

LEX RUSSICA

научный юридический журнал

Том 73
№ 6 (163) 2020
ИЮНЬ

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

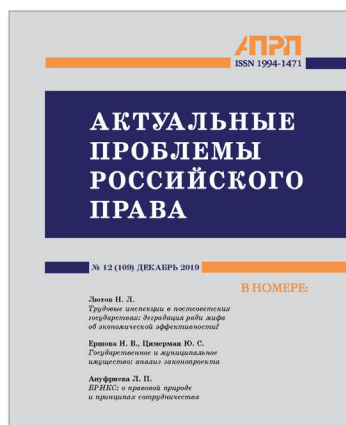
Проблема фактического
воспитания ребенка:
методологический взгляд

Границы личного
пространства преподавателя
и рабочего пространства
образовательной
организации (правовой
аспект)

Понятие экономической
деятельности в современном
праве России

Алгоритмическая
прозрачность
и подотчетность: правовые
подходы к разрешению
проблемы «черного ящика»

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РОССИЙСКОГО ПРАВА



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

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

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

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

ВЕСТНИК УНИВЕРСИТЕТА ИМЕНИ О.Е. КУТАФИНА (МГЮА)



- ✓ Свидетельство о регистрации СМИ — ПИ № ФС77-67361 от 5 октября 2016 г., ISSN 2311-5998;
- ✓ издается с 2014 г. — ежемесячно;
- ✓ входит в перечень ВАК России;
- ✓ включен в Российский индекс цитирования (РИНЦ) и Ulrich's Periodicals Directory;
- ✓ каждой статье присваивается индивидуальный международный индекс DOI;
- ✓ отдельные материалы размещаются в СПС «ГАРАНТ» и в электронной библиотеке «КиберЛенинка».

Отличие «Вестника» от журналов, уже издаваемых Университетом (Lex Russica, «Актуальные проблемы российского права»), и от других российских периодических изданий в том, что каждый его выпуск посвящен отдельной отрасли правовых знаний, например трудовому праву и праву социального обеспечения, международному, финансовому праву и т.д.

Журнал знакомит:

- ✓ с основными направлениями развития юридической науки;
- ✓ с актуальными проблемами теории и истории права и государства;
- ✓ конкретных отраслей права; сравнительного правоведения;
- ✓ методики преподавания правовых и общегуманитарных дисциплин, а также иностранных языков в юридическом вузе;
- ✓ с правоприменительной практикой;
- ✓ с путями совершенствования российского законодательства;
- ✓ с известными российскими и зарубежными учеными, их теоретическим наследием;
- ✓ с материалами конференций и круглых столов, проведенных в Университете или с участием профессорско-преподавательского состава Университета в других российских и зарубежных научных центрах;
- ✓ с новой юридической литературой.

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

ПРЕДСЕДАТЕЛЬ РЕДАКЦИОННОГО СОВЕТА

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

ЗАМЕСТИТЕЛЬ ПРЕДСЕДАТЕЛЯ РЕДАКЦИОННОГО СОВЕТА

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

ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР

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

ЗАМЕСТИТЕЛЬ ГЛАВНОГО РЕДАКТОРА

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

ОТВЕТСТВЕННЫЙ СЕКРЕТАРЬ

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

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Материалы журнала включены в систему Российского индекса научного цитирования.

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

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

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

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

НОГО Срето — профессор Университета Джона Нейсбита, доктор юридических наук, 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), г. Белград, Сербия

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

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

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

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

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

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

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

ФЕДОРОВ Александр Вячеславович — кандидат юридических наук, профессор, заместитель председателя Следственного комитета Российской Федерации, генерал-полковник, главный редактор журнала «Наркоконтроль», г. Москва, Россия

тер ХААР Берил — доцент Лейденского университета, г. Лейден, Нидерланды

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

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

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

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

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

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

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

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

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

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

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

Материалы журнала включены в систему Российского индекса научного цитирования.
Журнал включен в базы данных: Ulrich's, РГБ, Cyberleninka, Library of Congress, IPRbooks.

Издается
с 1948 года

LEX RUSSICA

Научный юридический журнал

Том 73
№ 6 (163)
июнь 2020

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

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

РЕГИСТРАЦИЯ СМИ	Журнал зарегистрирован Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор) ПИ № ФС77-58927 от 5 августа 2014 г.
ISSN	1729-5920 (Print), 2686-7869 (Online)
ПЕРИОДИЧНОСТЬ	12 раз в год
УЧРЕДИТЕЛЬ И ИЗДАТЕЛЬ	Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего образования «Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)» Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
АДРЕС РЕДАКЦИИ	Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993 Тел.: 8 (499) 244-88-88 (доб. 687). E-mail: lex-russica@yandex.ru
САЙТ	https://lexrussica.msal.ru
ПОДПИСКА И РАСПРОСТРАНЕНИЕ	Свободная цена Журнал распространяется через объединенный каталог «Пресса России» и интернет-каталог агентства «Книга-Сервис» Подписной индекс 11198 Подписка на журнал возможна с любого месяца
ТИПОГРАФИЯ	Отпечатано в Издательском центре Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
ВЫПУСКНЫЕ ДАННЫЕ	Дата выхода в свет: 22.06.2020 Объем 19,64 усл. печ. л. (16,07 а. л.), формат 60×84/8 Тираж 150 экз. Печать цифровая. Бумага офсетная
Переводчики	<i>Н. М. Головина, А. Н. Митрущенкова</i>
Редактор	<i>М. В. Баукина</i>
Корректор	<i>А. Б. Рыбакова</i>
Компьютерная верстка	<i>Д. А. Беляков</i>

При использовании опубликованных материалов журнала ссылка на *Lex russica* обязательна.
Полная или частичная перепечатка материалов допускается только по письменному разрешению авторов статей или редакции.
Точка зрения редакции не всегда совпадает с точкой зрения авторов публикаций.

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

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

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

CHAIRPERSON OF THE COUNCIL OF EDITORS

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

VICE-CHAIRPERSON OF THE COUNCIL OF EDITORS

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

CHIEF EDITOR

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

DEPUTY CHIEF EDITOR

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

EXECUTIVE SECRETARY

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

COUNCIL OF EDITORS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Akio KOMORIDA — Professor of Kanagawa University, Yokohama, Japan

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

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

Recommended by the Higher Attestation Commission of the Ministry of Science and Higher Education of the Russian Federation for publication of results of doctoral theses.

Materials included in the journal Russian Science Citation Index.

The Journal is included in Ulrich's, RSL, Cyberleninka, Library of Congress, IPRbooks databases.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Beryl ter HAAR — Assistant Professor of Leiden University, Leiden, The Netherlands

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

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

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

EDITORIAL BOARD

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

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

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

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

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

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

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

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

Published
in 1948

LEX RUSSICA
Scientific Journal of Law

Vol. 73
№ 6 (163)
June 2020

**THE CERTIFICATE
OF MASS MEDIA REGISTRATION**

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

ISSN

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

PUBLICATION FREQUENCY

12 issues per year

FOUNDER AND PUBLISHER

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

EDITORIAL OFFICE. POSTAL ADDRESS

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

WEB-SITE

<https://lexrussica.msal.ru>

SUBSCRIPTION AND DISTRIBUTION

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

PRINTING HOUSE

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

SIGNED FOR PRINTING

22.06.2020.
Volume: 19,64 conventional printer's sheets (16.07 author's sheets),
format: 60×84/8
An edition of 150 copies. Digital printing. Offset paper

Translators

N. M. Golovina, A. N. Mitrushchenkova

Editor

M. V. Baukina

Proof-reader

A. B. Rybakova

Computer layout

D. A. Belyakov

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

Recommended by the Higher Attestation Commission of the Ministry of Science and Higher Education of the Russian Federation for publication of results of doctoral theses.

Materials included in the journal Russian Science Citation Index.

The Journal is included in Ulrich's, RSL, Cyberleninka, Library of Congress, IPRbooks databases.

