недостающим методологическим инструментом, который может приблизить нас к более полному пониманию процесса трансформации конституционно-правового пространства, а за ним и всей правовой системы российского общества.

В отечественной юридической литературе проблема циклов и цикличности конституционно-правового развития не получила обстоятельного рассмотрения. Своеобразным исключением выступает концепция конституционных циклов, представленная в работе А. Н. Медушевского. Этот автор в системном виде излагает анализ целого ряда вопросов: определение конституционных циклов на основе сравнительно-правового анализа; возможность познания конституционных циклов и выбор надлежащей методологии; причины и структурные параметры цикличности в конституционном праве; динамика циклов; завершение цикла и его переход в новый цикл; возможные варианты выхода за рамки цикличности в развитии конституционализма; прогнозирование циклов; существование смещенных циклов; глобализация конституционных циклов и др. А. Н. Медушевский акцентирует внимание на перспективности использования динамической модели развития права в целях отражения в теории движения конституционализма, кризисных и переходных фаз в его развитии, а также в целях демонстрации связей политических конфликтов и экономических кризисов с процессом трансформации конституционного права².

Согласно циклическому подходу развитие конституционного права предстает как периодически сменяющиеся фазы усиления и ослабления конституционно-правового регулирования общественных отношений. А. Н. Медушевский выделяет аналогичные экономическим циклам фазы в конституционном цикле: кризис старой конституционной модели;

¹ Зорькин В. Д. Глобальный кризис, право и права человека // Россия в глобальной политике. 2009. Т. 7. № 1. С. 58.

² См. подробнее: Медушевский А. Н. Теория конституционных циклов. М.: Изд. дом ГУ ВШЭ, 2005.

депрессия — фактическое прекращение действия прежней конституции; оживление — достижение согласия в обществе по основным параметрам новой конституции; подъем — введение в действие новой конституционной модели управления обществом.

Думается, что подобный опыт исследования с определенными оговорками может быть распространен и на другие отрасли правовой науки. Именно отраслевые исследования цикличности конкретных правовых явлений и процессов создают добротный первичный материал для общетеоретических обобщений и построения общей теории юридических циклов.

Несколько иное понимание циклов правового развития излагает Р. А. Ромашов, увязывая его с выделением самых масштабных циклов, фактически наиболее предельных в общесоциальном историческом плане в России. Согласно точке зрения автора, следует вести речь о трех циклах — имперском, советском и постсоветском цикле развития правовой системы России. С учетом данного тезиса возможно выделение и трех аналогичных масштабных циклов в развитии конституционно-правового пространства России.

Исследователь выделяет цикличность наряду с преемственностью в качестве объективного фактора (параметра) правового развития. Границу между данными явлениями Р. А. Ромашов проводит, исходя из специфики осуществляемых изменений. В случае преемственности, по его мнению, преобразования в праве характеризуются линейностью и выражаются лишь в простом усвоении предшествующего опыта. Иным типом трансформаций сопровождается цикличность правового развития, предполагающая его прерывистость и существенное изменение качественного состояния системы права. Структура же циклического процесса развития права представлена в виде следующей схемы: «В контексте цикличности система российского права демонстрирует тенденцию повторяющегося (кругового) развития, сочетающего фазы зарождения — становления — стабильности — стагнации — кризиса — правовой аномии (правового хаоса)»³. Р. А. Ромашов, что

примечательно, как и другие авторы, выделяет два типа циклов: повторяющиеся (бег по кругу) и модернизированные (по сути прогрессивные и по содержанию изменений). В повторяющихся циклах правовая система не претерпевает существенных качественных изменений, а в модернизированных циклах переходит на качественно новый уровень.

С учетом изложенного Конституция РФ 1993 г. представляет собой необходимый фундамент для множества модернизированных циклов, одновременно предотвращая кризисные или возможные повторяющиеся циклы конституционно-правового развития.

2. ЦИКЛ, ВРЕМЯ И РИТМ СОЦИАЛЬНО-ПРАВОВЫХ ПРЕОБРАЗОВАНИЙ

Изучение последовательной смены определенных состояний правовых явлений позволяет вплотную подойти к постановке вопроса о цикличности подобных процессов. На наш взгляд, Л. Т. Тенилова вполне оправданно увязывает процесс действия закона во времени с динамикой реально функционирующих правоотношений и с общими ритмами, циклами социального развития⁴. В данном случае поднимается фундаментальная проблематика синхронизации циклов развития и функционирования права с иными ритмами общественной жизни, которая до настоящего времени не нашла комплексного раскрытия в юриспруденции. Схожую позицию занимает Ю. А. Тихомиров, отмечая: «Все это подводит к более широкому пониманию правовых циклов, когда они «встраиваются» в общие циклы развития общества либо подвергаются их сильному воздействию. История и современность убедительно свидетельствуют о таких политических курсах, как смена типа и формы власти, устройства власти, режимов, включая выборные и иные механизмы. Смены экономических курсов означают иные приоритеты в развитии форм собственности, статусов юридических лиц и граждан; экономические реформы приводят к трансформации экономических отношений»⁵.

³ Ромашов Р. А. Преемственность и цикличность в российском праве: единство и противоречия // Юридическая техника : ежегодник. Вторые Бабаевские чтения : Преемственность в праве: доктрина, российская и зарубежная практика, техника. Н. Новгород, 2011. С. 41—42.

⁴ Тенилова Л. Т. Время в праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород : Нижегород. юрид. ин-т МВД России, 1999. С. 5—6.

⁵ Тихомиров Ю. А. Циклы правового развития // Журнал российского права. 2008. № 10. С. 18.

В ряду правовых циклов именно конституционно-правовой цикл предстает в виде наиболее протяженного во времени и наиболее устойчивого в сравнении со многими другими циклами. Завершение же конституционно-правового цикла и начало нового вызывает к жизни масштабную коренную трансформацию всех ведущих элементов правовой системы общества.

Кроме того, необходимо учитывать и то обстоятельство, что один цикл является одной из стадий (фаз) более масштабного по времени и охвату в социальной системе цикла (суперцикла). Применительно к правовой системе Ю. А. Тихомиров приводит пример относительно самостоятельных суперциклов в отношении правосознания, проектирования права, правотворчества, правоприменения, механизма контрольно-оценочного действия права и определения его эффективности. По мнению автора, каждый из этих циклов может быть разбит на несколько более мелких циклов⁶. Думается, что и циклы развития конституционно-правового пространства также можно признать в качестве относительно самостоятельных суперциклов трансформации правовой системы общества.

3. КРИЗИС В СТРУКТУРЕ ЦИКЛА ПРАВОВОГО РАЗВИТИЯ ОБЩЕСТВА

Особую опасность в череде сменяемых противоположных тенденций развития права имеют пороговые кризисные ситуации, чреватые существенными потрясениями в социально-правовой жизни. Современное российское общество характеризуется ростом потенциальных вызовов и угроз, способных в перспективе продуцировать целый ряд кризисных явлений в правовой системе, что, конечно же, требует учета в современной юридической доктрине. В этой связи весьма актуально звучит фраза Председателя Конституционного Суда РФ В. Д. Зорькина о необходимости изменения методологических подходов в современных государственно-правовых изысканиях: «В период кризиса стали очевидны издержки и практические последствия доктрин, трактующих право как «чистую» форму в отрыве от ее содержания и не учитывающих взаимосвязь юриспруденции и экономики как прикладных наук. Это ведет, по существу, к игнорирова-

нию системного подхода как методологической основы профессионализма»⁷.

Вышеизложенные аргументы и обстоятельства склоняют нас к более пристальному рассмотрению теоретической модели циклов правового развития в изучении кризисных правовых явлений.

В самом общем виде цикл правового развития представляет собой движение права и правовой системы общества от одной стабильности (качественного состояния) к другой через ряд промежуточных стадий, включая и кризисные состояния, отличающиеся неустойчивостью, нестабильностью или даже ее утратой в социально-правовой жизни. Отличаясь от естественных, природных циклов, циклы трансформации права подвергаются сознательному управлению.

Важнейшим моментом понимания модели цикла правового развития выступает его структура, которая представляет собой некую организацию его содержания в виде основных повторяющихся фаз (или стадий).

В современной отечественной юридической литературе наличествует ряд работ, раскрывающих отдельные закономерности циклического характера трансформации правовых явлений, в которых привлекается внимание читателей, на наш взгляд, к весьма важной проблеме в эволюции права и правовой системы — наличия относительно самостоятельной фазы критического состояния в развитии правового феномена. Проблематика исследования кризисных явлений в правовой сфере жизни общества органично вплетается в общетеоретическую модель, концепцию циклической динамики правовой материи, что делает познание правовой действительности более полным и точным. Трансформация государственно-правовых явлений и процессов практически невозможна без достижения и прохождения в своем движении определенной критической фазы. Без учета рассматриваемой общей закономерности в современной теории права доминирует недостаточно точная модель правового развития общества. Если следовать данной методологической установке, представляется неверным взгляд на законодательство, правовую систему и правопорядок как на общественные феномены, имеющие исключительно позитивную ценность и характеризующиеся исключительно линейной моделью развития.

⁶ Тихомиров Ю. А. Правовое регулирование: теория и практика. М. : Формула права, 2010. С. 58.

⁷ Зорькин В. Д. Указ. соч. С. 58.

Правовая система общества, как и ее центральная составляющая в виде права, в отдельные периоды развития может пребывать в состоянии кризиса и, как следствие, порождать или распространять кризисные тенденции и на иные сферы социальной жизни. В свою очередь, кризисы в экономике и политике могут приводить правовую систему и законодательство в состояние, фазу системного дисбаланса. Однако кризисная фаза в цикле развития, что особенно важно, несет в себе существенный и порой необходимый заряд для дальнейшего прогрессивного развития правовой системы или ее отдельного явления (процесса).

Подобная позиция ориентирует на учет также позитивных и негативных моментов в циклической динамике преступности. К примеру, пиковая фаза роста экономической преступности зачастую служит фактором, стимулирующим позитивные, прогрессивные изменения в гражданском и уголовном законодательстве. Напротив, в ходе фазы максимально низкого уровня преступности, как правило, охранительное законодательство находится в стадии стагнации, определенного устаревания его норм. Таким образом, в теории права возможна постановка проблемы взаимосвязи различных циклов в развитии правовой системы. Циклы же динамики преступности не должны выводиться за рамки правового развития, ибо они составляют неотъемлемый момент последнего. Преступность выступает своеобразным «негативным» детерминантом дальнейшего развития законодательства, правоприменительной практики.

В данном случае небезынтересны выводы И. М. Мацкевича о циклической детерминации экономической преступности: «На причины экономической преступности серьезное влияние оказывают естественные факторы, среди которых необходимо назвать циклические колебания ее конъюнктуры. Под циклическими процессами понимаются явления, протекающие во времени и пространстве, основным свойством которых является завершенность, возвращение к первоначальному состоянию, т. е. совершается объективный социально-общественный круговорот явлений и процессов в течение какого-то времени и возврат к исходной точке начала движения»⁸. Продолжая свою мысль,

автор определяет природу цикличности, образно сравнивая ее течение с «шаром с бесконечными кругами внутри», одновременно объявляя неточным спиралевидное представление характера изменений. Однако, на наш взгляд, в таком случае требуется все же определенного рода оговорка, уточнение. Действительно, ряд циклов в обществе характеризуются регрессивным или нейтральным типом изменений, что соответствует модели «шар с бесконечными кругами». Согласимся, что в подобного рода циклах «кризис может быть настолько глубоким, что порождает не подъем, а следующий кризис». Следует внести лишь уточнение о том, что нарастающий регресс (кризис) от цикла к циклу может также быть представлен в виде спирали, только с нисходящим конусом. Модель «шара с кругами внутри», как представляется, наиболее точно отражает тип циклов с нейтральным в отношении качества изменениями в социальной системе.

Для общей теории права полагаем значимым изучение и раскрытие основополагающих закономерностей связи экономических, политических и правовых циклов. Кроме того, устанавливая цепочку взаимосвязи отмеченных циклов, необходимо в нее теоретически встраивать и циклы динамики кризисных правовых явлений, включая циклическую динамику преступности, ибо ее влияние на фазы и циклы правового развития представляется достаточно существенным, имеющим как негативные, так и позитивные формы своего проявления.

Наиболее широкий подход к пониманию кризиса права и правового регулирования в целом представлен в работе Н. А. Власенко, который вполне обоснованно отмечает особую важность изучения рассматриваемой проблематики в современных условиях неустойчивого развития российского общества: «Кризисные явления, охватывающие мировую систему и, несомненно, проявляющиеся в России, присутствуют и в праве, и в правовом регулировании в целом. К сожалению, проблема кризиса правовых механизмов пока не стала специальным предметом исследования юридической науки»⁹. При этом автор определяет кризисные явления в виде неких негативных тенденций в развитии права и правовой системы России, которые, накапливаясь, потенци-

⁸ Мацкевич И. М. Причины экономической преступности : учеб. пособие. М. : Проспект, 2017. С. 67.

⁹ Власенко Н. А. Кризис права: проблемы и подходы к решению // Журнал российского права. 2013. № 8. С. 43.

ально могут вызывать снижение или полное уничтожение важнейшего качества права — его регулятивного свойства. Продолжая свою мысль, Н. А. Власенко предлагает подразделять кризисные явления правового характера с учетом их природы на органические (системные) и собственные (внутренние). Системные кризисные тенденции формируются в праве, по мнению автора, благодаря наличию тесной связи правовой системы с иными важнейшими сферами общественной жизни. Другими словами, кризисы в экономике, политике, культуре зачастую с необходимостью порождают соответствующие им кризисные явления в правовой надстройке. Однако кризис в праве может быть детерминирован и собственными, внутренними факторами развития правовой системы¹⁰. Например, к числу подобных условий можно отнести: низкий уровень юридической техники у законодателя и правоприменителя, разбалансированность базовых отраслей системы законодательства, избыточную нормативность правового регулирования, диспропорции материального и процессуального законов и т.д.

В отечественной юридической литературе высказано предложение о необходимости формирования в науке и на практике особого правового механизма, предназначенного для введения в действие в обществе при возникновении кризисных ситуаций¹¹. В отношении перспектив отмеченной новации в системе правового регулирования можно усомниться вслед за Н. А. Власенко, который аргументированно указывает на целый ряд трудностей встраивания подобного «антикризисного правового механизма» в систему действующего российского права. Одновременно Н. А. Власенко делает весьма точное замечание следующего характера: «На право нередко возлагают функции «антикризисного борца», не учитывая того, что оно само нуждается в «лечении» и также требует антикризисных мер»¹².

Ввиду отмеченных моментов нам представляется более интересной и в научно-практическом плане весьма перспективной постановка вопроса о выделении в качестве относительно

самостоятельного направления государственно-правовых исследований так называемой правовой кризисологии. Следует поддержать позицию Н. А. Власенко о наличии особого поля для изысканий в правовой действительности, сопряженного с кризисными моментами в развитии и функционировании правовой системы общества, которые необходимо проводить с использованием комплексного подхода¹³.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

На наш взгляд, одним из перспективных методологических подходов к изучению кризисологии может выступить модель циклической динамики правового развития, в рамках которой особое место отводится фазе кризиса с ее негативными и позитивными для эволюции правовой системы общества моментами.

Подводя своеобразный итог, отметим, что категория «цикл» призвана служить в познавательном процессе цели нахождения и надлежащего отражения в общей теории права, теории конституционного права и иных отраслевых юридических науках закономерностей темпорального, содержательного, структурного, функционального и генетического изменения правовой действительности. Не следует сводить циклический подход в рамках системного исследования права лишь к установлению хронологических рамок какого-либо цикла, подобная задача не является самоцелью. Исходя из системных установок, более точным представляется определение в рамках цикла всех основных параметров трансформации правовых явлений, не ограничиваясь лишь каким-то одним. На наш взгляд, цикличность развития конституционно-правового пространства современной России достаточно сложно оспорить, если вообще возможно. Однако подлинные закономерности такой циклической динамики до настоящего момента все еще не раскрыты. Фактически отечественное правоведение так и осталось на этапе постановки обозначенной научной проблемы, а ее решение еще предстоит отыскать.

¹⁰ Власенко Н. А. Указ. соч. С. 43.

¹¹ См. подробнее: Шишкин С. Н. Предпринимательско-правовые (хозяйственно-правовые) основы государственного регулирования экономики. М., 2011.

¹² Власенко Н. А. Указ. соч. С. 44.

¹³ Власенко Н. А. Указ. соч. С. 53.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Власенко Н. А. Кризис права: проблемы и подходы к решению // Журнал российского права. — 2013. — № 8. — С. 43—54.
2. Зорькин В. Д. Глобальный кризис, право и права человека // Россия в глобальной политике. — 2009. — Т. 7. — № 1. — С. 58—60.
3. Мацкевич И. М. Причины экономической преступности : учебное пособие. — М. : Проспект, 2017.
4. Медушевский А. Н. Теория конституционных циклов. — М. : Издательский дом ГУ ВШЭ, 2005.
5. Ромашов Р. А. Преемственность и цикличность в российском праве: единство и противоречия // Юридическая техника : ежегодник. Вторые Бабаевские чтения : Преемственность в праве: доктрина, российская и зарубежная практика, техника. — Н. Новгород, 2011. — С. 41—42.
6. Тенилова Т. Л. Время в праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Н. Новгород : Нижегородский юридический институт МВД России, 1999. — 32 с.
7. Тихомиров Ю. А. Циклы правового развития // Журнал российского права. — 2008. — № 10. — С. 15—22.
8. Тихомиров Ю. А. Правовое регулирование: теория и практика. — М. : Формула права, 2010. — 400 с.
9. Шишкин С. Н. Предпринимательско-правовые (хозяйственно-правовые) основы государственного регулирования экономики. — М. : Инфотропик Медиа, 2011. — 328 с.

Материал поступил в редакцию 27 марта 2019 г.

THE CYCLICAL NATURE OF LAW AND LEGAL SYSTEM TRANSFORMATION: THEORETICAL AND METHODOLOGICAL BASES OF RESEARCH

BARSUKOV Anatoly Yurievich, PhD in Law, Associate Professor of the Department of Theory of State and Law of Saratov State Law Academy
barsukovau@mail.ru
410056, Russia, Saratov, ul. Volskaya, d. 1

Abstract. *In the paper, the author notes the acceleration of dynamics of social and legal transformation in modern Russia. The need to study the constitutional and legal cycles of development of the Russian society is highlighted. The concepts of «cycle», «time» and «rhythm» of transformation of law and legal system are correlated. Attention is drawn to the problem of crisis phenomena in the process of functioning and development of the legal system of modern Russian society. The possibility and prospects of using the theoretical model of legal development cycles in the study of crisis legal phenomena are analyzed. The crisis is interpreted as an integral part of the structure of legal development of society, which carries negative and positive aspects. The causes, conditions and types of crisis phenomena of law and legal system are considered. The author concludes that it is efficient to differentiate subjects of cyclic dynamics of the Russian legal system in a relatively independent direction of state and legal research.*

Keywords: *law and legal systems transformation, cycles of legal development, concept and structure of the legal cycle, cyclical nature of constitutional and legal development, crisis in the right*

REFERENCES

1. Vlasenko N.A. *Krizis prava: problemy i podkhody k resheniyu* [Crisis of Law: Problems and Approaches to the Solution]. *Zhurnal rossiyskogo prava* [Journal of Russian law]. 2013. No. 8. Pp. 43—54.
2. Zorkin V.D. *Globalnyy krizis, pravo i prava cheloveka* [Global crisis, law and human rights]. *Rossiya v globalnoy politike* [Russia in global politics]. 2009. Vol. 7. No. 1. Pp. 58—60.
3. Matskevich I.M. *Prichiny ekonomicheskoy prestupnosti: uchebnoe posobie* [Causes of economic crime : A Study Guide]. Moscow: Prospect Publ., 2017.
4. Medushevskiy A.N. *Teoriya konstitutsionnykh tsiklov* [Theory of constitutional cycles]. Moscow: HSE Publishing House, 2005.

5. Romashov R.A. *Preemstvennost i tsiklichnost v rossiyskom prave: edinstvo i protivorechiya* [Continuity and cyclicity in Russian law: unity and contradictions]. *Yuridicheskaya tekhnika: ezhegodnik. Vtorye Babaevskie chteniya: Preemstvennost v prave: doktrina, rossiyskaya i zarubezhnaya praktika, tekhnika* [Legal technique : yearbook. Second Babaevskie Readings: The continuity of the law: doctrine, Russian and foreign practice, technique]. N. Novgorod, 2011. Pp. 41—42.
6. Danilova T.L. *Vremya v prave: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk* [Time in the law: Abstract of the PhD Thesis]. N. Novgorod: Nizhny Novgorod Law Institute of the Ministry of the Interior of Russia, 1999. 32 p.
7. Tikhomirov Yu.A. *Tsikly pravovogo razvitiya* [Cycles of legal development]. *Zhurnal rossiyskogo prava* [Journal of Russian law]. 2008. No. 10. Pp. 15—22.
8. Tikhomirov Yu.A. *Pravovoe regulirovanie: teoriya i praktika* [Legal regulation: theory and practice]. Moscow: Formula prava [Formula of law]. 2010. 400 p.
9. Shishkin S.N. *Predprinimatelsko-pravovye (khozyaystvenno-pravovye) osnovy gosudarstvennogo regulirovaniya ekonomiki* [Business and legal (economic and legal) basis of state regulation of the economy]. Moscow: Infotropic Media Publ., 2011. 328 p.

О КОЛЛИЗИИ ПРАВА И «НЕПРАВА», РЕНОВАЦИИ *LEX MERCATORIA*, СМАРТ-КОНТРАКТАХ И БЛОКЧЕЙН-АРБИТРАЖЕ¹

Аннотация. *Центральный институт международного частного права — коллизия права — в современном глобализационно-информационном контексте эволюционирует, что во многом обусловлено парадигмальными сдвигами в правопонимании, заложенными и развиваемыми на почве международного коммерческого арбитража. Широко толкуемый концепт «нормы права» актуализирует совершенно новый взгляд на коллидирующие массивы норм: право государства и систему негосударственных регуляторов. Средневековое *lex mercatoria*, возрожденное в XX в., осовременивается киберпространством, приобретает новое звучание в форме *e-merchant* или *lex informatica*, особенно в контексте параллельного развития смарт-контрактов и новых децентрализованных форм разрешения спора, одной из которых выступает блокчейн-арбитраж. В частности, вопросы коллизии права, традиционные для трансграничных сделок, возникают и в отношении смарт-контрактов, которые, используя технологию блокчейн, имманентно связаны с несколькими юрисдикциями. Требуют осмысления вопросы применимости традиционных коллизионных привязок к регулированию соответствующих отношений, в том числе посредством прогнозирования практики выбора права того или иного государства, материальные нормы которого адаптированы к применению новых технологий, или обращения к нормам негосударственного регулирования.*

Ключевые слова: *международное частное право, lex mercatoria, e-merchant, киберпространство, lex informatica, lex cryptographica, смарт-контракты, блокчейн-арбитраж.*

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.152.7.093-107

¹ Статья подготовлена при финансовой поддержке Российского фонда фундаментальных исследований (РФФИ) в рамках научно-исследовательского проекта РФФИ «Сетевое право в условиях сетевого общества: новые регуляторные модели», проект № 18-29-16061, реализуемого по результатам конкурса на лучшие научные проекты междисциплинарных фундаментальных исследований (код конкурса 26-816 «Трансформация права в условиях развития цифровых технологий»).

© Мажорина М. В., 2019

* Мажорина Мария Викторовна, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

mvmazhorina@msal.ru

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

1. КУДА ОТСЫЛАЕТ КОЛЛИЗИОННАЯ НОРМА? КОЛЛИЗИЯ ПРАВА И НЕПРАВА: НОВЫЙ ВЗГЛЯД НА КОЛЛИЗИОННЫЙ ВОПРОС

Традиционно коллизионная норма понимается как инструмент международного частного права, способный разрешить коллизию права путем определения права, применимого к трансграничному частнопрововому отношению. Коллизионная привязка как элемент соответствующей нормы всегда прямо или косвенно (через определенный критерий выбора права) отсылает нас к национальному праву того или иного государства. Это обусловлено тем, что коллизионные нормы оперируют понятием «право», или «закон» (*lex*), что в контексте позитивистской правовой парадигмы есть прямая отсылка к праву, детерминированному государством. Мир коллизионного права по-прежнему основан строго на государстве в той мере, в какой государство управляет коллизией законов². Иными словами, коллизионная норма всегда предсказуема в том смысле, что отослать нас она может лишь к праву какого-либо государства.

Однако обратимся к документу Международной торговой палаты (далее — ICC) — Вненациональные нормы как применимое право к международным контрактам ICC 2015 г.³ Он построен на реализации, как отмечается в предисловии, более «революционного» подхода, предполагающего существование *автономной правовой системы (lex mercatoria)*, которая способна регулировать международные контракты *вместо норм внутреннего законодательства*, а также предлагать «индивидуально скроенные» решения. Значение документа и его «революционность» заключаются в том, что он позволяет сторонам выбрать *вненациональные нормы (a-national rules)* в качестве *применимого права (as the applicable law)* во избежание выбора «моего права» или «вашего права». Документ ICC прямо провозглашает вненациональные нормы применимым правом. При этом «революционный» подход ICC позиционируется как некая новая ступень на пути применения транснациональных норм⁴.

Механизм применения документа ICC незамысловат: контрагенты инкорпорируют в

контракт одну из проформ ICC или включают в контракт одну из предложенных в документе оговорок о выборе... неправа (например, Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА) вместо права, руководствуясь принципом автономии воли сторон (*lex voluntatis*), правда в его широком толковании, не разделяемом, как правило, государственными судами. А затем для того, чтобы этот «коллизионный трюк» сработал, нужно не забыть включить в контракт арбитражную оговорку, дабы иметь потенциальную возможность в качестве применимого к спору права определить указанные в оговорке неправовые нормы.

В настоящее время существуют трудности в легитимизации предложенной документом ICC «инновации» через национальную судебную систему, и это приводит к предложениям отдельных авторов о внесении изменений в действующее законодательство.

Так, А. В. Асосков предлагает дополнить п. 1 ст. 1210 ГК РФ, закрепляющий принцип автономии воли сторон, нормой, суть которой сводится к предоставлению сторонам договора, заключенного при осуществлении предпринимательской деятельности, права выбрать в качестве применимого права *систему норм*, применение которой не будет противоречить основным началам российского гражданского права. Автор также одобряет идею о том, что применимое национальное право может выступать субсидиарным статутом в отсутствие исчерпывающего регулирования, например, в Принципах УНИДРУА (по аналогии с механизмом восполнения пробелов Венской конвенции 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров)⁵.

Высказанное предложение во многом основано на том, что концепт «норм права» в свете регулирования трансграничных частнопрововых отношений, в особенности в рамках деятельности международных коммерческих арбитражей, приобрел сегодня значение, принципиально отличное от того, которое известно общетеоретической и отраслевой юридической науке, выстроенной на фундаменте позитивизма. В контексте же международного частного права определение «норм права» было сфор-

² Michaels R. The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism // Wayne Law Review. 2005. Vol. 51. P. 1258.

³ Вненациональные нормы как применимое право к международным контрактам Международной торговой палаты (A-national rules as the applicable law in international commercial contracts with particular reference to the ICC Model Contracts), разработанные в развитие нейтральных юридических стандартов

мулировано в Гагских принципах о выборе права, применимого к международным коммерческим контрактам 2015 г.⁶ (далее — Гагские принципы), в ст. 3 которых указывается, что «правом, избранным сторонами, могут быть нормы права, которые являются общепризнанными на международном, наднациональном или региональном уровнях как нейтральный и сбалансированный свод правил, если иное не предусмотрено законом страны суда». К числу источников таких норм права относятся, например, Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА, Европейские принципы договорного права, Модельные правила европейского частного права. В свете позитивистской парадигмы такие нормы, содержащиеся в источниках, не производных от государств, будучи инкорпорированными в контракт, могут рассматриваться только в качестве согласованных сторонами договорных условий, не затрагивающих действие любых императивных норм договорного статута, определенного с помощью применимых коллизионных норм, отсылающих к тому или иному национальному применимому праву. Однако Гагские принципы совершили своего рода квалификационную подмену содержания термина «нормы права», которая объективно обеспечивалась уже практикой международных коммерческих арбитражей. До создания Гагских принципов сам термин «нормы права» уже нашел свое отражение в ряде регламентов международных коммерческих арбитражей в части определения применимого арбитража права в отсутствие выбора права сторонами контракта.

Итак, традиционно, если коллизия права — это столкновение двух и более правопорядков, обусловленное трансграничностью общественного отношения, то ее решение посредством коллизионной нормы сводимо к выбору того или иного правопорядка и последующему его применению надлежащим образом для регулирования спорного отношения по существу.

Однако ввиду беспрецедентного разрастания неправовой материи, используемой для регулирования трансграничных частноправовых отношений, нарастает возможность возникновения коллизии иного рода — коллизии права

и неправа. В качестве последнего выступает не только хорошо известное цивилистам и коллизионистам *lex mercatoria* со всеми производными массивами норм, но и иные системы социальных норм: религиозные нормы⁷, культурные нормы⁸, обычаи и пр. Как замечает Ральф Михаэльс (Ralf Michaels), профессор Школы права Университета Дьюка, вопрос о том, могут ли негосударственные нормы быть применимым правом, перемещается с периферии в центр, как только мы рассматриваем коллизионное право через призму глобализации⁹. Это обусловлено тенденциями «разгосударствления» права, фрагментацией международного частного права, сдвигами в области правопонимания, вызванными широкой интерпретацией понятия «нормы права» (*rules of law*) и пр.¹⁰

Г. Тойбнер в свете обозначенного выше считает, что преобладающее правотворчество смещается от политически институализированных центров в государстве к периферии права, к границе между правом и иными глобализованными социальными секторами¹¹. По мере масштабирования норм негосударственного регулирования в литературе укрепляется концепция периферийного права. Право государства является безусловным элементом нормативной системы, но все больше сдвигается на периферию, в то время как ядро формируется из норм негосударственного регулирования. Не обеспеченные силой государственного принуждения, нормы негосударственного регулирования тем не менее не лишены обязательности и квалифицируются в иностранной литературе как неюридически обязательные¹².

Проблема коллизии права и неправа в условиях развития цифрового общества, которому имманентно присущ трансграничный характер, актуализируется. Однако доктрина международного частного права не изобилует работами о коллизии права и неправа. При этом то, что практически индифферентно для социологов, антропологов и даже экономистов, является архиважным для правоведов: дихотомия права и неправа в некотором смысле основа основ для последних.

Интерес среди правовых изысканий представляет исследование Пола Ш. Бермана (Paul

для международных контрактов (Developing neutral legal standards for international contracts) в 2015 г. // URL: <http://store.iccwbo.org/content/uploaded/pdf/Developing%20neutral%20legal%20standards%20for%20Intl%20contracts.pdf> (дата обращения: 15.01.2018).

⁴ См. об этом: Мажорина М. В. Эволюция правопонимания и правоприменения: парадигмальные сдвиги в международном частном праве // *Lex Russica*. 2017. № 10. С. 94.

Schiff Berman), профессора исследовательского Университета Дж. Вашингтона, который, будучи последовательным противником концепции единого глобального права, оспаривает строгую привязку субъектов к территориальному расположению в пределах географических границ и развивает космополитичную концепцию выбора права (cosmopolitan conception of choice of law). При определении применимого права судам, по мнению автора, следует учитывать разнообразие нормативных систем, имеющих связи с конкретным спором. При этом судьи, идентифицируя себя как часть взаимосвязанной сети национальных, транснациональных и международных норм, смогут развивать юриспруденцию, отражающую эту космополитическую реальность¹³. Космополитичный подход не ограничивает суды в выборе одного национального правового порядка, но позволяет судьям разрабатывать гибридные правила, применять нормы международных договоров и транснациональные нормы, а также учитывать принадлежность субъекта к сообществу, которая не связана с национальными государствами, и, соответственно, применять отраслевые стандарты, правила поведения, разработанные неправительственными организациями, обычаи и пр.¹⁴ Аффилированность субъекта с тем или иным сообществом (в том числе негосударственным) есть ключевой критерий, подлежа-

щий оценке при выборе применимого к спору права в логике П. Ш. Бермана.

Такой космополитичный взгляд на коллизионную методологию отчасти перекликается с воззрениями немецких ученых Гюнтера Тойбнера (Gunther Teubner) и Андреаса Фишера-Лескано (Andreas Fischer-Lescano) относительно межсистемного коллизионного права, происходящего не из коллизии отдельных национальных правовых порядков, но в связи с коллизией различных глобальных социальных секторов¹⁵. И выбор применимого права в контексте такого подхода должен быть основан не на определении национального права, наиболее тесно связанного со спорным отношением, но на отыскании того функционального режима, к которому относится рассматриваемый правовой вопрос¹⁶. Другими словами, находкой теории права и социологии права, как это видится Р. Михаэльсу, является осмысление модификации права от сегментарной дифференциации на основе государственной локализации в сторону функциональной дифференциации по различным режимам¹⁷.

Итак, достаточно новым для исследования вопросом сегодня становится исследование коллизии права и неправа через призму нормативно-правовой эклектики и выбора между неоднородными регулятивными массивами. И коллизионное право выступает сегодня той

⁵ Асосков А. В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. М. : Инфотропик Медиа, 2012. С. 340.

⁶ The Hague Principles on Choice of Law in International Contracts // URL: http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd06rev_en.pdf (дата обращения: 16 ноября 2018 г.).

⁷ О коллизии права и религиозных норм см.: Religious Exemptions Under the Free Exercise Clause: A Model of Competing Authorities // The Yale Law Journal. 1980. Vol. 90. Pp. 350—376.

⁸ Так, антропологи и культурологи пишут о «креолизации мира». См.: Hannerz U. The World in Creolisation // Africa. 1987. Vol. 57. Iss. 4. Pp. 546—559.

⁹ Michaels R. Op. cit. Pp. 1210—1211.

¹⁰ См. об этом: Мажорина М. В. Международное частное право в условиях глобализации: от разгосударствления к фрагментации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 1. С. 193—218.

¹¹ См.: Teubner G. Global private regimes: Neo-spontaneous law and dual constitution of autonomous sectors in world society? // URL: https://www.jura.uni-frankfurt.de/42852650/global_private_regimes.pdf (дата обращения: 22.01.2018).

¹² См.: Dijk P. van. Normative Force and Effectiveness of International Norms // German Yearbook of International Law. 1987. Vol. 30. P. 12.

¹³ Berman P. S. Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws: Redefining Governmental Interests in a Global Era // University of Pennsylvania Law Review. 2005. Vol. 153. P. 1861.

¹⁴ Berman P. S. Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws ... P. 1862.

¹⁵ См.: Fischer-Lescano A., Teubner G. Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law // Michigan Journal of International Law. 2004. Vol. 25. Pp. 999—1000.

¹⁶ Fischer-Lescano A., Teubner G. Op. cit. P. 1021.

¹⁷ Michaels R. Op. cit. P. 1213.

отраслью права, для которой заявленная полемика представляет практическую важность, в том числе в контексте разрешения споров посредством международного коммерческого арбитража, отчасти легитимизирующего неправовую материю. Сложно поспорить с Р. Михаэльсом, считающим, что площадка коллизионного права становится наилучшим форумом для обсуждения практических последствий правового плюрализма¹⁸. Подобные мысли посещают и П. Ш. Бермана, который сравнивает коллизию права с полигоном, где со временем должны быть отработаны все важнейшие проблемы глобализации¹⁹.

2. СИСТЕМАТИЗАЦИЯ НЕПРАВА В СТИЛЕ ПРАВА

Lex mercatoria, которое в настоящей работе условно абсорбирует систему норм негосударственного регулирования трансграничных частноправовых отношений и выступает синонимом неправа, концептуализируется как некая субправовая система, существующая параллельно с международным частным правом и конкурирующая с ним в части регулирования одного и того же круга общественных отношений. Однако

в последние десятилетия наблюдается фрагментация *lex mercatoria*, развитие многочисленных, в терминологии В. Н. Липовцева, «аватаров» *lex mercatoria*²⁰, таких как *lex finanziaria*, *lex informatica* (или *lex networkia*), *lex sportiva*, *lex constructionis*, *lex laboris internationalis*, *lex maritima*, *lex petroli*, *lex investionis*, *e-merchant law*. Возможно, мы становимся свидетелями появления «отраслей» *lex mercatoria*, что коррелирует с тенденцией фрагментации права²¹. В области международного права существует значительное число исследований на этот счет²². Фрагментация права известна и юридической социологии²³. Концепция фрагментации нашла свое место и в международном частном праве²⁴. Профессор европейского частного права и сравнительного права Тилбургского университета Ян М. Смитс (Jan M. Smits) связывает фрагментацию частного права с увеличением числа источников, из которых проистекают нормы частного права, что вызвано развитием так называемого частного глобального нормотворчества²⁵.

Материальная фрагментация отчасти обусловливается самими механизмами международного частного права, позволяющими не просто избирать в качестве применимого ту или иную правовую систему, но заниматься

¹⁸ *Michaels R. Op. cit.* P. 1227.

¹⁹ См.: *Berman P. S. Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws ...* P. 1861.

²⁰ *Липовцев В. Н. Lex mercatoria на международном финансовом рынке : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. 21 с.*

²¹ См. об этом: *Мажорина М. В. Международное частное право в условиях глобализации: от разгосударствления к фрагментации.* С. 210—213.

²² Некоторые ученые отмечают эрозию общего международного права и появление мириад специализированных систем (права человека, морское право, торговое право и международное уголовное право и пр.), влекущих формирование коллидирующей юриспруденции, поиск «удобного» суда и утрату правовой стабильности. См.: Доклад Комиссии международного права. Пятьдесят седьмая сессия (2 мая — 3 июня и 11 июля — 5 августа 2005 г.). С. 214 // URL: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4a716c0e2> (дата обращения: 27.11.2017).