СОДЕРЖАНИЕ

ЮБИЛЕЙ / LIBER AMICORUM

- Чупова М. Д., Филиппова Т. П., Румянцева В. Г.**
Метафизика власти и закона И. А. Исаева. К юбилею ученого 9

ЧАСТНОЕ ПРАВО / JUS PRIVATUM

- Комиссарова Е. Г.** Проблема фактического воспитания ребенка: методологический взгляд 18
- Малеина М. Н.** Границы личного пространства преподавателя
и рабочего пространства образовательной организации (правовой аспект) 33
- Терентьева Л. В.** Правовая природа оговорок в отношении
арбитражных центров, разрешающих споры по процедуре UDRP 44
- Шувалов И. И.** Понятие экономической деятельности в современном праве России 61

ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО / JUS PUBLICUM

- Лубенникова С. А.** Об оценке эффективности деятельности
исполнительных органов государственной власти Российской Федерации 68

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО / JUS GENTIUM

- Гуласарян А. С.** Правовые вопросы структуры и деятельности
международных энергетических объединений в современном мире 77

НАУКИ КРИМИНАЛЬНОГО ЦИКЛА / JUS CRIMINALE

- Бодаевский В. П.** Социальная обусловленность установления
уголовной ответственности и наказания военнослужащих 97
- Смушкин А. Б.** О природе электронной цифровой криминалистики 110

ТЕОРИЯ ПРАВА / THEORIA LEX

- Назмутдинов Б. В.** Критические концепции государства
и их значение для российской юриспруденции: введение в проблематику 122

КИБЕРПРОСТРАНСТВО / CYBERSPACE

- Кутейников Д. Л., Ижаев О. А., Зенин С. С., Лебедев В. А.** Алгоритмическая прозрачность
и подотчетность: правовые подходы к разрешению проблемы «черного ящика» 139

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ / COMPARATIVE STUDIES

- Кокотова М. А.** Критерии подбора членов муниципальных общественных палат
и советов в России и экономических, социальных и экологических советов во Франции 149

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА / NOVUS LEX

- Пархоменко Д. А.** Совершение преступления впервые:
обоснованность введения в уголовный закон и значение среди других обстоятельств 160

CONTENTS

ANNIVERSARY / LIBER AMICORUM

- Chupova M. D., Filippova T. P., Rumyantseva V. G.**
Igor A. Isaev's Metaphysics of Power and Law. On Scholar's Anniversary 9

PRIVATE LAW / JUS PRIVATUM

- Komissarova E. G.** The Problem of Actual Parenting: A Methodological View 18
- Maleina M. N.** Boundaries of the Private Space (Privacy) of an Educator
and the Working Space of the Educational Organization (A Legal Aspect) 33
- Terentyeva L. V.** Legal Nature of Clauses Determining
Arbitration Centers Resolving Disputes under the UDRP 44
- Shuvalov I. I.** The Concept of Economic Activity in Contemporary Law of Russia 61

PUBLIC LAW / JUS PUBLICUM

- Lubennikova S. A.** Evaluation of the Governmental Agency Effectiveness in the Russian Federation 68

INTERNATIONAL LAW / JUS GENTIUM

- Gulasaryan A. S.** Legal Issues of the Structure and Activities
of International Energy Associations in the Modern World 77

CRIMINAL SCIENCES / JUS CRIMINALE

- Bodaevskiy V. P.** Social Conditionality of Establishing
Criminal Responsibility and Punishment for Military Personnel 97
- Smushkin A. B.** The Nature of Electronic Digital Forensics 110

THEORY OF LAW / THEORIA LEX

- Nazmutdinov B. V.** Critical Concepts of the State and their Significance
for Russian Jurisprudence: Introduction to the Problem 122

CYBERSPACE / CYBERSPACE

- Kuteynikov D. L., Izhaev O. A., Zenin S. S., Lebedev V. A.** Algorithmic Transparency
and Accountability: Legal Approaches to Solving the "Black Box" Problem 139

COMPARATIVE LEGAL STUDIES / COMPARATIVE STUDIES

- Kokotova M. A.** Criteria for Selecting Members of Municipal Public Chambers
and Councils in Russia and Economic, Social and Environmental Councils in France 149

THE IMPROVEMENT OF LEGISLATION / NOVUS LEX

- Parkhomenko D. A.** Committing a Crime for the First Time:
Validity of the Introduction of the Criminal Law and the Significance of other Circumstances 160

ЮБИЛЕЙ LIBER AMICORUM

Ректорат и профессорско-преподавательский состав Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), а также редакция научного юридического журнала Lex russica поздравляют Игоря Андреевича Исаева, доктора юридических наук, профессора, заслуженного деятеля науки Российской Федерации, заведующего кафедрой истории государства и права Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), с юбилеем и желают крепкого здоровья, неиссякаемой жизненной энергии, творческого вдохновения, надежных единомышленников и талантливых учеников!

DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.009-017

М. Д. Чупова*,
Т. П. Филиппова**,
В. Г. Румянцева***

Метафизика власти и закона И. А. Исаева. К юбилею ученого

Аннотация. Статья посвящена юбилейным событиям в жизни и творчестве крупного российского историка права Игоря Андреевича Исаева. 11 июня 2020 г. нашему коллеге, выдающемуся историку права, доктору юридических наук, профессору, заслуженному деятелю науки Российской Федерации Игорю Андреевичу исполняется 75 лет. Кроме того, 30 лет И. А. Исаев возглавляет кафедру истории государства и права ВЮЗИ — МЮИ — МГЮА — Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). С конца 1980-х гг. наш вуз занимает ведущее место в области юридического образования, что стало возможно благодаря научному потенциалу: привлечению наиболее одаренных и профессиональных ученых и преподавателей, которые создают и поддерживают академическую традицию, внедряют инновации. Одним из руководителей команды, добившейся этого успеха и заслужившей авторитет в юридическом мире, является И. А. Исаев. В материале анализируются основные произведения ученого. Представлены его взгляды, в частности в статье указано, что в своих исследованиях он затрагивает области истории государства и права, право-

© Чупова М. Д., Филиппова Т. П., Румянцева В. Г., 2020

* Чупова Мария Дмитриевна, кандидат юридических наук, доцент, заместитель заведующего кафедрой истории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
kafedra-igp@mail.ru

** Филиппова Татьяна Петровна, кандидат юридических наук, доцент, заместитель заведующего кафедрой истории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
kafedra-igp@mail.ru

*** Румянцева Валентина Геннадьевна, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры истории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
kafedra-igp@mail.ru

вой идеологии, правовой культуры и правового символизма, истории политических и правовых учений, философии права. Биография И. А. Исаева — это путь настоящего ученого, главными событиями которого стали написанные труды, многочисленные ученики и жизнь коллектива кафедры истории, формирование которого невозможно без создания атмосферы свободного научного творчества, профессиональной солидарности и взаимной поддержки.

Ключевые слова: Игорь Андреевич Исаев; ученый; юриспруденция; наука; образование; творчество; история; государство; право; Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Для цитирования: Чупова М. Д., Филиппова Т. П., Румянцева В. Г. Метафизика власти и закона И. А. Исаева. К юбилею ученого // *Lex russica*. — 2020. — Т. 73. — № 6. — С. 9—17. — DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.009-017.

Igor A. Isaev's Metaphysics of Power and Law. On Scholar's Anniversary

Maria D. Chupova, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Deputy Head of the Department of History of the State and Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
kafedra-igp@mail.ru

Tatyana P. Filippova, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Deputy Head of the Department of History of the State and Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
kafedra-igp@mail.ru

Valentina G. Rumyantseva, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Department of History of the State and Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
kafedra-igp@mail.ru

Abstract. The paper deals with the events devoted to the anniversary of an outstanding Russian historian of law, Prof. Igor A. Isayev. On June 11, 2020, our colleague, prominent historian of law, Doctor of Legal Sciences, Professor, Honoured Worker of Science of the Russian Federation Igor A. Isaev turns 75 years old. In addition, for 30 years Prof. Isayev has been the Head of the Department of History of the State and Law, first, at All-Russian Law Correspondence Institute that was later renamed into Kutafin Moscow State Academy of Law (MSAL) and, later, Kutafin Moscow State Law University (MSAL). Since the late 1980s, our University has taken a leading place in the field of legal education, which became possible due to its scholarly potential: the involvement of the most gifted and professional scholars, professors and educators who create and maintain an academic tradition, introduce innovations. Igor A. Isayev has become one of the leaders of the team that has achieved this success and earned credibility in the legal world is. The paper presents his views. In particular, the paper highlights that in his research Igor A. Isaev addresses the fields of history of the State and law, legal ideology, legal culture and legal symbolism, history of political and legal doctrines, and the philosophy of law. Igor Isaev's life history represents the way of a real scholar, the milestones of his life are represented by written works, numerous pupils and the life of the faculty of the Department of History of the State and Law, the formation of which is impossible without creating an atmosphere of academic freedom, professional solidarity and mutual support.

Keywords: Igor A. Isayev; scholar; jurisprudence; science; education; creativity; history; state; law; Kutafin Moscow State Law University.

Cite as: Chupova MD, Filippova TP, Rumyantseva VG. Metafizika vlasti i zakona I.A. Isaeva. K yubileyu uchenogo [Igor A. Isaev's Metaphysics of Power and Law. On Scholar's Anniversary]. *Lex russica*. 2020;73(6):9—17. DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.009-017. (In Russ., abstract in Eng.).

2020 год связан с двумя юбилейными событиями в жизни известного отечественного историка права, доктора юридических наук, профес-

сора, заслуженного деятеля науки Российской Федерации Игоря Андреевича Исаева — 75-летие со дня рождения (11 июня) и 30-летие на

посту руководителя кафедры истории государства и права ВЮЗИ — МЮИ — МГЮА — Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). Знаменательно и то, что 55 лет имя ученого неразрывно связано с вузом: окончив его в 1969 г., И. А. Исаев стал для нашего коллектива примером человека, влюбленного в наше общее дело — юриспруденцию.

Круг научных интересов И. А. Исаева составляют проблемы истории права и истории идей, правовой идеологии, философии и социологии права, сравнительного исследования правовых культур и типов власти. Исследование глубинных начал и истоков правовой культуры сочетается с анализом конкретных и актуальных проблем современности. Сегодня в ряде регионов страны (Москва, Санкт-Петербург, Краснодар, Махачкала, Курск и др.) сложились научные школы и направления, основанные на трудах и научных исследованиях И. А. Исаева.

Первые научные работы И. А. Исаева предвосхитили современный интерес к нэпу как альтернативному пути развития социалистического общества. А для того чтобы затрагивать подобную проблематику в 1970-х гг., мало было одного научного предвидения и таланта, требовалась определенная гражданская позиция. В советской науке преобладал взгляд, отдающий предпочтение административно-командным методам регулирования экономики, — автор в своих работах подчеркивал уникальную роль, которую способен сыграть в условиях многоукладной экономики частный капитал. Опыт нэпа, тщательно и критически исследованный, давал обильную пищу научным размышлениям И. А. Исаева:

- 1972 г. — кандидатская диссертация на тему «Государственно-правовое регулирование частного капитала в народном хозяйстве СССР в первые годы нэпа, 1921—1925 гг.»;
- 1986 г. — монография «Становление хозяйственно-правовой мысли в СССР в годы нэпа»;
- 1987 г. — докторская диссертация «Правовые формы хозяйственного строительства в многоукладной экономике СССР 20-х годов: историко-теоретическое исследование».

Анализ правового воздействия на экономику ученым осуществлялся сразу на трех уровнях:

- правовая идеология;
- нормативно-правовая система;
- правоприменение.

В монографии о развитии хозяйственно-правовой мысли И. А. Исаев обстоятельно ис-

следовал основные концепции и правовые взгляды ведущих юристов 1920-х гг., таких как М. А. Рейснер, Е. Б. Пашуканис, П. И. Стучка. Идеологический уровень правовой реальности, выраженный в правосознании и идеологических стереотипах, вышел непосредственно на формирование организационно-правовых и хозяйственно-правовых структур общества. Уже тогда ученый открывает устойчивое противостояние между идеей и нормой, нормой и фактом, характерное для переходного общества, что будет развито и в последующих работах: в 1980-х гг. автор апробирует свой вывод в целом ряде публикаций в философских, социологических, экономических и, разумеется, правовых изданиях (журналы «Вопросы философии», «Вопросы экономики», «Социологические исследования» и др.). Им подробно проанализированы основные постулаты психологической, социологической и нормативистской правовой теории. При этом исследование концептов самым тесным образом переплеталось с исследованием правовых институтов и системы норм, а метод исторического анализа сочетался с теретическими обобщениями.

В 1974—1975 гг. И. А. Исаев стажировался в Карловом университете в Праге, где работает с фондами Русского заграничного архива, и одним из первых в СССР публикует ряд статей по истории евразийства и русской юридической науки за рубежом. В Чехословакии ученый изучает архивы Русского юридического факультета 1920—1930-х гг., публикует ряд статей на чешском языке, посвященных проблемам правовой идеологии тех лет. Им были обнаружены и введены в научный оборот материалы по истории создания государственно-правовых проектов самых разных политических объединений и групп:

- неизданные работы П. Н. Милюкова и В. М. Чернова;
- государственно-политические программные документы евразийцев (с архивом П. Н. Савицкого автор много работал), младороссов и др.

В целом И. А. Исаев одним из первых поднял научную проблему евразийства и актуализировал ее. Евразийские идеи «правлящего отбора», «демотической государственности», «идеи-правительницы» и другие сочетали в себе глубокую национальную традицию и современный научный подход. Проблема евразийства давала основание для выработки уникальной геополитической концепции, учитывающей особое

положение России в мире. В историческом контексте евразийство сближалось с другим идейным течением — сменовеховством, игравшим заметную роль в идеологических перипетиях 20-х гг. в условиях нэпа. Оба течения оказали несомненное влияние на формирование политических идей тогдашней России. В начале 1990-х в издательстве «Русская книга» выходит несколько томов, содержащих манифесты российских политических и общественных движений, — «Вехи», «Из глубины», «Смена вех», «Утверждения евразийцев», предисловия и комментарии к которым подготавливает И. А. Исаев. Впервые отдельным изданием в «Литературном обозрении» выходит в свет текст «Смены вех» с обширным комментарием ученого.

Изучение программных документов малоизвестных в то время движений подсказало еще одну важную проблему — утопического политико-правового сознания и его роли для развития права. В 1991 г. в монографии «Политико-правовая утопия в России в конце XIX — начале XX в.» И. А. Исаев рассмотрел все основные течения утопического сознания XIX—XX вв., оказавшие влияние на становление и развитие российской государственности и права. Подчеркивался преимущественно консервативный акцент течений, явно превалявший над либеральными тенденциями. Такие ключевые фигуры, как К. Н. Леонтьев, славянофилы, Л. А. Тихомиров, евразийцы и др., сформировали идейный фундамент всего последующего развития консервативного политического сознания в России. Соотношение реформы и контрреформы актуализировалось в 1990-х гг. в постсоветской России. Здоровый политический консерватизм — надежное средство, способное защитить переходное общество от срывов и катаклизмов, чему И. А. Исаев посвящает ряд публикаций в печати (газета «Сегодня») и научных изданиях (журнал «Право и жизнь»).

Ученый постоянно занимается популяризацией историко-правовой науки в России и за рубежом как организатор и участник международных и национальных форумов: на международных встречах и конференциях представляет свои идеи о геополитических перспективах России, об особенностях ее правовой системы, об особой роли государства в российской экономике, об устойчивости консервативных традиций, о функциях власти в массовом обществе.

В издании Международной академии высшей школы подготавливаются к печати работы

по методологическим проблемам — «История права как открытая наука», «Алхимический символизм как метод средневекового политического мышления» и др. В 1980 г. ученый читал лекции в Эстонии (Тартуский университет), где обратился к проблемам юридической семиотики. Там была опубликована его работа (в соавторстве) о символической системе власти в произведениях Ф. Кафки. В 2010 г. работа была переиздана в Польше. С этого времени И. А. Исаев уделяет большое внимание вопросам символической интерпретации власти и права, изучая различные символические системы, заключенные в мифологии, герменевтике, алхимии и религии.

В 1994 г. кропотливым трудом автора создан знаменитый учебник по курсу истории государства и права России, построенному по уникальному методу, позволяющему сочетать сложность рассматриваемых вопросов с четкостью изложения и доходчивостью для читателя. Учебник впервые включил ранее не рассматривавшиеся материалы, такие как:

- государственные решения на территориях белых армий в годы Гражданской войны;
 - политико-правовые режимы на оккупированных территориях в годы Великой Отечественной войны;
 - проекты правовых систем и законоположений;
 - программы политических партий с их правовыми и государственными проектами и пр.
- Учебник является базовым курсом по данной дисциплине, выдерживает множество переизданий и пользуется популярностью в вузах нашей страны и зарубежья.

Кроме того, в свет выходит следующая учебная литература:

- учебник по истории правовых и политических учений России в соавторстве (1995);
- том антологии по истории мировой правовой мысли (1999);
- спецкурс «Правовая культура России» (2010);
- учебник «История государства и права зарубежных стран» (2012).

С 1998 г. И. А. Исаев обращается к проблеме взаимоотношений власти и закона в широком историческом и культурном контексте. Небольшая книга, которая была представлена читателю в тот год, дает название всему циклу трудов: «Метафизика власти и закона». Вскоре появляется целая серия монографических исследований:

- «Politica hermetica: скрытые аспекты власти» (2000);
- «Власть и закон в контексте иррационального» (2005);
- «“Топос и номос”: пространства правопорядков» (2007);
- «Господство. Очерки политической философии» (2008);
- «Солидарность как политико-правовое состояние» (2009);
- «Идея порядка в консервативной ретроспективе» (2011);
- «Теневая сторона закона: иррациональное в праве» (2012);
- «Мифологемы закона: право и литература» (2015);
- «Суверенитет: закрытое пространство власти» (2016).

Цель многомерного комплексного исследования — обнаружение скрытых иррациональных мотивов и факторов, определяющих взаимодействие власти и закона. Многие тайные механизмы правовой истории, по мысли И. А. Исаева, не поддаются рациональному анализу, они действуют спонтанно, но их приходится учитывать, с ними приходится считаться. Так, «Метафизика власти и закона»¹ раскрывает нам, что в христианской хронологии границы закона устанавливаются Ветхим Заветом и Апокалипсисом. В таких рамках закон подвергается существенной трансформации по своему смыслу, целям и средствам.

В произведении «Politica hermetica: скрытые аспекты власти»² делается упор на невидимые механизмы правового воздействия на общество и человека. Впервые в правовом исследовании предпринята попытка проанализировать гностическую парадигму дуалистического восприятия политического мира, властных сфер и закона. В этом ключе гностический миф связывается автором с более поздними построениями Блаженного Августина («Два града») и дихотомией закона и благодати. И. А. Исаеву удается выделить в этих символических системах собственно правовые и политические аспекты. Символическая интерпретация применена к практике и идеям социализма и либерализма, в которых

автором обнаруживаются некие магические и метафизические черты. Вторжение в политическую историю масс и машин коренным образом меняет представления о политике, государстве и праве: рождается тотальное пространство властвования, где по-прежнему сохраняются «тайна и маски».