Американский исследователь-международник Дж. Розенау (J. N. Rosenau) пишет о «фрагментативности» (*fragmentative* как одновременное действие фрагментации — «*fragmentation*» и интеграции — «*integration*») как о знаковой черте «новой эпохи» (*Rosenau J. N. New Dimension of Security: The Interaction of Globalizing and Localizing Dynamics // Security Dialogue. 1994. Vol. 25. September. P. 255—282.*)

²³ Так, по мнению социолога права Жана Карбонье, «в одно и то же время на одном и том же социальном пространстве могут сосуществовать несколько правовых систем; разумеется, прежде всего государственная, но наряду с ней и другие, независимые от нее и даже эвентуально соперничающие с ней» (*Карбонье Ж. Юридическая социология. М. : Прогресс, 1986. С. 179—180.*)

²⁴ См.: *Karton J. Sectoral fragmentation of transnational commercial law // URL: <https://www.law.uw.edu/media/140373/younger-comparativists-paper-presentations.pdf> (дата обращения: 28.01.2018) ; *McEavey P., Fiorini A. The Evolution of European Private International Law // International and Comparative Law Quarterly. 2008. Vol. 57. No. 4. P. 969—984.**

²⁵ См.: *Smits J. M. The Complexity of Transnational Law: Coherence and Fragmentation of Private Law // URL: <https://www.ejcl.org/143/art143-14.pdf> (дата обращения: 15.09.2018).*

расщеплением статута, переподчиняя определенные сегменты отношений разным порядкам.

Сложность коллизионного регулирования в купе с последующей трудоемкой деятельностью по установлению содержания иностранного права приводит даже к достаточно радикальным предложениям, подобным тому, которое было высказано профессором Амстердамского университета Тэдом М. де Буром (Ted M. de Boer) в виде теории «факультативного выбора права». Ее суть сводится к тому, что судам следует применять коллизионное право только тогда, когда одна из сторон просит об этом. Если этот запрос не сделан, суды должны применять свой национальный закон (*lex fori*)²⁶.

Материальной фрагментации соответствует институциональная, которая проявляется в формировании разноуровневых систем нормотворчества и разрешения споров. В сфере разрешения споров речь идет о международных коммерческих арбитражах, системах ADR и ODR, различных механизмах, созданных внутри интернет-платформ (eBay, PayPal, Airbnb, Uber и пр.).

Можно предположить, что фрагментация права и неправа суть последствия развития сетевого информационного общества, которое делокализирует нормативную среду, повышает степень ее диффузивности и снижает степень резистентности к стороннему воздействию.

3. ОТ СРЕДНЕВЕКОВОГО LEX MERCATORIA К E-MERCANT, LEX INFORMATICA И LEX CRYPTOGRAPHICA

Современное государство стоит на пороге виртуального Law Merchant: степень, в которой оно откроет или закроет эту дверь, существенно зависит от национальных государств.

*Леон Трэкман (Leon E. Trakman)*²⁷

Сетевое информационное общество привело к серьезному усложнению современной архитектуры права, как это ни парадоксально. И притча Франца Кафки о привратнике, преграждающем путь к закону для «человека из деревни», приобретает свое актуальное звучание²⁸. Казуистичность права осложняет путь к надлежащему регулированию спорных отношений. В связи с ростом цифровых форм коммуникации трансграничный бизнес нуждается в формулировании единообразных материально-правовых норм, регулирующих права и обязанности сторон и применимых в международных коммерческих арбитражах. Результаты унификационных усилий являются недостаточно оптимистичными. И, как отмечает Стефан Е. Сакс (Stephen E. Sachs), профессор права Университета Дьюка, возрождение law merchant задумано как решение правовых проблем, создаваемых трансграничной торговлей, посредством содержательной замены сложных доктрин коллизионного права²⁹.

По мнению Пола П. Полански (P. P. Polanski), специалиста по IT Law, профессора Университета Козьминского, как только началась коммерциализация Интернета, стало очевидно, что есть необходимость в единообразном международном регулировании, так как опора на традиционные системы коллизионного и международного частного права порождает невыносимую неопределенность³⁰. Причинами такой неопределенности выступают: при-

²⁶ См.: *De Boer Th. M. Facultative Choice of Law // Recueil des cours de l'Académie de droit international. 1996. Vol. 257. P. 225.*

²⁷ Цит. по: *Hardy I. T. The Proper Legal Regime for «Cyberspace» // University of Pittsburgh Law Review. 1994. Vol. 55. Pp. 1019—1021.*

²⁸ Притча начинается со слов: «Перед законом стоит привратник» (см.: *Kafka F. Vor dem Gesetz // URL: <http://lib.ru/KAFKA/zakon.txt> (дата обращения: 31.01.2019).*

²⁹ *Sachs S. E. From St. Ives to Cyberspace: The Modern Distortion of the Medieval 'Law Merchant. American University International Law Review, Vol. 21, No. 5, 2006. P. 810.*

³⁰ *Polanski P. P. Towards a supranational Internet law. Journal of International Commercial Law and Technology, Vol. 1, Iss. 1, 2006. Доступно здесь: <https://media.neliti.com/media/publications/28672-EN-towards-a-supranational-internet-law.pdf> (дата обращения: 1.02.2019).*

вязка коллизии нормы к *lex loci*, то есть к какому-либо географически определяемому месту, — в договорных отношениях чаще всего к месту ведения бизнеса, к местонахождению стороны контракта, что существенно осложняется в кибербизнесе. Второй проблемой является конфликт юрисдикций. Третья сложность — в применении иностранного для суда права надлежащим образом, что в киберспорах может осложняться еще и отсутствием в национальном праве норм, регулирующих отношения в киберпространстве.

Применение методологии коллизии права к регулированию отношений в киберпространстве в принципе возможно, но ввиду большого числа издержек, связанных с применением иностранного права, а также в связи с тем, что для его применения необходимы юридические познания, она с вероятностью будет использоваться крупными игроками на поле электронной торговли, а не пользователями в относительно новом сегменте «потребительской экономики»³¹. Таковы некоторые риски, называемые современными исследователями нормативного регулирования частноправовых отношений в киберпространстве.

Все это привело к поиску научных прототипов с целью моделирования актуальной регуляторной среды киберпространства. И еще в конце XX в. появился ряд исследований, проводящих параллели между средневековым *lex mercatoria* и современными регуляторами киберсреды³². Так, Троттер Харди (Trotter Hardy), американский профессор права, одним из первых соотнес интернет-торговлю со средневековой торговлей. Средневековое *Law Merchant*, по мнению автора, представляло собой набор могущих быть принудительно осуществленными в судах обычных практик, служивших интересам торговцев и достаточно единообразных во всех юрисдикциях, где осуществлялась ярмарочная торговля. Два ключевых свойства *Law Merchant* актуальны для современности: во-первых, оно не было порождено законом или иным авторитетным официальным ак-

том; во-вторых, оно существовало в некотором смысле автономно и в дополнение к закону. Иными словами, *Law Merchant* не предпринимало попыток вытеснить существующие нормы, промульгированные юрисдикцией, в которой велась ярмарочная торговля, оно лишь дополняло эти нормы конкретными правилами, применимыми к сделкам купцов. И нормы *Law Merchant* применялись специальными торговыми судами. Все это имеет устойчивые параллели с киберпространством. И сосуществование киберправа (*Law Cyberspace*) с действующими законами было бы чрезвычайно практичным и эффективным способом ведения торговли в сетевом мире³³.

П. П. Полански считает, что формирование обычной практики в Интернете может рассматриваться как начало формирования свода норм, независимых от национально-правовых систем, которые будут использоваться в Интернете в целом и в международной электронной торговле в частности. Распространение онлайн-механизмов урегулирования споров является еще одним аргументом в пользу сходства традиционного *Law Merchant* с его онлайн-аналогом³⁴. Беря уроки у истории, можно было бы прогнозировать, что разработанный корпус обычаев, регулирующих электронную торговлю, будет инкорпорирован в национальные и международные правовые системы. Интернет-торговля есть пример среды, в которой в отсутствие соглашений или письменного права, прав и обязанности могут выводиться из обычных практик или обычаев электронной торговли. Последние можно считать основой еще одной реинкарнации идеи *Law Merchant* — современного Интернета — *lex mercatoria*³⁵.

Анализ многочисленных доктринальных источников позволяет выделить два наиболее крупных научных подхода к проблеме негосударственного массива норм, регулирующих частноправовые (преимущественно, торговые) отношения в киберпространстве. В соответствии с первым речь идет о становлении автономной, конкурирующей с правом или даже

³¹ См.: Lowery T. Human to Human (H2H) — Collaboration Is the New Competition // URL: http://www.huffingtonpost.com/tom-lowery/human-to-humancollaborati_b_4696790.html (дата обращения: 12.10.2018).

³² См.: Johnson D., Post D. Law and Borders-The Rise of Law in Cyberspace. Stanford Law Review, Vol. 48, 1997. P. 1389.

³³ Hardy I. T. Op. cit. Pp. 1019—1021.

³⁴ Polanski P. P. Op. cit.

³⁵ Polanski P. P. Op. cit.

приравняваемой к позитивному праву системы норм, которая именуется киберправом (cyber law), наднациональным интернет-правом (supranational Internet law)³⁶, *lex informatica*³⁷. П. Полански, отстаивая концепт наднационального интернет-права, называет случаи, когда сообразная ему система норм может быть применимой: для решения интернет-споров в случаях, когда стороны договора либо не выбрали национальное применимое право, либо выбрали *lex mercatoria* в качестве такового; для восполнения пробелов международных и национальных актов; в качестве основы для разработки национальных актов, региональных и международных договоров; для гармонизации права в области Интернета; при толковании как договорных пробелов, так и пробелов в национальном или наднациональном регулировании³⁸. Перечисленные случаи сходны с основаниями применения одного из ключевых источников современного *lex mercatoria* — Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА.

Джоэл Рейденберг (Joel R. Reidenberg), профессор Университета Фордхэма, занимает «технологичную» позицию в отношении *lex informatica*, толкуя последнее как комплексный источник правил информационной политики в глобальных сетях. Следование технологическим правилам *lex informatica*, которые воплощают в себе гибкость информационных потоков, значительно увеличивает возможности государственной политики. Автор аргументирует необходимость сдвигов в нормотворчестве: продвижение технических стандартов, выработанных соответствующими технологичными

акторами, должно стать ключевой целью. *Lex informatica* может служить основой для выработки норм информационной политики и должно сместить фокус внимания политиков в сторону большей гибкости в регулировании, что уменьшит проблемы при использовании традиционных правовых подходов к регулированию информационного общества³⁹.

Арон Меффорд (Aron Mefford), ученый Университета Индианы, рассматривает сетевое право (Net Law) как суммарный продукт интенсивного интерактивного обсуждения, обосновывая его легитимность признанием пользователями Сети, которые, понимая как устроено киберпространство, имеют значительно больше возможностей участвовать в его создании в сравнении с правом физического мира. Автор называет две ключевые области регулирования *lex informatica* (как обычной части сетевого права) — интернет-торговлю и киберделикты. Ключевым же источником *lex informatica* выступает сетевой обычай (Net Custom), который особенным образом и с гораздо большей скоростью формируется в Сети. Автор проводит небезынтересное сравнение последнего с формированием правил «нетикета»⁴⁰ (Netiquette), а также считает, что доказательствами существования сетевых обычаев может считаться их включение в политики приемлемого использования (Acceptable use policy, AUP), применяемые владельцами или администраторами веб-сайтов. Основными юридическими дестинаторами сетевых обычаев, по мнению А. Меффорда, должны быть арбитражи, в том числе виртуальные⁴¹. В этой части, судя по всему, осуществляется связка *lex informatica* с национальным правом

³⁶ См.: Polanski P. P. Op. cit.

Автор в качестве источников происхождения норм наднационального интернет-права называет спонтанно сложившиеся обычаи, судебные решения, общие принципы права и правила, установленные специализированными заинтересованными группами (технические стандарты, типовые соглашения и широко используемые условия контрактов), а также целенаправленно созданные правила типовых законов, конвенций. Только широко признанные на практике нормы могут претендовать на статус глобального интернет-права. Таким образом, различные источники наднационального интернет-права подвергаются признанию на практике, без чего они не могут обрести наднациональную обязательную силу.

³⁷ См.: Mefford A. *Lex Informatica: Foundations of Law on the Internet* // Indiana Journal of Global Legal Studies. 1997. Vol. 5. Iss. 1. Art. 11. Pp. 211—237.

³⁸ Polanski P. P. Op. cit.

³⁹ Reidenberg J. R. *Lex Informatica: The Formulation of Information Technology Rules Through Information Technology* // Texas Law Review. 1998. Vol. 76. No 3. Pp. 553—593.

⁴⁰ Об этических правилах поведения в Сети см.: Rinaldi A. H. *The Net: User Guidelines and Netiquette — Index* // URL: <http://web.augsburg.edu/~erickson/edc220/netiquette/rinaldi.html> (дата обращения: 03.02.2019).

⁴¹ См.: Mefford A. Op. cit. Pp. 228—229.

физического мира, так как пока преимущественно посредством применения механизмов последнего возможно признание и исполнение иностранных арбитражных решений.

Второй научный подход к нормам негосударственного регулирования отношений в киберпространстве характеризуется тем, что концепты *e-merchant*⁴², *Internet lex mercatoria* и киберправо (*Law Cyberspace*)⁴³ квалифицируются как осовремененные паттерны средневекового *lex mercatoria*, не претендующие на их квалификацию в качестве правовых.

Примавера де Филиппи (*Primavera de Filippi*), специалист по блокчейн-технологиям, пишет, что с появлением Интернета и цифровых технологий начала формироваться альтернативная нормативная система, конкретный свод правил, спонтанно и независимо разработанных международным сообществом интернет-операторов. Эта система норм, иногда называемая *lex informatica* (по аналогии с *lex mercatoria*) является идеальным инструментарием для регулирования онлайн-транзакций, поскольку ее нормативная сила возникает непосредственно из технического проектирования сетевой инфраструктуры, которая используется в качестве дополнения к договорным правилам. Как и *lex mercatoria*, *lex informatica* в конечном счете опирается на саморегуляцию. Однако, в отличие от *lex mercatoria*, которое было разработано международным сообществом и для международного сообщества торговцев в целях удовлетворения их собственных потребностей, *lex informatica* в одностороннем порядке навязывается интернет-провайдерами пользователям. *Lex informatica* представляет собой систему технических норм, которые ограничивают пользователей цифровой платформы и являются выражением воли тех, кто отвечает за поддержание платформы, но

не ее пользователей⁴⁴. Таким образом, развитие торговли с иностранцами в Средние века привело к появлению *lex mercatoria*, Интернет породил *lex informatica*. При этом технология блокчейн, согласно воззрениям П. де Филиппи, позволила создать еще одну нормативную систему — *lex cryptographica*, которая также опирается на технические средства для координации поведения, но правила которой устанавливаются в протоколе блокчейн-сети сообществом и для сообщества и должны быть обеспечены через механизм распределенного реестра с привлечением всех участников сети⁴⁵.

Любопытное мнение высказывает Леон Трэкман (*Leon E. Trakman*), профессор Австралийского университета Нового Южного Уэльса. Он усматривает в качестве результата развития нового киберпространственного *Law Merchant* появление множества онлайн-услуг по разрешению споров (виртуальных судов)⁴⁶, что во многом соотносится и с представлениями о средневековом *lex mercatoria* как о системе норм, унифицирующей именно практику разрешения споров⁴⁷. Автор утверждает, что ключом к «омоложению» *Law Merchant* является принцип прагматизма, который также способствует развитию инновационной системы онлайн-разрешения споров. Так, онлайн-правила разрешения споров, закрепленные в правилах *eBay* или *priceline.com*, служат в качестве моделей торговой практики, а также в качестве средства регулирования торговых операций с потребителями⁴⁸.

Несмотря на то что современный киберторговец несколько отличается от средневекового купца, поиск моделей нормативного регулирования торговых отношений в новом «пространстве» идет по тем же канонам. Современный киберторговец гораздо более влиятелен за счет

⁴² *Trakman L. E. From the Medieval Law Merchant to E-Merchant Law // The University of Toronto Law Journal. 2003. Vol. 53. No. 3. Pp. 265—304 ; Idem. The Twenty-First Century Law Merchant // American Business Law Journal. 2011. Vol. 48. No. 4. Pp. 2011—2032.*

⁴³ *Hardy I. T. Op. cit. Pp. 1019—1021.*

⁴⁴ *Filippi P. de. From Lex Mercatoria to Lex Cryptographica. Dispute Revolution. The Kleros Handbook of Decentralized Justice // URL: <https://blog.kleros.io/dispute-revolution-the-kleros-handbook-of-decentralized-justice/> (дата обращения: 15.04.2019).*

⁴⁵ *Filippi P. de. Op. cit.*

⁴⁶ Например, речь идет о процессе разрешения споров о доменных именах в рамках системы ICANN. См.: *Trakman L. E. From the Medieval Law Merchant to E-Merchant Law.*

⁴⁷ См. об этом: *Мажорина М. В. Lex mercatoria: средневековый миф или феномен глобализации? // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 1. С. 4—19.*

⁴⁸ *Trakman L. E. From the Medieval Law Merchant to E-Merchant Law.*

свойств киберпространства: например, киберсквоттер может серьезно повлиять на бизнес многонациональной корпорации, приобретя и используя известное доменное имя стоимостью 14,95 долл. США или меньше⁴⁹.

4. СМАРТ-КОНТРАКТЫ И БЛОКЧЕЙН-АРБИТРАЖ: НЕКОТОРЫЕ ПРОГНОЗЫ

Смарт-контракты, столь растиражированное сегодня явление, стали результатом автоматизации договорной практики. Палата цифровой коммерции (Chamber of Digital Commerce) дает следующее определение смарт-контракта: это компьютерный код, который при возникновении указанного состояния или условия может работать автоматически в соответствии с заданной функцией. Код может храниться и обрабатываться в распределенном реестре, он запишет любое результирующее изменение в него. При этом не каждый смарт-контракт есть юридический смарт-контракт. Последний же определяется как смарт-контракт, в котором ясно сформулированы условия соглашения между двумя или более сторонами, способный к самореализации на обеспеченной юридической силой основе. Презюмируя некоторое понимание сущности этого явления с точки зрения технологии, обратимся к его правовой составляющей. Отличаются ли смарт-контракты с юридической точки зрения от обычных контрактов?

Гизела Рюль (Giesela Rühl), профессор международного частного права Йенского университета Фридриха Шиллера, также ставит сходный по своей сути вопрос применительно к смарт-контрактам: много шума из ничего?⁵⁰ А Макс Раскин (Max Raskin), американский правовед, замечает, что инновационные технологии не требуют инноваций в юриспруденции, и традиционный юридический анализ может помочь разработать простые правила для этого сложного явления⁵¹.

Ограничимся, однако, вопросом выбора права, применимого к смарт-контрактам, ко-

торые, используя технологию блокчейн, связаны с несколькими юрисдикциями. Собственно, сложно вообразить, что может помешать использованию традиционной коллизионной методологии и применению национальных или международных коллизионных норм, например норм Регламента «Рим I». Объективных правовых преград к этому нет. Но что действительно заслуживает внимания, так это ракурс проблемы, подсвеченный Г. Рюль, которая задается вопросом, регулирует ли избранное сторонами смарт-контракта право такие технологии?⁵² Иными словами, какими могут оказаться последствия использования коллизионного принципа автономии воли сторон применительно к смарт-контрактам? Или, в продолжение логики, приведет ли выбор права, сделанный в отсутствие соглашения сторон, к юрисдикции с надлежащим правовым регулированием смарт-контрактов?

В этой связи можно спрогнозировать два пути развития коллизионной практики. Первый условно можно именовать как «осознанный выбор юрисдикции с технологичным законодательством». Мы можем ожидать, как пишет Г. Рюль, что стороны будут все чаще использовать свое право на выбор применимого права в соответствии со ст. 3 Регламента «Рим I» и принимать решение путем голосования «ногами». Таким образом, в долгосрочной перспективе международное частное право будет не только определять право, применимое к смарт-контрактам, но и способствовать правовой определенности. Оно также покажет, право какого государства предпочтительнее для решения проблем цифровизации в глазах сторон. А это, в свою очередь, может способствовать процессам реформирования внутреннего законодательства и в конечном итоге приведет к совершенствованию законодательства о смарт-контрактах⁵³. И в этом смысле мы будем наблюдать формирование пула юрисдикций, которые будут становиться традиционными для регулирования смарт-контрактов, что соответствует логике «правового рынка», который фрагментирует правовой ландшафт транс-

⁴⁹ *Trakman L. E.* From the Medieval Law Merchant to E-Merchant Law.

⁵⁰ *Rühl G.* The Law Applicable to Smart Contracts, or Much Ado About Nothing? // URL: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2019/01/law-applicable-smart-contracts-or-much-ado-about-nothing> (дата обращения: 07.04.2019).

⁵¹ *Raskin M.* The Law and Legality of Smart Contracts // *Georgetown Law Technology Review*. 2017. Vol. 1. P. 306.

⁵² См.: *Rühl G. Op. cit.*

⁵³ См.: *Rühl G. Op. cit.*

граничных сделок⁵⁴. И так же, как мы сегодня можем наблюдать «американизацию» платформенного права, обусловленную тем, что в подавляющем большинстве пользовательские соглашения, размещенные компаниями платформенного типа, содержат оговорку о выборе права того или иного штата США⁵⁵, в области регулирования смарт-контрактов те или иные правовые системы окажутся наиболее предпочтительными. В литературе уже встречаются мнения о том, что такие юрисдикции, как Аризона, Теннесси и Делавэр, считаются самыми дружественными юрисдикциями для смарт-контрактов⁵⁶.

Не сто́ит исключать возможности использования юридической биотехнологии или расщепления договорного статута при применении смарт-контрактов.

Осложнение вопроса определения применимого к смарт-контрактам права может быть обусловлено ситуацией, когда распределенный реестр имеет узлы сети, расположенные в нескольких юрисдикциях. Например, если применимым является право государства места нахождения нематериального актива, а последнее определяется местом записи о праве собственности, то в случае, если такая запись сделана в распределенном реестре, применимым правом может оказаться фактически любая юрисдикция мира. Собственно, там, где будет отсутствовать централизованный реестр регистрации прав, могут возникать сложности с определением применимого права⁵⁷.

Второй путь — это развитие негосударственных норм в части регулирования смарт-контрактов и выбор сторонами соответствующих неофициальных кодификаций в качестве применимого права. Этот путь будет более

эффективным в том случае, если споры из смарт-контрактов будут решаться посредством смарт-арбитража, блокчейн-арбитража и иными негосударственными механизмами. Блокчейн-арбитраж можно рассматривать как эволюционирующую форму международного арбитража, обеспечивающую децентрализованное автоматическое исполнение, альтернативное судебному исполнению решения, в том числе в тех странах, где существуют сложности с применением норм Нью-Йоркской конвенции 1958 г. Любопытной и не лишённой разумности причиной появления и возможным триггером развития блокчейн-арбитража называется тот факт, что международным коммерческим арбитражем не был акцептирован экспоненциальный рост низкой стоимости трансграничных потребительских споров эпохи цифровых технологий, в связи с чем арбитражная система имеет очевидные недостатки для разрешения такого рода споров. Параллельно с арбитражной системой такие интернет-платформы, как eBay, PayPal, Amazon и Alibaba, создали свои собственные службы для решения потребительских споров⁵⁸.

При разрешении споров, вытекающих из смарт-контрактов, существуют реальные возможности для применения норм негосударственного регулирования, что ведет нас к e-merchant как электронной проекции *lex mercatoria*. Например, в ст. 33 Правил арбитража, разработанных компанией Cryptonomica для блокчейн-арбитража⁵⁹, говорится о применении к спору праве: «1. Арбитраж принимает решение *ex aequo et bono*, если стороны не договорились об ином. 2. Во всех случаях арбитраж принимает решение в соответствии с условиями договора, если таковые имеют-

⁵⁴ См. об этом: *Мажорина М. В.* Международное частное право в условиях глобализации: от разгосударствления к фрагментации. С. 211—213.

⁵⁵ См. об этом: *Мажорина М. В.* Цифровые платформы и международное частное право, или есть ли будущее у киберправа? // *Lex Russica*. 2019. № 2. С. 107—120.

⁵⁶ См.: *Shehata I.* Smart Contracts & International Arbitration. P. 16 // URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3290026 (дата обращения: 16.04.2019).

⁵⁷ См.: Smart contracts: legal framework and proposed guidelines for lawmakers // URL: <https://talkingtech.cliffordchance.com/en/emerging-technologies/smart-contracts/smart-contracts--legal-framework-and-proposed-guidelines-for-law.html> (дата обращения: 15.04.2019). См. также: *Shehata I.* *Op. cit.* Pp. 12—13.

⁵⁸ *Ast F.* Dispute Revolution. A New Justice Paradigm in an Old World // Dispute Revolution. The Kleros Handbook of Decentralized Justice. URL: <https://blog.kleros.io/dispute-revolution-the-kleros-handbook-of-decentralized-justice/> (дата обращения: 15.04.2019).

⁵⁹ Cryptonomica Arbitration Rules // URL: https://github.com/Cryptonomica/arbitration-rules/blob/master/Arbitration_Rules/Cryptonomica/Cryptonomica-Arbitration-Rules.EN.clearsigned.md#applicable-law-ex-aequo-et-bono (дата обращения: 11.04.2019).

ся, и принимает во внимание любой торговый обычай, применимый к сделке». То есть здесь не идет речь о выборе в качестве применимого права того или иного государства.

На сайте компании Datarella размещена информация о Правилах блокчейн-арбитража, основанных на Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ и разработанных компанией в сотрудничестве с IT-юристами и блокчейн-экспертом доктором Маркусом Кауларцем (Dr. Markus Kaulartz). Компания также предлагает арбитражную библиотеку Blockchain, которая может быть включена в код смарт-контракта. Преимущество этой библиотеки заключается в том, что она предоставляет сторонам своего рода аварийный тормоз, который может быть применен в случае, если стороны желают передать дело в суд. После запуска библиотека приостановит дальнейшее выполнение смарт-контракта, и стороны выигрывают некоторое время, чтобы урегулировать свой спор⁶⁰. Datarella разъясняет алгоритм работы арбитражной библиотеки Blockchain: стороны заключили юридическое соглашение и выполняют смарт-контракт; юридическое соглашение содержит арбитражную оговорку, а смарт-контракт включает арбитражную библиотеку; одна сторона запускает арбитражную библиотеку, если считает, что другая сторона нарушает юридическое соглашение или считает, что смарт-контракт работает неправильно; смарт-контракт приостанавливает свою работу и инициирует арбитражное разбирательство; далее смарт-контракт исполняется, изменяется или приостанавливается, в зависимости от ситуации⁶¹. Блокчейн-арбитраж, так же как и смарт-контракт, вызывает целый ряд вопросов. Например, традиционно вопросы действительности арбитражного соглашения, арбитрабельности спора, вопросы процедурного характера, основания для отмены арбитражного решения определяются по праву места арбитража (*lex arbitri*), однако как их регулировать при блокчейн-арбитраже?

Сообразно двум подходам к вопросу выбора права при использовании технологии смарт-контрактов П. де Филиппи выделяет два подхода в части прогнозирования развития

блокчейн-арбитража или иных децентрализованных платформ, в рамках которых разрешаются трансграничные споры. Первый сводится к тому, что блокчейн-арбитраж «адаптируется» к праву, а именно к нормам Нью-Йоркской конвенции. Второй подход — *the beyonder's approach* — это спозиционировать себя полностью вне сферы действия закона, взаимодействуя с правовой системой через специально разработанные правовые и технические артефакты. Например, компания Mattereum работает над созданием своего рода маршрутизатора, который бы действовал как шлюз между блокчейн-пространством и юридическим миром⁶².

Обозначенные в работе проблемы свидетельствуют о том, что международное частное право сегодня представляет собой благодатную почву для юридических инноваций, будучи, во-первых, исторически наиболее периферийной областью права в смысле удаленности от влияния государства и широко постулирующей приоритет автономии воли сторон трансграничных частноправовых отношений. Это позволяет международному частному праву рефлексировать по поводу актуального социального контекста, осмысливая и концептуализируя новые объекты юридического знания относительно автономно. Во-вторых, международное частное право в силу своего предмета и метода и обусловленной ими задачи решения коллизий разных юрисдикций развивается в логике постоянного обмена и даже заимствования юридического знания, оценки актуальных преобразований юридических картин мира, рецепции научных концептов и моделей миро- и правовосприятия, что делает науку международного частного права более восприимчивой к новой реальности, гибкой, не законсервированной в рамках формально-догматической юриспруденции какого-либо одного правопорядка, способной улавливать тренды и отвечать на вызовы. Эта наука лежит на пересечениях правопорядков, юрисдикций, нормативных и институциональных систем, культурно-правовых практик, что повышает ее способность к выживаемости в меняющемся мире. В-третьих, будучи наибо-

⁶⁰ См.: URL: <https://datarella.com/codelegit-conducts-first-blockchain-based-smart-contract-arbitration-proceeding/> (дата обращения: 16.04.2019).

⁶¹ CodeLegit White Paper on Blockchain Arbitration // URL: https://docs.google.com/document/d/1v_AdWbMuc2Ei70ghITC1mYX4_5VQsF_28O4PsLckNM4/edit (дата обращения: 16.04.2019).

⁶² См.: Dispute Revolution. The Kleros Handbook of Decentralized Justice // URL: <https://blog.kleros.io/dispute-revolution-the-kleros-handbook-of-decentralized-justice/> (дата обращения: 15.04.2019). P. 174.

лее экономически ориентированной отраслью права, международное частное право наиболее подвержено влиянию глобализационных процессов. Оно само, вероятно, есть «проводник» глобализации, обеспечивающий юридическое обслуживание сети тех самых негосударствен-

ных субъектов, которые столь активно теснят государство в современном глобализирующемся пространстве. В-четвертых, именно международное частное право, возможно, и даст миру ответы на те юридические вызовы, перед которыми стоит право в век технологий.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Асосков А. В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. — М. : Инфотропик Медиа, 2012.
2. Мажорина М. В. Международное частное право в условиях глобализации: от разгосударствления к фрагментации // Право. Журнал Высшей школы экономики. — 2018. — № 1.
3. Мажорина М. В. Цифровые платформы и международное частное право, или Есть ли будущее у киберправа? // Lex Russica. — 2019. — № 2.
4. Berman P. S. Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws: Redefining Governmental Interests in a Global Era // University of Pennsylvania Law Abstract. — 2005. — Vol. 153.
5. Dispute Revolution. The Kleros Handbook of Decentralized Justice // URL: <https://blog.kleros.io/dispute-revolution-the-kleros-handbook-of-decentralized-justice/> (дата обращения: 15.04.2019).
6. Filippi P. de. From Lex Mercatoria to Lex Cryptographica // Dispute Revolution. The Kleros Handbook of Decentralized Justice. URL: <https://blog.kleros.io/dispute-revolution-the-kleros-handbook-of-decentralized-justice/> (дата обращения: 15.04.2019).
7. Fischer-Lescano A., Teubner G. Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law // Michigan Journal of International Law. — 2004. — Vol. 25.
8. Hardy I. T. The Proper Legal Regime for «Cyberspace» // University of Pittsburgh Law Abstract. — 1994. — Vol. 55.
9. Johnson D., Post D. Law and Borders-The Rise of Law in Cyberspace // Stanford Law Abstract. — 1997. — Vol. 48.
10. Mefford A. Lex Informatica: Foundations of Law on the Internet // Indiana Journal of Global Legal Studies. — 1997. — Vol. 5. — Iss. 1. — Art. 11.
11. Michaels R. The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism // Wayne Law Abstract. — 2005. — Vol. 51.
12. Polanski P. P. Towards a supranational Internet law // Journal of International Commercial Law and Technology. — 2006. — Vol. 1. — Iss. 1. — URL: <https://media.neliti.com/media/publications/28672-EN-towards-a-supranational-internet-law.pdf> (дата обращения: 01.02.2019).
13. Raskin M. The Law and Legality of Smart Contracts // Georgetown Law Technology Abstract. — 2017. — Vol. 1.
14. Reidenberg J. R. Lex Informatica: The Formulation of Information Technology Rules Through Information Technology // Texas Law Abstract. — 1998. — Vol. 76. — No 3.
15. Rühl G. The Law Applicable to Smart Contracts, or Much Ado About Nothing? // URL: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2019/01/law-applicable-smart-contracts-or-much-ado-about-nothing> (дата обращения: 07.04.2019).
16. Smits J. M. The Complexity of Transnational Law: Coherence and Fragmentation of Private Law // URL: <https://www.ejcl.org/143/art143-14.pdf> (дата обращения: 15.09.2018).
17. Teubner G. Global private regimes: Neo-spontaneous law and dual constitution of autonomous sectors in world society? // URL: https://www.jura.uni-frankfurt.de/42852650/global_private_regimes.pdf (дата обращения: 22.01.2018).
18. Trakman L. E. From the Medieval Law Merchant to E-Merchant Law // The University of Toronto Law Journal. — 2003. — Vol. 53. — No. 3.
19. Trakman L. E. The Twenty-First Century Law Merchant // American Business Law Journal. — 2011. — Vol. 48. — No. 4.

Материал поступил в редакцию 25 апреля 2019 г.

**CONFLICT-OF-LAW AND «NON LAW» RENOVATION OF THE LEX MERCATORIA,
SMART CONTRACTS AND BLOCKCHAIN ARBITRATION⁶³**

MAZHORINA Maria Viktorovna, PhD in Law, Docent, Associate Professor of the Department of International Private Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
mvmazhorina@msal.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The central institute of private international law — conflict of law — in the modern globalization and information context is evolving, which is largely due to the paradigm shifts in law, laid down and developed based on international commercial arbitration. The widely interpreted concept of «rules of law» actualizes a completely new view of conflicting arrays of rules: the law of the state and the system of non-state regulators. The medieval lex mercatoria, revived in the XX century, is modernized by cyberspace, acquires a new sound in the form of e-merchant or lex informatica, especially in the context of the parallel development of smart contracts and new decentralized forms of dispute resolution, one of which is blockchain arbitration. In particular, the issues of conflict of law, traditional for cross-border transactions, arise in relation to smart contracts, which, using blockchain technology, are inherently linked to several jurisdictions. It is important to reflect on the questions of applicability of traditional conflict-of-laws bindings to the regulation of relevant relations, including through forecasting the practice of choosing the law of a state, the substantive rules of which are adapted to the use of new technologies, or recourse to the rules of non-state regulation.*

Keywords: *international private law, lex mercatoria, e-merchant, cyberspace, lex informatica, lex cryptography, smart contracts, blockchain arbitration.*

REFERENCES

1. Asoskov A.V. *Kollizionnoe regulirovanie dogovornykh obyazatelstv* [Conflict regulation of contractual obligations]. Moscow: Infotropik Media Publ., 2012.
2. Mazhorina M.V. *Mezhdunarodnoe chastnoe pravo v usloviyakh globalizatsii: ot razgosudarstvleniya k fragmentatsii* [Private international law in the context of globalization: from fragmentation to privatization]. *Pravo. Zhurnal vysshey shkoly ekonomiki*. [Law. Journal of the Higher School of Economics. 2018. No. 1.
3. Mazhorina M.V. *Tsifrovye platformy i mezhdunarodnoe chastnoe pravo, ili est li budushchee u kiberprava?* [Digital platforms and international private law, or does cyber law have a future?]. *Lex Russica*. 2019. No. 2.
4. Berman P.S. *Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws: Redefining Governmental Interests in a Global Era*. University of Pennsylvania Law Abstract. 2005. Vol. 153.
5. *Dispute Revolution. The Kleros Handbook of Decentralized Justice*. URL: <https://blog.kleros.io/dispute-revolution-the-kleros-handbook-of-decentralized-justice/> (accessed: 15.04.2019).
6. Filippi P. de. *From Lex Mercatoria to Lex Cryptographica. Dispute Revolution. The Kleros Handbook of Decentralized Justice*. URL: <https://blog.kleros.io/dispute-revolution-the-kleros-handbook-of-decentralized-justice/> (accessed: 15.04.2019).
7. Fischer-Lescano A., Teubner G. *Region-Collisions: The vault Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*. Michigan Journal of International Law. 2004. Vol. 25.
8. Hardy I.T. *The Proper Legal Regime for «Cyberspace»*. University of Pittsburgh Law Abstract. 1994. Vol. 55.
9. Johnson D., Post D. *Law and Borders -The Rise of Law in Cyberspace*. Stanford Law Abstract. 1997. Vol. 48.
10. Meford A. *Lex Informatica: Foundations of Law on the Internet*. Indiana Journal of Global Legal Studies. 1997. Vol. 5. Iss. 1. Art. 11.

⁶³ The paper is prepared with the financial support of the Russian Foundation for Basic Research (RFBR), Research Project «Network Law in a Network Society: new regulatory models», Project No. 18-29-16061 implemented according to the results of the competition for the best research projects of interdisciplinary fundamental researches (code of the competition 26-816 «Transformation of law in the context of the development of digital technologies»).



11. Michaels R. The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism. Wayne Law Abstract. 2005. Vol. 51.
12. Polanski P. P. Towards a supranational Internet law. Journal of International Commercial Law and Technology. 2006. Vol. 1. Iss. 1. URL: <https://media.neliti.com/media/publications/28672-EN-towards-a-supranational-internet-law.pdf> (accessed: 01.02.2019).
13. Raskin M. The Law and Legality of Smart Contracts. Georgetown Law Technology Abstract. 2017. Vol. 1.
14. Reidenberg J.R. Lex Informatica: The Formulation of Information Technology Rules Through Information Technology. Texas Law Abstract. 1998. Vol. 76. No. 3.
15. Rühl G. The Law Applicable to Smart Contracts, or Much Ado About Nothing? URL: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2019/01/law-applicable-smart-contracts-or-much-ado-about-nothing> (accessed: 07.04.2019).
16. Smits J.M. The Complexity of Transnational Law: Coherence and Fragmentation of Private Law. URL: <https://www.ejcl.org/143/art143-14.pdf> (accessed: 15.09.2018).
17. Teubner G. Global private regions: Neo-spontaneous law and dual constitution of autonomous sectors in world society? URL: https://www.jura.uni-frankfurt.de/42852650/global_private_regimes.pdf (accessed: 22.01.2018).
18. Trakman L.E. From the Medieval Law Merchant to E-Merchant Law. The University of Toronto Law Journal. 2003. Vol. 53. No. 3.
19. Trakman L.E. The Twenty-First Century Law Merchant. American Business Law Journal. 2011. Vol. 48. No. 4.

Е. Е. Богданова*

ПРОБЛЕМЫ ПРИМЕНЕНИЯ СМАРТ-КОНТРАКТОВ В СДЕЛКАХ С ВИРТУАЛЬНЫМ ИМУЩЕСТВОМ¹

Аннотация. Автор исследует особенности применения смарт-контрактов в сделках с виртуальным имуществом с учетом того, что смарт-контракт является способом исполнения тех обязательств, в которых передача имущественного предоставления происходит в виртуальном мире с помощью соответствующих технических средств. Следует признать, что перечень виртуального имущества является открытым, в настоящий момент он включает в себя, например, криптовалюту, доменные имена, «игровое имущество», виртуальные токены.