«Власть и закон в контексте иррационального»³ — работа о мифополитической интерпретации категорий власти и закона. Магические и юридические параллели формируют сакральное пространство власти, которое наполнено борьбой тайных сил. Здесь И. А. Исаев намечает некоторые темы, развитые в последующих монографиях, — номоса и сакральной географии, «священной империи», соотношения закона и греха. В связи с дилеммой нормы и формулы обстоятельно исследуются такие категории, как язык закона, юридическая фикция, кодификация и др.

В работе «“Топос и номос”: пространства правопорядков»⁴ представлены такие проблемы, как: пространственные пределы права; соотношение категорий «господство» и «суверенитет», «сферы власти» и «круги закона».

В качестве наглядного примера используются кафкианские символы «процесса», раскрывающие иррациональный характер закона и «иррациональную рациональность» бюрократии. Символ Левиафана, использованный Т. Гоббсом (и интерпретированный К. Шмитом) для изображения государства, позволяет автору монографии обстоятельно проанализировать политическую борьбу «косвенных сил». Различного рода корпорации, ордена, тайные общества составляли политический «космос», внедряя в него и легализуя свои «тайные законы».

Книга «Господство. Очерки политической философии»⁵ посвящена теме политического господства, у которого, по мнению автора, большие перспективы в современном мире. В оценке различных аспектов проблемы И. А. Исаев ссылается на идеи Г. Гегеля, Ж. де Местра и Ф. Ницше. Понятие господства выводится из пересечения социальных, политических, психологических и правовых факторов. Автор использует термин «юрисдикция насилия», позволяющий сочетать разные аспекты

¹ Исаев И. А. Метафизика власти и закона. М. : Юристъ, 1998. 254 с.

² Исаев И. А. Politica hermetica: скрытые аспекты власти. М. : Юристъ, 2000. 411 с.

³ Исаев И. А. Власть и закон в контексте иррационального. М. : Юристъ, 2005. 478 с.

⁴ Исаев И. А. «Топос и номос»: пространства правопорядков. М. : Норма, 2007. 416 с.

⁵ Исаев И. А. Господство. Очерки политической философии. М. : Норма, 2008. 352 с.

и подходы к проблеме. В очерках политической философии представлено соотношение феномена «господство» с такими категориями, как власть, насилие, диктатура, тотальность.

В исследовании «Солидарность как политико-правовое состояние»⁶ И. А. Исаев сосредотачивает внимание на проблемах солидарного единства, проявляющегося в форме политических и правовых институтов, и теме «политического воображения», создающего политические и правовые фикции и символы. Связи символического и воображаемого в структурах правовой реальности рассматриваются в работе на примере органистической школы права (Ф. Теннис) и теорий «солидаристов» (Л. Дюги, М. Ориу). Главным предметом исследования является здесь «правовое пространство» и охватывающий его «номос», глобальный закон. Наряду с раскрытием политической и правовой специфики солидарности как явления и состояния, охарактеризованы ее метафизические и философские основы.

Акцент на консервативное восприятие политической и правовой действительности сделан в работе «Идея порядка в консервативной ретроспективе»⁷. Начиная с Платона и заканчивая «политическим романтизмом» немецких романтиков, прослеживается взаимодействие и борьба политических стилей. Именно стили политического и правового мышления являются главным предметом исследования автора. Готика и барокко в качестве стилей культуры определяют стиль и форму правового сознания и нормотворчества. Противостояние классицизма и романтизма породило своеобразные правовые представления, долгое время влиявшие на развитие права и правовой науки в Европе. Еще одной серьезной проблемой, затрагиваемой автором, является соотношение легальности и легитимности в правотворческом процессе на гносеологическом уровне, выраженном в сопоставлении действительного и должного, факта и нормы.

В историко-философском контексте в книге «Теневая сторона закона: иррациональное в праве»⁸ подвергнуты научному рассмотрению действие иррациональных факторов, формирующих правовую реальность и правовое со-

знание. Обобщенно эти факторы могут быть выражены в таких символических структурах, как миф, мистика и магия. Античный миф (в переплетении с феноменом античной драмы) породил смутное представление о законе как некоем мистериальном явлении. Символ «платоновой пещеры» стал определяющим в этом процессе законотворчества. Сильное влияние восточных культов и гностических учений внесло свои коррективы в формирование правового сознания Древнего мира.

Миф, мистика и магия — ключевые понятия работы «Мифологемы закона: право и литература»⁹, крайне редко используемые рационалистически ориентированными правововедами. Гностицизм, схоластика, ренессансная магия были факторами, так или иначе повлиявшими на всю европейскую и мировую историю права и правовых идей. Христианская мистика придала новые черты закону, связав человеческое правотворчество с божественным промыслом. Идеи, принадлежавшие ключевым фигурам Средневековья (Блаженному Августину и Фоме Аквинскому) обусловили появление нового представления о власти и праве. Символом закона стало «зеркало», отражавшее божественные истины; готика как стиль придала соответствующую форму правовым конструкциям и кодификациям той эпохи. Новое время в период Ренессанса и Реформации выдвинуло на первый план «магические» элементы правотворчества, превратив государство в «произведение искусства». Человек стал мерой всех вещей, по своему произволу создавал и менял законы. Но тогда же «буква убила дух», нормативизм в его схоластической форме восторжествовал над реальностью живого права. И. А. Исаев завершает свое исследование размышлениями о будущем права и политической формы, проделавших столь долгий исторический путь.

В труде «Суверенитет: закрытое пространство власти»¹⁰ ученый обращается к истокам данных понятий, чтобы показать суверенитет таким, каким он видит себя сам. Суверенитет — не только независимость и отграниченность от внешнего мира, но и безраздельное господство, власть, которая и выражает его сущность.

⁶ Исаев И. А. Солидарность как политико-правовое состояние. М. : Проспект, 2009. 240 с.

⁷ Исаев И. А. Идея порядка в консервативной ретроспективе. М. : Проспект, 2011. 525 с.

⁸ Исаев И. А. Теневая сторона закона: иррациональное в праве. М. : Проспект, 2012. 542 с.

⁹ Исаев И. А. Мифологемы закона: право и литература. М. : Проспект, 2015. 461 с.

¹⁰ Исаев И. А. Суверенитет: закрытое пространство власти. М. : Проспект, 2016. 217 с.

Именно взаимодействие власти и закона как оформляющего ее фактора выстраивает границы суверенитета.

Цикл новых монографий И. А. Исаева — единое и цельное произведение, посвященное анализу метафизических и онтологических оснований политико-правовой науки, фундаментальный вклад в теорию и историю права:

- «Воображаемая государственность. Пространство без территории» (2018);
- «Закон и революция. Легальные основания революционного мифа» (2019);
- «Технологии власти. Власть технологии» (2019).

Неординарный для юриспруденции образ воображаемого государства предстает на страницах произведения «Воображаемая государственность. Пространство без территории»¹¹. Подобное государство не предназначено для реализации, эта форма политического фантазирования реально стимулирует и мобилизует или пытается мобилизовать духовные силы бытия. Фантазия отрицает наличное бытие, перешагивая через него, но она никак не «пустое фантазирование» — формируемые ею «фантазмы» становятся действенными архетипами для политических и правовых преобразований, хотя и не совпадающих с образами, но явно ориентированных на них. Нереализуемость — дополнительный стимул к свободе политического творчества, а идеал — недостижимый и поэтому особенно желанный образец для практического строительства.

Работа «Закон и революция. Легальные основания революционного мифа»¹² — размышления о закономерностях революционного процесса сквозь призму преимущественно легальных правовых оснований и идей, которые сопровождали трансформацию революционного мифа на протяжении долгого времени. Непременная политико-правовая составляющая революционной идеи обязательно выражалась либо в форме утопических проектов и концепций, либо во вполне реализуемых проектах революционных преобразований. По мнению автора, власть и закон в своем взаимодействии определяли общую картину той или иной революционной эпохи, придавая ей подлинный исторический реализм и конкретность: любой

миф требует прочтения на свойственном только ему языке.

В книге «Технологии власти. Власть технологии»¹³ И. А. Исаев описывает, как за прошедшими в мире технологическими революциями чаще всего следовали революции социальные, культурные и политические. Рационализация меняла ранее когнитивные и институциональные структуры общества, внося существенный вклад в революционные процессы. Вместе с тем техника предлагала нашему сознанию собственную логику и свой язык общения. Структуры властвования и права принимали их, часто оказываясь в ситуации риска, порождаемой иррациональным и «бездуховным» характером техники. Автор полагает, что искусственность сама теперь становится качеством: создание нового порождает все новые и новые качества, тем самым подчиняясь количеству и процессуальной стихии. Юридические нормы порождают институты, нуждающиеся в оформлении, для чего сами они создают еще более новые формы: процесс кажется бесконечным. Такова, по мнению ученого, судьба технологической революции и сопутствующей ей революции в праве. Возможно, в конце концов процесс перехода от принципа правления к принципу управления все же будет завершен.

Биография И. А. Исаева — это путь настоящего ученого, главными событиями которого стали написанные труды, многочисленные ученики и жизнь коллектива кафедры истории государства и права. Формирование такого коллектива невозможно без создания атмосферы свободного научного творчества, профессиональной солидарности и взаимной поддержки.

В 2015 г. Ассоциацией юристов России И. А. Исаеву присуждена высшая юридическая премия «Юрист года». Таким образом профессиональное сообщество дало высшую оценку его заслугам:

- автор свыше 250 работ;
- член Союза писателей России;
- награжден орденом Дружбы (Россия);
- главный редактор журнала «История государства и права», член редакционных советов журналов *Lex russica*, «Право и государство», «Московский писатель», «Национальные интересы», «Право и жизнь» и др.

¹¹ Исаев И. А. Воображаемая государственность. Пространство без территории. М. : Проспект, 2018. 269 с.

¹² Исаев И. А. Закон и революция. Легальные основания революционного мифа. М. : Проспект, 2019. 254 с.

¹³ Исаев И. А. Технологии власти. Власть технологии. М. : Проспект, 2019. 168 с.

Помимо прочего, И. А. Исаев — руководитель проекта РФФИ № 18-19-16124 «Влияние технологических революций на развитие нормативных структур власти: сеть versus система», цель которого — на основе комплексного, междисциплинарного анализа существующих правовых тенденций построить модель эффективного правового регулирования процесса модернизации структур власти и управления в современных условиях технологической революции.

В конце 2013 г. произошло событие, значительно повлиявшее на научную жизнь кафедры истории государства и права, — в Университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) состоялось первое заседание комиссии Российского исторического общества по истории государства и права, созданной решением Президиума РИО в 21 сентября 2013 г. В нее вошли историки права из научных и образовательных учреждений Москвы, Санкт-Петербурга и регионов страны. С того па-

мятного дня продолжается плодотворное научное сотрудничество кафедры и комиссии по истории государства и права РИО. Возглавляет комиссию Игорь Андреевич.

Коллектив кафедры истории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) от всей души поздравляет Игоря Андреевича Исаева и желает здоровья, силы духа и профессиональных успехов и побед!

Игорь Андреевич, Ваша активная творческая и административная работа всегда способствовала воспитанию молодого поколения юристов. Своей деятельностью Вы постоянно подтверждаете высокий престиж профессии юриста. Именно благодаря Вашему плодотворному труду не утрачены традиции отечественной правовой школы и возможны инновации и динамизм современной российской юриспруденции.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Исаев И. А. «Топос и номос»: пространства правопорядков. — М. : Норма, 2007. — 416 с.
2. Исаев И. А. *Politica hermetica*: скрытые аспекты власти. — М. : Юрист, 2000. — 411 с.
3. Исаев И. А. Власть и закон в контексте иррационального. — М. : Юрист, 2005. — 478 с.
4. Исаев И. А. Воображаемая государственность. Пространство без территории. — М. : Проспект, 2018. — 269 с.
5. Исаев И. А. Господство. Очерки политической философии. — М. : Норма, 2008. — 352 с.
6. Исаев И. А. Закон и революция. Легальные основания революционного мифа. — М. : Проспект, 2019. — 254 с.
7. Исаев И. А. Идея порядка в консервативной ретроспективе. — М. : Проспект, 2011. — 525 с.
8. Исаев И. А. Метафизика власти и закона. — М. : Юрист, 1998. — 254 с.
9. Исаев И. А. Мифологемы закона: право и литература. — М. : Проспект, 2015. — 461 с.
10. Исаев И. А. Солидарность как политико-правовое состояние. — М. : Проспект, 2009. — 240 с.
11. Исаев И. А. Суверенитет: закрытое пространство власти. — М. : Проспект, 2016. — 217 с.
12. Исаев И. А. Теневая сторона закона: иррациональное в праве. — М. : Проспект, 2012. — 542 с.
13. Исаев И. А. Технологии власти. Власть технологии. — М. : Проспект, 2019. — 168 с.

Материал поступил в редакцию 21 мая 2020 г.

REFERENCES

1. Isayev IA. «Topos i nomos»: prostranstva pravoporyadkov [Topos and nomos: spaces of law and order]. Moscow: Norma; 2007. (In Russ.)
2. Isayev IA. *Politica hermetica*: skrytye aspekty vlasti [Politica hermetica: hidden aspects of power]. Moscow: Yurist; 2000. (In Russ.)
3. Isayev IA. Vlast i zakon v kontekste irratsionalnogo [Power and law in the context of irrational]. Moscow: Yurist; 2005. (In Russ.)
4. Isayev IA. Voobrazhaemaya gosudarstvennost. Prostranstvo bez territorii [Imaginary Statehood. Space without territory]. Moscow: Prospekt; 2018. (In Russ.)

5. Isayev IA. Gospodstvo. Ocherki politicheskoy filosofii [Prevalence. Essays of Political Philosophy]. Moscow: Norma; 2008. (In Russ.)
6. Isayev IA. Zakon i revolyutsiya. legalnye osnovaniya revolyutsionnogo mifa [Law and Revolution. Legal Foundations of Revolutionary Myth]. Moscow: Prospekt; 2019. (In Russ.)
7. Isayev IA. Ideya poryadka v konservativnoy retrospektive [Idea of order in a conservative retrospective]. Moscow: Prospekt; 2011. (In Russ.)
8. Isayev IA. Metafizika vlasti i zakona [Metaphysics of power and law]. Moscow: Jurist; 1998. (In Russ.)
9. Isayev IA. Mifologemy zakona: pravo i literatura [Mythologems of the Law: Law and Literature]. Moscow: Prospekt; 2015. (In Russ.)
10. Isayev IA. Solidarnost kak politiko-pravovoe sostoyanie [Solidarity as a political and legal state]. Moscow: Prospekt; 2009. (In Russ.)
11. Isayev IA. Suverenitet: zakrytoe prostranstvo vlasti [Sovereignty: closed space of power]. Moscow: Prospekt; 2016. (In Russ.)
12. Isayev IA. Tenevaya storona zakona: irratsionalnoe v prave [Shadow side of the law: irrational in law]. Moscow: Prospekt; 2012. (In Russ.)
13. Isayev IA. Tekhnologii vlasti. vlast tekhnologii [Technology of power. Power of Technology]. Moscow: Prospekt; 2019. (In Russ.)

Проблема фактического воспитания ребенка: методологический взгляд

Аннотация. Фиксируя ситуацию доктринального отставания в освоении проблемы фактического воспитания несовершеннолетнего, автор обращается к ее исследованию с позиций инструментального подхода. На феноменологическом уровне теоретическому анализу подвергнуты сущностные признаки фактического воспитания: неявность как социального явления, казуистичность, неоднородность социальных поводов для возникновения, явочная добровольность, безвозмездность, непрозрачность круга фактических воспитателей, сохранение непрерывной связи с семьей ребенка, отсутствие юридической связанности с моментом возникновения и прекращения этого вида фактических отношений. На междисциплинарном уровне исследуется внеправовая грамматика фактического воспитания с включением в сферу исследования тесно связанных с ним других социальных явлений, конструкций и институтов, обеспечивающих адекватное научное восприятие этой теоретической конструкции в юриспруденции. Используя политико-правовой подход, дополняющий традиционный догматический подход к исследованию проблемы фактического воспитания, автор преследует цель расширить доктринальные границы решения проблемы фактического воспитания в ее правовом ракурсе, создавая предпосылки для будущих исследований темы в условиях ее методологической подготовленности. Авторские выводы по результатам исследования основаны на том, что правовая проблема фактического воспитания лежит в лоне проблематики семейного воспитания, а не между семейным воспитанием и формами учрежденческой защиты детства, как это нередко позиционируется в науке семейного права. Нормативность отношений по семейному воспитанию ребенка, обеспечиваемая за счет многочисленных актов международного права по вопросам детствосбережения, национальных конституционных норм, а также адресно воспроизводимая на уровне принципов семейного законодательства, общих положений отдельных институтов и конструкций, не позволяет однозначно утверждать, что сегодняшнее законодательное отношение к фактическому воспитанию никак не согласовано с семейно-правовой догматикой.

Ключевые слова: фактическое воспитание; родительское попечение; основные начала семейного законодательства; семейное воспитание; сводное родительство; права и обязанности родителей; надлежащее воспитание; инструментальный подход; феноменологический и междисциплинарный уровни исследования; политико-правовой подход; семейно-правовая догматика.

Для цитирования: Комиссарова Е. Г. Проблема фактического воспитания ребенка: методологический взгляд // Lex russica. — 2020. — Т. 73. — № 6. — С. 018-032. — DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.018-032.