Актуален вопрос о правовой природе объектов, относящихся к виртуальному имуществу: являются ли они новым самостоятельным видом имущества, требующим установления специальных правовых режимов, или представляют собой разновидность известных имущественных прав?

В работе также отмечается, что смарт-контракты отличаются как уязвимостями в компьютерном коде, так и недостаточно эффективной правовой регламентацией. Смарт-контракт, на взгляд автора, представляет собой разновидность письменной (электронной) формы договора, особенность которой заключается в том, что воля субъекта выражается с помощью специальных технических средств в виде программного кода; при этом волеизъявление на заключение договора одновременно означает волеизъявление на его исполнение при наступлении определенных условиями договора обстоятельств.

В результате проведенного исследования автор приходит к выводу, что автоматизация исполнения обязательств, в частности и цифровизация договорного права в целом, не должны создавать препятствий для реализации основополагающих принципов добросовестности и договорной справедливости, для возможности оценки пропорциональности распределения прав и обязанностей сторон, эквивалентности их имущественных представлений.

Ключевые слова: смарт-контракт, виртуальное имущество, токен, криптовалюта, блокчейн, форма договора, цифровой актив, автоматизированное исполнение обязательства, виртуальное пространство.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.152.7.108-118

Происходящий в настоящее время процесс цифровизации экономического оборота, появление и внедрение современных технологий оказывают влияние на развитие общественных отношений, в том числе трансформируют устоявшиеся, традиционные правовые инсти-

туты. Одной из таких революционных технологий является технология блокчейн (от англ. blockchain — цепочка блоков). А. И. Савельев в этой связи отмечает, что «в самом общем виде блокчейн представляет собой децентрализованную распределенную базу данных

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-16199 мк «Концепция интеллектуальных прав в сфере технологий виртуальной и дополненной реальностей».

© Богданова Е. Е., 2019

* Богданова Елена Евгеньевна, доктор юридических наук, доцент, и. о. заведующего кафедрой гражданского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) eebogdanova@msal.ru

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

(«учетную книгу») обо всех подтвержденных транзакциях, совершенных в отношении определенного актива, в основе функционирования которой лежат криптографические алгоритмы»².

Благодаря технологии блокчейн получают свое развитие такие концепции, как интернет вещей (internet of things), экономика совместного потребления (shareconomy), криптовалюта, смарт-контракты (от англ. smart contracts — умные договоры).

Смарт-контракт в самом общем смысле представляет собой написанный при помощи компьютерного кода электронный протокол, основная функция которого заключается в передаче информации и обеспечении исполнения согласованных условий между сторонами.

Данный термин впервые появился в статье американского ученого Ника Сабо, опубликованной в 1994 г. В данной работе он определил смарт-контракт как «компьютеризированный транзакционный протокол, который исполняет условия договора»³. При использовании технологии блокчейн (иных распределенных реестров) смарт-контракт хранится и дублируется в децентрализованном реестре, алгоритмы смарт-контракта определяются его исполняемым программным кодом внутри сети распределенного реестра. Поэтому, обладая доступом к общему распределенному реестру, участники могут проверить, что смарт-контракт функционирует в соответствии с предусмотренными условиями, это обеспечивает по общему правилу невозможность их изменения. Возможность заключения смарт-контрактов освобождает участников от необходимости составлять договор в традиционной письменной форме; автоматизированное исполнение смарт-контракта позволит сторонам не беспокоиться об обеспечении исполнения такого обязательства и др.

В то же время, как отмечается в литературе по данной проблематике, следует различать смарт-контракт как правовой договор и смарт-

контракт как компьютерную программу⁴. Наиболее часто в среде юристов под термином «смарт-контракт» подразумевается правовой договор или элемент договора, который заключается в электронной форме с автоматизированным с помощью компьютерной программы исполнением возникшего обязательства.

Что касается специалистов в сфере программирования, они подразумевают под смарт-контрактом фрагмент кода, запрограммированный для осуществления определенных задач в случае выполнения некоего predetermined условия⁵. Представляется, что в целях нашего исследования необходимо рассматривать смарт-контракты как правовой феномен.

В литературе выделяются две основные модели включения смарт-контрактов в договорное право:

- обособленная модель смарт-контрактов, предусматривающая существование договора в традиционной письменной форме. В то же время дополнительно к такому договору часть его условий будут внесены в смарт-контракт;
- гибридная модель смарт-контрактов, которая соединяет часть договора в традиционной письменной форме, составленную, например, на русском языке, и часть договора, поддающуюся автоматизации, которая будет записана на одном из языков программирования. При этом часть договора, записанная на языке программирования, будет автоматически исполняться⁶.

Вопрос о правовой природе смарт-контракта является дискуссионным. Так, смарт-контракт можно рассмотреть с точки зрения способа исполнения обязательства. В рамках реформы Гражданского кодекса РФ были внесены изменения в ст. 309, согласно которой условиями сделки может быть предусмотрено исполнение ее сторонами возникающих из нее обязательств при наступлении определенных обстоятельств без направленного на исполнение обязатель-

² Савельев А. И. Некоторые правовые аспекты использования смарт-контрактов и блокчейн-технологий по российскому праву // Закон. 2017. № 5. С. 94—117.

³ Сабо Н. Умные контракты (Четвертая революция стоимости). 1998 // URL: <http://old.computerra.ru/1998/266/194332/>; Szabo N. The Idea of Smart Contracts. 1994 // URL: <http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/>.

⁴ См. более подробно об этом: Юрасов М. Ю., Поздняков Д. А. Смарт-контракт и перспективы его правового регулирования в эпоху технологии блокчейн // Zakon.ru.

⁵ ISDA Linklaters Whitepaper: Smart Contracts and Distributed Ledger — A Legal Perspective. August 2017. P 5—6.

⁶ Более подробно об этом см.: Юрасов М. Ю., Поздняков Д. А. Указ. соч.

ства отдельно выраженного дополнительного волеизъявления его сторон путем применения информационных технологий, определенных условиями сделки. Можно заключить, что данная норма опосредует использование в гражданском обороте такой правовой конструкции, как смарт-контракт, однако этот термин закон не употребляет.

В то же время смарт-контракт является способом исполнения лишь тех обязательств, в которых передача имущественного представления происходит в виртуальном мире с помощью соответствующих технических средств. В случае когда непосредственное исполнение обязательства будет осуществляться в реальном мире (например, передача вещи, выполнение работы и др.), смарт-контракт может быть лишь элементом гражданско-правового договора, а также будет выполнять функцию обеспечения исполнения обязательства.

В этой связи представляет интерес правовая природа так называемого виртуального имущества, то есть тех объектов, которые используются исключительно в виртуальном пространстве. Как отмечает М. А. Рожкова, «к виртуальному имуществу относят обычно те нематериальные объекты, которые имеют экономическую ценность, но полезны или могут быть использованы исключительно в виртуальном пространстве»⁷. Названный автор также признает, что в связи с развитием технологий перечень виртуального имущества является открытым, в настоящий момент он включает в себя, в частности, криптовалюту, доменные имена, «игровое имущество», виртуальные токены.

Применительно к использованию технологии блокчейн особую актуальность получает токен, который является единицей учета определенной ценности, представленной в виде записи в базе данных, функционирующей на основе технологии блокчейн⁸. Выпуск токенов осуществляется с помощью процедуры ICO (initial coin offering). В ICO инвестор предоставляет эмитенту финансирование в виде крип-

товалюты или фиатной валюты, взамен чего получает определенное количество токенов, которые передаются, как правило, путем применения смарт-контракта на базе уже существующего блокчейна⁹.

В зависимости от своих функциональных характеристик можно (примерно) выделить следующие разновидности токенов: 1) платежные токены (payment token), которые представляют собой криптовалюту (биткоин, эфириум и др.) и используются для оплаты товаров, услуг и др.; 2) вспомогательные токены (utility token) — это токены, которые предназначены для обеспечения цифрового доступа к приложению или услуге с помощью инфраструктуры на основе блокчейна; 3) «имущественные» токены (asset token) — существующие в виде записи в блокчейне права на традиционные объекты гражданских прав (товары, работы, услуги и др.). К данному виду относятся также инвестиционные (корпоративные) токены, которые могут подтверждать, например, долю в будущих доходах компаний. Существует позиция, что с точки зрения их экономической функции данные токены аналогичны акциям, облигациям или производным инструментам¹⁰. Токены могут размещаться между инвесторами как путем выпуска и распределения токенов пропорционально внесенным средствам, так и путем выпуска с целью продажи их на бирже.

В отношении правовой природы «виртуального» имущества представляет интерес мнение Л. А. Новоселовой о том, что такого рода объекты не являются новым самостоятельным видом имущества, а «в зависимости от их функций могут рассматриваться либо как особый вид денег, либо как форма закрепления известных имущественных (в основном обязательственных) прав. Вместе с тем расширение масштабов использования таких цифровых форм закрепления прав может потребовать признания некоторых из них самостоятельным видом объектов гражданского права, сходных по выполняемым функциям с ценными бумагами»¹¹. В частности,

⁷ Рожкова М. Цифровые активы и виртуальное имущество: как соотносится виртуальное с цифровым // Закон.ru. 13.06.2018.

⁸ См. более подробно об этом: Савельев А. И. Некоторые риски токенизации и блокчейнизации гражданско-правовых отношений // Закон. 2018. № 2. С. 36—51.

⁹ FINMA, Guidelines for Enquiries Regarding the Regulatory Framework for Initial Coin Offerings (ICOs), published 16 February 2018.

¹⁰ FINMA, Guidelines for Enquiries Regarding the Regulatory Framework for Initial Coin Offerings (ICOs), published 16 February 2018.

¹¹ Новоселова Л. «Токенизация» объектов гражданского права // Хозяйство и право. 2017. № 12. С. 29—44.

Комиссия по ценным бумагам и биржам США пришла к выводу о возможном, в зависимости от их правовой природы, применении к токенам законодательства о ценных бумагах¹².

В то же время в литературе данное мнение разделяется не всеми исследователями. Так, Л. В. Санникова и Ю. С. Харитоновна полагают, что для рассматриваемых объектов необходимо сформировать новые правовые режимы, так как «стремление отождествить цифровые активы с уже известными правовыми категориями, например токены с ценными бумагами, понятно и может расцениваться как промежуточный этап на пути формирования нового законодательства, хотя такой подход сложно признать оптимальным из-за множества правовых и экономических рисков»¹³.

Особенностью смарт-контрактов является по общему правилу невозможность отмены или изменения автоматического исполнения договора. Учитывая, что п. 1 ст. 329 ГК РФ не устанавливает исчерпывающего перечня способов обеспечения исполнения обязательств, представляется, что такая особенность смарт-контракта позволяет отнести его к непоименованным способам обеспечения исполнения обязательств.

С помощью смарт-контракта можно заключить совершенно различные гражданско-правовые договоры: договор купли-продажи, мены, страхования и др. В научной литературе в этой связи существует точка зрения, что смарт-контракт может быть отнесен к так называемым типовым договорным конструкциям (как, например, публичный договор (ст. 426 ГК РФ); договор присоединения (ст. 428 ГК РФ); предварительный договор (ст. 429 ГК РФ)), которые по общему правилу могут быть применены к любым видам договорных обязательств, которые обладают необходимой совокупностью признаков, присущей конкретной типовой договорной конструкции¹⁴.

Следует отметить, что достаточно часто проблемой применения смарт-контрактов в гражданском обороте называют отсутствие или не-

достаточность эффективного законодательного регулирования данной конструкции.

Так, изложенная выше позиция российского законодателя (ч. 2 ст. 309 ГК РФ) об автоматизированном способе исполнения сделки отличается от подхода, который был продемонстрирован в отношении смарт-контрактов в Республике Беларусь. В частности, Декрет Президента Республики Беларусь от 21.12.2017 № 8 «О развитии цифровой экономики» уже оперирует категорией смарт-контракта. В соответствии с п. 5 Декрета закрепляется необходимость проведения в рамках Парка высоких технологий правового эксперимента для апробации новых правовых институтов на предмет возможности их имплементации в гражданское законодательство Республики Беларусь. Для этого резидентам Парка высоких технологий предоставляется право осуществлять совершение и (или) исполнение сделок посредством смарт-контракта. Лицо, совершившее сделку с использованием смарт-контракта, считается надлежащим образом осведомленным о ее условиях, в том числе выраженных программным кодом, пока не доказано иное¹⁵.

В США на уровне законодательства штатов предусматривается регулирование отношений, связанных с заключением смарт-контрактов (например, Закон штата Аризона¹⁶). Так, сравнивая законодательные подходы к регулированию смарт-контрактов в штатах Аризона и Теннесси, Н. В. Лукоянов отмечает, что по законодательству Аризоны «смарт-контракт является программой, которая активируется происходящими событиями, причем она действует в распределенном децентрализованном многопользовательском воспроизводимом реестре и может управлять и передавать активы в таком реестре. В законе штата Теннесси об электронных сделках приводится сходное определение смарт-контракта, которое расширяет область их применения: помимо управления и передачи активов в реестре добавлена возможность создания и распространения активов в реестре, синхронизации информации и управление пра-

¹² SEC, Report of Investigation under 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934: The DAO, *Release No.* 81207, and *Investor Bulletin: Initial Coin Offerings*, 25 July 2017.

¹³ Санникова Л. В., Харитоновна Ю. С. Правовая сущность новых цифровых активов // *Закон.* 2018. № 9. С. 86—95.

¹⁴ См.: Ефимова Л. Г., Сиземова О. Б. Правовая природа смарт-контракта // *Банковское право.* 2019. № 1. С. 23—30.

¹⁵ URL: http://president.gov.by/ru/official_documents_ru/view/dekret-8-ot-21-dekabrya-2017-g-17716.

¹⁶ Закон Штата Аризона № 2417 от 29.03.2017 // URL: <https://legiscan.com/AZ/text/HB2417/id/1588180>.

вами доступа к программным продуктам. Аналогичные законодательные инициативы рассматриваются в настоящее время в ряде других штатов: Флорида, Небраска и Вермонт»¹⁷. Договор, подтверждающий совершение сделки, не может быть признан недействительным, не имеющим юридической силы или не влекущим последствий лишь на том основании, что такой договор включает в себя «смарт-контракт»¹⁸.

В соответствии с законодательством штата Невада смарт-контракт представляет собой программу, которая приводится в действие определенными событиями, отражает определенное состояние, выполняется на распределенном, децентрализованном, находящемся в совместном доступе, тиражируемом реестре и способна контролировать активы, учтенные в таком реестре, а также инициировать их передачу¹⁹.

14 декабря 2017 г. Комиссия по совершенствованию законодательства Великобритании (Law Commission) опубликовала XIII Программу правовой реформы²⁰. В данной Программе смарт-контракты определяются как самоисполнимые договоры, записанные с помощью компьютерного кода. Программа указывает на необходимость анализа действующей системы правовых норм и удостоверения того, что действующее правовое регулирование содействует использованию смарт-контрактов. В то же время в данном акте сформулирован ряд вопросов, которые требуют своего решения в связи с применением смарт-контрактов. В частности, отсутствие возможности удаления или изменения данных, записанных в блокчейн-коде, препятствует, например, исправлению несправедливых договорных условий обычным способом (п. 2.38—2.39 Программы).

Таким образом, применение в гражданском обороте смарт-контрактов потребует дальнейшего совершенствования законодательства в этой сфере, которое на современном этапе нельзя назвать в полной мере эффективным. В то же время отдельные авторы полагают, что отсутствие специального законодательства не является препятствием для использования смарт-контрактов в гражданском обороте. Так, А. Вашкевич отмечает, что смарт-контракты являются способом исполнения обязательств и могут использоваться в гражданском обороте, так как законодательство не запрещает заключать сделки с автоматизацией исполнения и фиксировать согласованную волю сторон не только на естественном языке²¹.

Однако отсутствие специального законодательства в известной мере затрудняет применение смарт-контрактов в договорной практике. В настоящий момент существует немного примеров использования смарт-контрактов в России. В частности, в декабре 2016 г. «Альфа-банк» совместно с S7 Airlines первыми в нашей стране провели расчеты с использованием смарт-контрактов. Авиакомпания внесла в обслуживающий ее банк определенную сумму; в момент подачи заявки на аккредитив деньги были списаны со счета, а после оказания услуг и предоставления документов об этом поступили на счет исполнителя. Особенностью такой сделки является использование двух смарт-контрактов в системе Ethereum: одного — для открытия аккредитива, второго — для закрытия. Этот факт снизил вероятность возникновения ошибок в коде²².

Недостаточная распространенность смарт-контрактов в России в известной степени объясняется недоверием участников гражданско-

¹⁷ См.: *Лукоянов Н. В.* Правовые аспекты заключения, изменения и прекращения смарт-контрактов // Юридические исследования. 2018. № 11. С. 28—35. DOI: 10.25136/2409-7136.2018.11.28115. URL: http://e-notabene.ru/lr/article_28115.html

¹⁸ *Campbell R.* Official: Arizona Law Recognizes Blockchain Signatures and Smart Contracts // CryptoCoinsNews. 2017. URL: <https://www.cryptocoinsnews.com/official-arizona-law-recognizes-blockchain-signatures-smart-contracts/>.

¹⁹ *Тюльканов А.* Блокчейну — да, смарт-контрактам — нет: законодатели Невады определились с понятиями // *Zakon.ru*. 2017. URL: https://zakon.ru/blog/2017/06/19/blokcheynu_-_da_smart-kontraktam_-_net_zakonodateli_nevady_opredelilis_s_ponyatiyami.

²⁰ Thirteenth Program of Law Reform. Law Com No. 377 // URL: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/668113/13th-Programme-of-Law-Reform.pdf.

²¹ *Вашкевич А.* Пять выводов о смарт-контрактах // *Zakon.ru*. 27.12.2017.

²² S7 Airlines и «Альфа-банк» впервые в России провели сделку-аккредитив с использованием блокчейна // URL: <https://www.s7.ru/home/about/news/s7-airlines-i-alfa-bank-vpervye-v-rossii-proveli-sdelku-akkreditiv-s-ispolzovaniem-blokcheyn>.

го оборота к данной конструкции. В этой связи показательна ситуация с инвестиционным проектом DAO — Decentralized autonomous organization (DAO — децентрализованная автономная организация). Проект DAO представлял автоматический инвестиционный фонд, в котором желающие могли продемонстрировать свои предложения неопределенному кругу субъектов. Лица, которым удалось найти поддержку сообщества, получали финансирование. Как голосование, так финансирование и распределение прибыли происходило автоматически. DAO построен на базе Ethereum — технологии, использующей те же принципы, что и Bitcoin, но специально поддерживающей смарт-контракты, так как в Ethereum встроены язык программирования, предназначенный специально для создания контрактов такого рода. Правила DAO описаны именно на нем.

Первоначальный капитал DAO был сформирован в результате продажи токенов, которая началась 30 апреля и закончилась 28 мая 2016 г., было собрано 132,7 млн долл. США. Однако в результате атаки на смарт-контракт DAO, в котором были выявлены ошибки, злоумышленники вывели более 53 млн долл. США. Это событие привело к падению стоимости DAO-токенов на торгующих ими биржах и последующему прекращению существования организации²³.

Другим примером публичного обсуждения, возникшего в связи с использованием смарт-контракта для проведения ICO (процедура первичного размещения цифровых токенов) и последующего управления активами, является дело Digix. В ходе ICO в марте 2016 г. Digix собрал более 500 000 ETH, что на тот период составляло 5,5 млн долл. США. Целью проекта было создание стабильной криптовалюты, обеспеченной 100 % золотым резервом. Существенной особенностью данного ICO стал тот факт, что собранные средства оставались в неприкосновенности; с момента проведения

ICO решение об их расходовании принималось общим голосованием владельцев внутренней валюты проекта токенов DGD. Смарт-контракт, используемый в рамках данного ICO, также содержал слабые места в компьютерном коде, в результате чего в июле 2017 г. было похищено более 4 тыс. токенов DGD на общую сумму 260 тыс. долл. США. Команда проекта опубликовала список из 35 адресов, с которых были похищены DGD, и заявила, что полностью возместит потери пострадавшим²⁴.

Таким образом, смарт-контракты в настоящее время отличаются как уязвимостями в компьютерном коде, так и недостаточно эффективной правовой регламентацией.

В литературе дискутируется вопрос о том, является ли смарт-контракт договором и возможно ли применение к смарт-контрактам норм обязательственного права. Как в этой связи полагает А. И. Савельев, «далеко не всякая автоматизация отдельных обязанностей стороны по договору может быть квалифицирована как смарт-контракт, в связи с чем то, что понимается в технической среде под «смарт-контрактом», может и не являться смарт-контрактом в юридическом смысле, понимаемом как соглашение сторон, регулируемое нормами гражданского права... Смарт-контракт — это соглашение сторон, существующее в форме программного кода, функционирующего в распределенном реестре данных, который обеспечивает самоисполнимость условий такого договора по наступлении заранее определенных в нем обстоятельств»²⁵. В целом соглашается с данной точкой зрения Н. В. Лукоянов, признавая, что смарт-контракты есть особая форма выражения договора в специальной компьютеризированной системе, которая обеспечивает автономный механизм формального контроля и исполнения его условий²⁶. Как полагает, в свою очередь, Л. А. Новоселова, «реализация самоисполняемого соглашения в автоматическом режиме не исключает

²³ Securities And Exchange Commission (Securities Exchange Act Of 1934). Release No. 81207 / July 25, 2017 Report of Investigation Pursuant to Section 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934: The DAO // URL: sec.gov.

²⁴ «Ошибка этого смарт-контракта заключается в том, что одна из функций допускала обращение извне смарт-контракта. Это дало возможность злоумышленнику изменить адрес владельца и вывести средства» (см.: Security Vulnerability Discovered // Date of Report: 27th July 2017. URL: <https://drive.google.com/open?id=0B9TgodPfXwdcQVMxUEZvbXFncGs>).

²⁵ Савельев А. Часть 3. Юридическая дефиниция смарт-контракта // [Zakon.ru](http://zakon.ru). 30.12.2017.

²⁶ Лукоянов Н. В. Правовые аспекты заключения, изменения и прекращения смарт-контрактов // URL: http://e-notabene.ru/lr/article_28115.html.

возможности его квалификации как гражданско-правового договора. В программном коде могут быть выражены условия различных договоров, опосредующих передачу (предоставление) имущества: купли-продажи, поставки, дарения, отчуждения исключительных прав, лицензионных и т.д.»²⁷.

С данным мнением в литературе согласны не все. Так, А. Тюльканов отмечает, что «смарт-контракт — это (1) программа для ЭВМ, (2) записанная в распределенный реестр и (3) обеспечивающая автоматическое исполнение договорных обязательств...»²⁸. В то же время данный автор отмечает, что в случаях, когда в блокчейне, кроме касающихся смарт-контракта записей, нет никакого иного материального следа взаимодействия сторон, такие записи могут интерпретироваться как объективное доказательство достижения сторонами юридически действительного соглашения, заключенного в устной форме посредством конклюдентных действий.

Смарт-контракт, на наш взгляд, представляет собой разновидность письменной (электронной) формы договора, особенность которой заключается в том, что воля субъекта выражается с помощью специальных технических средств в виде программного кода; при этом волеизъявление на заключение договора одновременно означает волеизъявление на его исполнение при наступлении определенных условиями договора обстоятельств.

Следует отметить, что подобная позиция выражена в ст. 2 законопроекта «О цифровых финансовых активах»²⁹, согласно которой смарт-контракт — это договор в электронной форме, исполнение прав и обязательств по которому осуществляется путем совершения в автоматическом порядке цифровых транзакций в распределенном реестре цифровых транзакций в строго определенной им последовательности и при наступлении определенных им обстоятельств. Защита прав участников (сторон)

смарт-контракта осуществляется в порядке, аналогичном порядку осуществления защиты прав сторон договора, заключенного в электронной форме.

Учитывая, что смарт-контракт предполагает необходимость достижения между его сторонами соглашения, представляет интерес вопрос об особенностях применения к ним положений гражданского законодательства, регулирующего оферту и акцепт. А. И. Савельев в этой связи отмечает, что оферта и акцепт при использовании смарт-контракта могут быть выражены:

- 1) в письменном договоре, который стороны заключают на входе в блокчейн и в котором согласовываются, в частности, условия будущих смарт-контрактов или порядок их определения. В данном случае может быть применена конструкция рамочного договора (ст. 429.1 ГК РФ);
- 2) в форме click-wrap — соглашения, условия которого изложены в электронной форме и принимаются кликом (щелчком мыши) в поле «Я согласен»³⁰.

Необходимо отметить, что применительно к click-wrap-соглашениям в сфере программного обеспечения, заключаемым в порядке п. 3 ст. 1286 ГК РФ, Высший Арбитражный Суд и Верховный Суд РФ разъяснили, что к таким соглашениям неприменимы требования п. 2—6 ст. 1235 ГК РФ о существенных условиях для лицензионных соглашений³¹. С учетом данных разъяснений в большинстве случаев предложение принять условия click-wrap-соглашений соответствует признакам публичной оферты, когда из него усматривается воля правообладателя считать себя связанным его условиями в случае их принятия другой стороной. Акцепт в таком случае выражается посредством совершения конклюдентных действий (п. 3 ст. 438 ГК РФ). В частности, такой способ заключения договора предусмотрен в п. 5 ст. 1286 ГК РФ для лицензионных договоров на использование программ для ЭВМ.

²⁷ Новоселова Л. Указ. соч.

²⁸ Тюльканов А. Смарт-контракты — договоры или технические средства? // Закон.ru. 07.04.2017.

²⁹ Проект федерального закона № 419059-7 «О цифровых финансовых активах» // СПС «Консультант-Плюс».

³⁰ Савельев А. И. Некоторые правовые аспекты использования смарт-контрактов и блокчейн-технологий по российскому праву // Закон. 2017. № 5. С. 94—117.

³¹ См.: постановление Пленума ВС РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации». П. 38.2 // СПС «КонсультантПлюс».

Наряду с этим оферта и акцепт могут выражаться в виде электронных сообщений, подписанных закрытыми ключами сторон.

Заключение смарт-контрактов может осуществляться посредством принятия клиентом общих условий заключения сделок, то есть стандартных условий, разработанных контрагентом. В данном случае используется модель договора присоединения (ст. 428 ГК РФ). В связи с этим сторона, разработавшая данные стандартные условия, должна обеспечить их доступность на сайте. Содержание таких условий должно быть выражено в формулировках, не допускающих различное толкование, исключая неопределенность.

В абзаце 2 п. 1 ст. 160 ГК РФ предусматривается, что требование о наличии подписи в письменной форме сделки считается выполненным, если использован любой способ, позволяющий достоверно определить лицо, выразившее волю. В то же время специальными законами, иными правовыми актами и соглашением сторон может быть предусмотрен специальный способ достоверного определения лица, выразившего волю. Таким образом, представляется, что верификация стороны смарт-контракта в настоящий момент не исчерпывается использованием электронно-цифровой подписи.

Например, Ассоциацией российских банков были разработаны и утверждены 19 декабря 2012 г. Рекомендации по заключению договоров в электронной форме, согласно которым для подписания сделки может быть использована электронная подпись или другие аналоги собственноручной подписи субъекта права (например, коды пользователей системы REUTERS, код дилера, различные шифры, персональный идентификационный номер владельца кредитной или дебетовой платежной карты (PIN-код)).

Исходя из смысла п. 2 ст. 309 ГК РФ факт совершения компьютерной программой исполнения смарт-контракта по общему правилу не может быть оспорен. Исключения составляют случаи, когда доказано вмешательство сторон сделки или третьих лиц в процесс исполнения, то есть случаи неправомерного вмешательства в действие программы. Таким образом, после заключения смарт-контракта дальнейшее его исполнение подчиняется алгоритму ком-

пьютерной программы и по общему правилу не подлежит изменению, оспариванию и др. В то же время возникают вопросы относительно возможности признания смарт-контракта недействительным, учитывая, что, например, в гибридной модели смарт-контракта часть его условий написана на языке программирования, который непонятен суду, рассматривающему конкретный спор³².

Аналогичные проблемы связаны с расторжением (прекращением) смарт-контрактов. Например, если сторона обнаружила ошибку в соглашении, предоставляющей контрагенту больше преимуществ, по сравнению с тем, как было оговорено при заключении договора. Смарт-контракты не предлагают варианты регулирования таких спорных ситуаций.

Сложности применения смарт-контрактов в договорных отношениях вытекают в том числе из определенного конфликта текста (письменного соглашения) и программного кода. В частности, ст. 431 ГК РФ создана для регулирования вопросов толкования условий договора ввиду того, что сформулированные сторонами условия часто недостаточно определены, неоднозначны, предусматривают право выбора стороны, избыточно оценочными категориями, например: «проявление стороной разумной осмотрительности при совершении действий», «максимальное приложение стороной усилий», «потребовать выплаты соответствующей компенсации или передачи имущества» и др. Представляется, что программный код в настоящее время не способен определить такого рода условия.

Для смарт-контракта часто необходима информация от ресурсов, расположенных не в блокчейне, — off-chain-ресурсов (внешних источников). Решить данную проблему могут так называемые оракулы — доверенные третьи лица, которые получают информацию из внешних систем и передают ее в блокчейн в заранее оговоренные моменты, по расписанию. Однако использование оракулов подразумевает привлечение третьей стороны к такому соглашению со всеми возможными рисками, в том числе риском предоставления ошибочных данных³³.

Одним из выходов при такого рода проблемах применения смарт-контрактов может быть заключение сторонами рамочного соглашения,

³² *Tjong Tjin Tai E.* Formalizing Contract Law for Smart Contracts (September 18, 2017) // Tilburg Private Law Working Paper Series No. 6/2017. URL: <https://ssrn.com/abstract=303880>.

³³ *Levi S. D., Lipton A. B.* An Introduction to Smart Contracts and Their Potential and Inherent Limitations // Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP. May 26, 2018.

в котором они могут предусмотреть порядок разрешения споров, порядок установления баланса интересов в случае, если, например, автоматизированное исполнение способно поставить одну из сторон в экономически уязвимое положение. Представляется, что в настоящее время в целях защиты прав участников договорных отношений следует применять обособленную модель смарт-контракта, которая предусматривает существование договора в традиционной письменной форме, и дополнительно к такому договору часть его условий может быть внесена в смарт-контракт. Пред-

ставляется, что в смарт-контрактах с участием потребителей последним должна быть обеспечена возможность распечатывания и хранения полного текста соглашения.

Следует также отметить, что автоматизация исполнения обязательств, в частности и цифровизация договорного права в целом, не должны создавать препятствия для реализации основополагающих принципов добросовестности и договорной справедливости, возможности оценки пропорциональности распределения прав и обязанностей сторон, эквивалентности их имущественных предоставлений.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Вашкевич А.* Пять выводов о смарт-контрактах // *Zakon.ru*. — 27.12.2017.
2. *Ефимова Л. Г., Сиземова О. Б.* Правовая природа смарт-контракта // *Банковское право*. — 2019. — № 1. — С. 23—30.
3. *Лукоянов Н. В.* Правовые аспекты заключения, изменения и прекращения смарт-контрактов // *Юридические исследования*. — 2018. — № 11. — С. 28—35. — DOI: 10.25136/2409-7136.2018.11.28115. — URL: http://e-notabene.ru/lr/article_28115.html.
4. *Новоселова Л.* «Токенизация» объектов гражданского права // *Хозяйство и право*. — 2017. — № 12. — С. 29—44.
5. *Рожкова М.* Цифровые активы и виртуальное имущество: как соотносится виртуальное с цифровым // *Zakon.ru*. — 13.06.2018.
6. *Сабо Н.* Умные контракты (Четвертая революция стоимости) // URL: <http://old.computerra.ru/1998/266/194332/>.
7. *Савельев А. И.* Некоторые правовые аспекты использования смарт-контрактов и блокчейн-технологий по российскому праву // *Закон*. — 2017. — № 5. — С. 94—117.
8. *Савельев А. И.* Некоторые риски токенизации и блокчейнизации гражданско-правовых отношений // *Закон*. — 2018. — № 2. — С. 36—51.
9. *Савельев А.* Часть 3. Юридическая дефиниция смарт-контракта // *Zakon.ru*. — 30.12.2017.
10. *Санникова Л. В., Харитонова Ю. С.* Правовая сущность новых цифровых активов // *Закон*. — 2018. — № 9. — С. 86—95.
11. *Тюльканов А.* Блокчейну — да, смарт-контрактам — нет: законодатели Невады определились с понятиями // *Zakon.ru*. — 2017. — URL: https://zakon.ru/blog/2017/06/19/blokchejnu_-_da_smart-kontraktam_-_net_zakonodateli_nevady_opredelilis_s_ponyatiyami.
12. *Юрасов М. Ю., Поздняков Д. А.* Смарт-контракт и перспективы его правового регулирования в эпоху технологии блокчейн // *Zakon.ru*.
13. *Levi S. D., Lipton A. B.* An Introduction to Smart Contracts and Their Potential and Inherent Limitations // *Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP*. — May 26, 2018.
14. *Tjong Tjin Tai E.* Formalizing Contract Law for Smart Contracts (September 18, 2017) // *Tilburg Private Law Working Paper Series No. 6/2017*. — URL: <https://ssrn.com/abstract=303880>.
15. *Szabo N.* The Idea of Smart Contracts // URL: <http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/>.

Материал поступил в редакцию 30 марта 2019 г.

PROBLEMS OF SMART CONTRACTS APPLICATION IN TRANSACTIONS IN VIRTUAL PROPERTY³⁴

BOGDANOVA Elena Evgenievna, Doctor of Law, Docent, Acting Head of the Department of Civil Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
eebogdanova@msal.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The author examines the features of the use of smart contracts in transactions in virtual property, taking into account the fact that the smart contract is a way of fulfilling those obligations in which the transfer of property provision takes place in the virtual world with the help of appropriate technical means. It should be recognized that the list of virtual property is open, at the moment it includes, for example, cryptocurrency, domain names, «game property», virtual tokens.*

The question of the legal nature of objects related to virtual property is relevant: are they a new independent type of property requiring special legal regimes, or are they a form of known property rights?

The paper also notes that smart contracts differ in both vulnerabilities in computer code and insufficiently effective legal regulation. Smart contract, in the opinion of the author, is a kind of written (electronic) form of a contract, the peculiarity of which is that the will of the subject is expressed by means of special technical means in the form of program code. In this case, the will to conclude the contract simultaneously means the will to its execution upon the occurrence of certain conditions of the contract circumstances.

In conclusion, the author shows that the automation of performance of obligations in particular and the digitization of contract law in general should not create obstacles to the implementation of the fundamental principles of good faith and contractual justice, to assess the proportionality of the distribution of rights and obligations of the parties, the equivalence of their property.

Keywords: *smart contract, virtual property, token, cryptocurrency, blockchain, form of contract, digital asset, the automated performance of an obligation, the virtual space.*

REFERENCES

1. Vashkevich A. *Pyat vyvodov o smart-kontraktakh* [Five conclusions about smart contracts]. *Zakon.ru*. 27.12.2017.
2. Efimova L.G., Sizemova O. B. *Pravovaya priroda smart-kontrakta* [Legal nature of the smart contract]. *Bankovskoe pravo* [Banking law]. 2019. No. 1. Pp. 23—30.
3. Lukoyanov N.V. *Pravovye aspekty zaklyucheniya, izmeneniya i prekrashcheniya smart-kontraktov* [Legal aspects of the conclusion, amendment and termination of smart contracts]. *Yuridicheskie issledovaniya* [Legal studies]. 2018. No. 11. Pp. 28-35. DOI: 10.25136/2409-7136.2018.11.28115. URL: http://e-notabene.ru/lr/article_28115.html.
4. Novoselova L. «*Tokenizatsiya*» *obektov grazhdanskogo prava* [«Tokenization» of objects of civil law]. *Khoziaistvo i Pravo* [Economy and law]. 2017. No. 12. Pp. 29—44.
5. Rozhkova M. *Tsifrovye aktivy i virtualnoe imushchestvo: kak sootnosit'sya virtualnoe s tsifrovym* [Digital assets and virtual property: how virtual correlates with digital]. *Zakon.ru*.13.06.2018.
6. Sabo N. *Umnye kontrakty (chetvertaya revolyutsiya stoimosti)* [Smart contracts (Fourth value revolution)]. URL: <http://old.computerra.ru/1998/266/194332/>.
7. Saveliev A.I. *Nekotorye pravovye aspekty ispolzovaniya smart-kontraktov i blokcheyn-tekhnologiy po rossiyskomu pravu* [Some legal aspects of the use of smart contracts and blockchain technologies under Russian law]. *Zakon* [Law]. 2017. No. 5. Pp. 94—117.
8. Saveliev A.I. *Nekotorye riski tokenizatsii i blokcheynizatsii grazhdansko-pravovyykh otnosheniy* [Some of the risks of tokenization and blockchainization of civil-legal relations]. *Zakon* [Law]. 2018. No. 2. Pp. 36—51.

³⁴ The research is carried out with the financial support of the Russian Foundation for Basic Research, Research Project № 18-29-16199 «The Concept of Intellectual Rights in the Field of Virtual and Augmented Reality Technologies».

9. Savelyev A. *Chast 3. Yuridicheskaya definitsiya smart-kontrakta* [Part 3. The legal definition of a smart contract]. *Zakon.ru*. 30.12.2017.
10. Sannikova L.V., Kharitonov Yu.S. *Pravovaya sushchnost novykh tsifrovyykh aktivov* [Legal essence of the new digital assets]. *Zakon* [Law]. 2018. No. 9. Pp. 86—95.
11. Tyulkanov A. *Blokcheynu — da, smart-kontraktam — net: zakonodateli nevady opredelilis s ponyatiyami* [Yes to Blockchain, No to smart contracts: Nevada legislators have decided on the concepts]. *Zakon.ru*. 2017. URL: https://zakon.ru/blog/2017/06/19/blokcheynu_-_da_smart-kontraktam_-_net_zakonodateli_nevady_opredelilis_s_ponyatiyami.
12. Yurasov M.Yu., Pozdnyakov D.A. *Smart-kontrakt i perspektivy ego pravovogo regulirovaniya v epokhu tekhnologii blokcheyn* [Smart contract and prospects of its legal regulation in the era of blockchain technology]. *Zakon.ru*
13. Levi S.D., Lipton A.B. *An Introduction to Smart Contracts and Their Potential and Inherent Limits*. Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP. May 26, 2018.
14. Tjong Tjin Tai E. *Formalizing Contract Law for Smart Contracts* (September 18, 2017). *Tilburg Private Law Working Paper Series*, No. 6/2017. URL: <https://ssrn.com/abstract=303880>.
15. Szabo N. *The Idea of Smart Contracts*. URL: <http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/>.