© Комиссарова Е. Г., 2020

* Комиссарова Елена Генриховна, доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского права Пермского государственного национального исследовательского университета, профессор кафедры гражданского права и процесса Института государства и права Тюменского государственного университета ул. Букирева, д. 15, г. Пермь, Россия, 614990
eg-komissarova@yandex.ru

The Problem of Actual Parenting: A Methodological View

Elena G. Komissarova, Dr. Sci. (Law), Professor, Department of Civil Law, Perm State National Research University; Professor, Department of Civil Law and Procedure, Institute of the State and Law, Tyumen State University
ul. Bukireva, d. 15, Perm, Russia, 614990
eg-komissarova@yandex.ru

Abstract. Fixing the situation of doctrinal backlog in the development of the problem of actual parenting of a minor, the author explores the problem from the perspective of the instrumental approach. At the phenomenological level, the essential signs of actual upbringing are subject to the theoretical analysis. These signs include: implicitness as a social phenomenon, casuality, heterogeneity of social reasons for emergence, apparent voluntariness, gratuitousness, opacity of the circle of actual educators, preservation of continuous communication with the child's family, lack of legal connection with the moment of emergence and termination of this type of actual relationship. At the interdisciplinary level, the extra-legal grammar of actual parenting is investigated with the inclusion of other social phenomena, structures and institutions closely related to it, providing reasonable scientific perception of this theoretical construct in jurisprudence. Using the political-legal approach complementing the traditional dogmatic approach to the study of the problem of actual parenting, the author aims to expand doctrinal boundaries of the solution of the problem of actual parenting in its legal perspective, creating prerequisites for future research of the topic in the context of its methodological preparedness. The author's findings are based on the fact that the legal problem of actual parenting lies in the bosom of the problems of family education rather than between family education and forms of institutional protection of children, as is often seen in the family law doctrine. The normative nature of relations in the field of the family upbringing of a child, ensured through numerous acts of international law on child saving, national constitutional norms, principles of family law, general provisions of individual institutions and structures, does not make it clear that today's legislative attitude to actual parenting is in no way consistent with the family law dogmatics.

Keywords: actual parenting; parental care; fundamentals of family legislation; family education; foster parenthood; rights and obligations of parents; proper education; instrumental approach; phenomenological and interdisciplinary levels of research; political-legal approach; family law dogmatics.

Cite as: Komissarova EG. Problema fakticheskogo vospitaniya rebenka: metodologicheskiy vzglyad [The Problem of Actual Parenting: A Methodological View]. *Lex russica*. 2020;73(6):18-32. DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.018-032. (In Russ., abstract in Eng.).

Введение

Конструкции фактического воспитания, направленной на позитивное регулирование отношений между воспитателем и воспитанником, в действующем семейном законодательстве нет. Есть законодательно санкционированные понятия «фактическое воспитание», «фактический воспитатель» и «воспитанник» (п. 1 ст. 96 СК РФ) и дополняющее их линейку понятие «надлежащее воспитание» (п. 2 ст. 96 СК РФ). Для целей применения этой нормы сформулировано определение фактических воспитателей, зафиксированное в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 26 декабря 2017 г. № 56 «О применении судами законодательства, при рассмотрении дел, связанных со взысканием алиментов на несовершеннолетнего ребенка»¹ (далее —

Постановление № 56). В абзаце 1 п. 50 этого Постановления указаны лица, которые могут быть фактическими воспитателями несовершеннолетнего: родственники ребенка, лица, не состоящие с ним в родстве, которые осуществляли воспитание и содержание ребенка, не являясь при этом усыновителем, опекуном (попечителем), приемным родителем или патронатным воспитателем ребенка.

Так, сегодня представлена догматическая определенность процессуальной стороны проблемы фактического воспитания ребенка, указывающая на права фактических воспитателей быть получателями алиментных платежей от фактического воспитанника, если они не могут получить содержание от своих совершеннолетних трудоспособных детей или от супругов (бывших супругов).

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2018. № 4.

Вопросом о необходимости принять регулятивные статичные нормы, которые были бы направлены на регулирование непосредственно «воспитательных» отношений с участием фактических воспитателей и воспитанников, не единожды задавалась и продолжает задаваться семейно-правовая наука, время от времени проявляющая юридическое беспокойство по поводу их отсутствия².

На научно-теоретическом горизонте проблема не самая масштабная, однако заметная. Последнее качество ей придает стереотипность подходов, не без влияния которой в науке семейного права сформировалась «монопозиция» во взглядах на то, что юридическая конструкция фактического воспитания в сфере материально-позитивно-правового регулирования должна быть. Все авторы, в той или иной мере прикоснувшиеся к этой проблеме, выступают оппонентами современного законодателя, призывая его к преодолению правовой бесформенности юридического статуса фактического воспитателя. Сторонников неудовлетворенности таким положением намного больше, чем тех ученых, которые принимают такое положение соответствующим действующему правопорядку. Последних либо нет, либо они «по-научному» молчат.

Подобная научная солидарность вызывает как минимум настороженность, рождая вполне естественный вопрос о том, что стоит за ней: достигнутое доктринальное согласие в части признания законодательной неправоты или что-то иное?

Оба этих основания подлежат научной аналитике, что, однако, не является простой задачей в силу того, что проблема фактического

воспитания ребенка давно и надежно имеет статус попутной или затрагиваемой «вскользь». Научные суждения по ней практически всегда «гнездятся» в пределах какого-то более общего вопроса, разделяя его судьбу³, находясь где-то на границе исследований, посвященных естественному семейному воспитанию и как бы семейному воспитанию детей, лишенных родительского попечения.

Подобное позиционирование тематики в общем юридическом дискурсе детства придает ей некий оттенок второстепенности, лишая авторов необходимости помыслить о том теоретически дисциплинированном русле, которое способно обеспечить процессу научного познания проблемы известность доктринальных подходов к ней, а также исследовательских уровней и методов. Иное, как показывает сегодняшнее научное состояние проблемы, больше напоминает безоружный штурм законодательных баррикад с призывами вывести отношения по фактическому воспитанию из существующего малоформатного нормативного состояния. Такие радикальные приемы не только не обеспечивают желаемой динамики накопленного по проблеме научного знания, но и дают основания считать, что ее исследование обрело центробежный характер, развиваясь по типу «из самого себя». Каждая новая публикация по теме — это не столько желаемый для каждого научного знания выход за пределы уже известного по вопросам фактического воспитания, сколько результат организационно-мыслительного процесса, направленного на преобразование уже имеющегося научного знания по проблеме фактического воспитания,

² Короткова Л. П. Правовой статус фактических воспитателей // Правоведение. 1983. № 3. С. 82—85 ; Воронина З. С. Институт фактического воспитания в семейном праве // Правоведение. 1992. № 5. С. 98—102 ; Герасимов В. Н. Приоритет семейного воспитания как принцип семейного права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006 ; Манакова Р. П. Пояснительная записка к концепции проекта нового Семейного кодекса Российской Федерации // Семейное и жилищное право. 2012. № 4. С. 26—42 ; Татаринцева Е. А. Модели правоотношений по воспитанию ребенка в семье и тенденции их формирования в национальном семейном праве. М. : Юстицинформ, 2018 ; Усачева Е. А. Социальное отцовство (материнство): постановка проблемы // Российский юридический журнал. 2019. № 6. С. 115—120.

На самом деле ряд сторонников догматической определенности этого вида отношений намного длиннее за счет включения в него авторов учебной литературы и комментариев к ст. 96 СК РФ.

³ Не исключено, что это отголоски ранее принятого государственного подхода к проблемам семейного воспитания, при котором вопросы семейного воспитания обычно были частью социальной или демографической политики государства. В настоящее время ситуация изменилась. См.: Стратегия развития воспитания в Российской Федерации до 2025 года : распоряжение Правительства РФ от 29 мая 2015 г. № 996-р // СЗ РФ. 2015. № 2. Ст. 3357 ; Об утверждении плана основных мероприятий до 2020 г., проводимых в рамках Десятилетия детства : распоряжение Правительства РФ от 6 октября 2018 г. № 1375-р // СЗ РФ. 2018. № 29. Ст. 4475.

но не его развития. Не без этого, на наш взгляд совершенно бесосновательно, наука начала создавать расширенные перечни лиц, которые юридически вправе быть носителями статуса фактического воспитателя⁴.

Эта не совсем эволюционная научная тактика постепенно выхолостила научную разметку темы, привнеся в нее многочисленные маркеры сущего и прагматического, не ориентированного на поддержку научной актуальности. Отсюда и состояние проблемы: оппонентов у нее фактически нет, а значит, нет и конкуренции концепций, методов, способов теоретического описания проблемы. В стремлении возбудить эту самую конкуренцию, которая позволит пойти по пути создания нового прогрессивного, то есть обращенного в будущее, знания по проблеме фактического воспитания ребенка, во благо научной динамики знания уже существующего автор обращается к заявленной теме, обнажая те ее аспекты, которые нуждаются в методологической подготовленности.

Подходы, уровни и методы исследования проблемы

Необходимость осознанного методологического подхода в теории права обычно обнаруживается в двух случаях: когда есть понимание полной неосвоенности теоретического поля конкретной теоретической проблемы или когда по проблеме накоплен некий доктринальный задел, но переход количества научных знаний в их качество не происходит, в связи с чем нет ощущения развития научного знания по проблеме. Как следствие, появляется необходимость обратить

внимание на инструментальную сторону таких исследований. Теоретическая проблема фактического воспитания ребенка из предпосылок второго разряда.

Нельзя сказать, что наука семейного права находится в стороне от процесса постижения методологических ценностей. Исследования по этой проблематике здесь есть⁵. Однако пока они относятся лишь к философско-методологическому слою — тому, который предписывает юриспруденции и ее предметным отраслям обращаться к познанию «самих себя»⁶. Применительно к исследованию конкретной теоретической проблемы нас интересует инструментально-методологический слой. Тот, в котором заключены инструменты, дающие возможность увидеть гносеологические границы исследования и его ориентиры. Обычно этот инструментальный набор состоит из подхода, уровней, методов, принципов исследования.

Находясь в теоретической уверенности, что отношения фактического воспитателя и воспитанника никак не направляемы правом, доктрина остановилась на мысли о том, что сегодняшнее законодательное отношение к фактическому воспитанию никак не согласовано с семейно-правовой догматикой. Причины такого уровня понимания проблемы фактического воспитания разнятся. В их числе: «отсутствие устойчивых взаимоотношений и определенного правового положения субъектов фактического воспитания»⁷, правовая неопределенность положения фактического воспитателя по отношению к воспитаннику⁸, негативное отражение на правах и интересах детей, воспитываемых фактически⁹, необоснованное и существенное различие в правах и обязанностях фактических

⁴ Батурина Н. И., Медведева И. М. Основания возникновения отношений по фактическому воспитанию ребенка и круг лиц, относящихся к фактическим воспитателям по Семейному кодексу Российской Федерации // Вестник Волгоградской академии МВД РФ. 2018. № 1 (44). С. 48.

⁵ Косенко Е. В. Средства и методы научного познания семейного права // Вестник Пермского университета. Серия : Юридические науки. 2015. С. 107—115 ; Левушкин А. Н. Методология науки семейного права // Методологические проблемы цивилистических исследований : сб. научных статей / отв. ред. А. В. Габов, В. Г. Голубцов, О. А. Кузнецова. М. : Статут, 2016. С. 116—126 ; Левушкин А. Н., Чепурная К. А. Методология исследования брачно-семейных отношений // Юридическая наука и практика. 2016. № 1. Т. 12. С. 73—78.

⁶ Подробнее о структуре научной методологии см.: Тарасов Н. Н. История и методология юридической науки: методологические проблемы юриспруденции : учебное пособие для вузов. М. : Юрайт, 2019. С. 11.

⁷ Короткова Л. П. Указ. соч. С. 82.

⁸ Манакова Р. П. Указ. соч. С. 35 ; Гришаев С. П. Постатейный комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации. 2-е изд., перераб. и доп. СПС «Гарант», 2018.

⁹ Воронина З. И. Правовые формы воспитания детей, оставшихся без попечения родителей : дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 1993. С. 1.

воспитателей, опекунов (попечителей) и приемных родителей¹⁰, отсутствие любого публичного контроля за осуществлением родительских прав и обязанностей фактическими воспитателями¹¹. Однако теоретический итог воспроизведения этих причин, которые в большинстве случаев одновременно выполняют и роль научного обоснования, универсален: фактическому воспитанию для решения его проблем требуется право со всей его формально-догматической силой.

Естественным итогом согласительных научных намерений ученых, направленных на «требование права» для решения обозначенных проблем фактического воспитания, должен стать следующий научный шаг в виде теоретического построения полноразмерной юридической конструкции фактического воспитания, которая могла бы заинтересовать законодателя. Ведь референты таковой в существующей семейно-правовой действительности отсутствуют. Но такая конструкция доктриной не предлагается и каких-либо теоретических суждений о ее соотношении с уже существующими регулятивными конструкциями «про детство» также не высказано. Существует лишь понемногу уходящее «в дрему» убеждение в том, что единственно верным решением сегодняшних юридических проблем фактического воспитания будет догматическое решение.

Необходимость теоретической достройки имеющегося знания очевидна. Эта очевидность становится одной из причин, побуждающих актуализировать проблематику фактического воспитания через постановку задачи ее методологической подготовленности. Ее решение обеспечит постановку научной проблемы не столько в рациональном, как сейчас, ракурсе, сколько в теоретическом (подход), обяжет сформулировать основные идеи ее предстоящего научного постижения (уровни), изыскать способы ее познания (конкретные методы исследования). Переход на такой — инструментальный — уровень исследования позволит как внести необходимые корректировки в содержательное наполнение поставленной проблемы, так и расширить гносеологические границы ее познания.

В силу неопределенности в формулировке научной проблемы сформулируем ее вопросительно исключительно для целей определенности: целесообразно и справедливо ли с научной точки зрения оставлять отношения по фактическому воспитанию без позитивного правового регулирования, не привнося в действующее семейное законодательство новых юридических сущностей, кроме тех, которые уже существуют применительно к алиментным отношениям, или есть другие пути ее теоретического решения? Укрепим желаемую определенность в постановке проблемы пусть и очевидной, но в данном случае необходимой оговоркой о том, что речь пойдет о фактическом воспитании ребенка не как о житейском явлении или пласте социальной действительности, а как о явлении научном и законодательном, исследовательская тактика которого может быть ориентирована на должное.

Известность отправной точки любого исследования позволяет вносить в процесс научного познания другие необходимые для него координаты в виде уровней (и методов) исследования. Одним из исследовательских уровней проблемы фактического воспитания должен стать феноменологический.

Феноменологические сущности фактического воспитания обычно остаются без внимания фамилистов, ограничиваясь простейшей интерпретацией заключенного в п. 50 Постановления № 56 перечня лиц, которые названы в качестве фактических воспитателей (абз. 1), и условий возникновения односторонних алиментных отношений (абз. 2). Классический образец такой интерпретации, вне связи с п. 48 Постановления № 56, выглядит следующим образом: это лица, которые осуществляли воспитание и содержание ребенка, не будучи обязанными к этому в силу закона, как правило, не менее пяти лет. Бабушки, дедушки, братья и сестры могут быть признаны таковыми лишь в силу того, что на них не возложена обязанность по воспитанию своего родственника¹².

Ввиду отсутствия в современной юриспруденции полноценного феноменологического анализа теоретической конструкции фактического воспитания обратимся к исходным

¹⁰ Гражданское право / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М. : Статут, 1999. Т. 3. С. 480.

¹¹ Татаринцева Е. А. Фактическое воспитание как основание возникновения семейных правоотношений // Вестник Тверского государственного университета. Серия : Право. 2014. № 4. С. 116.

¹² Гуляева Н. И. Семейно-правовое регулирование отношений между ребенком и другими членами семьи, не являющимися его законными представителями : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 7.

доктринальным идеям, с которых в истории началось осознание сущностей фактического воспитания с одновременным определением правовых границ его законодательного оформления.

Так уж сложилось, что наиболее ярко эти моменты отражены в объяснениях к проекту Гражданского уложения Российской империи¹³, авторы которых, пусть не до конца точно в силу неокончателюности разделенности фактического воспитания и разных форм узаконения детей, анатомировали желаемые социальные и юридические сущности фактического воспитания, сохранившие свою актуальность и сейчас. Из-за слабой изученности судьбы данного социального явления в имперский период истории эти сущности не отыскиваются столь явно в современных юридических дискурсах, что и обусловило «оборот на историю» в этом вопросе, который, на наш взгляд, может помочь снять часть сегодняшних доктринальных заблуждений по проблеме фактического воспитания несовершеннолетнего.

Вся история фактического воспитания — это по сути своей многотрудный, не слишком последовательный и во многом идущий «на ощупь» процесс его отпочкования от других форм семейной и социальной поддержки «заброшенных» и «незащищенных» детей, от других форм сначала содержания, а потом и воспитания ребенка, в том числе учрежденческих, зародившихся в нормах приказного полицейского права.

Одним из первых законодательных актов, попытавшихся как-то отделить явление фактического воспитания от других форм, стал проект Гражданского уложения Российской империи с его гл. V книги второй «Семейственное право»¹⁴. Ко времени его составления категория детства как особого качественного состояния человека уже была открыта. Глава V, именуемая «Приемыши», заключала правила о приемных детях, часть из которых вошла в историю, отражая законодательное видение проблемы фактического воспитания ребенка. Так, кроме

детей, лишенных родительского попечения, в качестве приемышей могли быть взяты «другие лица... лишь с согласия их родителей». Как поясняли составители проекта, это лица, «добровольно взятые в семейственный союз, с оказанием им попечения подобно родительскому». Воспитатель не пользовался правом представительства несовершеннолетнего приемыша и управления его имуществом, если не был назначен опекуном или попечителем¹⁵.

Последующие сущностные признаки этого вида отношений между «приемышем, взятым на воспитание с согласия родителей», и воспитателем убедительно раскрыты в объяснениях (мотивах) к ст. 476 гл. V. Как указывали авторы объяснений, «взятие приемыша совершается в качестве благодеяния и попечение о нем не только безвозмездно, но и затраты на него производятся безвозвратно». Такое положение ближе к родительскому, отсюда и уподобление приемыша родным детям воспитателя. Он входит в его семью и наравне со всеми пользуется родительской попечительностью. Для воспитателя эта обязанность становится чисто нравственной, лишаясь юридической гарантии. При этом следует помнить, что все положения об отношениях между родителями и детьми (или большинство их) имеют своим первоначальным основанием начала нравственности, к которым лишь впоследствии присоединились юридические соображения¹⁶.