Л. В. Терентьева*

ПРИНЦИПЫ УСТАНОВЛЕНИЯ ТЕРРИТОРИАЛЬНОЙ ЮРИСДИКЦИИ ГОСУДАРСТВА В КИБЕРПРОСТРАНСТВЕ¹

Аннотация. Статья посвящена условиям реализации суверенитета и юрисдикции государства в отношении внетерриториального информационно-коммуникационного пространства на платформе киберпространства. Автором предпринята попытка рассмотреть конструктивность понятия «территория государства», правовое значение которого заключается в определении пространственных пределов осуществления территориального суверенитета и полной юрисдикции государства применительно к киберпространству. В статье исследуется, насколько в российском праве отражены предложенные в зарубежной и российской доктрине принципы установления юрисдикции по принципу местонахождения сервера и регистрации доменного имени. Автором также поднимается вопрос, обеспечивает ли решение юрисдикционного вопроса в отношении национального сегмента в сети Интернет предпринятая попытка централизованного управления сетью Интернет, заключающаяся в создании национальной системы маршрутизации интернет-трафика в целях установления защитных мер для обеспечения долгосрочной и устойчивой работы сети Интернет в России вне зависимости от внешних или внутренних условий, в принятом в третьем чтении Государственной Думой 16 апреля 2019 г. законопроекте «О внесении изменений в Федеральный закон «О связи» и Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»».

Ключевые слова: юрисдикция, информационно-коммуникационное пространство, киберпространство, Интернет, суверенитет, территория государства.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.152.7.119-129

ВВЕДЕНИЕ

Традиционно проблемы суверенитета и юрисдикции государства рассматриваются в рамках международного и конституционного права, тогда как понятие «международная судебная юрисдикция» в большей степени является предметом исследования международного частного права. Между тем исследование международ-

ной судебной юрисдикции вне анализа категориального аппарата международного публичного права не способствует формированию целостного представления о сущности данного понятия. Данный факт может быть объяснен тем, что категория «юрисдикция государства» является системообразующей, исходным началом формулирования термина международной судебной юрисдикции, поскольку именно юрис-

¹ Статья подготовлена при финансовой поддержке Российского фонда фундаментальных исследований (РФФИ) в рамках научно-исследовательского проекта РФФИ «Сетевое право в условиях сетевого общества: новые регуляторные модели», проект № 18-29-16061, реализуемого по результатам конкурса на лучшие научные проекты междисциплинарных фундаментальных исследований (код конкурса 26-816 «Трансформация права в условиях развития цифровых технологий»).

© Терентьева Л. В., 2019

* Терентьева Людмила Вячеславовна, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
terentevamila@mail.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

дикция государства очерчивает границы сферы действия государственной власти. Реализация юрисдикции государства в информационно-коммуникационном пространстве на платформе киберпространства, не проявляющем каких-либо материальных признаков и осязаемой географической протяженности, дополнительно обнаруживает необходимость обращения к анализу концепции границ осуществления суверенитета и юрисдикции государств в отношении данного внетерриториального пространства.

В этой связи следует согласиться с позицией американского ученого П. Бермана о том, что в современных условиях цифровизации в целях целостного восприятия концепции «юрисдикция» представляется важным привлечение таких доктринальных областей, традиционно разделенных на различные отрасли права, как киберправо, гражданский процесс, международное частное право и международное публичное право². Применение подобного конвергированного подхода в исследовании юрисдикции автором обосновывается тем, что, во-первых, данные отрасли в той или иной степени сходятся вокруг общих вопросов, касающихся социального значения правовой юрисдикции, а во-вторых, различия между публичным и частным международным правом нивелируются в условиях сложной глобальной сетевой структуры современного общества³.

Действительно, интегрирование информационно-коммуникационных технологий, изменяющих как пространственное, так и временное восприятие, фактически во все общественные и государственные институты не может не сказываться на трансформации восприятия принципов территориальности как публично-правового, так и частноправового регулирования общественных отношений, которые реализуются в информационно-коммуникационном пространстве. Общность территориальных принципов международного публичного и международного

частного права отмечена в работе С. И. Крупко. По мнению автора, понятия «принцип территориальности», «территориальный принцип», «начало территориальности» нередко используются в одних и тех же целях: в области международного публичного права территориальный принцип является одним из основополагающих начал верховенства суверенной власти, тогда как в международном частном праве он применяется при формировании коллизионных привязок⁴. При этом следует отметить, что формулирование понимания территориальности в рамках международного публичного права детерминирует понимание территориальности и в международном частном праве.

В связи с постановкой вопроса о применении коллизионных привязок и оснований международной подсудности, имеющих территориальный характер, к тому или иному сегменту внетерриториального информационно-коммуникационного пространства изначально необходимо решение публично-правового вопроса относительно пространственного контура реализации юрисдикции государства⁵. Таким образом, функционирование тех или иных институтов частного права в условиях развития информационных технологий может быть выстроено только при понимании условий и границ реализации территориального суверенитета и юрисдикции государства в информационно-коммуникационном пространстве.

1. ТЕРРИТОРИЯ ГОСУДАРСТВА В ИНФОРМАЦИОННО-КОММУНИКАЦИОННОМ ПРОСТРАНСТВЕ

В международно-правовых актах юрисдикция, как правило, рассматривается с точки зрения распространения суверенной власти государственных участников на какие-либо объекты или определенные участки территории, а также как про-

² *Bermann P. S. The globalization of jurisdiction // University of Pennsylvania Law Review. 2002 December. Vol. 151. No. 2 Pp. 512, 534.*

³ Тенденция стирания граней между отраслями права, которую катализирует развитие цифровых технологий, была также обозначена профессором Э. В. Талапиной. Автор обосновывает, что, поскольку информация и технологии содержатся в каждой отрасли, они, становясь общим знаменателем, определяют единую логику права, что, в свою очередь, снижает ценность отраслевого деления (*Талапина Э. В. Право и цифровизация: новые вызовы и перспективы // Журнал российского права. 2018. № 2*).

⁴ *Крупко С. И. Пространственная сфера действия закона в международном частном праве: аспект интеллектуальных прав // Труды Института государства и права РАН. 2015. № 4. С. 149—159.*

⁵ Иной точки зрения придерживается М. В. Мажорина, в работе которой решающая роль в разрешении вопроса юрисдикции в киберпространстве закреплена именно за международным частным правом

явление территориального верховенства. В статье 2 Проекта Декларации прав и обязанностей государств 1949 г.⁶ предусмотрено, что каждое государство имеет право осуществлять юрисдикцию над своей территорией и над всеми лицами и вещами, находящимися в ее пределах, с соблюдением признанных международным правом иммунитетов.

В доктрине понятию «юрисдикция» ученые также придают преимущественно территориальный характер, а именно юрисдикция определяется учеными в качестве проявления суверенитета государства и сферы действия государственной власти в рамках определенной территории (И. И. Лукашук, Ю. С. Ромашев, Д. В. Фетищев, А. Р. Каюмова)⁷.

Ограниченность юрисдикции государства его территориальными пределами предопределяет отнесение в доктрине территориального фактора к основным принципам реализации юрисдикции⁸.

Связанность юрисдикции государства с территорией и ее развитием отражена в Основном законе РФ. По смыслу ст. 3—5, 67 и 79 Конституции РФ верховенство, независимость и самостоятельность государственной власти распространяется именно на территорию Российской Федерации. В соответствии со ст. 67 Конституции РФ территория Российской Федерации включает в себя территории ее субъектов, внутренние воды и территориальное море, воздушное пространство над ними. Уникальными по своей природе объектами, приравненными по статусу к территории РФ, являются космические объекты. Положение о юрисдикции

в международном космическом праве зафиксировано в Договоре о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела, от 27 января 1967 г. В статье 1 Федерального закона 1993 г. «О Государственной границе» под территорией РФ понимается суша, воды, недра и воздушное пространство в пределах Государственной границы РФ, которая является пространственным пределом государственного суверенитета Российской Федерации.

В этой связи реализация суверенитета государства и его юрисдикции в рамках географически определенных границ обусловила необходимость решения вопроса о пределах осуществления суверенитета и юрисдикции государства и в отношении информационно-коммуникационного пространства, не обладающего географической протяженностью. Результатом данного переосмысления стало появление доктринальных дискуссий о конце географии и об ослаблении государственных границ⁹, о невозможности территориальных суверенов управлять киберпространством, для которого должна быть создана своя юрисдикция (или несколько юрисдикций)¹⁰, а также о неэффективности секторального деления Интернета и подконтрольности каждого отдельного сегмента определенной государственной юрисдикции, которые, по мнению авторов, могут стать «точкой невозврата» в истории развития киберпространства¹¹.

Сложность регламентации отношений, складывающихся в сети Интернет, вызвала

(см.: *Мажорина М. В.* Цифровые платформы и международное частное право, или Есть ли будущее у киберправа? // *Lex Russica*. 2019. № 2 (147). С. 107—120).

⁶ Проект Декларации прав и обязанностей государств от 6 декабря 1949 г. (принят Комиссией международного права ООН, резолюция 375 (IV) от 6 декабря 1949 г.) // Сборник документов «Международное право». М.: Юрид. лит., 2000.

⁷ *Каюмова А. Р.* К вопросу о юрисдикции в системе международного права // Ученые записки Казанского университета. Серия: Гуманитарные науки. 2007. Т. 149. № 6. С. 316—323; *Лукашук И. И.* Уголовная юрисдикция // Государство и право. 1998. № 2. С. 112; *Ромашев Ю. С., Фетищев Д. В.* Юрисдикция государств в правоохранительной сфере: монография. М.: Научная книга, 2009. С. 7.

⁸ *Лукашук И. И.* Международное право. Общая часть. М.: Волтерс Клувер, 2005; *Каюмова А. Р.* Уголовная юрисдикция в международном праве. Казань, 2016. С. 102.

⁹ *Benyekhlef K., Gelinis F.* The International Experience in regard to Procedures for Settling Conflicts relating to Copyright in the Digital Environment // UNESCO Copyright Bulletin. 2001. Vol. XXXV. № 4. P. 7; *Kobrin S.* Electronic cash and the end of national markets. Global Issues. 1997. 2 (4). P. 38.

¹⁰ *Johnson D. R.* Law And Borders: The Rise of Law in Cyberspace // Stanford Law Review. 1996. 1367. URL: <https://cyber.harvard.edu/is02/readings/johnson-post.html> (дата обращения: 10 апреля 2019 г.).

¹¹ *Кирилук О. В.* Международно-правовые основы саморегулирования в киберпространстве // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 1.

появление ряда спекулятивных концепций нигилистического характера о том, что в силу внетерриториальности Интернета к нему неприменим принцип государственного суверенитета¹². Иллюстрацией противоречия юрисдикции, основанной на территориальном критерии и внетерриториальном характере сети Интернет, является рассмотренное американским судом дело *American Civil Liberties Union v. Reno*, в котором апелляционный суд постановил, что Интернет соединяет 159 стран и более чем 109 млн пользователей, над которыми США не имеют суверенитета, поскольку деятельность, реализуемая в Сети, не ограничивается определенной юрисдикцией¹³.

Подобный подход способен также спровоцировать и эффект множественной юрисдикции нескольких стран, когда несколько государств считают возможным реализовать свою предписывающую, судебную и исполнительную юрисдикцию применительно к отношениям в киберпространстве. Так, доступность информации в сети Интернет послужила основанием компетенции французского суда, в который обратились Союз еврейских студентов Франции (UEJF) и Лига против расизма и антисемитизма (LICRA) с иском к американской компании Yahoo, требуя заблокировать доступ французским пользователям к информации о продаже предметов с нацистской символикой и снять с торгов фашистскую атрибутику¹⁴. Французским судом в деле Yahoo было принято решение, что сайты, содержащие изображения нацистской символики, что является допустимым в США и, более того, защищается Конституцией, должны подпадать под действие законов Франции, где размещение такой информации находится под запретом, по причине доступа к данному сайту пользователей Франции¹⁵. Суд Франции вынес решение о выплате штрафа за продажу атрибутов с нацистской символикой на онлайн-аукционах.

Как представляется, научный анализ реализации юрисдикции в киберпространстве должен обуславливать поиск механизмов для

выработки адаптивных критериев установления юрисдикции в отношении данного пространства, а не идти по пути отрицания данной проблемы или же признания невозможности осуществления юрисдикции в отношении киберпространства. Как отмечено А. А. Ефремовым, если значение территории как сферы регулирования снижается, то сферой регулирования должны становиться иные пространства — экономическое, информационное, которые могут не совпадать с конкретными государственными территориями¹⁶. Данное высказывание представляется верным в части необходимости простираения юрисдикции и суверенитета государства и в отношении информационного пространства, но несколько спорным в части утверждения о снижении значимости территории как сферы регулирования.

Здесь следует отметить, что категория «пространство» как альтернатива теории объекта появилась во второй половине XIX в. Согласно данной концепции (И. К. Блюнчли, К. Фрикер, Ф. Лист, Г. Еллинек, Н. М. Коркунов, В. А. Незабитовский) территория рассматривалась не в качестве объекта собственности государства, а как пространство, в пределах которого государство осуществляет свою верховную власть, — теория пространства (теория предела)¹⁷. Несмотря на то что основной целью данной концепции являлось выступление против заимствования гражданско-правовых концепций вещного права для объяснения природы территории в международном праве, определение территории через категорию пространства как предела осуществления государственной власти является весьма прогрессивным в целях примирения территориальной концепции суверенитета и юрисдикции государства и внетерриториального информационно-коммуникационного пространства. В то же время и использование понятия «территория государства» применительно к трансграничному информационно-коммуникационному пространству также нельзя признать противоречивым, принимая во внимание динамику из-

¹² Барлоу Д. П. Декларация независимости киберпространства // URL: <http://www.zhurnal.ru/staff/gorny/translat/deklare.html> (дата обращения: 10 апреля 2019 г.).

¹³ *American Civil Liberties Union v. Reno*, 31 F.Supp. 2d 473, 484 (E. D. Pa. 1999).

¹⁴ *Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme et L'Antisemitisme* 145 F. Supp. 2d 1168 (N. D. Cal. 2001).

¹⁵ *United States Court of Appeals, Ninth Circuit. 433 F.3d 1199, Yahoo! Inc. v LICRA and UEJF*, 12 January 2006.

¹⁶ Ефремов А. А. Информационное пространство как сфера реализации государственного суверенитета // Вестник Воронежского государственного университета. Серия : Право. 2017. № 1 (28). С. 22–30.

¹⁷ Каюмова А. Р. Уголовная юрисдикция в международном праве. С. 48.

менения содержания данного понятия, которое на всем протяжении исторического развития обогащалось за счет включения в него новых пространств (воздушные, морские и речные суда; космические корабли, станции и другие космические объекты; искусственные острова и сооружения в море и на его дне; научные станции в Антарктике; помещения дипломатических и консульских представительств). С развитием киберпространства эволюционирует не столько само понятие «территория государства», правовое значение которого заключается в пространственных пределах осуществления полной юрисдикции государства, сколько содержательные составляющие территории государства — в результате включения новых пространственных единиц, не имеющих территориального, осязаемого, плоскостного аспекта.

В то же время сохранение за понятием «территория» главного атрибутивного признака юрисдикции и в отношении новых специфичных сред реализации общественных отношений, функционирующих вне географических, материальных зон, не позволяет решить вопрос о критериях разграничения юрисдикции государств в отношении данных пространств. Между тем в одном из предложений по изменению законодательства, разработанных в феврале 2013 г. Российской ассоциацией электронных коммуникаций, была сформулирована необходимость определения границ юрисдикции Российской Федерации в отношениях, связанных с использованием сети Интернет. Данное предложение было мотивировано тем, что недостаточно четкое определение юрисдикции РФ затрудняет расследование трансграничных киберпреступлений, а также создает ряд проблем при судопроизводстве¹⁸.

В связи с этим в научной доктрине были предложены принципы установления как полной юрисдикции государства, так и отдельного ее проявления — судебной юрисдикции, которые, как представляется, нашли в той или иной степени свое отражение в российском праве.

2. ЮРИСДИКЦИЯ ГОСУДАРСТВА В ОТНОШЕНИИ НАЦИОНАЛЬНОГО СЕГМЕНТА СЕТИ ИНТЕРНЕТ

Принимая во внимание имманентно присущий сети Интернет трансграничный характер, в доктрине была обоснована необходимость решения вопроса установления юрисдикции государства в отношении киберпространства в плоскости международного права. Зарубежными авторами было предложено относить киберпространство к территориям с международным режимом, а именно к географическим пространствам, лежащим за пределами территории государств и находящимся в общем пользовании всего человечества, всех государств (Антарктика, космическое пространство, небесные тела, моря за пределами территориальных вод)¹⁹. Подобная идея была поддержана и российскими учеными²⁰. Между тем идеалистичность данного подхода усматривается в трудностях его реализации. Весьма проблематичным представляется сделать зону сети Интернет предметом многостороннего соглашения, без ее разграничения на национальные сегменты, где бы осуществлялась юрисдикция каждого отдельного государства. В отношении территорий с международным режимом преимущественно действуют нормы и принципы международного права и, соответственно, реализуются публично-правовые отношения посредством согласования волеизъявления государств, тогда как киберпространство является площадкой не только публично-правовых, но и частноправовых интересов, подпадающих под национальную юрисдикцию того или иного государства. Как отмечено А. И. Савельевым, территории с международным режимом в достаточной степени обособлены от территорий отдельно взятых государств, что предполагает более простой путь к установлению договоренностей между странами по вопросу правового режима указанных территорий, чем по вопросам правового режима Интернета, отношения по поводу которого слишком «вплетены» в отношения, подпадающие под юрисдикцию отдельно взятых государств²¹.

¹⁸ Таблица пробелов и проблемных мест в существующем законодательстве в отношении регулирования Интернета // URL: <http://raec.ru/right/internetlaw/> (дата обращения: 10 апреля 2019 г.).

¹⁹ *Menthe D. C.* Jurisdiction in Cyberspace: A theory of international spaces // URL: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1163&context=mttlr> (дата обращения: 10 апреля 2019 г.).

²⁰ *Дашян М. С.* Право информационных магистралей (Law of information highways) : Вопросы правового регулирования в сфере Интернет. М. : Волтерс Клувер, 2007.

²¹ *Савельев А. И.* Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. М. : Статут, 2016. С. 41.

Российскими учеными было также предложено установить границы суверенитета РФ в рамках доменной системы посредством разработки и принятия в форме международных конвенций и многосторонних межгосударственных и межправительственных соглашений общепризнанного корпуса унифицированных норм и правил регулирования соответствующих отношений²². Наиболее удобным форумом авторам представлялась Всемирная организация по интеллектуальной собственности или же вновь созданная специализированная организация ООН, которая могла бы заняться исключительно вопросами регулирования отношений в сети Интернет.

Следует отметить, что на сегодняшний момент юрисдикционный вопрос в киберпространстве исследуется преимущественно доктринально и в международно-правовой повестке не стоит. В связи с чем очерчивание юрисдикционных контуров происходит преимущественно на национальном уровне каждого отдельного государства.

Сложности решения вопроса установления полной юрисдикции государств в отношении киберпространства возникают в связи с децентрализованным принципом управления сети Интернет. В силу трансграничной природы сети Интернет в процесс управления ею вовлечены не только государства, межправительственные организации, но и значительное количество негосударственных национальных и международных организаций (Общество Интернета (Internet Society, ISOC), Некоммерческая организация по управлению доменными именами и IP-адресами (ICANN) и т.п.), а также структур, не являющихся юридическими лицами (Рабочая группа по проектированию Интернета (Internet Engineering Task Force, IETF). В то же время, несмотря на децентрализованную структуру сети Интернет, доминирующее положение в управлении ею сохраняют США, в зоне юрисдикции которых находятся компании, осуществляющие функции по управлению сетью Интернет. Так, Рабочая группа по проектированию Интернета представляет собой структурное подразделение корпорации системы Общества

Интернета — юридического лица Федерального округа Колумбия (США); штаб-квартира компании Verisign находится в штате Вирджиния (США); Некоммерческая организация по управлению доменными именами и IP-адресами, играющая ключевую роль по распределению имен и адресов в сети Интернет, зарегистрирована в Калифорнии (США). Инфраструктура поддержки уникальных идентификаторов Интернета физически сосредоточена в семи странах (США, Австралия, Маврикий, Нидерланды, Уругвай, Швеция и Япония). Именно в юрисдикциях этих стран находятся региональные регистратуры Интернета и операторы корневых серверов сети Интернет²³. Между тем от возможности ведения независимой информационной политики государством в виде управления критической инфраструктурой сети Интернет, формулирования принципов ее функционирования, а также определения концепции развития и совершенствования ее технологического функционирования напрямую зависит возможность реализации суверенных полномочий государства в информационной сфере. Концепция установления юрисдикции государства в отношении национального сегмента киберпространства может быть реализована только в том случае, если весь технологический цикл управления национальной инфраструктурой Сети полностью реализуется и контролируется в пределах территории соответствующего государства.

Именно в связи со сложностями управления децентрализованной структурой сети Интернет, а также в целях обеспечения надежной работы, устойчивой к сбоям в инфраструктуре Интернета за пределами РФ, Государственной Думой ФС РФ 16 апреля 2019 г. был принят в третьем чтении законопроект «О внесении изменений в Федеральный закон «О связи» и Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»²⁴, получивший в средствах массовой информации название «Закон о суверенном Интернете».

Абстрагируясь от высказанных в российских средствах массовой информации опасений относительно возможного цензурирования трафика, следует отметить, что основная цель соз-

²² Власенко А. Интернет-пространство: к вопросу о совершенствовании административно-правовой охраны интеллектуальной собственности // URL: <http://www.law-n-life.ru/arch/148/148-7.doc> (дата обращения: 10 апреля 2019 г.) ; Даниленков А. В. Интернет-право. М. : Юстицинформ, 2014.

²³ Медриш М. Высокая передача: кому достался контроль над IANA // URL: <http://pircenter.org/articles/2057-vysokaya-peredacha-komu-dostalsya-kontrol-nad-iana> (дата обращения: 10 апреля 2019 г.).

²⁴ URL: <http://sozd.duma.gov.ru/bill/608767-7> (дата обращения: 16 апреля 2019 г.).

дания централизованной основы управления Сетью заключается в установлении защитных мер для обеспечения долгосрочной и устойчивой работы сети Интернет в России, а также в повышении надежности работы российских интернет-ресурсов. Как представляется, именно бесперебойная и стабильная работа сети Интернет вне зависимости от внешних или внутренних условий позволяет обеспечить решение юрисдикционного вопроса в отношении национального сегмента в сети Интернет.

Законопроект вводит новые понятия: «точка обмена трафиком», «трансграничные линии связи». В соответствии с законопроектом собственники или владельцы линий связи, пересекающих Государственную границу, обязаны предоставлять в Роскомнадзор информацию о цели использования линии связи. В законе предусматривается возможность установки на сетях связи, позволяющих определить источник передаваемого трафика, технических средств, которые могут ограничивать доступ к ресурсам с запрещенной информацией не только по сетевым адресам, но и путем запрета пропуска проходящего трафика. В этой связи собственники или иные владельцы точек обмена трафиком обязаны уведомить Роскомнадзор о начале деятельности по обеспечению функционирования точки обмена трафиком, под которой понимается совокупность технических и программных средств и (или) сооружений связи, с использованием которых собственник или иной их владелец обеспечивает возможность для соединения и пропуска в неизменном виде трафика между сетями связи. Порядок ведения Роскомнадзором реестра точек обмена трафиком утверждается Правительством РФ. В законопроекте также предусмотрено управление сетями связи в случаях возникновения угроз устойчивости, безопасности и целостности функционирования на территории РФ сети Интернет и сети связи общего пользования.

Принимая во внимание зависимость осуществления юрисдикции в киберпространстве от вопроса управления им, создание инфраструктуры, обеспечивающей работоспособность российских интернет-ресурсов в случае невозможности подключения российских операторов связи к зарубежным корневым серверам, дает возможность централизованного управления трафиком сети Интернет, что,

в свою очередь, предполагает осуществление полной юрисдикции государства в соответствующем сегменте киберпространства.

В этой связи можно отметить определенное восприятие в данном законопроекте концепции установления юрисдикции государства в отношении киберпространства на основании территориального принципа, который в свое время был обоснован американским автором Дж. Голдсмитом²⁵. Он считал, что регулирование отношений, реализуемых в киберпространстве, может быть осуществлено на основе территориального принципа ровно в той же степени, как это может быть осуществлено применительно к отношениям, не связанным с киберпространством. При этом была проведена аналогия между возможным установлением юрисдикции многих государств в отношении веб-сайта и фактом уклонения лиц от исполнительной юрисдикции того или иного государства в результате перемещения за границу. И то и другое, по мнению Дж. Голдсмита, не делает концепцию территориального регулирования ущербной, поскольку в обоих случаях ставится вопрос об эффективности реализации предписывающей (законодательной) юрисдикции государства, которая зависит от способности государства принуждать к соблюдению закона через свою исполнительную юрисдикцию. Суверен может предпринять совокупность мер как в отношении конечных пользователей путем использования технологий географической фильтрации, так и в отношении посредников, действующих на его территории, таких как интернет-провайдеры или производители аппаратного или программного обеспечения, путем использования устройств для блокировки нежелательного контента, что, по мнению Дж. Голдсмита, вполне обеспечивает реализацию территориальной юрисдикции в отношении киберпространства.

3. УСТАНОВЛЕНИЕ ЮРИСДИКЦИИ ПО ПРИНЦИПУ МЕСТОПОЛОЖЕНИЯ СЕРВЕРА И РЕГИСТРАЦИИ ДОМЕННОГО ИМЕНИ

В научной литературе при исследовании критериев установления юрисдикции в отношении киберпространства рассматривалась возможность установления юрисдикции как по принци-

²⁵ Goldsmith J. L. The Internet and the Abiding Significance of Territorial Sovereignty // *Ind. J. Global Legal Stud.* 1998. 5. Pp. 475, 479, 481—482, 484—485.

пу местонахождения сервера²⁶, так и по месту регистрации доменного имени²⁷.

Преимущество установления критерия по месту регистрации доменного имени Д. Джонсон видит в осведомленности сторон правоотношения о местонахождении контрагента по зарегистрированному доменному имени²⁸. Тогда как к недостаткам автор относит существование так называемых функциональных доменов (к ним относятся такие имена, как .com, .org, .int), которые не привязаны к территории того или иного государства.

По мнению А. И. Савельева, выработка специальных критериев для установления юрисдикции в сети Интернет (например, по месту нахождения сервера или географической принадлежности домена) является нецелесообразной, поскольку данные критерии имеют случайный характер, что не позволяет отнести их к основным юрисдикционным критериям²⁹. Автор считает, что существующие правила регистрации доменных имен не могут являться сколько-нибудь надежным индикатором принадлежности веб-сайта к определенному государству, поскольку ничто не мешает российскому лицу зарегистрировать доменное имя в другой географической зоне либо в функциональной доменной зоне (.com, .net и др.) с использованием услуг иностранных регистраторов.

Следует согласиться с определенной уязвимостью предложенных в доктрине критериев в качестве основных, но вряд ли возможно вообще не принимать их во внимание. Сложность вопроса контурирования юрисдикции государства в киберпространстве предполагает необходимость использования совокупности выработанных в доктрине критериев.

Так, принятие в 2016 г. Указа Президента РФ № 646 «Об утверждении Доктрины информационной безопасности РФ» в определенной степени отразило концепцию установления

юрисдикции по принципу как местонахождения сервера, так и регистрации доменного имени. В соответствии с Доктриной под понятие информационной инфраструктуры РФ подпадают совокупность объектов информатизации, информационных систем, сайтов в сети «Интернет» и сетей связи, расположенных на территории Российской Федерации, а также на территориях, находящихся под юрисдикцией Российской Федерации или используемых на основании международных договоров Российской Федерации. Таким образом, определение информационной инфраструктуры РФ фактически придало территориальное значение совокупности объектов информатизации, информационных систем, сайтов в сети Интернет и сетей связи.

Объем понятия «объекты информатизации» в этом документе не раскрыт, что обуславливает необходимость обращения к доктрине и глоссарию терминов информационной безопасности. В указанных источниках данные объекты представляют собой совокупность информационных ресурсов, средств и систем информатизации, используемых в соответствии с заданной информационной технологией, и систем связи вместе с помещениями, в которых они установлены³⁰. Объекты информатизации можно также представить в виде центров обработки данных, которые в распоряжении Правительства РФ от 7 октября 2015 г. № 1995-р определены в качестве здания или части здания, предназначенных для размещения технических и технологических средств, обеспечивающих обработку данных. Таким образом, Доктрина информационной безопасности исходит из логичного вывода о том, что правовой режим физического оборудования, обеспечивающего доступ к соответствующей информации, будет определяться исходя из места его расположения.

Кроме того, если исходить из обозначенного в Доктрине определения информационной

²⁶ *Зажигалкин А. В.* Международно-правовое регулирование электронной коммерции : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2005. С. 10 ; *Рассолов И. М.* Правовые проблемы борьбы с преступностью. Вопросы международной подсудности // *Закон и право.* 2007. № 10. С. 64—66 ; *Федотов М. А.* Правовая охрана произведений в киберпространстве // *Электронные библиотеки.* 2002. Т. 5. Вып. 4. С. 54.

²⁷ *Johnson D. R.* Law And Borders — The Rise of Law in Cyberspace // *Stanford Law Review.* 1996. P. 34.

²⁸ *Johnson D. R.* Op. cit. P. 34.

²⁹ *Савельев А. И.* Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. М. : Статут, 2016. С. 41.

³⁰ Общие вопросы технической защиты информации // URL: <https://www.intuit.ru/studies/courses/2291/591/lecture/12689> (дата обращения: 16 апреля 2019 г.) ; *Техническая защита информации. Основные термины и определения: рекомендации по стандартизации* Р 50.1.056-2005. М. : Изд-во стандартов, 2005. С. 105.

инфраструктуры РФ, включающей также сайты в сети Интернет и информационные системы, определенные в Федеральном законе 2006 г. «Об информации, информационных технологиях и защите информации» как совокупность содержащейся в базах данных информации и обеспечивающих ее обработку информационных технологий и технических средств, то можно сделать заключение и о признании преобладания юрисдикции страны, принадлежащей к национальной зоне, где была осуществлена регистрация доменного имени веб-сайта.

Таким образом, в национальном праве воспринят комбинированный подход к очерчиванию юрисдикции государства — на основании нескольких критериев, устанавливающих юрисдикцию как в отношении национальной доменной зоны, так и в отношении физического, материального аспекта киберпространства, представляющего собой определенную технологическую инфраструктуру (объекты информатизации, технические средства).

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В заключение следует отметить, что развитие киберпространства не обуславливает снижение значимости понятия «территория государства» как сферы распространения суверенной власти государства. Обогащение понятия «территория государства» на всем протяжении исторического развития за счет включения новых пространств (воздушные, морские и речные суда; космические корабли, станции и др.) при статике его правового значения, заключающегося в пространственных пределах осуществления полной юрисдикции государства, делает возможным расширение содержания данного понятия и за счет включения в него новых пространственных единиц, не имеющих территориального, осязаемого, плоскостного аспекта.

Тенденция «территориализации» киберпространства в определенном смысле воспринята и в российском праве. Так, принимая во внимание зависимость осуществления юрисдикции в киберпространстве от вопроса управления им, законодателями в прошедшем третьем чтении законопроекте «О внесении изменений в Федеральный закон «О связи» и Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»» 2019 г. была принята определенная перестройка топологии сети Интернет, заключающаяся в создании инфраструктуры, обеспечивающей долгосрочную и устойчивую работу сети Интернет в России в случае невозможности подключения российских операторов связи к зарубежным корневым серверам. Подобное централизованное управление трафиком сети Интернет вне зависимости от внешних или внутренних условий позволяет обеспечить решение юрисдикционного вопроса в отношении национального сегмента в сети Интернет. Сложность очерчивания пространственных контуров юрисдикции государства в киберпространстве предполагает необходимость использования комбинированной системы критериев ее установления, что было отражено в Указе Президента РФ № 646 «Об утверждении Доктрины информационной безопасности РФ». Определение информационной инфраструктуры РФ, представленное в данном Указе, которая включает в себя совокупность объектов информатизации, информационных систем, сайтов в сети «Интернет» и сетей связи, расположенных на территории Российской Федерации, позволяет сделать вывод о восприятии российским правом критериев установления юрисдикции как в отношении национальной доменной зоны, так и в отношении физического, материального аспекта киберпространства, представляющего собой определенную технологическую инфраструктуру (объекты информатизации, технические средства).

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Власенко А. Интернет-пространство: к вопросу о совершенствовании административно-правовой охраны интеллектуальной собственности // URL: <http://www.law-n-life.ru/arch/148/148-7.doc>.
2. Даниленков А. В. Интернет-право. — М. : Юстицинформ, 2014.
3. Дашян М. С. Право информационных магистралей (Law of information highways) : Вопросы правового регулирования в сфере Интернет. — М. : Волтерс Клувер, 2007.
4. Ефремов А. А. Информационное пространство как сфера реализации государственного суверенитета // Вестник Воронежского государственного университета. Серия : Право. — 2017. — № 1 (28). — С. 22–30.
5. Каюмова А. Р. Уголовная юрисдикция в международном праве. — Казань, 2016. — 488 с.
6. Кириллюк О. В. Международно-правовые основы саморегулирования в киберпространстве // Право. Журнал Высшей школы экономики. — 2016. — № 1.
7. Крупко С. И. Пространственная сфера действия закона в международном частном праве: аспект интеллектуальных прав // Труды Института государства и права Российской академии наук. — 2015. — № 4. — С. 149–159.
8. Мажорина М. В. Цифровые платформы и международное частное право, или Есть ли будущее у киберправа? // Lex Russica. — 2019. — № 2 (147). — С. 107–120.
9. Рассолов И. М. Правовые проблемы борьбы с преступностью. Вопросы международной подсудности // Закон и право. — 2007. — № 10. — С. 64–66.
10. Савельев А. И. Электронная коммерция в России и за рубежом: правовое регулирование. — М. : Статут, 2016. — 640 с.
11. Талапина Э. В. Право и цифровизация: новые вызовы и перспективы // Журнал российского права. — 2018. — № 2.
12. Bermann P. S. The globalization of jurisdiction // University of Pennsylvania Law Abstract. — 2002. — Vol. 151. — No. 2.
13. Goldsmith J. L. The Internet and the Abiding Significance of Territorial Sovereignty // Ind. J. Global Legal Stud. — 1998. — 5.
14. Johnson D. R. Law And Borders: The Rise of Law in Cyberspace // Stanford Law Abstract. — 1996. — 1367. — URL: <https://cyber.harvard.edu/is02/readings/johnson-post.html>.

Материал поступил в редакцию 25 апреля 2019 г.

PRINCIPLES FOR DETERMINING TERRITORIAL JURISDICTION OF THE STATE IN CYBERSPACE³¹

TERENTYEVA Lyudmila Vyacheslavovna, PhD in Law, Docent, Associate Professor of the Department of International Private Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
terentevamila@mail.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. The paper is devoted to the conditions of realization of sovereignty and jurisdiction of the state in respect of extraterritorial information and communication space on the platform of cyberspace. The author attempts to consider the constructability of the concept of «territory of the state», the legal meaning of which is to determine the spatial limits of the territorial sovereignty and full jurisdiction of the state in relation to cyberspace. The paper examines the extent to which Russian law reflects the principles of establishing jurisdiction based on the principle of server location and domain name registration proposed in the foreign and Russian doctrine. The author also raises a question whether the solution of the jurisdictional issue in relation to the national segment of the Internet is covered by the attempt of the centralized management of the Internet, i.e. the creation of a national system of

³¹ The paper is prepared with the financial support of the Russian Foundation for Basic Research (RFBR), Research Project of the Russian Foundation for Basic Research «Network Law in a Network Society: new regulatory models», Project No. 18-29-16061 implemented according to the results of the competition for the best research projects of interdisciplinary fundamental researches (code of the competition 26-816 «Transformation of law in the context of the development of digital technologies»).

routing Internet traffic in order to establish protective measures to ensure long-term and sustainable operation of the Internet network in Russia, regardless of external or internal conditions, in the bill «On amendments to the Federal law «On communications» and the Federal law «On information, information technology and information protection» adopted in the third reading by the State Duma on April 16, 2019.

Keywords: jurisdiction, information and communication space, cyberspace, Internet, sovereignty, state territory.

REFERENCES

1. Vlasenko A. *Internet-prostranstvo: k voprosu o sovershenstvovanii administrativno-pravovoy okhrany intellektualnoy sobstvennosti* [Internet space: on the issue of improving the administrative and legal protection of intellectual property]. URL: <http://www.law-n-life.ru/arch/148/148-7.doc>.
2. Danilenkov A.V. *Internet-pravo* [Internet law]. Moscow: Yusticinform Publ., 2014.
3. Dashyan M.S. *Pravo informatsionnykh magistraley: voprosy pravovogo regulirovaniya v sfere Internet* [Law of information highways: issues of legal regulation in the field of the Internet]. Moscow: Wolters Kluwer, 2007.
4. Efremov A.A. *Informatsionnoe prostranstvo kak sfera realizatsii gosudarstvennogo suvereniteta* [Information space as a sphere of realization of state sovereignty]. *Vestnik voronezhskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya: Pravo* [Proceedings of Voronezh State University. Series: Law]. 2017. No. 1 (28). Pp. 22—30.
5. Kayumova A.R. *Ugolovnaya yurisdiksiya v mezhdunarodnom prave* [Criminal jurisdiction in international law]. Kazan, 2016. 488 p.
6. Kirilyuk O.V. *Mezhdunarodno-pravovye osnovy samoregulirovaniya v kiberprostranstve* [International legal framework of self-regulation in cyberspace]. *Pravo. Zhurnal vysshey shkoly ekonomiki* [Law. Journal of the Higher School of Economics]. 2016. No. 1.
7. Krupko S.I. *Prostranstvennaya sfera deystviya zakona v mezhdunarodnom chastnom prave: aspekt intellektualnykh prav* [The spatial scope of the law in private international law: aspect of intellectual rights]. *Trudy Instituta gosudarstva i prava Rossiyskoy akademii nauk* [Proc. of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences]. 2015. No. 4. Pp. 149—159.
8. Mazhorina M.V. *Tsifrovye platformy i mezhdunarodnoe chastnoe pravo, ili est li budushchee u kiberprava?* [Digital platforms and international private law, or does cyber law have a future?]. *Lex Russica*. 2019. No. 2 (147). Pp. 107—120.
9. Rassolov I.M. *Pravovye problemy borby s prestupnostyu. Voprosy mezhdunarodnoy podsudnosti* [Legal problems of fight against crime. Questions of international jurisdiction]. *Zakon i pravo* [Law and Legislation]. 2007. No. 10. Pp. 64—66.
10. Saveliev A.I. *Elektronnaya kommertsiya v rossii i za rubezhom: pravovoe regulirovanie* [E-Commerce in Russia and abroad: legal regulation]. Moscow: Statut Publ., 2016. 640 p.
11. Talapina E.V. *Pravo i tsifrovizatsiya: novye vyzovy i perspektivy* [Law and digitalization: new challenges and prospects]. *Zhurnal Rossiiskogo Prava* [Journal of Russian law]. 2018. No. 2.
12. Bermann P.S. The globalization of jurisdiction. *University of Pennsylvania Law Abstract*. 2002. Vol. 151. No. 2.
13. Goldsmith J.L. The Internet and the Abiding Significance of Territorial Sovereignty. *Ind. J. Global Legal Stud.* 1998. 5.
14. Johnson D.R. Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace. *Stanford Law Abstract*. 1996. 1367. URL: <https://cyber.harvard.edu/is02/readings/johnson-post.html>.

ПОНЯТИЕ КРИПТОВАЛЮТ В КОНТЕКСТЕ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ РОССИЙСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА¹

Аннотация. В статье авторами сформулировано многоаспектное понятие «криптовалюты», которое учитывает техническую, экономическую и правовую природу криптовалют. Кроме того, в работе определяется соотношение понятий «криптовалюты» с такими часто употребляемыми терминами, как «цифровые валюты», «виртуальные валюты» и «электронные деньги». Под криптовалютами авторы понимают разновидность цифровых денег, которая является результатом функционирования соответствующей компьютерной программы (цифровой код). Криптовалюты создаются с помощью соответствующего протокола, функционирующего децентрализованно с использованием технологии Blockchain. Если у выпуска появляется централизованный эмитент при сохранении иных признаков, присущих настоящим криптовалютам, то речь может идти не о криптовалютах, а о выпуске электронных денег. Главным отличием электронных денег от криптовалют является наличие у электронных денег центрального эмитента и отсутствие его у криптовалют. Другим важным отличием криптовалют от электронных денег является способ их эмиссии и хранения. Криптовалюты хранятся и выпускаются децентрализованно, а информация об электронных деньгах и операциях с ними может быть централизована на одном сервере. Имеются и иные отличия, например обязательное применение асимметричного криптографического шифрования при создании криптовалют и т.п. Будучи цифровыми деньгами, криптовалюты в то же время являются разновидностью цифрового имущества, выполняющего в обществе функции средства платежа, не имеют физической формы, то есть не могут существовать в виде монет или банкнот. Авторы высказались за дополнение ст. 128 ГК РФ новым объектом гражданского права (цифровыми деньгами) в контексте совершенствования законопроекта «О цифровых финансовых активах».

Ключевые слова: криптовалюты, виртуальные валюты, электронные деньги, цифровые валюты, цифровые права, реформа Гражданского кодекса Российской Федерации, блокчейн, биткоин, эфир.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.152.7.130-140

¹ Статья подготовлена в рамках проведения исследования на средства гранта Российского фонда фундаментальных исследований (РФФИ) в рамках научного проекта № 18-29-16056 «Криптовалюта как средство платежа: частноправовой и налоговый аспекты».

© Егорова М. А., Ефимова Л. Г., 2019

* Егорова Мария Александровна, доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры конкурентного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
egorova-ma-mos@yandex.ru

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

** Ефимова Людмила Георгиевна, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой банковского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
elg007@mail.ru

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

В зарубежной и российской литературе термин «криптовалюта» нередко употребляется наряду с другими аналогичными наименованиями этого технического явления: «виртуальная валюта», «цифровая валюта», «электронные деньги». Поэтому для поиска оптимального определения исследуемого понятия необходимо установить соотношение между указанными терминами.

Цифровая валюта — наиболее общее понятие, под которым понимается особая форма валюты, существующая только в цифровом (электронном) виде. Цифровая валюта нематериальна, операции с ней и хранение возможны только при наличии подключенных к сети Интернет или иной назначенной сети электронных кошельков. Цифровые валюты могут быть использованы для оплаты товаров и услуг, чаще всего на определенных интернет-порталах, в социальных сетях или на игровых сайтах.

По способу регулирования цифровые валюты обычно подразделяют на регулируемые цифровые валюты центральных (национальных) банков и виртуальную валюту.

Регулируемая цифровая валюта представляет собой цифровую валюту, регулируемую центральным (национальным) банком соответствующего государства². Регулируемая цифровая валюта в настоящее время существует только в виде идеи, поскольку ряд стран, в числе которых Великобритания, Швеция и Уругвай, находятся на стадии планирования и обсуждения запуска цифровых версий своих фиатных денег.

К понятию «виртуальная валюта» следует отнести электронные деньги, широко выпускаемые во многих странах мира, а также криптовалюты.

В большинстве стран существует законодательство о выпуске и обращении электронных денег. Речь идет прежде всего о Директиве Европейского парламента и Совета от 16 сентября 2009 г. 2009/110/ЕС о допуске к деятельности организаций электронных денег и ее осуществлении, а также о пруденциальном надзоре за этими организациями, об изменении Директив 2005/60/ЕС и 2006/48/ЕС и об отмене Директивы 2000/46/ЕС³.

В Директиве 2009/110/ЕС указаны следующие признаки электронных денег:

- это денежные ценности, которые зафиксированы в электронной форме;
- представляют собой право требования к эмитенту, которое возникло против предоставления денежных средств посредством платежных операций;
- могут быть приняты в качестве денег любым физическим или юридическим лицом, отличным от эмитента.

Российское право также содержит нормы о выпуске и об обращении электронных денег: определение электронных денег содержится в п. 18 ст. 3 Федерального закона от 27 июня 2011 г. № 161-ФЗ «О национальной платежной системе».

Таким образом, под виртуальной валютой, как правило, понимаются нерегулируемые центральным (национальным) банком цифровые деньги, которые находятся в сфере контроля только своего разработчика, организации-учредителя или определенного сетевого протокола и принимаются к оплате в виртуальном мире.

Виртуальные валюты могут быть:

- конвертируемыми, которые возможно обменять на фиатные деньги, и неконвертируемыми, возможность обмена которых на фиатную валюту исключена. К числу таких валют относятся, например, виртуальные деньги, использование которых ограничено рамками онлайн-игры;
- централизованными, у которых имеются центральный администратор, он регулирует выпуск валюты, обеспечивает централизованный платежный реестр и вправе выводить валюту из обращения, и децентрализованными. В последнем случае центральный администратор отсутствует, а реестр операций хранится распределенно.

Согласно рекомендациям Группы разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег (FATF), криптовалюты являются разновидностью виртуальных денег, а именно представляют собой децентрализованные, конвертируемые, распределенные, основанные на математических принципах пиринговые виртуальные валюты с открытым исходным кодом, у которых нет центрального администратора и отсутствует централизованный контроль или надзор⁴.

² *Bech M., Garratt R. L. Central bank cryptocurrencies // URL: https://www.bis.org/publ/qtrpdf/r_qt1709f.html.*

³ Опубликована 10.10.2009 в официальном журнале Европейского Союза L 267. С. 7—17. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32009L0110&from=FR>.

⁴ Virtual Currencies — Key Definitions and Potential AML/CFT Risks // URL: <http://www.fatf-gafi.org/publications/methodsandtrends/documents/virtual-currency-definitions-aml-cft-risk.html>.

Аналогичные подходы содержатся в национальном праве различных стран.

Согласно обзору Центрального банка РФ, криптовалюта — децентрализованная виртуальная валюта, основанная на математических алгоритмах и защищенная методами криптографии, выпуск которой осуществляется на основе распределенных реестров. Центральный банк поясняет, что распределенные реестры представляют собой систему распределенного хранения и одновременной обработки и обновления практически любой информации на разных носителях у всех участников. При этом блокчейн является одним из вариантов реализации сети распределенных реестров, в котором данные о совершенных транзакциях структурируются в виде последовательности связанных блоков транзакций⁵.

Совет Федерации Швейцарии также определил криптовалюту как виртуальную валюту, цифровое представление значения, которое обращается в Интернете, выполняет функции денег, то есть используется в качестве оплаты за реальные товары и услуги, однако нигде не принимается в качестве законного платежного средства⁶.

Таким образом, криптовалюта — цифровая валюта, основанная на применении криптографии для создания и контроля новых единиц валюты и осуществления транзакций. Поскольку криптовалюта не подлежит централизованному регулированию, ее можно отнести к виртуальной валюте либо, с учетом особенностей, выделить в отдельную разновидность цифровой валюты⁷.

Криптовалюта — революционное явление цифровой экономики, которое одновременно вызывает значительный интерес у частного сектора и серьезное беспокойство со стороны публичных структур. Криптовалюты открывают совершенно новые возможности для предпринимательской деятельности, инвестиций, но при этом являются идеальным инструментом для осуществления нелегальных операций,

вплоть до легализации денежных средств, полученных преступным путем, и финансирования терроризма. Ключевыми характеристиками криптовалюты являются децентрализованность, анонимность, трансграничность. Именно данные качества этого инновационного явления, наряду с многочисленными возможностями, несут определенные правовые проблемы и риски для юридических и физических лиц, которые используют биткоины, а также для безопасности государства в целом.

Сама идея создания децентрализованной системы платежей, в которой переводы могут осуществляться совершенно анонимно, была озвучена Милтоном Фридманом еще в 1999 г. Со временем данная идея развивалась, и в наиболее проработанном виде она была воплощена в 2009 г., когда неизвестное лицо (группа лиц) под псевдонимом «Сатоши Накамото» представило миру такую криптовалюту, как биткоин⁸.

Биткоин был выпущен с использованием технологии Blockchain. Поэтому говорят, что Bitcoin — это первый протокол Blockchain, или Blockchain, версия 1.0.

Достаточно быстро появились тысячи новых криптовалют, участники протоколов которых попытались улучшить идею Сатоши Накамото. Так возникли различные альткоины: Namecoin, Litecoin, Peercoin⁹, MonaCoin, Cardano и т.п.

Наиболее известной после биткоина криптовалютой является эфир (или Ethereum). В 2013 г. появилось описание принципов работы сети, а в 2014 г. проведено первое ICO. Создатель эфира В. Бутерин увидел новые возможности для использования технологии Blockchain. Поэтому эфир нередко называют Blockchain, версия 2.0¹⁰.

В настоящее время каждый желающий может выпустить собственную криптовалюту при наличии соответствующих технических, организационных и финансовых возможностей. Однако нет никаких гарантий, что такая криптовалюта будет принята сообществом пользователей компьютерных технологий.

⁵ Обзор Банка России по криптовалютам, ICO и подходам к их регулированию. Москва. Декабрь 2017 г. // URL: http://www.cbr.ru/content/document/file/36009/rev_ico.pdf.

⁶ Bericht des Bundesrates zu virtuellen Währungen in Beantwortung der Postulate Schwaab (13.3687) und Weibel (13.4070) // URL: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/35361.pdf>.

⁷ Virtual Currencies. Monetary Dialogue July 2018. Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies // URL: <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/econ/monetary-dialogue.html>.

⁸ Satoshi Nakamoto. Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System // URL: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.

⁹ Обучение от AMFortis // URL: <http://amfortis-academy.ru/wpm/start>.

¹⁰ Обучение от AMFortis.

Учитывая, что виртуальные валюты появились сравнительно недавно и деятельность по их выпуску продолжает совершенствоваться, криптовалюты изучены мало. Поэтому все определения криптовалют, сформулированные в различных источниках, как правило, являются взаимно противоречивыми. Помимо определений, приведенных выше, предлагается сравнить следующие очевидные противоречивые определения криптовалют.

Например, в соответствии с п. 5 ст. 2 гл. 1 Закона Японии «О платежных услугах»¹¹ под виртуальной валютой понимается *стоимость, которая может быть использована в отношении неограниченного круга лиц для целей совершения платежей*.

Согласно другому мнению, биткоин — это *децентрализованная распределенная электронная система платежей*, основанная на доверии и не использующая посредников для осуществления расчетов¹². Создатель биткоина, Сатоши Накамото, также определял его как одноранговую платежную систему. По другому определению, данному Р. Гринбергом, биткоин — это цифровая, децентрализованная, частично анонимная валюта, не поддерживаемая правительством или каким-либо юридическим лицом, не подлежащая обмену на золото или биржевые товары, основанная на одноранговых сетях и криптографии¹³. Биткоин также определяется в литературе как одноранговая цифровая валюта с открытым исходным кодом¹⁴.

С другой стороны, эфир определяется в литературе как *огромный децентрализованный компьютер*, который непрерывно проводит вычисления в режиме 24 часа в сутки¹⁵.

Представляется, что все указанные точки зрения являются правильными, однако они отражают какой-либо один аспект изучаемого явления. Отсюда и противоречия.

Можно предположить, что термин «криптовалюта» является многоаспектным. В связи с изложенным представляется необходимым предложить техническое, экономическое и пра-

вовое определение криптовалют, что будет отражать различные аспекты указанного явления.

В *техническом аспекте* криптовалюты являются алгоритмическим кодом, результатом работы компьютерной программы, которая, в свою очередь, является производной двух технологий: во-первых, асимметричного криптографического шифрования и, во-вторых, блокчейн-технологии, на базе которой формируется сеть peer-to-peer (P2P).

Все транзакции в сети с криптовалютами осуществляются с использованием криптографических ключей. Открытые криптографические ключи используются для создания криптовалюты и проверки адреса кошелька, на котором хранится криптовалюта. Закрытые ключи применяются для получения доступа к кошельку, на котором хранится криптовалюта, для осуществления перевода и для цифровой подписи транзакции. По общему правилу все транзакции с криптовалютами помещаются в блоки, которые связываются в единую последовательность — блокчейн, при этом в каждом новом блоке имеется ссылка на предыдущий. Данные о произведенных операциях, включая сведения о размерах перевода, об адресах отправителя и получателя, фиксируются в блокчейне. Таким образом, необходимость в использовании посредников при осуществлении транзакций отпадает.

Добавление новых блоков происходит в процессе майнинга, который обеспечивают специальные субъекты — майнеры, осуществляющие запуск программ по решению ряда вычислительных задач, в результате которых происходит создание нового блока транзакций. Майнеры получают вознаграждение, которое является некой составной частью общего объема новых монет, полученных в результате эмиссии, сопряженной с процессом майнинга.

Преимущества у криптовалюты несколько. Как уже было ранее выявлено при обозначении основных характеристик криптовалюты, они децентрализованы, а, следовательно, транзакции с ними чрезвычайно безопасны: для того, чтобы

¹¹ См.: URL: http://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=421AC000000059&openerCode=1.

¹² URL: <http://amfortis-academy.ru/wpm/start>. Обучение от AMFortis.

¹³ Grinberg R. Bitcoin: An Innovative Alternative Digital Currency // Hastings Science & Technology Law Journal. 2011. № 5. Pp. 159—160.

¹⁴ Brito J., Castillo A. Bitcoin: A Primer for Policymakers (Mercatus Center, 2013) // URL: <https://www.mercatus.org/publication/bitcoin-primer-policymakers>.

¹⁵ Обучение от AMFortis.

завладеть криптовалютой, злоумышленникам необходимо взломать не один сервер, а множество компьютеров. Данная система также делает невозможным блокирование транзакций со стороны государства или банков, благодаря чему абсолютное большинство транзакций успешно осуществляются. Трансграничные транзакции криптовалюты проходят мгновенно, в отличие от транзакций фиатной валюты. Еще одним преимуществом такой криптовалюты, как биткоин, является, например, то, что его инфляция абсолютно предсказуема: заявлено, что всего будет выпущено 21 млн биткоинов, причем в настоящий момент в обороте уже находится 16,5 млн биткоинов. Также еще одной особенностью криптовалюты является ее анонимность¹⁶.

Таким образом, биткоин представляет собой одноранговую, частную, анонимную и децентрализованную сеть, работающую независимо от банковской системы или правительства.

В этом отношении интересно определение криптовалют, которое сформулировано в некоторых юридических источниках. Например, под криптовалютами авторы исследования предлагают понимать цифровую (виртуальную) валюту, «создание и контроль за которой базируются на криптографических методах (математических алгоритмах), в отношении которой установлена полная децентрализация (отсутствие внешнего или внутреннего администратора в сети, гарантирующего (подтверждающего) корректность операций системы, в том числе отсутствие возможности воздействовать на транзакции участников системы)»¹⁷.

Указанное определение в целом точно отражает технический аспект криптовалют. Однако оно содержит элемент их *экономического понятия*. Так, криптовалюты названы «цифровой (виртуальной) валютой», т.е. деньгами. Деньги, как известно, определенное экономическое отношение.

Алгоритмический код, названный криптовалютами, вне общественных отношений изна-

чально просто цифра, которая не является ни деньгами, ни ценными бумагами, ни любым другим имуществом. Код также не имеет собственной стоимости. Однако если соответствующие общественные отношения сложились, этот алгоритмический код может выполнять любые функции, в том числе функции денег. Иными словами, участники соответствующего протокола договариваются, что в отношениях между ними через алгоритмический код они будут определять количество принадлежащего каждому из них имущества, и это имущество можно использовать в качестве эквивалента стоимости товаров, приобретаемых в торговых сетях, согласившихся принимать криптовалюту в качестве средства платежа.

Представляется, что такие известные криптовалюты, как биткоин и эфир, на сегодняшний день выполняют функции денег, поскольку являются средством платежа во всем мире¹⁸. В настоящее время криптовалюты активно принимаются к оплате, например, на PayPal, многих иных платформах, при этом объем транзакций биткоина в определенный момент превысил транзакции Western Union.

Указанные криптовалюты продаются на специализированных биржах, в результате деятельности которых складывается курс обмена соответствующей криптовалюты на фиатные деньги, т.е. складывается цена криптовалюты, которую иногда ошибочно называют стоимостью.

В этом отношении более взвешенную и осторожную позицию занимают швейцарские исследователи, которые применительно к криптовалютам используют не термин «стоимость», а термин «представление стоимости». В Отчете Федерального совета Швейцарии «О виртуальных валютах в ответ на запросы Швааб (13.3687) и Вейбель (13.4070)» указано, что «виртуальная валюта — это цифровое представление стоимости, которая может быть продана в Интернете. Хотя виртуальная валюта принимает форму денег, поскольку ее можно использовать как средство оплаты реальных товаров

¹⁶ Velde F. R. Bitcoin: A Primer // URL: <https://socionet.ru/publication.xml?h=repec:fip:fedhle:y:2013:i:dec:n:317>.

¹⁷ См.: Цинделиани И. А., Нугматулина Л. Б. Криптовалюта как объект гражданско-правового и финансово-правового регулирования // Финансовое право. 2018. № 7. См. также: Цинделиани И. А. Правовая природа цифровых финансовых активов: частноправовой аспект // Юрист. 2019. № 3. С. 36.

¹⁸ В настоящее время за криптовалюты можно приобрести недвижимость (Knox Group, ОАЭ), автомобили (автосалон Alza, Чехия), билеты в литовской авиакомпании Air Lituanica, ею можно оплатить обучение на Кипре, в США (Kings College) и Великобритании (University of Cumbria), в Университете прикладных наук Люцерн в Швейцарии и т.п. См.: URL: <https://cryptomagic.ru/kriptovaluty/chto-mozhno-kupit.html>.

и услуг, она нигде не принимается в качестве законного платежного средства. Виртуальные валюты существуют только в виде цифрового кода и поэтому не имеют физического аналога, например в виде монет или купюр. Учитывая, что виртуальные валюты можно продать, они могут быть квалифицированы как актив».

Другим признаком криптовалют является способ их эмиссии.

В глоссарии к Отчету Федерального совета Швейцарии указано, что виртуальные валюты выпускаются и контролируются нерегулируемым учреждением или сетью компьютеров. Указанный признак является важным критерием для разграничения криптовалют и иных форм денег, фиксируемых на электронном носителе длительного пользования.

Этот признак был использован Федеральной службой по надзору за финансовыми рынками Швейцарии (FINMA) в пресс-релизе от 19 сентября 2017 г. FINMA сообщила, что начиная с 2016 г. и в течение более одного года Ассоциация Quid pro Quo выпускала собственную криптовалюту E-Coin. FINMA назвала ее «псевдо-криптовалютой». Вместе с компаниями Digital Trading AG и Marcelco Group AG Ассоциация предложила заинтересованным сторонам интернет-платформу для торговли и передачи указанных электронных монет. Три юридических лица приняли через эту платформу средства от нескольких сотен пользователей на общую сумму не менее 4 млн франков и управляли этими средствами на виртуальных счетах. По мнению FINMA, эта деятельность соответствует пассивным банковским операциям и остается незаконной до получения разрешения, предусмотренного законодательством о финансовых рынках.

FINMA также сообщила, что E-Coin не является настоящей криптовалютой. В отличие от классических криптовалют, которые хранятся децентрализованно и основаны на технологии блокчейн, все операции с E-Coin контролировались исключительно их провайдерами. Они создавали резервные копии всех транзакций на своем локальном сервере. Вопреки заявлению эмитентов, электронные монеты были покрыты материальными ценностями не на 80 %,

как требуется, а в гораздо меньших объемах. Электронные монеты выпускались в больших объемах без предоставления достаточной встречной стоимости, что наносило ущерб инвесторам¹⁹.

Таким образом, настоящие криптовалюты могут эмитироваться только децентрализованно с использованием технологии блокчейн. Если у выпуска появляется централизованный эмитент при сохранении иных признаков, присущих настоящим криптовалютам, то речь может идти не о криптовалютах, а о выпуске электронных денег. Как было показано выше, электронные деньги также являются разновидностью виртуальных денег, как и криптовалюты, но имеют другие признаки.

В частности, главным отличием электронных денег от криптовалют является наличие у электронных денег центрального эмитента и отсутствие его у криптовалют. Другим важным отличием криптовалют от электронных денег является способ их эмиссии и хранения. Криптовалюты хранятся и выпускаются децентрализованно, а информация об электронных деньгах и операциях с ними может быть централизована на одном сервере. Имеются и иные отличия, например обязательное применение асимметричного криптографического шифрования при создании криптовалют и т.п.

Учитывая, что криптовалюты можно продать на виртуальной бирже за фиатные деньги, а также использовать в качестве средства платежа, обоснован вывод, что с юридической точки зрения криптовалюты являются имуществом в цифровой форме. Криптовалюты не являются законным средством платежа, но могут быть использованы в качестве средства оплаты товаров, работ и услуг (частные деньги).

Если соединить все описанные особенности криптовалют, то можно предложить следующее комплексное определение виртуальных (или цифровых) денег через совокупность их признаков:

- это цифровой код — результат функционирования соответствующей компьютерной программы;
- могут создаваться с помощью соответствующего протокола²⁰, функционирующего де-

¹⁹ Communiqué de presse La FINMA retire du marché des fournisseurs de monnaie virtuelle et met en garde contre les pseudo-cryptomonnaies // URL: <https://www.finma.ch/fr/news/2017/09/20170919-mm-coin-anbieter/>.

²⁰ Протокол — совокупность правил определенной системы. Разграничивают протоколы Bitcoin и Ethereum, а также другие протоколы.

централизованно с использованием технологии блокчейн;

- являются разновидностью цифрового имущества, выполняющего в обществе функции средства платежа;
- являются децентрализованной пиринговой валютой, которая эмитируется и хранится децентрализованно с использованием технологии блокчейн;
- не имеют физической формы, то есть не могут существовать в виде монет или банкнот.

Кроме того, биткоин в широком смысле можно назвать *децентрализованной распределенной электронной системой платежей*, основанной на доверии и не использующей посредников для осуществления расчетов²¹, учитывая, что именно для этих целей он и был создан.

Криптовалюты являются денежными средствами, однако они не имеют национальной принадлежности и могут приниматься во всем мире. Именно поэтому их оборот невозможно игнорировать. Отношение различных государств к «экспансии» криптовалют, в обороте которых они видят конкурента выпускаемым ими фиатным деньгам, также различается.

В ряде стран обращение криптовалюты запрещено. К их числу относится Алжир, Боливия, Вьетнам, Египет, Ирак, Марокко, Непал, ОАЭ, Пакистан. Неявный запрет на криптовалюты действует в Бахрейне, Бангладеш, Китае, Колумбии, Доминиканской Республике, Индонезии, Иране, Кувейте, Литве, Макао, Омане, Катаре, Саудовской Аравии, Тайване, Таиланде²².

В Европейском Союзе криптовалюта была классифицирована Европейским центральным банком как конвертируемая, децентрализованная виртуальная валюта. Документа, который бы напрямую регулировал криптовалюту, пока нет, в связи с чем европейским банкам было рекомендовано воздерживаться от проведения операций с криптовалютами до установления их правового режима. Однако уже были предприняты попытки урегулирования отдельных вопросов в отношении криптовалют. Так, в 2017 г. в Директиву ЕС о борьбе с отмыванием денежных средств были внесены изменения, направленные на снижение риска использования криптовалюты в целях отмывания доходов, полученных преступным путем.

В Японии криптовалюты могут использоваться в качестве средства платежа, а деятельность площадок по покупке и продаже криптовалюты лицензируется.

В США единая концепция правового регулирования биткоина так и не была определена. Нью-Йоркский департамент финансовых услуг в 2014 г., обращаясь к теме криптовалют, использовал понятия «цифровая валюта» и «электронные деньги». В ряде штатов (Вашингтон, Нью-Йорк, Южная Каролина, Джорджия, Пенсильвания, Нью-Гэмпшир, Нью-Мексико) обращение криптовалюты разрешено, в остальных штатах данный вопрос не урегулирован.

В Канаде криптовалюту разрешено использовать в целях оплаты товаров и услуг по правилам бартерных сделок, законным платежным средством она не признается. Канадское налоговое агентство характеризует криптовалюту как цифровой товар в целях налогообложения.

Ряд государств сформировали свое отношение к криптовалютам как к частным деньгам, средствам платежа. Такой подход выработался, например, в Великобритании, где законодательство о криптовалютах находится в процессе становления. В Германии криптовалюту (в частности, биткоин) также признали формой частных денег, облагаемой налогом в качестве капитала, а в соответствии с немецким законом о банковской деятельности биткоин признан расчетной единицей. В Испании в 2014 г. криптовалюта была законодательно отнесена к электронным средствам платежа применительно к игорному бизнесу. Было установлено, что операции с криптовалютами не облагаются налогом на добавленную стоимость. В Швейцарии криптовалюта находится на одном уровне с иностранными валютами и операции с криптовалютами не облагаются налогом на добавленную стоимость. При этом операции с криптовалютами подпадают под регулирование законодательства о борьбе с отмыванием денежных средств, полученных преступным путем, а для ряда операций с криптовалютами действуют требования о получении лицензии для их осуществления. В Эстонии детальное правовое регулирование также отсутствует, а криптовалюта признается альтернативным средством платежа.

В Израиле, в соответствии с проектом налоговой службы, криптовалюту предполагается

²¹ Обучение от AMFortis.

²² Согласно данным The Law Library of Congress на март 2019 г. Regulation of Cryptocurrency Around the World // URL: <https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrency/world-survey.php>.

рассматривать в качестве актива, подлежащего налогообложению. Как налогооблагаемое имущество рассматривает криптовалюту и Норвегия.

22 декабря 2017 г. Президент Белоруссии А. Г. Лукашенко подписал Декрет «О развитии цифровой экономики», который разрешает использование криптовалют в целях покупки/продажи, майнинга. Введены требования по регистрации обменных площадок и криптовалютных обменников, являющихся резидентами Парка высоких технологий (особой экономической зоны со специальным налогово-правовым режимом), при соблюдении ими требований к минимальному объему капитала.

20 февраля 2018 г. Правительство Венесуэлы выпустило государственную криптовалюту — петро (petro, или petromoneda), которая, по словам Президента страны, обеспечена запасами нефти, бензина, золота и алмазов.

В целях развития цифровой экономики в Российской Федерации Указом Президента РФ от 9 мая 2017 г. № 203 утверждена Стратегия развития информационного общества в Российской Федерации на 2017—2030 годы. Эффективная реализация этого документа невозможна без комплексного преобразования инфраструктурной среды, а также правового регулирования объектов цифровой экономики.

В России на правотворческом уровне идет активная работа по воплощению этой Стратегии в жизнь.

Министерством финансов РФ был подготовлен законопроект № 419059-7 «О цифровых финансовых активах»²³. Данный законопроект, наряду с законопроектом № 373645-7 «О системе распределенного национального майнинга»²⁴ (впоследствии он был отклонен), были разработаны с целью создания нормативной базы для правового регулирования отношений, возникающих в области информационных технологий. Они предвещают появление новых объектов экономических отношений, а также создают условия для совершения и исполнения сделок в цифровой среде, в том числе сделок, позволяющих предоставлять массивы сведений (информацию).

18 марта 2019 г. был принят Федеральный закон № 34-ФЗ «О внесении изменений в ча-

сти первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации», который дополнил ГК РФ статьей 141.1 «Цифровые права».

В соответствии с п. 1 ст. 141.1 ГК РФ цифровыми правами признаются названные в таком качестве в законе обязательственные и иные права, содержание и условия осуществления которых определяются в соответствии с правилами информационной системы, отвечающей установленным законом признакам. Осуществление, распоряжение, в том числе передача, залог, обременение цифрового права другими способами или ограничение распоряжения цифровым правом возможны только в информационной системе без обращения к третьему лицу.

Следовательно, под цифровыми правами понимается право на объект, в том числе право на криптовалюты. Однако принятый Закон не содержит определения объекта права, хотя такая возможность была. К сожалению, из текста действующего Федерального закона № 34-ФЗ была исключена статья 141.2, которая содержала определение цифровых денег²⁵. В соответствии с п. 1 ст. 141.2 ГК РФ в редакции законопроекта № 424632-7, представленного к первому чтению, «цифровыми деньгами может признаваться не удостоверяющая право на какой-либо объект гражданских прав совокупность электронных данных (цифровой код или обозначение), созданная в информационной системе, отвечающей установленным законом признакам децентрализованной информационной системы, и используемая пользователями этой системы для осуществления платежей».

Указанное определение в полной мере отвечает изложенному выше понятию криптовалюты. Оно было исключено на основании Официального отзыва Правительства РФ на проект федерального закона № 424632-7, принятого Государственной Думой в первом чтении 22 мая 2018 г. Смысл замечаний Правительства РФ сводился к следующему: «...отнесение цифровых денег к законным платежным средствам не соответствует статье 75 Конституции Российской Федерации, в соответствии с которой денежной единицей в Российской Федерации явля-

²³ Система обеспечения законодательной деятельности. URL: <http://sozd.parliament.gov.ru/bill/419059-7>.

²⁴ Система обеспечения законодательной деятельности. URL: <http://sozd.parliament.gov.ru/bill/373645-7>.

²⁵ Законопроект № 424632-7 «О Федеральном законе «О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» // Система обеспечения законодательной деятельности. URL: <http://sozd.duma.gov.ru/bill/424632-7>.

ется рубль, а введение и эмиссия других денег в Российской Федерации не допускается».

Во-первых, как представляется, указанный вывод является спорным²⁶.

Во-вторых, отказ от включения определения цифровых денег в Гражданский кодекс РФ не означает, что этим устанавливается запрет выпуска и оборота этих цифровых денег. Получается, что регулировать цифровые деньги,

включая криптовалюты, нельзя, а выпускать можно. Такой подход является как минимум нелогичным.

В связи с изложенным представляется обоснованным вновь вернуться к вопросу о дополнении ст. 128 ГК РФ новым видом объектов гражданского права — цифровыми деньгами — в контексте совершенствования законопроекта «О цифровых финансовых активах».

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Обзор Банка России по криптовалютам, ICO и подходам к их регулированию. Москва. Декабрь 2017 г. // URL: http://www.cbr.ru/content/document/file/36009/rev_ico.pdf.
2. Цинделиани И. А., Нигматулина Л. Б. Криптовалюта как объект гражданско-правового и финансово-правового регулирования // Финансовое право. — 2018. — № 7.
3. Цинделиани И. А. Правовая природа цифровых финансовых активов: частноправовой аспект // Юрист. — 2019. — № 3.
4. *Bech M., Garratt R. L.* Central bank cryptocurrencies // URL: https://www.bis.org/publ/qtrpdf/r_qt1709f.html.
5. *Brito J., Castillo A.* Bitcoin: A Primer for Policymakers (Mercatus Center, 2013) // URL: <https://www.mercatus.org/publication/bitcoin-primer-policymakers>.
6. Communiqué de presse La FINMA retire du marché des fournisseurs de monnaie virtuelle et met en garde contre les pseudo-cryptomonnaies // URL: <https://www.finma.ch/fr/news/2017/09/20170919-mm-coin-anbieter/>.
7. *Grinberg R.* Bitcoin: An Innovative Alternative Digital Currency // Hastings Science & Technology Law Journal. — 2011. — № 5.
8. *Satoshi Nakamoto.* Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System // URL: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.
9. The Law Library of Congress. Regulation of Cryptocurrency Around the World // URL: <https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrency/world-survey.php>.
10. *Velde F. R.* Bitcoin: A Primer // URL: <https://socionet.ru/publication.xml?h=repec:fip:fedhle:y:2013:i:dec:n:>
11. Virtual Currencies — Key Definitions and Potential AML/CFT Risks // URL: <http://www.fatf-gafi.org/publications/methodsandtrends/documents/virtual-currency-definitions-aml-cft-risk.html>.
12. Virtual Currencies. Monetary Dialogue. July 2018. Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies // URL: <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/econ/monetary-dialogue.html>.

Материал поступил в редакцию 9 апреля 2019 г.

²⁶ Аргументацию см.: *Ефимова Л. Г.* Некоторые аспекты правовой природы криптовалют // Юрист. 2019. № 3. С. 12—19.

THE CONCEPT OF CRYPTOCURRENCY IN THE CONTEXT OF IMPROVEMENT OF THE RUSSIAN LEGISLATION²⁷

EGOROVA Maria Aleksandrovna, Doctor of Law, Docent, Professor of the Department of Competition Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
egorova-ma-mos@yandex.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

EFIMOVA Lyudmila Georgievna, Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Banking Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
elg007@mail.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *In the paper, the authors formulate a multidimensional concept of «cryptocurrency», which takes into account the technical, economic and legal nature of cryptocurrencies. In addition, the paper defines the relationship of the concepts of «cryptocurrency» with such commonly used terms as «digital currencies», «virtual currencies» and «electronic money». The authors understand cryptocurrencies as a kind of digital money, which is the result of the functioning of the corresponding computer program (digital code). Cryptocurrencies are created using the appropriate Protocol, operating in a decentralized manner, with the use of the blockchain technology. If the issue has a centralized issuer while maintaining other features inherent in these cryptocurrencies, then it is possible to talk not about cryptocurrencies, but about the issue of electronic money. The main difference between electronic money and cryptocurrencies is the presence of electronic money of the Central Issuer and the lack of it in cryptocurrencies. Another important difference between cryptocurrencies and electronic money is the way they are issued and stored. Cryptocurrencies are stored and issued in a decentralized manner, while the information about electronic money and transactions with them can be centralized on one server. There are also other differences, such as the mandatory use of asymmetric cryptographic encryption when creating cryptocurrencies, etc. Being digital money, cryptocurrencies at the same time are a kind of digital property that performs the functions of a means of payment in the society, does not have a physical form, that is, can not exist in the form of coins or banknotes. The authors support the addition of art.128 of the Civil Code of the Russian Federation with a new object of civil law (digital money) in the context of improving the draft law «On digital financial assets».*

Keywords: *cryptocurrencies, virtual currencies, electronic money, digital currencies, digital rights, reform of the Civil Code of the Russian Federation, blockchain, bitcoin, ether.*

REFERENCES

1. *Obzor Banka Rossii po kriptovalyutam, ICO i podkhodam k ikh regulirovaniyu* [Review of the Bank of Russia on cryptocurrencies, ICO and approaches to their regulation]. Moscow. December 2017 // URL: http://www.cbr.ru/content/document/file/36009/rev_ico.pdf.
2. Tsindeliani I.A., Nigmatulina L.B. *Kriptovalyuta kak obekt grazhdansko-pravovogo i finansovo-pravovogo regulirovaniya* [Cryptocurrency as an object of civil and financial regulation]. *Finansovoe pravo* [Financial law]. 2018. No. 7.
3. Tsindeliani I.A. *Pravovaya priroda tsifrovyykh finansovykh aktivov: chastnopravovoy aspekt* [The legal nature of digital financial assets: the private-law aspect]. *Yurist* [Jurist]. 2019. No. 3.
4. Bech M., Garratt R.L. *Central bank cryptocurrencies*. URL: https://www.bis.org/publ/qtrpdf/r_qt1709f.html.
5. Brito J. and Castillo A. *Bitcoin: A Primer for Policymakers* (Mercatus Center, 2013). URL: <https://www.mercatus.org/publication/bitcoin-primer-policymakers>.

²⁷ The paper is prepared with the financial support of the Russian Foundation for Basic Research, Research Project No. 18-29-16056 «Cryptocurrency as a means of payment: private law and tax aspects».

6. Communiqué de presse La FINMA retire du marché des fournisseurs de monnaie virtuelle et met en garde contre les pseudo-cryptomonnaies. URL: <https://www.finma.ch/fr/news/2017/09/20170919-mm-coin-anbieter/>.
7. Grinberg R. Bitcoin: An Innovative Alternative Digital Currency. *Hastings Science & Technology Law Journal*. 2011. No. 5.
8. Satoshi Nakamoto. Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System. URL: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.
9. The Law Library of Congress. Regulation of Cryptocurrency Around the World. URL: <https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrency/world-survey.php>.
10. Velde F.R. Bitcoin: A Primer. *Chicago Fed Letter*. URL: <https://socio.net.ru/publication.xml?h=repec:fip:fedhl e:y:2013:i:dec:n>.
11. Virtual Currencies — Key Definitions and Potential AML/CFT Risks. URL: <http://www.fatf-gafi.org/publications/methodsandtrends/documents/virtual-currency-definitions-aml-cft-risk.html>.
12. Virtual Currencies. *Monetary Dialogue*. July 2018. Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies. URL: <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/econ/monetary-dialogue.html>.

ЕВРОПЕЙСКИЕ КОНСОРЦИУМЫ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКОЙ ИНФРАСТРУКТУРЫ: МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОРГАНИЗАЦИИ ПО ЕВРОПЕЙСКОМУ ПРАВУ ИЛИ ЮРИДИЧЕСКИЕ ЛИЦА SUI GENERIS?¹

Аннотация. *Статья в теоретическом и практическом аспектах рассматривает правовой статус и правовую природу новой, уникальной организационно-правовой формы юридических лиц, созданной правом Европейского Союза в целях развития интеграционных процессов в области инфраструктуры научно-исследовательской деятельности, включая мегасайенс.*

Принятие в рамках ЕС законодательства о европейских консорциумах исследовательской инфраструктуры обусловлено стремлением преодолеть недостатки «классических» форм реализации международных научно-инфраструктурных проектов, а именно форм международной межправительственной организации и национальных юридических лиц с международным составом участников.

Принятый в 2009 г. регламент ЕС о европейских консорциумах исследовательской инфраструктуры предусматривает, что подобные консорциумы имеют своей основной задачей сооружение и эксплуатацию исследовательской инфраструктуры в целях формирования Европейского пространства научных исследований.

По своему составу, порядку создания и функционирования европейские консорциумы исследовательской инфраструктуры имеют общие черты с международными межправительственными организациями, компаниями с ограниченной ответственностью, а также ряд уникальных черт, вытекающих из применения к ним интеграционного правопорядка ЕС. Отсюда вытекает сложный вопрос о правовой природе европейских консорциумов исследовательской инфраструктуры. Автором показана невозможность сведения консорциумов к международным межправительственным организациям. Равным образом консорциумы не эквивалентны национальным юридическим лицам. Соглашаясь с Европейской комиссией, автор приходит к выводу, что консорциумы следует рассматривать в качестве юридических лиц sui generis (особого рода), хотя это решение является неидеальным. В качестве практического результата исследования автор предлагает без промедления

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке Российского фонда фундаментальных исследований в рамках научного проекта 18-29-15007 мк «Теоретико-прикладное исследование нормативно-правового регулирования создания и функционирования уникальных научных установок класса «мегасайенс» в контексте разработки и реализации проекта источника специализированного синхротронного излучения 4-го поколения (ИССИ-4)».

© Четвериков А. О., 2019

* Четвериков Артем Олегович, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры интеграционного и европейского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
aochetverikov@msal.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

начать в рамках Евразийского экономического союза подготовку Соглашения о евразийской научно-технологической интеграции и предусмотреть в нем положения о евразийских консорциумах исследовательской инфраструктуры, которые будут являться аналогом и конкурентом рассмотренных в статье европейских консорциумов.

Ключевые слова: Европейский Союз, Евразийский экономический союз, исследовательская инфраструктура, мегасайенс, европейские консорциумы исследовательской инфраструктуры, международные межправительственные организации, юридические лица.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.152.7.141-150

ВВЕДЕНИЕ

Развитие международной, в особенности европейской, интеграции постепенно обогащает мировую правовую жизнь новыми юридическими конструкциями, в том числе новыми организационно-правовыми формами юридических лиц, которые не всегда вписываются в традиционные схемы законодательства и юридической науки.

Одним из последних примеров таких конструкций и форм, вызванных к жизни потребностями научно-технологической интеграции, служат европейские консорциумы исследовательской инфраструктуры, кратко обозначаемые англоязычной аббревиатурой ERIC (European Research Infrastructure Consortium).

Наряду с несомненным теоретическим интересом, форма ERIC имеет существенное практическое значение для нашей страны:

— с одной стороны, в связи с возможностью России и российских научных организаций становиться полноправными членами или партнерами подобных организационных структур со штаб-квартирой в государствах — членах ЕС или ассоциированных с ним странах — участниках научно-исследовательской программы ЕС «Горизонт 2020» (Израиль, Норвегия и др.);

— с другой стороны, в целях использования полезного опыта европейской интеграции исходя из стратегической задачи, определенной в Стратегии научно-технологического развития РФ 2016 г. и Указе Президента РФ 2018 г. «О национальных целях и стратегических задачах РФ на период до 2024 года», обеспечить создание в России передовой научно-исследовательской инфраструктуры, включая уникальные научные установки класса «мегасайенс»².

Рассмотрим в теоретическом и практическом планах особенности правовой природы ERIC и перспективы творческого использования (рецепции) данной организационно-правовой формы в контексте евразийской интеграции, обратившись сначала к истории возникновения и основным положениям источников европейского права (права ЕС), которые регулируют порядок создания и функционирования ERIC.

ИСТОРИЯ ВОЗНИКНОВЕНИЯ И НОРМАТИВНАЯ ОСНОВА ЕВРОПЕЙСКИХ КОНСОРЦИУМОВ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКОЙ ИНФРАСТРУКТУРЫ

В настоящее время развитие научно-исследовательской деятельности немислимо без использования комплексной технической аппаратуры

² Стратегия научно-технологического развития РФ (утверждена Указом Президента РФ от 1 декабря 2016 г. № 642), раздел «Основные направления и меры реализации государственной политики в области научно-технологического развития РФ», п. 32 «Инфраструктура и среда»: «Создание условий для проведения исследований и разработок, соответствующих современным принципам организации научной, научно-технической и инновационной деятельности и лучшим российским практикам, обеспечивается путем... *поддержки создания и развития уникальных научных установок класса «мегасайенс», крупных исследовательских инфраструктур на территории РФ».*

Указ Президента РФ от 7 мая 2018 г. № 204 «О национальных целях и стратегических задачах развития РФ до 2024 г.», п. 10: «Правительству РФ при разработке национального проекта в сфере науки исходить из того, что в 2024 г. необходимо обеспечить... решение следующих задач: *создание передовой инфраструктуры научных исследований и разработок, инновационной деятельности, включая создание и развитие сети уникальных научных установок класса «мегасайенс»*» (курсив наш. — А. Ч.).

(исследовательской инфраструктуры), с помощью которой ученые (особенно представители естественных наук — физики и др.) приводят свои наблюдения и эксперименты.

Постепенное усложнение и удорожание инфраструктуры научных исследований приводит к тому, что государства и их научные организации все чаще делают выбор в пользу сооружения и эксплуатации подобных объектов на основе интеграции с зарубежными партнерами.

Так, в конце XX в. провалилась попытка США построить своими силами мегасайенс-установку «Сверхпроводящий суперколлайдер (ССК)». Ее первоначальная смета, утвержденная в 1986 г., составила 4,4 млрд долл. К 1990 г. смета возросла до 8 млрд долл., к 1992 г. — до 11 млрд долл., после чего Конгресс США снял ССК с финансирования, хотя для него уже был прорыт 23-километровый туннель³.

В итоге суперколлайдер все же был построен, но не в США, а в Европе, под эгидой Европейской организации ядерных исследований (ЦЕРН) — международной (межправительственной) организации со штаб-квартирой в Женеве (Швейцария). Речь идет о Большом адронном коллайдере с периметром 27 км и стоимостью примерно 12 млрд долл., который в дальнейшем планируется заменить 100-километровым Циркулярным коллайдером будущего (также под эгидой ЦЕРН и стоимостью примерно 24 млрд долл.)⁴.

Другим важнейшим мегасайенс-проектом, совместно реализуемым сегодня государствами под эгидой специализированной международной организации, является проект Международного экспериментального термоядерного реактора (ИТЭР)⁵, которым управляет Международная организация ИТЭР по термоядерной энергии с местонахождением во Франции.

Подготовка, согласование, подписание и ратификация учредительных договоров международных организаций (плюс соглашений об их привилегиях и иммунитетах в государстве штаб-

квартиры и других государствах-членах) обычно требуют сложных дипломатических процедур и потому длительного времени.

Кроме того, по мнению национальных ученых (на наш взгляд, небесспорному), сотрудники международных организаций получают слишком большие оклады и пользуются чрезмерными налоговыми и иными льготами, вытекающими из их привилегий и иммунитетов.

Например, как отмечал в своем интервью руководитель группы разработчиков проекта еще одной международной мегасайенс-установки — Европейского центра синхротронного излучения (ESFR)⁶, он и его коллеги сознательно отвергли статус международной организации по типу ЦЕРН как «статус экспатриантов, очень дорогой». На уточняющий вопрос интервьюера: «Это означает, что статус международных служащих не нравился. Они получали большие жалованья и не платили налоги?» — прозвучал однозначный ответ: «Да»⁷.

В результате ESRF был создан хотя на основании международного договора (Конвенция «О строительстве и эксплуатации установки «Европейский центр синхротронного излучения»» от 16 декабря 1998 г.), но в форме национального юридического лица частного права — гражданско-правового общества (фр. *société civile*), которое действует на основании устава, приложенного к Конвенции от 16 декабря 1998 г., а в остальном подчиняется Гражданскому кодексу, другим законам и подзаконным актам Франции (государства местонахождения).

В форме национальных юридических лиц с транснациональным участием (участники — научно-исследовательские институты разных стран) сегодня функционируют многие другие организации, управляющие мегасайенс-установками и другой исследовательской инфраструктурой:

— Европейская гравитационная обсерватория (EGO⁸) — гражданско-правовое общество по законодательству Италии;

³ См.: *Бэгготт Дж.* Бозон Хиггса. От научной идеи до открытия «частицы Бога». М.: Центрполиграф, 2015. С. 225, 228—229.

⁴ См.: Охота Нобелей // Российская газета. 23 января 2019 г. № 13 (7771). С. 12.

⁵ International Thermonuclear Experimental Reactor — ITER (англ.).

⁶ European Synchrotron Radiation Facility (англ.).

⁷ См.: *Farge Y.* L'Élaboration du projet ESRF. La coopération européenne dans le domaine du rayonnement synchrotron // Histoire de la recherche contemporaine. La revue du Comité pour l'histoire du CNRS. 2012. T. I. № 1. Dossier: L'aventure européenne du CNRS. P. 21. URL: <https://journals.openedition.org/hrc/185>. (дата обращения: 11 февраля 2019 г.).

⁸ European Gravitational Observatory (англ.).

- Установка Европейского рентгеновского лазера на свободных электронах (XFEL⁹) и Установка по исследованию антипротонов и ионов (FAIR¹⁰) — общества с ограниченной ответственностью по законодательству ФРГ;
- Международная обсерватория «Тридцатиметровый телескоп» (TMT International Telescope¹¹) — компания с ограниченной ответственностью по законодательству штата Делавер, США, и др.

Однако и национальные юридические лица как форма исследовательских инфраструктур с транснациональным участием имеют свои недостатки, связанные прежде всего с их подчинением внутреннему законодательству одного государства — того, где размещается инфраструктура. Заключая учредительные договоры и вступая в состав подобных организаций, другие государства и их научно-исследовательские институты подчиняют себя иностранному законодательству, которое может быть им недостаточно знакомо или не устраивать их в полной мере, но которое они вынуждены соблюдать¹².

С учетом обозначенных проблем Европейская комиссия как главный исполнительный орган ЕС в начале XXI в. выступила с инициативой введения новой, наднациональной организационно-правовой формы, специально предназначенной для реализации интегрированных научно-инфраструктурных проектов. Она получила название «европейский консорциум исследовательской инфраструктуры» или, в дру-

гом переводе, «консорциум для европейской исследовательской инфраструктуры»¹³, сокращенно ERIC (данная аббревиатура официально используется во всех языках).

Правовую основу ERIC образует нормативный правовой акт Европейского сообщества, ныне Европейского Союза, являющийся обязательным и имеющий прямое действие во всех государствах — членах ЕС, а также в силу принципа верховенства права ЕС¹⁴ пользующийся преимущественной юридической силой перед любым противоречащим ему национальным законодательством: *Регламент (ЕС) № 723/2009 Совета от 25 июня 2009 г. о правовых рамках Сообщества для европейского консорциума исследовательской инфраструктуры (ERIC)*¹⁵ (далее кратко — Регламент).

Положения Регламента конкретизируют и дополняют акты Европейской комиссии:

- юридически обязательные «исполнительные решения», которыми учреждаются конкретные консорциумы и утверждаются их уставы. В настоящее время принято около 20 таких решений и, соответственно, создано столько же ERIC — например, Исполнительное решение (ЕС) 2015/1478 Комиссии от 19 августа 2015 г. об учреждении Европейского расщепляющего источника в качестве европейского консорциума исследовательской инфраструктуры (ERIC «Европейский расщепляющий источник»)¹⁶ или Исполнительное решение (ЕС) 2018/272 Ко-

⁹ European X-Ray Free Electron Laser Facility GmbH — European XFEL GmbH (англ., нем.).

¹⁰ Facility for Antiproton and Ion Research (англ.).

¹¹ Thirty Meter Telescope International Observatory, Limited Liability Company (англ.).

¹² Подробнее о международных/транснациональных мегасайенс-установках и других исследовательских инфраструктурах, функционирующих в форме международных (межправительственных) организаций и национальных юридических лиц, см.: Четвериков А. О. Организационно-правовые формы большой науки (мегасайенс) в условиях международной интеграции: сравнительное исследование. Часть I. Мегасайенс как научное и правовое явление. Правовые аспекты функционирования мегасайенс в форме международных межправительственных организаций и национальных юридических лиц // Юридическая наука. 2018. № 1. С. 13—27.

¹³ European Research Infrastructure Consortium (англ.); Consortium pour une infrastructure européenne de recherche (фр.).

¹⁴ См.: Право Европейского Союза / под ред. С. Ю. Кашкина. М.: Юрайт, 2013. Т. 1 : Общая часть. Европейский Союз: устройство и правопорядок. С. 110—117.

¹⁵ См.: Règlement (CE) № 723/2009 du Conseil du 25 juin 2009 relatif à un cadre communautaire applicable à un Consortium pour une infrastructure européenne de recherche // JO L 206. 08.08.2009. P. 1 ; Council Regulation (EC) № 723/2009 of 25 June 2009 on the Community legal framework for a European Research Infrastructure Consortium // OJ L 206. 08.08.2009. P. 1 (далее текст Регламента цитируется по аутентичной редакции на французском языке).

¹⁶ См.: Décision d'exécution (UE) 2015/1478 de la Commission du 19 août 2015 instituant la Source européenne de spallation en tant que consortium pour une infrastructure européenne de recherche (ERIC Source européenne de spallation) // JO L 225. 28.09.2015. P. 16.

миссии от 20 февраля 2018 г. о создании Европейского консорциума исследовательской инфраструктуры, посвященной Европейскому центру морских биологических ресурсов (ERIC EMBRC)¹⁷;

- «*практические ориентиры*», которые средствами «мягкого права» (т.е. не обладая сами по себе обязательной силой) направлены на разъяснение положений Регламента и содействие их правильному применению. Составной частью практических ориентиров выступают официальный постатейный комментарий Регламента, формуляры требуемых для создания ERIC документов, а также примерный (типовой) устав ERIC¹⁸.

ПОРЯДОК СОЗДАНИЯ И ФУНКЦИОНИРОВАНИЯ ЕВРОПЕЙСКИХ КОНСОРЦИУМОВ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКОЙ ИНФРАСТРУКТУРЫ

Рассмотрим основные правила Регламента, регулирующие порядок создания и функционирования ERIC¹⁹:

- «*основной задачей*» (фр. *mission principale*) ERIC является сооружение и эксплуатация «*исследовательской инфраструктуры*» (фр. *infrastructure de recherche*), определяемой как «установки, ресурсы и относящиеся к ним услуги, используемые научным сообществом для проведения исследований на высоком уровне во всех сферах» (ст. 1 «Определения», § 1 ст. 3 «Задача и другие виды деятельности»);
- ERIC является организацией, действующей «*без цели извлечения прибыли*». Тем не менее ему разрешено «*заниматься в ограниченных масштабах деятельностью экономического характера при условии, что она тесно связана с его основной задачей и не ставит под угрозу ее осуществление*».

В случае осуществления экономической деятельности соответствующие доходы и расходы учитываются отдельно от остальных (§ 2—3 ст. 3 «Задача и другие виды деятельности»);

- создаваемая и эксплуатируемая ERIC исследовательская инфраструктура должна способствовать достижению целей и удовлетворению потребностей ЕС, в частности формированию «*Европейского пространства научных исследований*» (фр. *Espace européen de recherche*). При этом независимо от конкретных государств и научных организаций, участвующих в ERIC, к его инфраструктуре должен быть обеспечен «*эффективный доступ сообществу европейских исследователей, состоящему из исследователей всех государств-членов и ассоциированных стран*» (ст. 4 «Требования, относящиеся к инфраструктуре»);
- аналогично международным (межправительственным) организациям членами ERIC могут выступать только государства и другие международные организации. На практике представительство членов внутри ERIC обычно осуществляют их научно-исследовательские институты и иные научные организации, в том числе юридические лица частного права, квалифицируемые как публичные или частные «*образования, обремененные миссией публичной службы*» (ст. 9 «Критерии состава»);
- среди государств в состав ERIC могут входить как *государства — члены ЕС и ассоциированные страны* (участники научно-исследовательских программ ЕС, вносящие свой финансовый вклад в их бюджеты на основании специального международного соглашения с ЕС), так и любые другие государства — *третьи страны*. Однако как минимум три члена ERIC должны относиться к первой

¹⁷ См.: Décision d'exécution (UE) 2018/272 de la Commission du 20 février 2018 portant création du Consortium pour une infrastructure européenne de recherche consacrée au Centre européen de ressources biologiques marines (ERIC EMBRC) // JO L 51. 23.02.2018. P. 17.

¹⁸ См.: ERIC. Practical Guidelines. Legal framework for a European Research Infrastructure Consortium. Luxembourg : Publications office of the European Union, 2015.

¹⁹ Подробнее о правовом статусе ERIC см.: Четвериков А. О. Организационно-правовые формы большой науки (мегасайенс) в условиях международной интеграции: сравнительное исследование. Часть II. Правовые аспекты функционирования мегасайенс в форме транснациональных и наднациональных юридических лиц, международных консорциумов без статуса юридического лица, европейских консорциумов исследовательской инфраструктуры. Достоинства и недостатки разных организационно-правовых форм мегасайенс. Перспективы России и Евразийского экономического союза // Юридическая наука. 2018. № 2. С. 34—50.

- группе государств; из них по меньшей мере одно должно быть государством — членом ЕС. На территории государств-членов или ассоциированных стран должно размещаться и местонахождение ERIC. Независимо от числа государств и международных организаций, входящих в ERIC, государства — члены ЕС и ассоциированные страны имеют большинство голосов в его высшем руководящем органе (ст. 8 «Местонахождение и наименование», § 1—3 ст. 9 «Критерии состава»);
- высшим руководящим органом ERIC является собрание членов, а органами текущего управления — назначаемые собранием членов единоличный директор или коллегиальный административный совет (ст. 12 «Организация ERIC»);
 - члены несут «обязанность вносить вклад в сбалансированный бюджет» ERIC в размерах и порядке, определенном его уставом. Как и в юридических лицах с ограниченной ответственностью участников, члены являются «финансово ответственными по долгам ERIC только в пределах своих соответствующих вкладов в последний». Однако при желании они могут предусмотреть в уставе, что «будут нести заранее определенную ответственность, превышающую свой вклад, или неограниченную ответственность» (§ 2 ст. 14 «Ответственность и страхование»);
 - ERIC создается на основании заявки заинтересованных государств и международных организаций (будущих членов) решением Европейской комиссии, которая одновременно утверждает его устав. В дальнейшем изменения ключевых положений устава (например, о режиме ответственности членов, политике доступа пользователей к инфраструктуре или политике в области распределения прав интеллектуальной собственности) также вступают в силу только после утверждения Европейской комиссией (ст. 5 «Заявка о создании ERIC», ст. 6 «Решение по заявке», ст. 10 «Устав», ст. 11 «Изменение устава»);
 - со дня вступления в силу решения Европейской комиссии о создании ERIC он приобретает статус юридического лица и пользуется в каждом государстве-члене «максимально широкой правоспособностью, предоставляемой юридическим лицам согласно национальному праву. Он может, в частности,

приобретать, иметь или отчуждать движимое и недвижимое имущество и интеллектуальную собственность, заключать контракты и выступать стороной в суде». ERIC также является «ответственным по своим долгам» (ст. 7 «Статус ERIC», § 1 «Ответственность и страхование» ст. 14 «Ответственность и страхование»).

- ЕС не несет ответственности по обязательствам ERIC. Как отмечалось, члены ERIC по общему правилу тоже не несут ответственности по его обязательствам, если только в уставе добровольно не предусмотрели для себя дополнительную ответственность. Поскольку функционирование исследовательской инфраструктуры может быть сопряжено с серьезными рисками для людей (например, когда речь идет об исследовательских ядерных реакторах и аналогичных установках, порождающих радиоактивное излучение), предусмотрено, что «ERIC заключает надлежащие договоры страхования с целью покрытия рисков, связанных со строительством и функционированием инфраструктуры». ERIC освобождается от этой обязанности только тогда, когда члены согласились в уставе принять на себя неограниченную ответственность по его обязательствам (§ 2—4 ст. 14 «Ответственность и страхование»).

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ЕВРОПЕЙСКИХ КОНСОРЦИУМОВ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКОЙ ИНФРАСТРУКТУРЫ

Исходя из того что согласно Регламенту членами ERIC выступают государства и межправительственные организации, наиболее очевидной версией их правовой природы является признание ERIC международными (межправительственными) научными организациями, состоящими при ЕС, — подобно тому, как ЮНЕСКО и ряд других международных организаций состоят при ООН на правах ее специализированных учреждений.

Подобную констатацию, в частности, официально сделало Правительство Швейцарии (государства — нечлена ЕС) в послании швейцарскому парламенту по случаю присоединения Швейцарии к одной из организаций в подобной форме, правда с оговоркой, что речь идет об организации по европейскому праву (праву ЕС): «Правовая природа [юридических]

рамok ERIC — международная организация в значении европейского права (фр. *organisation internationale au sens du droit européen*)»²⁰.

В пользу международно-правовой версии свидетельствуют и некоторые другие, ранее не упоминавшиеся положения Регламента, которые приравнивают ERIC к «международной организации» (фр. *organisation internationale*; англ. *international organization*) или «международному образованию» (фр. *organisme international*; англ. *international body*) для целей применения к нему законодательства ЕС о косвенных налогах и о публичных (правительственных) закупках, точнее освобождают его из-под действия обязанностей по этому законодательству (п. «d» § 1 ст. 5 «Заявка о создании ERIC» и § 3 ст. 7 «Статус ERIC»).

Однако попытка отнести ERIC к международным (межправительственным) организациям наталкивается на серьезную проблему, связанную с применением к нему одного из ключевых признаков последних: международная (межправительственная) организация — это организация, которая создается и функционирует на международно-правовой основе, регулируется международным правом²¹.

Регулируются ли ERIC международным правом? Посмотрим, какой ответ на этот вопрос дает нормативный акт ЕС, которым предусмотрена данная организационно-правовая форма юридических лиц. Согласно ст. 15 Регламента «Применимое право и компетентный суд»:

«Создание и внутреннее функционирование ERIC регулируются:

- a) правом Сообщества [ныне право ЕС], в частности настоящим Регламентом и решениями, указанными в пункте «а» параграфа 1 статьи 6 и в параграфе 1 статьи 11 [исполнительные решения Европейской комиссии об утверждении и изменении устава ERIC];
- b) правом государства, где находится его местонахождение, по вопросам, которые не урегулированы или только частично урегулированы актами, указанными в пункте «а»;
- c) уставом и правилами его применения [локальные нормативные акты, принимаемые органами ERIC]».

Далее в ст. 15 Регламента указывается, что любые споры, связанные с созданием и функционированием ERIC, между его членами, между членами и ERIC, а также с участием ЕС, может рассматривать и разрешать только Суд ЕС.

Как видим, в процитированных положениях Регламента *не предусмотрено даже субсидиарного (дополнительного) применения к ERIC международного права*: данную организационно-правовую форму регулирует прежде всего право ЕС, официально признанное Судом ЕС в качестве самостоятельной правовой системы, отличной от международного права, что нашло подтверждение и в практике национальных судов, органов конституционного контроля государств — членов ЕС²².

Учредительные документы (уставы) ERIC также утверждаются не международными договорами, а решениями исполнительного органа ЕС — Европейской комиссии.

Субсидиарное применение иного, чем право ЕС, права, предусмотрено, но речь идет не о международном праве, а о национальном праве государства местонахождения. Например, к одному из наиболее амбициозных проектов мегасайенс-установок, реализуемому сегодня в форме ERIC в шведском городе Лундт, — Европейскому расщепляющему источнику (сверхмощному исследовательскому источнику нейтронного излучения) — субсидиарно применяется шведское право (ст. 1 «Наименование, местонахождение и рабочий язык» и ст. 27 «Применимое право» Устава ERIC «Европейский расщепляющий источник», прилагаемого к вышеупомянутому Исполнительному решению (ЕС) 2015/1478 Комиссии от 19 августа 2015 г. об учреждении Европейского расщепляющего источника в качестве европейского консорциума исследовательской инфраструктуры).

Против признания ERIC разновидностью международных (межправительственных) организаций также свидетельствует *отсутствие каких-либо указаний на предоставление им дипломатических привилегий и иммунитетов*.

В отличие от должностных лиц международных организаций, *сотрудники ERIC не имеют статуса международных служащих*, а их тру-

²⁰ Conseil fédéral. № 14.068. Message du 3 septembre 2014 relative à la participation de la Suisse à l'infrastructure de recherche européenne «Source européenne de spallation» ESS et à la modification de l'arrêté fédéral ouvrant des crédits pour la coopération internationale dans le domaine de l'éducation, de la recherche et de l'innovation pendant les années 2013 à 2016. P. 6553.

²¹ См.: Капустин А. Я. Международные организации в глобализирующемся мире. М.: РУДН, 2010. С. 154.

²² См.: Право Европейского Союза / под ред. С. Ю. Кашкина. С. 102—108.

довые отношения с работодателем при соблюдении права ЕС регулируются национальным трудовым правом. Например, как гласит ст. 28 «Занятость» Устава ERIC «Европейский расщепляющий источник»: «Любой трудовой договор регулируется правом страны, в которой сотрудник персонала обычно осуществляет свою деятельность согласно данному договору».

С учетом вышеизложенного государства-члены и органы ЕС отказываются рассматривать ERIC в качестве международных (межправительственных) организаций и квалифицируют его в качестве *юридического лица sui generis* (особого рода). Подобная ситуация является неидеальной, что и констатировала Европейская комиссия в своем последнем, опубликованном в 2018 г., докладе о применении Регламента о статусе ERIC.

Как отмечается в докладе, европейские консорциумы исследовательской инфраструктуры представляют собой «новый тип юридического лица» (фр. *nouveau type d'entité légale*), а в рамках административных систем Комиссии «не существует специальной категории для ERIC как юридического лица, что поднимает вопросы относительно их публично- и частноправовой природы»²³.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ. ЕВРОПЕЙСКИЕ КОНСОРЦИУМЫ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКОЙ ИНФРАСТРУКТУРЫ КАК ПРООБРАЗ ЕВРАЗИЙСКИХ КОНСОРЦИУМОВ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКОЙ ИНФРАСТРУКТУРЫ?

Несмотря на отмеченные теоретические (классификационные) трудности, полагаем, что организационно-правовая форма ERIC заслуживает изучения на предмет творческого заимствования (рецепции) в праве Евразийского экономического союза (далее также Союз, ЕАЭС), например под названием «евразийские консорциумы исследовательской инфраструктуры».

Несмотря на то что ЕАЭС по своему наименованию («экономический союз») и согласно

своему учредительному договору является организацией «экономической интеграции» (ст. 1 «Учреждение Союза. Правосубъектность» Договора о ЕАЭС), он, как представляется, не должен ограничивать себя чисто хозяйственными или конъюнктурными вопросами.

Современную экономику принято называть экономикой, основанной на знаниях (англ. *knowledge-based economy*). Именно развитие научно-технологического потенциала является сегодня условием прогрессивного развития всей общественной, в том числе экономической, жизни. В конечном счете можно ли без распространения евразийской интеграции на сферу науки достичь устойчивого прогресса в достижении таких целей ЕАЭС, как «создание условий для стабильного развития экономик государств-членов в интересах повышения жизненного уровня их населения» или «всесторонняя модернизация, кооперация и повышение конкурентоспособности национальных экономик в условиях глобальной экономики» (ст. 4 «Основные цели Союза» Договора о ЕАЭС)?

Возвращаясь к высказанному нами ранее предложению²⁴, уже сейчас, не откладывая дело в долгий ящик, следует приступить к подготовке между государствами — членами ЕАЭС *Соглашения о евразийской научно-технологической интеграции* как самостоятельного международного договора в рамках Союза «по вопросам, связанным с функционированием и развитием Союза» (ст. 2 «Определения» Договора о ЕАЭС).

В одном из разделов Соглашения или, как вариант, в принятом на его основании нормативном акте Евразийской экономической комиссии (постоянного регулирующего органа ЕАЭС) мог бы получить закрепление статус новой организационно-правовой формы евразийских научно-инфраструктурных юридических лиц, аналога и конкурента европейской формы ERIC, — евразийских консорциумов исследовательской инфраструктуры.

²³ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil. Deuxième rapport sur l'application du règlement (CE) № 723/2009 du Conseil du 25 juin 2009 relatif à un cadre communautaire applicable à un Consortium pour une infrastructure européenne de recherche. P. 4 // Bruxelles. 06.07.2018. COM (2018) 523 final.

²⁴ Четвериков А. О. Организационно-правовые формы большой науки (мегасайенс) в условиях международной интеграции: сравнительное исследование. Часть II. С. 49—50.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Бэгготт Дж.* Бозон Хиггса. От научной идеи до открытия «частицы Бога». — М. : Центрполиграф, 2015.
2. *Капустин А. Я.* Международные организации в глобализирующемся мире. — М. : РУДН, 2010.
3. Охота Нобелей // Российская газета. — 23 янв. 2019. — № 13 (7771).
4. Право Европейского Союза / под ред. С. Ю. Кашкина. — М. : Юрайт, 2013. — Т. 1 : Общая часть. Европейский Союз: устройство и правопорядок.
5. *Четвериков А. О.* Организационно-правовые формы большой науки (мегасайенс) в условиях международной интеграции: сравнительное исследование. Часть I. Мегасайенс как научное и правовое явление. Правовые аспекты функционирования мегасайенс в форме международных межправительственных организаций и национальных юридических лиц // Юридическая наука. — 2018. — № 1. — С. 13—27.
6. *Четвериков А. О.* Организационно-правовые формы большой науки (мегасайенс) в условиях международной интеграции: сравнительное исследование. Часть II. Правовые аспекты функционирования мегасайенс в форме транснациональных и наднациональных юридических лиц, международных консорциумов без статуса юридического лица, европейских консорциумов исследовательской инфраструктуры. Достоинства и недостатки разных организационно-правовых форм мегасайенс. Перспективы России и Евразийского экономического союза // Юридическая наука. — 2018. — № 2. — С. 34—50.
7. *Farge Y.* L'Élaboration du projet ESRF. La coopération européenne dans le domaine du rayonnement synchrotron // Histoire de la recherche contemporaine. La revue du Comité pour l'histoire du CNRS. — 2012. — Т. I. — № 1. — Dossier: L'aventure européenne du CNRS. — URL: <https://journals.openedition.org/hrc/185> (дата обращения: 11 февраля 2019 г.).

Материал поступил в редакцию 25 апреля 2019 г.

EUROPEAN RESEARCH INFRASTRUCTURE CONSORTIA: INTERNATIONAL ORGANIZATION UNDER EUROPEAN LAW OR LEGAL ENTITIES SUI GENERIS?²⁵

CHETVERIKOV Artem Olegovich, Doctor of Law, Professor, Professor of the Integration and European Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
aochetverikov@msal.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The paper in the theoretical and practical aspects considers the legal status and the legal nature of a new, unique organizational legal form of legal entities created by the law of the European Union in the development of integration processes in the infrastructure of research activities, including megascience.*

The adoption of the EU legislation on European research infrastructure consortia is due to the desire to overcome the shortcomings of the «classical» forms of implementation of international scientific and infrastructure projects, namely the forms of international intergovernmental organizations and national legal entities with international membership.

The EU regulation on European research infrastructure consortia, adopted in 2009, provides that as their main task such consortia have the construction and operation of the research infrastructure for the purpose of forming the European research area.

In terms of the structure, establishment and operation, European research infrastructure consortia have common features with international intergovernmental organizations, limited liability companies, as well as a number of unique features arising from the application of the EU integration law to them. Hence, the complex question on the legal nature of European research infrastructure consortia arise. The author shows the impossibility of reducing consortia to international intergovernmental organizations. Similarly, consortia are not equivalent to

²⁵ The study is carried out with the financial support of the Russian Foundation for Basic Research, Research Project No. 18-29-15007 MK «Theoretical and applied research of legal regulation of the creation and functioning of unique scientific installations of the «megascience» class in the context of the development and implementation of the project of a source of specialized synchrotron radiation of the 4th generation (ISS-4)».

national legal entities. While agreeing with the European Commission, the author concludes that consortia should be considered as legal entities *sui generis* (of a special kind), although this solution is not ideal.

As a practical result of the study, the author proposes to start the preparation of the Agreement on the Eurasian Scientific and Technological Integration immediately within the framework of the Eurasian Economic Union and to provide for provisions on the Eurasian consortia of research infrastructure, which will be an analogue and competitor for the European consortia considered in the paper.

Keywords: European Union, Eurasian Economic Union, Research Infrastructure, megascience, European research infrastructure consortia, international intergovernmental organizations, legal entities.

REFERENCES

1. Baggott George. *Bozon Khiggsa. Ot nauchnoy idei do otkrytiya «chastitsy Boga»* [The Higgs Boson. From a scientific idea to the discovery of a «God particle»]. Moscow: Tsentrpoligraf Publ., 2015.
2. Kapustin A.Ya. *Mezhdunarodnye organizatsii v globaliziruyushchemsya mire*. [International organizations in a globalizing world]. Moscow: People's friendship University Publ., 2010.
3. *Okhota nobeley* [Hunting Nobels]. Rossiyskaya gazeta. January 23, 2019. No. 13 (7771).
4. *Pravo Evropeyskogo Soyuz* [European Union Law]. Edited by S.Yu. Kashkin. Moscow: Yurayt Publ., 2013. Vol. 1: Obshchaya chast. Evropeyskiy Soyuz: ustroystvo i pravoporyadok [General Part. European Union: structure and legal order].
5. Chetverikov A.O. *Organizatsionno-pravovye formy bolshoy nauki (megasayens) v usloviyakh mezhdunarodnoy integratsii: sravnitelnoe issledovanie. Chast I. Megasayens kak nauchnoe i pravovoe yavlenie. Pravovye aspekty funktsionirovaniya megasayens v forme mezhdunarodnykh mezhpravitelstvennykh organizatsiy i natsionalnykh yuridicheskikh lits* [Legal forms of big science (megascience) in the context of international integration: comparative study. Part I. Magaziens as a scientific and legal phenomenon. Legal aspects of megascience in the form of international intergovernmental organizations and national legal entities]. *Yuridicheskaya nauka* [Legal Science]. 2018. No. 1. Pp. 13—27.
6. Chetverikov A.O. *Organizatsionno-pravovye formy bolshoy nauki (megasayens) v usloviyakh mezhdunarodnoy integratsii: sravnitelnoe issledovanie. Chast II. Pravovye aspekty funktsionirovaniya megasayens v forme transnatsionalnykh i nadnatsionalnykh yuridicheskikh lits, mezhdunarodnykh konsortsiumov bez statusa yuridicheskogo litsa, evropeyskikh konsortsiumov issledovate. Dostoinstva i nedostatki raznykh organizatsionno-pravovykh form megasayens. Perspektivy Rossii i Evraziyskogo Ekonomicheskogo Soyuz* [Legal forms of big science (megascience) in the context of international integration: comparative study. Part I. Legal aspects of megascience in the form of transnational and supranational legal entities, international consortia without the status of legal entity consortia of European research infrastructure. The advantages and disadvantages of different organizational-legal forms of megascience. Prospects of Russia and the Eurasian Economic Union]. *Yuridicheskaya nauka* [Legal Science]. 2018. No. 2. Pp. 34—50.
7. Farge Y. L'élaboration du projet ESRF. La coopération européenne dans le domaine du rayonnement synchrotron. Histoire de la recherche contemporaine. La revue du Comité pour l'histoire du CNRS. 2012. T. I. No. 1. Dossier: L'aventure européenne du CNRS. URL: <https://journals.openedition.org/hrc/185> (accessed: 11 February 2019).

С. Ю. Кашкин*

ИСКУССТВЕННЫЙ ИНТЕЛЛЕКТ И РОБОТОТЕХНИКА: ВОЗМОЖНОСТЬ ВТОРЖЕНИЯ В ПРАВА ЧЕЛОВЕКА И ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ЭТИХ ПРОЦЕССОВ В ЕС И МИРЕ¹

Аннотация. В статье анализируются опасности, возникающие перед человеком и современным обществом в свете развития в условиях четвертой промышленной революции искусственного интеллекта и робототехники. Рассматриваются сферы прав человека, которым угрожают эти достижения науки и технологий, если они не будут должным образом контролироваться и регулироваться с использованием правовых достижений. Исследуется исторический и страноведческий аспекты законодательного регулирования применения юнитов искусственного интеллекта и робототехники. Анализируются перспективы столкновения юнитов искусственного интеллекта с интересами человека и человечества, а также возможные правовые механизмы разрешения возникающих между ними конфликтов. С использованием методологии сравнительного правоведения, интеграционного права, международного права, анализа и синтеза рассматриваются новейшие документы Европейского Союза, государств — членов ЕС, США, России, Китая, Южной Кореи и других наиболее репрезентативных стран мира, направленные на эффективное правовое регулирование этой перспективной области развития современного права. Анализируются основные тенденции эволюции современного права науки и технологий, влияющие на жизнь и реализацию прав человека и гражданина на национальном, наднациональном и международном уровне и особенности их правового регулирования. Работа выполнена на междисциплинарном соединении элементов сравнительного правоведения, интеграционного, международного и национального права с обращением к философии, социологии, истории и прогностике. Делаются выводы о возможности использования мировых научных достижений для перспективного развития права Российской Федерации, а также для применения приспособленного к условиям интеграционных организаций с участием РФ положительного зарубежного опыта правового регулирования искусственного интеллекта и робототехники.

Ключевые слова: искусственный интеллект, робототехника, право ЕС, внутреннее право государств, международное право, права человека, правовое регулирование.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.152.7.151-159

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ, грант № 18-29-16150/18.

© Кашкин С. Ю., 2019

* Кашкин Сергей Юрьевич, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой интеграционного и европейского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист Российской Федерации
eul07@mail.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Права человека всегда были самым удобным механизмом для управления поведением людей и эффективным средством влияния государства на общество. Это верно и для интеграционных организаций, в частности для их признанной модели — Европейского Союза. Более того, они были подняты на новый, наднациональный уровень и вступили в интересное взаимодействие как с национальным правом государств, так и с международным правом.

Если весь набор прав и свобод человека и гражданина не был обозначен в момент создания ЕС, точнее ЕОУС, то он имманентно присутствовал еще в коммунитарной идее Монне — Шумана 1950 г.², в том, что государства объединяются на основе неотъемлемых интересов составляющих союз государств и народов, которые состоят из граждан, а следовательно, из интересов людей тоже. В свою очередь, интеграция должна осуществляться поэтапно — и на каждом этапе должно происходить улучшение положения граждан. Это два главных условия любой интеграции.

При этом само предоставление прав гражданам началось не с законодательного закрепления их в учредительных договорах, а с практической деятельности Суда Европейских сообществ. Сначала это были типичные для философии государства всеобщего благоденствия права, а потом они стали расширяться и получили в Хартии Европейского Союза об основных правах 2000 г. самый современный и привлекательный перечень³, который можно рассматривать как своеобразную правовую идеологическую витрину европейской демократии. Кстати, идеология является одним из важнейших инструментов интеграции не только в рамках национальных государств, но и в интеграционных союзах, где она поднимается на наднациональный уровень.

С развалом СССР многие социальные права и социалистические достижения были успешно заимствованы европейским правом и практикой, и идеологическая борьба по вопросам

прав и свобод была завершена в пользу демократии западного толка.

Сегодня, в условиях шестого научно-технологического уклада, происходит всеобъемлющая кардинальная смена миропорядка, в котором меняются экономика, политика, право, идеология, общественные отношения и ценности. Даже объект воздействия идеологии в современных условиях — человеческая личность в индивидуальном плане и общество людей в коллективном смысле — под воздействием искусственного интеллекта и робототехники резко и непредсказуемо меняются.

Возможности эффективного применения искусственного интеллекта и робототехники делают количество человеческого материала, необходимого для обеспечения потребностей новой экономики, избыточным. Поэтому неудивительно, что профессор Фукуяма недавно подчеркнул в качестве тенденции развития современного общества падение интереса к демократии и бюрократизацию внутренней жизни⁴. Борьба за права многочисленных сексуальных и других меньшинств подменяет сегодня заботу о правах человека, демократии, одновременно способствуя и сокращению «ненужного» населения. «Уже более 20 лет Запад вмешивается в дела многих стран под предлогом прав человека. Усиление авторитаризма в многополярном мире, а также недовольство и агрессия по отношению к Западу ставят под сомнение модель глобализации прав человека, о которой мечтали на рубеже веков»⁵.

На пути в будущее, как на картине Васнецова «Три богатыря», мир стоит перед выбором: чьи интересы должны быть основополагающими? Государства, общества или человека?

Традиционные «государственники», естественно, считают главным актором будущего государство и его интересы.

Коммунисты (например, проект С. Глазьева) в качестве основной цели России в ближайшем будущем видят направленность новой «управляемой рыночной экономики» на рост обще-

² Подробнее см.: Кашкин С. Ю., Четвериков А. О. Право Европейского Союза : учебник для бакалавров : в 2 т. / под ред. С. Ю. Кашкина. 4-е изд., перераб. и доп. М. : Юрайт, 2013. Т. 1 : Общая часть. С. 66—68.

³ Европейский Союз : основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями. М. : Инфра-М, 2008. С. 554—569.

⁴ Данилов И. Фукуяма раскрыл секрет Путина и Трампа // РИА Новости. 17.09.2018. URL: <https://ria.ru/20180917/1528675757.html> (дата обращения: 07.03.2019).

⁵ Валь А. дель. Почему либеральная демократия сдает позиции // URL: <https://inosmi.ru/politic/20160328/235889927.html> (дата обращения: 07.03.2019).

ственного благополучия, т.е. общество и его интересы как главную ценность⁶.

Исследователи искусственного интеллекта и законодательства в этой сфере уверенно ставят на первое место человека, личность, его сознание, индивидуальность и защищенность, в том числе и от искусственного интеллекта и робототехники. Я сторонник учета примата интересов человеческой личности в развитии прав человека, ибо, только сохранив личность человека, мы сможем создать достойное общество; интегрировать и соединить интересы человека и общества в будущем призвано справедливое государство с «человеческим лицом».

Как искусственный интеллект и робототехника влияют на права и свободы граждан?

Прежде всего это положительный эффект таких нововведений, который логичен, предсказуем и понятен. На этом подробно останавливаться не будем. А вот опасности и правовые проблемы, которые таит в себе их применение, а также способы защиты интересов человека заслуживают более подробного анализа.

Так, военное применение искусственного интеллекта нарушает самое основное естественное и неотъемлемое право человека — право на жизнь.

Использование юнитов искусственного интеллекта в государственном управлении подбивает идею управления людей людьми на основе демократических процедур и принципов.

Применение основанных на искусственном интеллекте социальных рейтингов, уже используемых в КНР, полностью отвергает принцип равенства граждан, возвращает общество в кастовое прошлое, ведет к управлению на основе страха и насилия государства над бесправной оцифрованной личностью.

Юниты искусственного интеллекта могут быть успешно использованы в процессе судебной деятельности, в том числе для анализа судебной практики и обоснования судебных решений. Это может одновременно привести к нарушению права граждан на справедливое судебное разбирательство. Ускорение рассмотрения судебных дел в таком случае не всегда приводит к гуманизации судебной деятельности и соблюдению принципа справедливости. А ведь это одна из основ современного понятия правового государства, закрепленного в большинстве современных конституций стран мира,

и следует из сути первичных документов Европейского Союза, возводящих эти принципы уже на наднациональный уровень!

Возможность роботизации и всеобъемлющего применения искусственного интеллекта в производстве ставит под вопрос само право человека на труд и использование его результатов. Здесь под ударом оказывается существование всего комплекса трудового права, сначала в области физического труда, а потом и умственного.

Применение технологий искусственного интеллекта позволяет открыто вмешиваться в частную жизнь, сводя на нет это недавно завоеванное людьми право.

Сбор данных об индивидах и другой личной информации также позволяет осуществлять манипулирование правами человека.

Использование искусственного интеллекта создает существенные проблемы в правовом регулировании вопросов принадлежности интеллектуальной собственности. И это в условиях, когда услуги становятся дороже, чем товары, а материальная ценность результатов интеллектуальной и научной деятельности превосходит стоимость услуг, не говоря уже о том, что они определяют перспективы развития человечества. Именно они становятся главными ценностями мира будущего!

В свете развития искусственного интеллекта и робототехники обоснованно возникла проблема признания «электронного лица». Отсюда вопрос правосубъектности юнитов искусственного интеллекта, как и в человеческом обществе, делится на две группы:

- правосубъектность юнитов искусственного интеллекта, сопоставимая с правосубъектностью физического лица;
- правосубъектность юнитов искусственного интеллекта, сопоставимая с правосубъектностью юридического лица.

Необходимо найти такую форму электронного лица, юнита искусственного интеллекта, которая смогла бы на правовом уровне и в правовых формах совместить в себе и мирно сбалансировать подлинно человеческие характеристики и права человека-создателя и то, что привносится искусственным интеллектом.

Громадное значение имеет хрупкая человеческая личность, ее сознание, эмоциональное и чувственное восприятие, пока еще недоступ-

⁶ Глазьев С. Стратегия опережающего развития России в условиях глобального кризиса. М.: Экономика, 2010.

ные машинам. Этим основополагающим качествам человека также угрожает искусственный интеллект. Так, вживление в человека чипов, позволяющих регулировать его поведение, практически может превратить его в робота и обеспечить управление его поведением. Поэтому важнейшим становится вопрос о сохранении человеческой личности, ее суверенитета, подлинно человеческих качеств и об уважении ее достоинства.

Понятие электронного лица и сопоставление его с личностью человека позволяет говорить и еще об одном аналогичном явлении, тесно связанном с человеческой личностью, — о «цифровой (электронной) личности»⁷. Сюда можно отнести целый ряд взаимосвязанных компонентов такой «личности».

Прежде всего это уже свершающаяся на практике почти повсюду в мире цифровая идентификация человека. Она позволяет собирать и хранить всю политическую, финансово-экономическую, деловую, семейно-конфиденциальную, социально-коммуникативную, медицинскую и любую иную информацию, характеризующую личность и могущую повлиять на ее поведение.

Это ведь не что иное, как «цифровой суверенитет личности», который предопределяет все ее существование не только в цифровом, но и в реальном мире.

Это начало «цифровой жизни» (начало сбора электронных данных о человеке) и «цифровая смерть» «цифровой личности» — (заккрытие соответствующих файлов).

Параметры этой жизни предопределяются «цифровыми правами», которые уже могут в той или иной степени регламентироваться законодательством, и «цифровыми обязанностями». Последние, как показывают новейшие правовые акты России, могут обеспечиваться и карательными действиями государства, включая реальное уголовное преследование.

Уже вполне разработан «хард цифровой личности», т.е. электронные инструменты и механизмы, позволяющие оцифровывать явления окружающего мира.

Активно создается «софт цифровой личности», представляющий собой электронные программы искусственного интеллекта, позволяющие разрабатывать алгоритмы управления

поведением людей, которые составляют основу объектного кода этого явления.

«Цифровой софт» закачивается (хозяином или государством) при помощи «цифрового харда» в «цифровую личность» для управления «натуральной человеческой личностью», но последняя не является абсолютно пассивной. Она может как противодействовать этому процессу в меру своих способностей, так и заниматься саморазвитием и самосовершенствованием и формированием или отбором собственного программного обеспечения («софта»). Таким образом, реальный «цифровой софт» «натуральной личности» будет формироваться из двух источников — внешнего и внутреннего.

Соединение «цифровой личности» с натуральной человеческой личностью уже началось на практике, но возможности их объединения с учетом перспектив развития генной инженерии требуют продуманных предупредительных юридических мер, поскольку будущее поколение будет жить по иным правилам, которые необходимо разрабатывать уже сегодня.

Право должно найти тонкую грань между полезными для развития человека возможностями искусственного интеллекта, достижениями машин и одновременно не потерять качества человека — такие как творчество, самостоятельность и оригинальность мышления, гуманизм, доброта, нравственность, этические принципы, мораль, которые и отличают главные достоинства человека.

Как определить на законодательном уровне границу между допустимым «очеловечиванием» искусственного интеллекта и «омашиниванием» человеческой личности?

Как сопоставить искусственный интеллект и его сегодня еще трудно предсказуемую способность к саморазвитию (при этом сделав ее управляемой и регулируемой, с учетом безопасности человека) и естественный интеллект человеческой личности и как рассматривать вероятное соревнование между ними? Возможно ли в этой сфере правовое регулирование и каким оно должно быть?

Создание человекоподобных роботов с искусственным интеллектом для обслуживания дома и оказания различных, в том числе интимных, услуг, в свою очередь, может подорвать

⁷ Подробнее см.: Морхат П. М. Право и искусственный интеллект / под ред. И. В. Понкина. М. : Юнити-Дана, 2018. С. 306—401.

основы человеческой психики, семейных уз и традиционных отношений между мужчиной и женщиной. Соответственно, это может привести к изменениям в институте семьи и к деградации традиционных семейных отношений, с отражением этих процессов и в семейном праве. Это, в свою очередь, влияет на становление и развитие человеческой личности, в том числе и ее гендерной самоидентификации, с трудно предсказуемыми социально-правовыми и морально-психологическими последствиями.

Личность человека формируется в процессе воспитания и образования, куда также усиленно вторгается искусственный интеллект в виде робота-учителя. Но не в меньшей мере личность может быть деформирована и в процессе «человеческого» обучения, направленного на подготовку недумящего обслуживающего персонала (с различным по объему и функционалу набором компетенций).

Это как раз «компетентностный» подход к образованию, который превращает человека в механического исполнителя конкретных функций, ограничивая творческий, нестандартный, критический, конструктивный и неординарный подход, чего требуют постоянно меняющиеся условия жизни. Это противоречит потребностям современного мира, которые состоят не столько в конкретных, легко формируемых и оцениваемых *hard skills* (жестких навыках), сколько в *soft skills* (мягких навыках) — таланте, творческом, неординарном труде, оригинальных решениях. Именно этому компетентностный подход и не учит.

Подготовка «послушного», но неэффективного персонала и избирателя, в том числе и с высшим образованием, осуществляется и путем обучения выбору готовых решений в процессе тестов, вместо обучения анализу и синтезу меняющейся обстановки, способности адекватно на эти изменения реагировать.

Такого рода обучение формирует стандартизированное, «клиповое» мышление, не отвечающее потребностям времени, и оно также создает условия разрушения творческой личности, ее деформации при столкновении с быстро

самообучающимся искусственным интеллектом... В этом вопросе не столько чисто правовая, сколько образовательная составляющая имеет большее значение.

Исследование правового регулирования искусственного интеллекта и робототехники началось в 1970-х гг. в США. Там действовало более 100 университетских образовательных программ, включавших учебные курсы по искусственному интеллекту⁸. Затем, в 1990-е гг., интерес к этой сфере распространился и на ряд других зарубежных стран. Тогда и были приняты первые нормативные документы, регулирующие вопросы использования искусственного интеллекта. С 2015 г. проблематика искусственного интеллекта (ИИ) и робототехники стала признанной проблемой в большинстве стран мира и в интеграционных объединениях, выйдя на наднациональный уровень.

Сегодня в целом можно отметить, что большинство документов в сфере ИИ и робототехники представляют собой рекомендации, всевозможные декларации, хартии и т.д., которые не являются обязательными. Рассмотрим некоторые из них.

Институт инженеров электротехники и электроники (IEEE) разработал три новых стандарта этики для искусственного интеллекта:

1. Стандарт для этического влияния роботизированных и интеллектуальных систем, в котором рассматриваются действия ИИ, явно или косвенно влияющие на поведение и эмоции человека.

2. Стандарт отказоустойчивости для создания эффективных мер безопасности, снижающих риск ошибок, и безопасного прекращения эксплуатации скомпрометированных систем.

3. Стандарт влияния ИИ на благосостояние общества, который должен учитывать, насколько произведенные устройства искусственного интеллекта изменят благосостояние людей, обеспечат рост производительности труда и экономический рост. Это призвано обеспечить основу для согласования данных между различными специалистами⁹.

Министр транспорта Германии в 2018 г. представил доклад «Свод этических норм для

⁸ Хант Э. Искусственный интеллект : пер. с англ. М. : Мир, 1978. С. 11.

⁹ См.: IEEE представил три новых закона робототехники // URL: <https://hightech.fm/2017/11/21/ieee-announces-3-ai-standards> (дата обращения: 07.03.2019).

¹⁰ Ethics Commission Automated and Connected Driving // Federal Ministry of Transport and Digital Infrastructure. URL: https://www.bmvi.de/SharedDocs/EN/Documents/G/ethic-commission-report.pdf?__blob=publicationFile (дата обращения: 07.03.2019).

робомобилей в Германии»¹⁰, в котором содержались 20 рекомендаций для автопроизводителей автомобилей-роботов¹¹.

Этические стандарты для разработчиков ИИ¹² были разработаны и предложены Японским обществом по искусственному интеллекту (JSAI). Они должны лечь в основу деятельности при создании ИИ. Эти этические рекомендации должны послужить моральной основой для того, чтобы члены JSAI лучше понимали свою ответственность перед обществом. К ним относятся такие принципы, как гуманность, законность, уважение частной жизни, честность, безопасность, транспарентность, ответственность перед обществом и др.

Корейская Хартия этических норм для роботов представляет собой документ, включающий 7 статей. Они закрепляют следующие этические стандарты для роботов и людей (примерный текст): стремление к совместному процветанию человека и машины, поддержание достоинства друг друга, создавать роботов по наилучшим образцам, робот-партнер не наносит ущерб человеку, а человек заботится о роботе, в то время как правительство призвано контролировать соблюдение этих правил¹³.

Азиломарские принципы искусственного интеллекта были разработаны и приняты по итогам конференции разработчиков и исследователей в сфере ИИ, прошедшей в 2017 г. в Азиломаре (США). Эти принципы фиксируют гуман-

ные цели, ценности и перспективы создания, использования и исследования явлений ИИ, связь их с наукой, культурой, производством, отказ от использования их во враждебной человечеству деятельности.

В США, в отличие от ЕС, нет системного правового регулирования ИИ и робототехники, однако имеются серьезные правовые акты в отдельных сферах (например, в области автоматизированных транспортных средств) и интересные программы развития робототехники. В то же время спорные вопросы успешно решаются там посредством использования прецедентного права¹⁴. В правовом регулировании использования искусственного интеллекта пока отсутствуют официальные стратегии. Это вызывает обоснованную критику экспертного сообщества¹⁵.

Китай является одним из самых активных участников правового регулирования в сфере ИИ. Он обладает комплексной системой актов, направленных на развитие технологий робототехники и искусственного интеллекта. Прежде всего это 13-й Пятилетний план развития (2016—2020)¹⁶. Этот документ предусматривает совершение «прорыва» в разных аспектах экономики Китая и общее развитие ИИ. Чуть позже КНР приняла План развития робототехнической промышленности (2016—2020) (2016)¹⁷. Следующим актом — Планом развития технологий искусственного интеллекта нового поколения

¹¹ См.: Report on Automated and Connected Driving // Federal Ministry of Transport and Digital Infrastructure. URL: <http://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Pressemitteilungen/2017/128-dobrindt-massnahmenplan-ethikregeln-fahrcomputer.html> (дата обращения: 07.03.2019).

¹² The Japanese Society for Artificial Intelligence Ethical Guidelines // The Japanese Society for Artificial Intelligence (JSAI). URL: <http://ai-elsi.org/wp-content/uploads/2017/05/JSAI-Ethical-Guidelines-1.pdf> (дата обращения: 07.03.2019).

¹³ Примерный текст описывается по: Legal Regulation of Autonomous Systems in South Korea on the Example of Robot Legislation / Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf Minkyu Kim // URL: https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/_migrated/content_uploads/Legal_Regulation_of_Autonomous_Systems_in_South_Korea_on_the_Example_of_Robot_Legislation_-_Hilgendorf_Kim_05.pdf (дата обращения: 07.03.2019).

¹⁴ См., например: *Calo R. Robots in American Law* // Social Science Research Network. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2737598 (дата обращения: 07.03.2019).

¹⁵ Here's how the US needs to prepare for the age of artificial intelligence (April 2018) // Technology Review. URL: <https://www.technologyreview.com/s/610379/heres-how-the-us-needs-to-prepare-for-the-age-of-artificial-intelligence/> (дата обращения: 07.03.2019).

¹⁶ The 13th Five-Year Plan For Economic and Social Development of the People's Republic of China (2016—2020), 2016 // National Development and Reform Commission (NDRC) People's Republic of China. URL: <http://en.ndrc.gov.cn/newsrelease/201612/P020161207645765233498.pdf> (дата обращения: 07.03.2019).

¹⁷ План развития робототехнической промышленности (2016—2020) (2016) [на кит. яз.] // Национальная комиссия развития и реформ (НКРП) Китайской Народной Республики. URL: http://www.ndrc.gov.cn/zcfb/zcfbghwb/201604/t20160427_799898.html (дата обращения: 07.03.2019).

(2017)¹⁸ Китай впервые официально заявил о том, что будущее за технологиями искусственного интеллекта, а КНР намерена стать в этой сфере мировым лидером.

Согласно глобальной государственной программе развития «Сделано в Китае — 2025»¹⁹, Китай к 2030 г. должен стать лидером на рынке робототехники и ИИ.

В нашей стране эти вопросы находятся еще в самой начальной стадии изучения и регулирования²⁰, а потому имеют особое значение и требуют обстоятельного, системного и комплексного изучения.

Одно из наиболее развитых направлений правового регулирования робототехники и искусственного интеллекта было выработано Европейским Союзом. Общая Стратегия единого цифрового рынка для Европы была одобрена Европейским советом в 2015 г.²¹ и включена в перечень 10 приоритетных направлений деятельности Европейской комиссии²². В нее вошли вопросы искусственного интеллекта и робототехники.

10 апреля 2018 г. 25 государств — членов ЕС подписали Декларацию о сотрудничестве в об-

ласти искусственного интеллекта. В ней рассматриваются вопросы повышения технологического и производственного потенциала Европы в области ИИ и его применения для решения таких социально-экономических проблем, как преобразование рынков труда и модернизация систем образования в Европе, включая повышение квалификации и переквалификацию граждан ЕС; обеспечения соответствующих целям и ценностям Союза правовых и этических норм, включая неприкосновенность частной жизни, защиту персональных данных, а также такие принципы, как прозрачность, пропорциональность, подотчетность, и т.д.

Важным реальным шагом к созданию общей платформы искусственного интеллекта для единой Европы стал Проект в области искусственного интеллекта от 1 января 2019 г.²³, сконцентрировавший в себе основные достижения и инвестиции в этой сфере. Робототехника и искусственный интеллект стали одной из самых известных технологических тенденций нашего века²⁴ и одной из реальных инновационных проблем дня сегодняшнего²⁵. Уже сегодня разрабатываются, функционируют и активно

¹⁸ План развития технологий искусственного интеллекта нового поколения 2017 // Официальный Портал правительства КНР. URL: http://www.gov.cn/zhengce/content/2017-07/20/content_5211996.htm (дата обращения: 20.01.2019).

¹⁹ Глобальная государственная программа развития «Сделано в Китае — 2025» // Торгово-промышленная палата США. URL: https://www.uschamber.com/sites/default/files/final_made_in_china_2025_report_full.pdf (дата обращения: 20.01.2019).

²⁰ Морхат П. М. Право и искусственный интеллект. С. 10, 20.

²¹ Communication from the Commission COM(2015) 192 «A Digital Single Market Strategy for Europe». Европейская комиссия полагает, что создание единого цифрового рынка может привести в экономику ЕС 415 млрд евро в год и обеспечить создание сотен тысяч новых рабочих мест. См.: URL: <https://ec.europa.eu>.

²² Juncker J.-C. A New Start for Europe: My Agenda for Jobs, Growth, Fairness and Democratic Change. Political Guidelines for the next European Commission.

Основные приоритеты устанавливаются Председателем Европейской комиссии в рамках его мандата каждые пять лет. Продолжение работы по вопросу искусственного интеллекта посредством совместных действий на территории всего Европейского Союза предусмотрено также Рабочей программой Европейской комиссии на 2019 г. См.: URL: <https://ec.europa.eu>.

²³ Проект AI4EU, лидером которого стала французская компания Thales, объединил 79 исследовательских институтов и предприятий из 21 страны и получил финансирование в сумме 20 млн евро на три года. Европейская комиссия в декабре 2018 г. приняла решение направить 66 млн евро на проекты, призванные помочь малым и средним предприятиям в применении новых цифровых технологий и ИИ.

²⁴ Draft Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics [Проект Отчета с рекомендациями Комиссии по гражданско-правовому регулированию в сфере робототехники] (2015/2103(INL)), 31.05.2016 / Committee on Legal Affairs; European Parliament; Rapporteur: Mady Delvaux // URL: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//ep//nonsgml%2bcomparl%2bpe-582.443%2b01%2bdoc%2bpdf%2bv0//en>. — 22 p. — P. 20.

²⁵ См.: Морхат П. М. Понятие инноваций в науке : Обзор научной мысли : науч. монография / Институт гос.-конф. отношений и права. — М. : Буки Веди, 2015. — 94 с.

применяются юниты искусственного интеллекта. Глобальная выручка от когнитивных систем и искусственного интеллекта, как предполагается, вырастет с 8 млрд долл. в 2016 г. до более 47 млрд долл. США в 2020 г.²⁶

Анализ новейших зарубежных и российских правовых инициатив и решений показывает, что многие из проблем, порождаемых развитием искусственного интеллекта в России, Евразийском Союзе, Европейском Союзе и в мире в целом однотипны и могут и должны решаться совместными усилиями, а потому логично заимствование опыта и достижений друг друга.

Для того чтобы оградить человека от негативного влияния искусственного интеллекта, необходим правовой контроль за создателями, производителями, владельцами, пользователями, арендаторами юнитов искусственного интеллекта, наносящих ущерб людям и имуществу, а также за теми лицами и организациями, которые наносят противозаконный ущерб юнитам искусственного интеллекта.

Добро и возможное зло, исходящие от юнитов искусственного интеллекта, должны быть под четким и строгим правовым контролем человека, их действия необходимо совместить с ответственностью, подотчетностью, а в соответствующих ситуациях — с немедленной прекращаемостью.

Поэтому человечеству, идущему вперед, следует адекватно представлять возможные пути, темпы и последствия этого движения и уметь вовремя остановиться. Отсюда возникает и парадоксальная мысль о необходимости

сти и возможности правового регулирования человеческого инстинкта самосохранения, о коллективном самосохранении человеческого общества в возможном столкновении с искусственным интеллектом и о недопустимости неконтролируемого появления и саморазвития этого инстинкта у интеллектуального робота!

Фундаментальная проблема возможности и необходимости формирования и последовательного совершенствования инстинкта самосохранения человечества в целом, неотделимого от самосохранения самого человека и его личности, является сегодня одной из основных задач всего совокупного комплекса технических, гуманитарных и общественных наук.

При этом нельзя не отметить, что духовность, мораль, нравственность и инстинкт самосохранения человечества, как, собственно, и самого человека, которые должны изменяться и развиваться как естественная реакция на меняющиеся условия жизни и адаптация к ним, меняются медленнее, чем развитие науки и технологий, которые не вполне еще предсказуемы. В этом и состоит одно из основных противоречий, угрожающих существованию человека и человечества.

Именно в этом перспективном ключе и должно, по нашему мнению, идти развитие мысли исследователя правовой науки, как теоретика и законодателя, так и практика, при поиске путей оптимального решения развития отношений между искусственным интеллектом, робототехникой, цифровым миром и сообществом людей.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Глазьев С. Стратегия опережающего развития России в условиях глобального кризиса. — М. : Экономика, 2010. — 287 с.
2. Европейский Союз : основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями. — М. : Инфра-М, 2008. — 698 с.
3. Кашкин С. Ю., Четвериков А. О. Право Европейского Союза : учебник для бакалавров : в 2 т. / под ред. С. Ю. Кашкина. — 4-е изд., перераб. и доп. — М. : Юрайт, 2013. — Т. 1 : Общая часть. — 647 с.
4. Морхат П. М. Понятие инноваций в науке : Обзор научной мысли : науч. монография / Институт гос.-конф. отношений и права. — М. : Буки Веди, 2015. — 96 с.
5. Морхат П. М. Право и искусственный интеллект / под ред. И. В. Понкина. — М. : Юнити-Дана, 2018. — 536 с.
6. Хант Э. Искусственный интеллект : пер. с англ. — М. : Мир, 1978. — 560 с.

Материал поступил в редакцию 25 апреля 2019 г.

²⁶ Firth-Butterfield K., Chae Y., Allgrove B., Kitsara I. Artificial Intelligence Collides with Patent Law [Искусственный интеллект в столкновении с патентным правом] : White Paper / Center for the Fourth Industrial Revolution. Geneva (Switzerland) : World Economic Forum, 2018. 23 p. P. 5.

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND ROBOTICS: THE POSSIBILITY OF INVASION OF HUMAN RIGHTS AND LEGAL REGULATION OF THESE PROCESSES IN THE EU AND THE WORLD²⁷

KASHKIN Sergey Yurevich, Doctor of Law, Professor, Head of the Integration and European Law Department of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Honored Lawyer of the Russian Federation

eul07@mail.ru

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

Abstract. *The paper analyzes the dangers faced by man and modern society in the light of the development of artificial intelligence and robotics in the fourth industrial revolution. The author examines the areas of human rights that are threatened by these advances in science and technology in case they are not properly monitored and regulated through legal advances. The historical and regional aspects of legislative regulation of the use of artificial intelligence units and robotics are investigated. Prospects of collision of artificial intelligence units with interests of the person and mankind, and also possible legal mechanisms of the resolution of the conflicts arising between them are analyzed. Using the methodology of comparative law, integration law, international law, analysis and synthesis, the author considers the latest documents of the European Union, EU member States, the United States, Russia, China, South Korea and other most representative countries of the world aimed at effective legal regulation of this promising area of development of modern law. The paper provides an analysis of the main trends in the evolution of modern law of science and technology that affect the life and realization of human and civil rights at the national, supranational and international level and the peculiarities of their legal regulation. The research is carried out on the interdisciplinary combination of elements of comparative law, integration, international and national law with reference to philosophy, sociology, history and prognostics. Conclusions are drawn on the possibility of using the world scientific achievements for the long-term development of the law of the Russian Federation. It is also possible to apply positive foreign experience of legal regulation of artificial intelligence and robotics adapted to the conditions of integration organizations with the participation of the Russian Federation.*

Keywords: *artificial intelligence, robotics, EU law, domestic law of states, international law, human rights, legal regulation.*

REFERENCES

1. Glazyev S. *Strategiya operezhayushchego razvitiya Rossii v usloviyakh globalnogo krizisa* [Strategy of the advanced development of Russia in the conditions of global crisis]. Moscow: Economics, 2010. 287 p.
2. *Evropeyskiy Soyuz: osnovopolagayushchie akty v redaktsii Lissabonskogo dogovora s kommentariyami* [European Union : Fundamental acts as amended by the Lisbon Treaty with commentaries]. Moscow: Infra-M Publ., 2008. 698 p.
3. Kashkin S.Yu., Chetverikov A.O. *Pravo Evropeyskogo Soyuz: uchebnyk dlya bakalavrov: v 2kh t.* [Law of the European Union : A Textbook for Bachelor Degree Students : in 2 vols. Edited by S.Yu. Kashkin. 4th ed., rev. and suppl. Moscow: Yurayt Publ., 2013. Vol. 1: Obshchaya chast [General part]. 647 p.
4. Morkhat P.M. *Ponyatie innovatsiy v nauke: obzor nauchnoy mysli: nauch. monografiya* [The concept of innovation in science: Overview of scientific thought : monograph]. Moscow: Buki Vedi Publ., 2015. 96 p.
5. Morkhat P.M. *Pravo i iskusstvennyy intellekt* [Law and artificial intelligence]. Edited by I.V. Ponkin. Moscow: Unity Dana Publ., 2018. 536 p.
6. Hunt E. *Iskusstvennyy intellekt* [Artificial intelligence]. Translated from English. Moscow: Mir Publ., 1978. 560 p.

²⁷ The study is supported by Russian Foundation for Basic Research, Grant No. 18-29-16150/18.

Е. К. Антонович*

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ В ДОКАЗЫВАНИИ РЕЗУЛЬТАТОВ ПРОСЛУШИВАНИЯ ТЕЛЕФОННЫХ ПЕРЕГОВОРОВ В УСЛОВИЯХ РАЗВИТИЯ ИНФОРМАЦИОННЫХ ТЕХНОЛОГИЙ (СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА НЕКОТОРЫХ ИНОСТРАННЫХ ГОСУДАРСТВ)¹

Аннотация. Статья посвящена актуальным проблемам использования результатов прослушивания телефонных переговоров в процессе доказывания по уголовным делам с учетом современных требований, предъявляемых к информационным технологиям.

В последние годы появились отдельные исследования по вопросам использования информационных технологий в доказывании. Однако большинство из них касается проблем применения в уголовном судопроизводстве электронных носителей информации и «электронных доказательств». Порядок же проведения анализируемого мероприятия, как и иных оперативно-розыскных мероприятий, регулируется не уголовно-процессуальным законодательством, а законодательством об оперативно-розыскной деятельности. В этой связи в юридической литературе не утихают дискуссии относительно процедуры введения результатов прослушивания телефонных переговоров в уголовное судопроизводство. Исследование различных мнений на этот счет не только представляет интерес для развития научной мысли, но и имеет практическую значимость, так как это обуславливает допустимость доказательств и создает необходимые гарантии обеспечения прав и законных интересов личности в уголовном судопроизводстве. Все это не теряет актуальность и в эпоху цифровизации.

В целях поиска ресурсов для повышения эффективности доказывания в статье анализируется положительный опыт законодательного регулирования в некоторых иностранных государствах как способов использования информационных технологий в процессе прослушивания телефонных переговоров, так и использования в доказывании результатов этого оперативно-розыскного мероприятия. Особое внимание уделено правам и законным интересам личности, вовлеченной в орбиту уголовного судопроизводства.

Ключевые слова: уголовное судопроизводство, оперативно-розыскные мероприятия, доказывание, информационные технологии, цифровизация, прослушивание телефонных переговоров.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.152.7.160-171

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-16041.

© Антонович Е. К., 2019

* Антонович Елена Константиновна, кандидат юридических наук, полковник внутренней службы в отставке, доцент кафедры уголовно-процессуального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

e.ant@inbox.ru

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

Информационные технологии уверенно вошли в нашу жизнь, приобретая значение во всех отраслях. Но наука не стоит на месте, и в последнее время проявляется всё больший интерес к искусственному интеллекту, к его значению не только в робототехнике, но и в решении конкретных проблем. Вопрос об исследовании свойств интеллектуальных систем на предмет выполнения творческих функций, которые традиционно считались прерогативой человека, не является чем-то необычным. Объясняется это тем, что инновации минимизируют риски ошибок: в цифровом мире искусственный интеллект лишен даже намека на просчет, в отличие от человека, пусть даже самого авторитетного профессионала. 4 декабря 2018 г. Европейская комиссия по эффективности правосудия (СЕРЕЈ) Совета Европы приняла первую Европейскую этическую хартию об использовании искусственного интеллекта в судебных системах, устанавливающую этические принципы, касающиеся использования искусственного интеллекта (ИИ) в судебных системах. В качестве одного из основополагающих выделен принцип качества и безопасности в отношении обработки судебных решений с использованием сертифицированных источников и нематериальных данных с моделями, разработанными на междисциплинарной основе, в безопасной технологической среде².

Все больше внимания исследователи уделяют вопросам изучения отдельных проблем, связанных с электронными носителями информации³ и «электронными доказательствами»⁴ в уголовном судопроизводстве.

Что касается приемлемости цифровизации в уголовном судопроизводстве, то здесь требуется выработка общих подходов к ее пониманию и значению в уголовном судопроизводстве.

При этом нельзя забывать о том, что поиск путей наиболее эффективного достижения назначения уголовного судопроизводства невозможен без одновременного обеспечения гарантий соблюдения прав лиц, вовлеченных в уголовное судопроизводство. Именно с этой позиции в эпоху глобальной цифровизации необходимо оптимизировать и правовую основу, обуславливающую возможность использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании.

Мы поддерживаем высказанную в юридической литературе точку зрения о том, что по своей природе средствами познания прошедшего события являются только следы, которые оставлены этим событием в объективной реальности. Но, как справедливо отмечалось в юридической литературе, не каждый такой след может быть использован для познания события. Гарантией отбора «доброкачественных» следов становится особая процессуальная форма получения такой информации⁵.

В контексте обозначенной выше проблемы, связанной с переходом на цифровой формат, нами будут рассмотрены вопросы использования в доказывании результатов прослушивания телефонных переговоров. Наше внимание к исследованию этой проблемы обусловлено тем, что законом не урегулирован способ использования в доказывании таких результатов оперативно-розыскной деятельности. Законодательством об оперативно-розыскной деятельности лишь провозглашена эта возможность⁶. В то время как уголовно-процессуальное законодательство⁷ содержит запрет на использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности, если они не отвечают требованиям, предъявляемым Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации к доказательствам.

² Council of Europe adopts first European Ethical Charter on the use of artificial intelligence in judicial systems // URL: https://search.coe.int/directorate_of_communications/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016808fed10 (дата обращения: 01.03.2019).

³ Соколов Ю. Н. Электронный носитель информации в уголовном процессе // Информационное право. 2017. № 3. С. 22—26.

⁴ Оконенко Р. И. Электронные доказательства как новое направление совершенствования российского уголовно-процессуального права // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 3. С. 120—124; Бикмиев Р. Г., Бурганов Р. С. Собираение электронных доказательств в уголовном судопроизводстве // Информационное право. 2015. № 3. С. 17—21.

⁵ Воскобитова Л. А. Философские аспекты проблем познания в уголовном судопроизводстве // Философские науки. 2013. № 12. С. 27.

⁶ Федеральный закон от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности». Ч. 2 ст. 11 // СПС «КонсультантПлюс».

⁷ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации. Ст. 89 // СПС «КонсультантПлюс».

Небезынтересен в этой связи и зарубежный законодательный опыт об использовании в доказывании такого рода доказательств. Так, законодательством некоторых иностранных государств производство оперативно-розыскных мероприятий рассматривается в качестве способа собирания доказательств. Например, согласно ч. 2 ст. 91 Уголовно-процессуального кодекса Киргизской Республики⁸ собирание доказательств производится в том числе путем следственных оперативно-розыскных действий. В соответствии со ст. 63 Уголовно-процессуального кодекса Эстонской Республики⁹ доказательство — это в том числе и протокол или видеозапись не только следственного действия, судебного заседания, но и оперативно-розыскного мероприятия, а также иной документ и фото- или киноматериал либо иной носитель информации. В соответствии со ст. 87 Уголовно-процессуального кодекса Республики Узбекистан¹⁰ доказательства могут собираться в том числе путем проведения оперативно-розыскных мероприятий.

В юридической литературе мнения по этой проблеме разнятся от полного отрицания возможности непосредственного использования результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств до полного признания их доказательствами в сфере уголовного судопроизводства. Одни авторы обосновывают свою точку зрения о легализации оперативно-розыскной информации, другие — о трансформации формы полученной оперативно-розыскным путем информации. Имеются и иные мнения: о привлечении оперативно-розыскной информации в уголовный процесс; о преобразовании сведений оперативного характера в доказательства по уголовным делам; о переходе результатов оперативно-розыскной деятельности в форму процессуальных доказательств и о введении в уголовный процесс и об использовании в качестве доказательств результатов оперативно-розыскной деятельности;

о переводе результатов оперативно-розыскной деятельности в доказательства. Рассмотрение тех или иных точек зрения представляет практический интерес, поскольку от решения этой проблемы зависит и возможность признания (либо непризнания) за результатами оперативно-розыскной деятельности доказательственного значения, и создание системы гарантий (не только провозглашения, но и реального соблюдения) прав и законных интересов личности в уголовном судопроизводстве. Тем более этот вопрос актуален в том случае, когда при производстве оперативно-розыскного мероприятия были использованы информационные технологии.

В условиях, когда принимаются меры по использованию цифровых технологий для внедрения платформенных решений в практическую деятельность государственных органов, сказанное представляет особое значение. Ведь ряд оперативно-розыскных мероприятий связан с аудио- и видеofиксацией проведенных мероприятий. Так, например, прослушивание телефонных переговоров имеет своей целью получение звукозаписи (фонограммы), которая в определенном порядке может представляться следователю, дознавателю или в суд. Однако судебная практика не исключает и использования в доказывании составленных в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий документов в форме справки о проведении оперативно-розыскных мероприятий¹¹, в том числе включающих в себя стенограммы относящихся к событиям уголовного дела телефонных переговоров¹².

Можно ли рассматривать составление таких справок на основе фонограмм как процесс, обратный цифровизации? Каково соотношение формы и содержания (процедурного и смыслового) в эпоху цифровизации в таких доказательствах, полученных в результате прослушивания телефонных переговоров? Попробуем разобраться.

⁸ Уголовно-процессуальный кодекс Киргизской Республики // URL: https://online.zakon.kz/document/?doc_id=30241915#pos=6;-170 (дата обращения: 01.03.2019).

⁹ Уголовно-процессуальный кодекс Эстонской Республики // URL: <https://v1.juristaitab.ee/ru/zakonodatelstvo/ugolovno-processualnyy-kodeks> (дата обращения: 01.03.2019).

¹⁰ Уголовно-процессуальный кодекс Республики Узбекистан // URL: <http://lex.uz/docs/111463> (дата обращения: 01.03.2019).

¹¹ См., например: апелляционное определение Верховного Суда РФ от 1 февраля 2018 г. № 53-АПУ17-28 // СПС «КонсультантПлюс».

¹² См., например: апелляционное определение Верховного Суда РФ от 3 октября 2017 г. № 205-АПУ17-32сп // СПС «КонсультантПлюс».

Наши рассуждения относительно использования таких сведений в доказывании в российском уголовном судопроизводстве строятся следующим образом.

Прослушивание телефонных переговоров является оперативно-розыскным мероприятием, порядок проведения которых регулируется не уголовно-процессуальным законодательством, а законодательством об оперативно-розыскной деятельности. Чтобы рассматривать фонограммы и справки о проведении оперативно-розыскных мероприятий в качестве доказательств, необходимо оценить их на предмет соответствия ряду предусмотренных законодательством требований. Эти требования условно могут быть выделены в следующие группы:

- требования законодательства, предъявляемые к источнику, субъектам, наделенным полномочиями на проведение данного оперативно-розыскного мероприятия, порядку его проведения и фиксации результатов оперативно-розыскного мероприятия, а также их представления следователю, дознавателю или в суд;
- требования к проведению следственных и иных процессуальных действий на основе таких результатов оперативно-розыскной деятельности, которые были представлены в установленном порядке.

Так, фонограмма с аудиозаписью как результат оперативно-розыскной деятельности должна быть получена при проведении оперативно-розыскного мероприятия, которое включено в перечень ст. 6 Федерального закона от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности», — прослушивания телефонных переговоров. А прослушивание телефонных переговоров, в свою очередь, должно быть проведено оперативным подразделением органа из числа включенных на момент его проведения в перечень органов, осуществляющих оперативно-розыскную дея-

тельность¹³, и только для решения предусмотренных законом задач и целей и при наличии законных оснований. Обратное же обуславливает недопустимость применения полученных результатов в доказывании при производстве по уголовному делу.

Использовать результаты оперативно-розыскных мероприятий в качестве доказательств без соответствующего решения суда либо без копии этого решения в материалах дела не допускается¹⁴. Отсутствие постановлений (или их копий), на основании которых проведены оперативно-розыскные мероприятия (в рассматриваемом случае — прослушивание телефонных переговоров), не позволяет сделать вывод об обоснованности и о законности принятого решения, включая случаи, не терпящие отлагательства. Например, кассационной инстанцией приговор по уголовному делу был изменен: исключены телефонные переговоры двух осужденных как недопустимые доказательства, поскольку на основании судебных постановлений разрешалось прослушивать телефонные переговоры указанных в нем лиц только с момента вынесения таких постановлений, но не содержалось решение о законности и об обоснованности уже проведенных мероприятий как не терпящих отлагательства¹⁵.

В некоторых государствах, даже несмотря на неотложность таких оперативно-розыскных мероприятий, для их проведения все-таки требуется разрешение суда, которое может быть передано способом, позволяющим его воспроизведение¹⁶.

Современные цифровые технологии могли бы стать не только способом получения звукозаписи (фонограммы) телефонных переговоров, но и способом повышения эффективности последующего судебного контроля, а в некоторых случаях — способом обеспечения предварительного судебного контроля прослушивания телефонных переговоров. Это потребует внесе-

¹³ Перечень органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, содержится в ч. 1 ст. 13 Федерального закона от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности».

¹⁴ См., например: определение Конституционного Суда РФ от 15 июля 2008 г. № 460-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Букреева Владимира Викторовича на нарушение его конституционных прав отдельными положениями статей 5, 11 и 12 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» и пунктом 13 Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд» // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁵ Кассационное определение Верховного Суда РФ от 13 декабря 2012 г. № 48-О12-110 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁶ См., например: Уголовно-процессуальный кодекс Эстонской Республики. Ч. 3 ст. 126-4.

ния соответствующих изменений в законодательство¹⁷, в том числе с учетом правовых позиций Европейского Суда по правам человека о выявленных недостатках «экстренной процедуры», о наличии «обоснованного подозрения» в отношении соответствующего лица либо проверки «необходимости» и «пропорциональности»¹⁸ такой процедуры.

В условиях цифровизации возможно также рассмотрение вопроса о создании банка таких судебных решений, которые при соблюдении требований безопасности всегда могли бы обеспечить проверку законности и обоснованности принимаемых решений в оптимально короткий срок.

Помимо того что прослушивание телефонных переговоров должно происходить в установленном законом порядке, результаты этого оперативно-розыскного мероприятия также должны быть надлежащим образом зафиксированы. Однако в российском уголовно-процессуальном законодательстве отсутствуют требования технического характера, предъявляемые к устройствам, обеспечивающим запись прослушиваемых телефонных переговоров, и, соответственно, к материальным носителям информации, на которые записываются телефонные переговоры. Предусмотрено лишь требование к хранению фонограмм, полученных в результате прослушивания телефонных переговоров: они должны храниться в опечатанном виде в условиях, которые исключают возможность их прослушивания и тиражирования посторонними лицами¹⁹. Однако очевидно, что этой формулировки недостаточно.

Законодательно закрепленный запрет на использование для фиксации телефонных переговоров носителей информации, помимо тех, которые используются для однократной записи информации, когда изменение имеющейся на данном носителе информации (стирание или

повторная запись) технически невозможно, с одной стороны, обусловил бы отсутствие искажений записываемой информации, а с другой — создал бы гарантии соблюдения прав тех лиц, чьи телефонные переговоры прослушиваются.

Представление результатов оперативно-розыскной деятельности также должно происходить в установленном законом порядке²⁰: на основании постановления, вынесенного руководителем того органа, которым осуществляется оперативно-розыскная деятельность, и в предусмотренном ведомственными нормативными актами порядке²¹. И в этой связи может возникнуть вопрос: что же считать результатом оперативно-розыскной деятельности — саму фонограмму с записью телефонных переговоров или справку, подготовленную сотрудниками правоохранительных органов? Законодательство об оперативно-розыскной деятельности лишь предписывает, что в том случае, когда возбуждается уголовное дело в отношении лица, чьи телефонные переговоры прослушиваются, и фонограмма, и бумажный носитель записи переговоров должны быть направлены следователю для приобщения их к уголовному делу в качестве вещественных доказательств. А вот дальнейшая их судьба регламентируется уже уголовно-процессуальным законодательством.

Примечательна в этой связи правовая позиция Конституционного Суда РФ, отраженная в ряде его решений: результаты оперативно-розыскных мероприятий являются не доказательствами, а лишь сведениями об источниках тех фактов, которые, будучи полученными с соблюдением требований Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», могут стать доказательствами только после закрепления их надлежащим процессуальным путем, а именно на основе соответствующих норм

¹⁷ В том числе в ст. 8 Федерального закона от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности».

¹⁸ См., например: Постановление ЕСПЧ от 7 ноября 2017 г. «Дело «Константин Москалев (Konstantin Moskalev) против Российской Федерации»» (жалоба № 59589/10) // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁹ См.: Федеральный закон от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности». Ст. 8.

²⁰ См.: Федеральный закон от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности». Ст. 11.

²¹ Таким нормативным правовым актом в настоящее время является Инструкция о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд, утвержденная приказом МВД России № 776, Минобороны России № 703, ФСБ России № 509, ФСО России № 507, ФТС России № 1820, СВР России № 42, ФСИН России № 535, ФСКН России № 398, СК России № 68 от 27 сентября 2013 г. // СПС «КонсультантПлюс».

уголовно-процессуального закона, то есть так, как это предписывается ч. 1 ст. 49 и ч. 2 ст. 50 Конституции РФ²².

Аналогичную позицию занимает и Верховный Суд РФ, рекомендуя судам обращать внимание на то, что результаты оперативно-розыскных мероприятий, связанные с ограничением конституционных прав граждан могут быть использованы в качестве доказательств по делам, только когда они получены по разрешению суда на проведение таких мероприятий и проверены следственными органами в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством²³.

Таким образом, представленные в установленном порядке следователю результаты оперативно-розыскной деятельности должны быть путем производства следственных или иных уголовно-процессуальных действий введены в уголовное судопроизводство. На основании таких процессуальных действий составляются, в частности, протоколы осмотров и прослушивания фонограмм. То есть лишь после производства осмотра и приобщения к материалам дела фонограмма, содержащая запись телефонных переговоров, и соответствующая справка могут рассматриваться как доказательства по этому уголовному делу. Такую справку можно воспринимать как производное доказательство, а фонограмму с записями — как первоначальное. Как следует из предписаний уголовно-процессуального законодательства, ни одно из доказательств не имеет заранее установленной

силы. Следовательно, несмотря на использование информационных технологий, исключать из процесса доказывания справки, подготовленные по результатам оперативно-розыскного мероприятия, нецелесообразно. Ведь не исключает же следователь из числа доказательств показания свидетеля, не являющегося очевидцем произошедшего. Между тем содержание таких доказательств должно быть идентично. Недопустимы искажения информации как из-за несовершенства информационных технологий, так и из-за деятельности человека. И такие требования должны быть предусмотрены в уголовно-процессуальном законодательстве.

Если сравнить с таким следственным действием, как контроль и запись телефонных переговоров²⁴, то можно прийти к следующему выводу. При определенном сходстве требований к условиям хранения фонограммы в уголовно-процессуальном законодательстве и в законодательстве об оперативно-розыскной деятельности вопросы, касающиеся полноты и способа фиксации сведений, сохраняемых на материальном носителе, а также осмотра фонограммы, подготовленной по итогам оперативно-розыскного мероприятия и следственного действия, в значительной степени различаются.

Что касается вида доказательств, то, толкуя буквально Федеральный закон от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности», и фонограмму, и справку следует рассматривать как вещественное доказательство. Однако для лица, производящего

²² Например: определение Конституционного Суда РФ от 4 февраля 1999 г. № 18-О «По жалобе граждан М. Б. Никольской и М. И. Сапронова на нарушение их конституционных прав отдельными положениями Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»»; определение Конституционного Суда РФ от 25 ноября 2010 г. № 1487-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Клещ Елены Владимировны на нарушение ее конституционных прав частью первой статьи 75 и статьей 89 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации»; определение Конституционного Суда РФ от 25 января 2012 г. № 167-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Лункина Вячеслава Владимировича и Лункина Виталия Владимировича на нарушение их конституционных прав частью второй статьи 11 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», пунктом 4 части второй статьи 38, частью первой статьи 86 и статьей 89 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации»; определение Конституционного Суда РФ от 24 сентября 2012 г. № 1738-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Ракова Евгения Николаевича на нарушение его конституционных прав частями третьей и пятой статьи 6 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», частью третьей статьи 56 и частью второй статьи 79 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

²³ См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия». П. 14 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁴ См.: УПК РФ. Ч. 7 ст. 186.

расследование, важны не форма, а содержание фонограммы и справки. Следовательно, в перечне видов доказательств, изложенном в ч. 2 ст. 74 УПК РФ, эти доказательства можно рассматривать как иные документы. Такой подход корреспондирует и предписаниям ст. 84 УПК РФ.

Тем не менее специфика информационных технологий позволяет задуматься над рассмотрением вопроса о возможности выделения аудио- и видеозаписей в отдельный вид доказательств.

Так, в российском гражданском²⁵, административном²⁶, арбитражном судопроизводстве²⁷ аудио- и видеозаписи указаны отдельно в перечне доказательств.

Имеется и положительный законодательный опыт некоторых иностранных государств о выделении видео- и аудиоматериалов в качестве отдельного вида доказательств в уголовном судопроизводстве. Например, в соответствии со ст. 42 Уголовно-процессуального кодекса Китайской Народной Республики²⁸ в числе семи видов доказательств отдельно выделены видео- и аудиоматериалы. В статье 81 Уголовно-процессуального кодекса Республики Узбекистан в перечне видов доказательств выделены материалы звукозаписи, а также видеозаписи и кинофотосъемки. На основании ч. 2 ст. 92 Уголовно-процессуального кодекса Республики Молдова²⁹ в качестве доказательств допускаются фактические данные, установленные с помощью таких средств, как аудио- и видеозаписи, фотографии.

Следовательно, и положительный опыт других отраслей российского права, и законодательный опыт некоторых иностранных государств свидетельствуют о том, что переосмысление подходов к ведению аудио- и видеозаписей в современной системе видов доказательств не так уж безосновательно.

Любое доказательство оценивается с точки зрения относимости, допустимости и достоверности, а все собранные доказательства в совокупности исследуются на предмет достаточности для разрешения уголовного дела³⁰. Также доказательства должны быть проверены³¹. Их проверка производится судом такими способами, как сопоставление с другими имеющимися в уголовном деле доказательствами, установление их источников либо получение других доказательств, которые подтвердят или опровергнут проверяемое доказательство.

Представляется справедливой точка зрения о том, что существующие виды судопроизводства должны иметь некие общие основания, вытекающие из природы и основных характеристик самой судебной власти, притом что особенности материально-правовой природы правового спора могут потребовать специфики процессуальных процедур и будут обуславливать различия видов судопроизводства³².

И в этой связи интересна судебная практика относительно исследования в ходе самого судебного заседания не только расшифровки, но и собственно фонограмм телефонных переговоров путем прослушивания их аудиозаписи, произведенной в ходе оперативно-розыскного мероприятия, в различных видах судопроизводства.

Как показал анализ правоприменительной деятельности, подходы Верховного Суда Российской Федерации при оценке и проверке аудиозаписей несколько различаются не только в зависимости от вида судопроизводства, но и в рамках отдельного, в данном случае уголовного, судопроизводства.

Так, Верховный Суд РФ не рассматривает в качестве обстоятельств, влекущих признание доказательств недопустимыми, не только представление записей телефонных переговоров

²⁵ См.: ГПК РФ. Ч. 1 ст. 55.

²⁶ См.: Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации. Ч. 2 ст. 59 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁷ См.: Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации. Ч. 4 ст. 64 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁸ Уголовно-процессуальный кодекс Китайской Народной Республики // URL: http://chinalawinfo.ru/procedural_law/law_criminal_procedure (дата обращения: 01.03.2019).

²⁹ Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30397729#pos=6;-155 (дата обращения: 01.03.2019).

³⁰ См.: УПК РФ. Ч. 1 ст. 88.

³¹ См.: УПК РФ. Ст. 87.

³² Воскобитова Л. А. Предметная область судебной власти и виды судопроизводства // Судебная власть и уголовный процесс. 2017. № 1. С. 61.

в виде копий, записанных на компакт-диске, в том числе отдельных фрагментов осуществленной записи³³, но и отсутствие в протоколе осмотра дисков дословного изложения содержания всех разговоров, имеющих значение для дела³⁴.

Неоднородна и позиция Верховного Суда РФ относительно способа проверки доказательств, в частности необходимости прослушивания в ходе судебного заседания фонограмм с записями телефонных переговоров. Так, в одном случае при производстве по уголовному делу признанные вещественными доказательствами аудиокассеты, на которых содержатся записи переговоров, приобщенные к материалам дела, исследовались при производстве фоноскопической экспертизы и были признаны судом допустимыми доказательствами. Однако в судебном заседании, несмотря на заявленное ходатайство, аудиокассеты не прослушивались, содержащиеся в них записи по существу не исследовались на том основании, что «они содержат большое количество нецензурных выражений». Это послужило основанием к отмене приговора в суде кассационной инстанции³⁵. В другом случае отсутствие прослушивания в ходе судебного следствия дисков с аудиозаписями, содержащими телефонные переговоры, не было рассмотрено в качестве обстоятельства, ставящего под сомнение допустимость таких доказательств, как протоколы осмотра и прослушивания телефонных переговоров, исследуемых в судебном заседании путем оглашения их в полном объеме³⁶.

Несколько иной подход имеется в правоприменительной практике при рассмотрении гражданских дел. Такой подход обусловлен требованиями законодательства. Суд, оценивая копию документа или иного письменного доказательства, проверяет его на предмет возможного изменения его содержания при копировании

по сравнению с оригиналом, изучается сам технический прием выполнения копирования для выяснения того, гарантирует ли проведенное копирование тождественность оригинала и его копии, а также выясняется, каким образом сохранялась эта копия документа. Причем суд не признает доказанными обстоятельства, подтвержденные лишь копией документа, в том случае, если оригинал этого документа утрачен и не передан в суд, представленные сторонами копии не являются тождественными и невозможно установить подлинное содержание оригинала документа посредством иных доказательств³⁷.

Так, например, замена судом личного восприятия исследуемых первоначальных доказательств (в рассматриваемом случае это была видеозапись телепрограммы) и своей собственной оценки на оценку производных доказательств (экспертных заключений), в результате чего основой для принятия решения стало только производное доказательство (экспертное заключение), привело к отмене решения по делу. Суд надзорной инстанции расценил указанные действия суда как совершенные с нарушением принципа непосредственного исследования видеозаписей телепрограммы как доказательств по делу³⁸.

Интересна позиция законодателя относительно возможности воспроизведения аудио- и видеозаписей в арбитражном судопроизводстве: это допустимо не только в зале судебного заседания, но и в другом помещении, которое специально оборудовано для этого. Что касается самого факта такого воспроизведения аудио- и видеозаписей, то он должен быть зафиксирован в протоколе судебного заседания³⁹.

Регламентация оснований и порядка воспроизведения фонограмм, полученных в результате прослушивания телефонных переговоров, в зале судебного заседания или ином специаль-

³³ Апелляционное определение Верховного Суда РФ от 17 января 2018 г. № 48-АПУ17-30 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁴ Апелляционное определение Верховного Суда РФ от 2 февраля 2016 г. № 81-АПУ16-1 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁵ Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 16 февраля 2004 г. № 8-004-5 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁶ Апелляционное определение Верховного Суда РФ от 12 апреля 2018 г. № 49-АПУ18-2 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁷ См.: ГПК РФ. Ч. 6 и 7 ст. 67.

³⁸ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 5 октября 2010 г. № 5-В10-67 // СПС «ГАРАНТ».

³⁹ См.: АПК РФ. Ч. 2 ст. 162.

но оборудованном для этой цели помещении в уголовном судопроизводстве должна быть направлена, с одной стороны, на обеспечение единообразного режима воспроизведения аудио- и видеодоказательств в различных видах судопроизводства с учетом разграничения доказательств на «оцифрованные» и «полученные при помощи информационных технологий», в том числе цифровых. При этом необходимо учитывать, что при оцифровке справок может быть искажено содержание информации. Ну, а с другой стороны, необходимо гарантировать соблюдение прав и законных интересов участвующих в уголовном судопроизводстве лиц. Так, случаи полного оглашения результатов прослушивания телефонных переговоров могут ограничиваться предусмотренными законом требованиями соблюдения предписаний ст. 56 и 241 УПК РФ. Обуславливая реализацию такого общего условия судебного разбирательства, как непосредственность и устность, используемый при рассмотрении дел при других видах судопроизводства подход может быть использован и в уголовном судопроизводстве, но при условии возможности участия сторон в состязательном процессе.

Особый интерес в этой связи представляет законодательная конструкция в административном судопроизводстве. Так, воспроизведение аудио- и видеозаписей может осуществляться, как и в арбитражном судопроизводстве, не только в зале судебного заседания, но и в ином помещении, специально оборудованном для этого. Однако законодатель предъявляет не только требования к фиксации этого факта, но и объявляет о необходимости указывать в протоколе судебного заседания основные характеризующие данные оборудования и носителей информации, а кроме того — время воспроизведения такой записи. Допускается и повтор-

ное воспроизведение. Далее на суд возлагается обязанность заслушать объяснения тех лиц, которые участвуют в деле⁴⁰.

В уголовном судопроизводстве также могут быть допрошены не только лица, чьи телефонные разговоры прослушивались, но и сотрудники правоохранительных органов. Эти сотрудники нередко вызываются для сообщения сведений, полученных в результате их восприятия, о ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий. Пленум Верховного Суда РФ в одном из своих постановлений рекомендует аудио- и видеозаписи, изъятые предметы и документы осматривать и приобщать к уголовному делу; обнаруженные вещества подвергать экспертным исследованиям; а также допрашивать при необходимости лиц, участвовавших в проведении оперативно-розыскных мероприятий, в качестве свидетелей⁴¹. При рассмотрении конкретных дел Верховный Суд РФ признает допустимыми показания свидетелей — сотрудников правоохранительных органов об обстоятельствах проведения оперативно-розыскных мероприятий⁴², о тех фактах, которые они лично наблюдали⁴³ или слушали; когда эти показания не были направлены на подмену ими показаний подсудимых, а касались обстоятельств проведения оперативно-розыскных мероприятий, направленных на обнаружение и раскрытие совершенных подсудимыми преступлений⁴⁴. При этом Верховный Суд РФ указывает на то, что показания таких свидетелей необходимо соотносить с представленными результатами оперативно-розыскных мероприятий, в том числе прослушивания телефонных переговоров⁴⁵. В то же время показания свидетеля — сотрудника, осуществляющего оперативное сопровождение дела, в части воспроизведения сведений, которые ему стали известны из беседы с обвиняемым после его задержания в отсутствие его

⁴⁰ См.: КАС РФ. Ч. 2 ст. 167.

⁴¹ См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 ноября 2016 г. № 55 «О судебном приговоре». П. 9 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴² См., например: апелляционное определение Верховного Суда РФ от 13 августа 2015 г. № 48-АПУ15-31 ; апелляционное определение Верховного Суда РФ от 17 декабря 2015 г. № 46-АПУ15-21 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴³ Апелляционное определение Верховного Суда РФ от 26 января 2017 г. № 8-АПУ16-8 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴⁴ Апелляционное определение Верховного Суда РФ от 29 ноября 2017 г. № 78-АПУ17-30СП ; апелляционное определение Верховного Суда РФ от 29 ноября 2017 г. № 78-АПУ17-30СП // СПС «КонсультантПлюс».

⁴⁵ Апелляционное определение Верховного Суда РФ от 17 декабря 2015 г. № 46-АПУ15-21 // СПС «КонсультантПлюс».

защитника, не могут быть использованы в качестве доказательства его виновности⁴⁶.

Аналогичную позицию по данному вопросу занимает и Конституционный Суд РФ, обращая внимание на то, что законодательство не запрещает вызывать на допрос в качестве свидетелей по уголовному делу сотрудников правоохранительных органов. В то же время их показания должны быть проверены и оценены по общим правилам доказывания — с точки зрения их относимости и допустимости, в том числе с соблюдением п. 2 ч. 2 ст. 75 УПК РФ, согласно которому к недопустимым доказательствам относятся показания свидетелей, основанные на догадке, предположении или слухе, а также показания свидетелей, которые не могут указать источник своей осведомленности⁴⁷.

Более того, вызов на допрос указанных лиц создает стороне защиты гарантию обеспечения в рассматриваемом деле возможности провести перекрестный допрос сотрудников, непосредственно получивших сведения о фактах, которые после закрепления их процессуальным путем использовались в качестве доказательства стороной обвинения.

Таким образом, можно констатировать, что и Конституционный Суд РФ, и Верховный Суд РФ допускают возможность использования в доказывании показаний сотрудников правоохранительных органов об обстоятельствах проведения оперативно-розыскных мероприятий, если они не направлены на подмену показаний подсудимых. При этом выводы суда о виновности подсудимых не должны быть основаны исключительно на показаниях сотрудников правоохранительных органов, а должны быть подтверждены достаточной совокупностью допустимых

и достоверных доказательств, собранных на предварительном следствии и исследованных в судебном заседании с участием сторон. Наряду с иными доказательствами, показания этих свидетелей подлежат проверке и оценке по общим правилам доказывания с точки зрения их относимости, допустимости, в том числе с соблюдением п. 2 ч. 2 ст. 75 УПК РФ. Такая проверка возможна путем прослушивания фонограммы аудиозаписей телефонных переговоров, а также исследования протоколов осмотра, показаний свидетелей и т.д.

В то же время в случае признания полученных на основе результатов оперативно-розыскной деятельности доказательств недопустимыми, по мнению Верховного Суда РФ, они не могут быть восполнены путем производства допроса сотрудников органов, осуществлявших оперативно-розыскные мероприятия⁴⁸. Точно так же, как не могут быть взяты судом за основу и показания оперативных сотрудников, содержащие их выводы, которые не подтверждены результатами оперативно-розыскной деятельности⁴⁹.

Недопустимо и совмещение в одном лице различных участников уголовного судопроизводства. Так, в одном из своих решений Верховный Суд РФ посчитал, что показания свидетеля — сотрудника полиции об обстоятельствах оперативно-розыскного мероприятия «прослушивание телефонных переговоров», а также протокол осмотра подлежат исключению из числа доказательств, поскольку ранее этот сотрудник участвовал в осмотре и прослушивании аудиодисков с записями телефонных переговоров, в ходе которого давал комментарии о принадлежности голосов разговаривавших и содержании бесед⁵⁰.

⁴⁶ См., например: апелляционное определение Верховного Суда РФ от 6 июля 2017 г. № 48-АПУ17-12 ; апелляционное определение Верховного Суда РФ от 23 декабря 2014 г. № 72-АПУ14-63 ; Апелляционное определение Верховного Суда РФ от 9 декабря 2013 г. № 14-АПУ13-17 ; Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за январь — июль 2014 года (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 1 сентября 2014 г.) // СПС «КонсультантПлюс».

⁴⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 27 июня 2017 г. № 1394-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Леонтьева Михаила Александровича на нарушение его конституционных прав частью третьей статьи 56 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

⁴⁸ См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 ноября 2016 г. № 55 «О судебном приговоре». П. 9 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴⁹ См., например: апелляционное определение Верховного Суда РФ от 24 августа 2017 г. № 91-АПУ17-4 // СПС «КонсультантПлюс».

⁵⁰ См., например: апелляционное определение Верховного Суда РФ от 14 декабря 2017 г. № 5-АПУ17-118 // СПС «КонсультантПлюс».

Таким образом, в пору всеохватывающей цифровизации, когда всеобщее внимание приковано к решению вопроса о возможности оцифровки материалов уголовного дела, нельзя недооценивать необходимость предельно ясной законодательной регламентации использования информационных технологий при производстве оперативно-розыскных мероприятий (в том числе при прослушивании телефонных переговоров), при хранении и передаче следователю результатов оперативно-розыскной деятельности. Не менее важна и процедура введения результатов прослушивания телефонных переговоров в уголовное су-

допроизводство. Ведь все это обуславливает доброкачественность доказательств. Что касается проверки и оценки таких доказательств, то весьма полезным в процессе совершенствования правовых основ может стать как анализ других отраслей права, так и законодательный опыт иностранных государств. Представляется, что предлагаемый законодательный вектор позволит сделать шаг на пути создания правовой основы для правоприменительной деятельности на единой цифровой площадке как в пределах различных стадий уголовного судопроизводства, так и в рамках различных видов судопроизводства.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Бикмиев Р. Г., Бурганов Р. С. Собираение электронных доказательств в уголовном судопроизводстве // Информационное право. — 2015. — № 3. — С. 17—21.
2. Воскобитова Л. А. Предметная область судебной власти и виды судопроизводства // Судебная власть и уголовный процесс. — 2017. — № 1. — С. 59—67.
3. Воскобитова Л. А. Философские аспекты проблем познания в уголовном судопроизводстве // Философские науки. — 2013. — № 12. — С. 21—30.
4. Оконенко Р. И. Электронные доказательства как новое направление совершенствования российского уголовно-процессуального права // Актуальные проблемы российского права. — 2015. — № 3. — С. 120—124.
5. Соколов Ю. Н. Электронный носитель информации в уголовном процессе // Информационное право. — 2017. — № 3. — С. 22—26.

Материал поступил в редакцию 21 апреля 2019 г.

THE USE OF WIRETAPPING RESULTS IN ESTABLISHMENT OF EVIDENCE IN CONDITIONS OF DEVELOPING INFORMATION TECHNOLOGIES (COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS OF THE RUSSIAN FEDERATION LEGISLATION AND SOME FOREIGN COUNTRIES LEGISLATION)⁵¹

ANTONOVICH Elena Konstantinovna, PhD in Law, Internal Service Colonel in Retirement, Associate Professor of the Department of Criminal Procedure Law of the Kutafin Moscow State University (MSAL) e.ant@inbox.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The paper covers the current problems of applying the wiretapping results in the process of establishment of evidence in criminal cases, taking into account the modern requirements for information technology. In recent years, there have been some studies on the use of information technology in establishment of evidence. However, most of them deal with the problems of the use of electronic media and «electronic evidence» in criminal proceedings. The order of the analyzed event, as well as other operational investigative measures, is regulated not by the criminal procedural legislation, but by the legislation on investigative activities. In this connection, in the legal literature, discussions regarding the procedure of introduction of the wiretapping results in criminal proceedings are not dying out. The study of different opinions is not only of interest for the development of scientific thought, but also has practical significance, since it determines the admissibility of evidence and creates*

⁵¹ The study is carried out with the financial support of the Russian Foundation for Basic Research, Research Project No. 18-29-16041.



the necessary guarantees to ensure the rights and legitimate interests of the individual in criminal proceedings. All this does not lose the relevance in the era of digitalization.

In order to search for resources to improve the efficiency of establishment of evidence, the paper provides an analysis of the positive experience of legislative regulation in some foreign countries both as ways to use information technology in the process of wiretapping, and the use of the wiretapping results in establishment of evidence. Special attention is given to the rights and legitimate interests of the person involved in the orbit of criminal proceedings.

Keywords: *criminal proceedings, operational investigative measures, evidence, information technology, digitalization, wiretapping.*

REFERENCES

1. Bikmiev R.G., Burganov R.S. *Sobiranie elektronnykh dokazatelstv v ugovnom sudoproizvodstve* [Gathering electronic evidence in criminal proceedings]. *Informatsionnoe pravo* [Information law]. 2015. No. 3. Pp. 17—21.
2. Voskobitova L.A. *Predmetnaya oblast sudebnoy vlasti i vidy sudoproizvodstva* [The subject area of the judiciary and court procedure]. *Sudebnaya vlast i ugovnyy protsess* [Judicial power and criminal procedure]. 2017. No. 1. Pp. 59—67.
3. Voskobitova L.A. *Filosofskie aspekty problem poznaniya v ugovnom sudoproizvodstve* [Philosophical aspects of the problems of knowledge in criminal procedure]. *Filosofskie nauki* [Philosophical Sciences]. 2013. No. 12. Pp. 21—30.
4. Okonenko R.I. *Elektronnye dokazatelstva kak novoe napravlenie sovershenstvovaniya rossiyskogo ugovno-protsessualnogo prava* [Electronic evidence as a new direction of improvement of the Russian criminal procedure law]. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava* [Actual problems of the Russian law]. 2015. No. 3. Pp. 120—124.
5. Sokolov Yu.N. *Elektronnyy nositel informatsii v ugovnom protsesse* [Electronic media in criminal procedure]. *Informatsionnoe pravo* [Information law]. 2017. No. 3. Pp. 22—26.

УСЛОВИЯ ОПУБЛИКОВАНИЯ И ТРЕБОВАНИЯ К ПРЕДОСТАВЛЯЕМЫМ В ЖУРНАЛ МАТЕРИАЛАМ И ИХ ОФОРМЛЕНИЮ

Более подробная информация содержится на сайте журнала lexrussica.msal.ru

1. В журнале публикуются результаты научных исследований и научные сообщения авторов, изложенные в форме научных статей или рецензий в соответствии с тематикой журнала (далее — статьи).
2. Направление автором статьи для опубликования в журнале считается акцептом, т.е. согласием автора на заключение лицензионного договора о передаче права использования статьи в журнале «Актуальные проблемы российского права».
3. Автор направляет в редакцию журнала статью согласно условиям и порядку предоставления и опубликования статей, а также требованиям к оформлению статей, размещенным на сайте журнала. При несоблюдении указанных требований редакция оставляет за собой право вернуть статью автору без рассмотрения.
4. Требования к содержанию и объему статей:
 - объем статьи должен составлять от 25 до 40 тыс. знаков (с пробелами, с учетом сносок), или 15–20 страниц (формат А4; шрифт Times New Roman, высота шрифта — 14 пунктов; межстрочный интервал — полторный; абзацный отступ — 1,25 см. Поля: левое — 3 см, правое — 1,5 см, верхнее и нижнее — 2 см). Опубликование материалов меньшего или большего объема должно согласовываться с главным редактором журнала;
 - статья должна быть написана на актуальную тему, должна отвечать критерию новизны, содержать определенное новаторство в подходе к изучаемой теме/проблеме;
 - в статье должны быть отражены результаты научного исследования, основанного на анализе теоретических конструкций, нормативных актов, материалов правоприменительной практики;
 - материал статьи не должен быть только описательным, констатировать существующее положение вещей (статьи, значительная часть которых воспроизводит нормативный материал, будут отклоняться);
 - в материале должна быть соблюдена фактологическая и историческая точность;
 - необходимо обращать внимание на аккуратное использование заимствованного материала, точность цитирования. Ответственность за правильность данных в сносках и пристатейном библиографическом списке несет автор.
5. При оформлении ссылок необходимо руководствоваться библиографическим ГОСТом 7.0.5-2008. В журнале используются подстрочные ссылки, вынесенные из текста вниз страницы (в сноску). Нумерация сплошная (например, с 1-й по 32-ю). Сноски набираются шрифтом Times New Roman, высота шрифта — 12 пунктов, межстрочный интервал — одинарный, абзацный отступ — 1,25. Примеры оформления сносок приводятся на сайте журнала.
6. В библиографический список включается только использованная при написании статьи научная литература. В список не включаются нормативные акты, судебная практика и иные правоприменительные документы или их проекты. Требования к оформлению списка литературы в целом совпадают с требованиями к оформлению ссылок. В списке все работы перечисляются в алфавитном порядке, сначала идут материалы на русском языке, затем — на иностранных языках.

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: 20,22 усл.-печ.л. (15,40 а. л.), формат 60x84¹/₈. Тираж 150 экз. Дата выхода в свет 29.07.2019.

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.

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.

ВЕСТНИК УНИВЕРСИТЕТА ИМЕНИ О.Е. КУТАФИНА (МГЮА)

- ✓ Свидетельство о регистрации СМИ — ПИ № ФС77-67361 от 5 октября 2016 г., ISSN 2311-5998;
- ✓ издается с 2014 г. — ежемесячно;
- ✓ входит в перечень ВАК России;
- ✓ включен в Российский индекс цитирования (РИНЦ) и Ulrich's Periodicals Directory;
- ✓ каждой статье присваивается индивидуальный международный индекс DOI;
- ✓ отдельные материалы размещаются в СПС «ГАРАНТ» и в электронной библиотеке «КиберЛенинка».

Отличие «Вестника» от журналов, уже издаваемых Университетом (Lex Russica, «Актуальные проблемы российского права»), и от других российских периодических изданий в том, что каждый его выпуск посвящен отдельной отрасли правовых знаний, например трудовому праву и праву социального обеспечения, международному, финансовому праву и т.д.

Журнал знакомит:

- ✓ с основными направлениями развития юридической науки;
- ✓ с актуальными проблемами теории и истории права и государства;
- ✓ конкретных отраслей права; сравнительного правоведения;
- ✓ методики преподавания правовых и общегуманитарных дисциплин, а также иностранных языков в юридическом вузе;
- ✓ с правоприменительной практикой;
- ✓ с путями совершенствования российского законодательства;
- ✓ с известными российскими и зарубежными учеными, их теоретическим наследием;
- ✓ с материалами конференций и круглых столов, проведенных в Университете или с участием профессорско-преподавательского состава Университета в других российских и зарубежных научных центрах;
- ✓ с новой юридической литературой.



KUTAFIN UNIVERSITY LAW REVIEW

Мультиотраслевой научный юридический журнал, который издается на английском языке с сентября 2014 г. и выходит два раза в год. Журнал нацелен на интеграцию российской правовой науки в мировое юридическое сообщество, организацию диалога правоведов по актуальным проблемам теоретической и практической юриспруденции, расширение кругозора и интеллектуальных горизонтов представителей российского правоведения, повышение узнаваемости и авторитета наших ученых-юристов.

Журнал публикует статьи известных и начинающих ученых, юристов-практиков, а также студентов и аспирантов. Главный критерий отбора публикаций — это качество содержания, которое отражает талант автора, его эрудицию и профессионализм в исследуемой сфере, добросовестность и глубину проведенного анализа, использование богатого арсенала научной методологии, актуальность проблематики и новизну результатов проведенного исследования.

Данное издание создает уникальную возможность писать и публиковать научные статьи на английском языке в целях существенного расширения профессиональной читательской аудитории, повышения индекса цитирования, выхода на международный научный уровень.

В качестве авторов, членов редакционного совета и редакционной коллегии с журналом Kutafin University Law Review сотрудничают выдающиеся российские и зарубежные специалисты в различных областях юриспруденции.

The best ideas are always welcomed!



Редакционная подписка на журналы Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Журналы Университета распространяются через объединенный каталог «Пресса России» и интернет-каталог агентства «Книга-Сервис».

Подписаться на журнал можно с любого месяца. Подписные индексы журналов:

«Актуальные проблемы российского права» – 11178, Lex Russica – 11198, «Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)» – 40650.

Будем рады видеть Вас в числе подписчиков!

ISSN 1729-5920



9 771729 592008