Не стоит отрицать, что наличие норм о приемных (сводных) детях во многом было предписано «убеждениями своего времени», служившими наиболее важной поддержкой для составителей проекта, в связи с чем свою главную опору в определении их содержания они нашли в итоге в нормах дореволюционного наследственного законодательства, аналог которых есть и в современном российском законодательстве (ст. 96 СК РФ). Однако дело не только в этом. Для целей настоящей статьи необходимо отметить тот факт, что в мир этого исторического периода, не без влияния европейских цивилизаций, пришли идеи гу-

¹³ Прибавление к проекту Гражданского уложения : Введение к составленному Высочайше учрежденной Редакционной комиссией проекту Гражданского уложения и Краткие объяснения изменений, последовавших в тексте статей при сводке пяти книг проекта Гражданского уложения. СПб., 1906. С. 40.

¹⁴ Гражданское уложение : проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения (с объясн., извлеченными из трудов Редакционной комиссии) / под ред. И. М. Тютрюмова. СПб. : Издание книжного магазина «Законоведение», 1910. Т. 1. С. 379.

¹⁵ Гражданское уложение : проект ... С. 379.

¹⁶ Прибавление к проекту Гражданского уложения ... С. 37.

манизма и понимания того, что ребенок — это самостоятельная личность. Благодаря этому и были сформулированы исходные идеи фактического (приемного) воспитания: добровольность, бескорыстие, сильные нравственные начала, аналог естественных родительских связей, отсутствие «юридических соображений». При востребованности последних (например, необходимость осуществления представительской функции в интересах воспитанника¹⁷) отношения по фактическому воспитанию могут перерасти в учрежденческую, то есть юридическую, форму, каковой являются опека и попечительство.

Эта проектная, но все же правовая форма манифестации основополагающих идей фактического воспитания существенно поблекла в современном восприятии его теоретической конструкции, отодвинув на задний план самые значимые ее феноменологические сущности: добровольность принятия функций фактического воспитателя, безвозмездность намерений лица, принимающего на себя функции воспитателя, отсутствие юридической связанности с моментом возникновения и прекращения этого вида фактических отношений.

Однако же наиболее значимым признаком фактического воспитания, без которого вышеназванные сущности теряют свой смысл, является тот, что функции этого социального явления не связаны с разрывом естественной родительской связи, они продолжение и развитие естественного семейного воспитания.

Историческим законодателем эта конструкция была задумана в качестве элемента семейного воспитания ребенка, сегментом естественного семейного существования ребенка. Позиция юридического невмешательства — это следствие бескорыстия такого воспитания, исключительной добровольности намерений воспитателя, который заранее знает границы своего участия в этом воспитании, а потому не рассчитывает на юридическое сопровождение.

Нет никаких препятствий для такого понимания сущностей фактического воспитания и сейчас.

Социальное назначение этого явления, не связанного с ситуациями детского неблагополучия, дает все основания считать, что оно встроено в более масштабную проблему эффективности норм позитивного права, направленных на регулирование отношений по семейному воспитанию в целом, отражая социальный настрой государственной политики в вопросах семьи и детствасбережения.

В этих отношениях законодатель видит вариант нормы, внутренний позитивный ресурс каждой конкретной семьи, реализация которого не связана с критическим для детского благополучия положением. Свое начало этот ресурс берет именно в семье, а также в тесно связанных с ней околосемейных узах. Вне зависимости от всей множественности причин возникновения таких отношений между воспитателем и воспитанником эти отношения в их должном (а не сущностном) восприятии несут собственный социальный потенциал, концентрируя в себе семейные ценности. Перечень таких ценностей в современной науке семейного права, не без влияния других дисциплинарных сфер, значительно расширился. Так, в одном из недавних юридических исследований в их числе поименованы: взаимная любовь и взаимное уважение, понимание членами семьи друг друга, взаимное согласие, забота членов семьи друг о друге, справедливость, здоровье, жизнь, образование; взаимное решение вопросов семейной жизни; благополучие членов семьи; семейный интерес, семейное правосознание и семейное мировоззрение; продолжение здорового рода; сохранение семейных традиций, отвечающих общечеловеческим ценностям, и передача их новому поколению; ведение быта всеми членами семьи; сохранение семьи, укрепление ее нравственной, физической, психической, духовной, интеллектуальной основ; установление и укрепление связей с другими социальными образованиями; осознание ответственности перед семьей, обществом и государством¹⁸.

Вряд ли отыщутся такие аргументы, с помощью которых можно было бы опровергнуть суждение о том, что все эти ценности реали-

¹⁷ Как было установлено в гл. V проекта Гражданского уложения, «воспитатель не пользуется правом представительства ребенка и управления его имуществом, если не назначен опекуном и попечительством». Составители объясняли такое решение тем, «что было бы неразумно наделять этими правами каждого, кто возьмет к себе приемыша» (Прибавление к проекту Гражданского уложения ... С. 38).

¹⁸ Касаткина А. Ю. Семейные ценности в доктрине семейного права и семейного законодательства Российской Федерации // Семейное и жилищное право. 2020. № 1. С. 18—20.

зуются и в рамках отношений по фактическому воспитанию, которое в своем масштабном значении может иметь и более емкую характеристику как то социально-правовое явление, которое в разных жизненных ситуациях обеспечивает сохранение естественного семейного статуса ребенка¹⁹. С точки зрения социальных наук в этом виде воспитания заключен не только вид семейной солидарности в интересах ребенка, это еще и одна из форм воспроизведения семейных отношений во всей их внутренней изменчивости.

В связи со сказанным наиболее точным наименованием фактического воспитания для целей юридических дискурсов является понятие «фактическое семейное воспитание». Это тот вид и стиль социального воспитания, которое про ребенка, не лишено родительского попечения, для ребенка, во благо ребенка и в интересах ребенка. Именно в целях недопущения разрыва семейной общности закон не считает такое воспитание просоциальным, оставляя свободу выбора родителям ребенка в том, быть или не быть этим отношениям в параллели с родительским воспитанием, а самому воспитателю — свободу принятия этих забот на себя. Порождаемые таким воспитанием последствия презюмируются позитивными, что с точки зрения гуманности выглядит нравственным и справедливым.

В своем социальном содержании и назначении фактическое воспитание ребенка фокусирует на себе все задачи семейного воспитания, беря свое начало в его позитивных социальных и нормативных образах. Последние сконцентрированы в том числе и в п. 2 ст. 96 СК РФ, в котором указано на «надлежащее воспитание» как одно из условий возникновения односторонних алиментных обязательств в пользу фактического воспитателя. В этом нормативном понятии заключены признаки обычно ожидаемого от такого вида воспитательного взаимодействия.

На этот прием юридической техники не столь часто обращают внимание в доктрине

при исследовании проблем фактического воспитания, порождая далеко не бесспорные суждения о том, что «остаётся нерешённым вопрос о правах и обязанностях фактических воспитателей по отношению к воспитываемому ими ребёнку. Очевидно, что фактические воспитатели осуществляют родительские права, перечень которых предусмотрен СК РФ. Однако отсутствие прямого указания закона в этом случае позволяет путем толкования норм выявить лишь некоторые из этих прав»²⁰.

Нельзя не признать того факта, что нормативность здесь предстает не в традиционном виде, то есть не в виде классической системы требований как фиксированного перечня юридических прав и обязанностей. В данном случае это и не нужно. Нормативность для таких ситуационных состояний, к которым относится фактическое воспитание, воспроизводится на уровне принципов семейного законодательства, общих положений отдельных институтов и конструкций, а также всех социально-культурных достижений в сфере семейного воспитания. Выбор законодателем такого вида юридического сопровождения предопределен сущностными признаками фактического воспитания.

Подтверждение верности такого положения отыскивается в судебной практике, где словосочетание «надлежащее воспитание» трактуется как добросовестное воспитание²¹. Правоприменитель исходит из того, что современный социальный мир базируется на восприятии обществом стандартов добросовестности, в том числе и в сферах воспитательных. Это уже не просто слепая отсылка к родительским правам и обязанностям, это всеобщий принцип осуществления прав и обязанностей. Такое понимание факта восприятия судебной практикой признака надлежащего воспитания свидетельствует о том, что какого-либо формально-логического пробела по отношению к правам и обязанностям фактического воспитателя в законе нет.

В теории права справедливо отмечено, что «уровни понимания и существования права —

¹⁹ В этом смысле весьма актуален аргумент из Декларации прав ребенка 1959 г. (ч. 2 ст. 25): Принцип 6. Ребенок, для полного и гармоничного развития его личности, нуждается в любви и понимании. Он должен, когда это возможно, расти на попечении и под ответственностью родителей и во всяком случае в атмосфере любви и моральной и материальной обеспеченности (см.: Права человека. Основные международные документы : сб. док. М. : Междунар. отношения, 1989. С. 134).

²⁰ Татаринцева Е. А. Модели правоотношений по воспитанию ребенка в семье ... С. 115.

²¹ Информационное письмо об актуальных вопросах рассмотрения споров об алиментах, утв. Президиумом Свердловского областного суда 23 октября 2019 г. // СПС «КонсультантПлюс».

это не только то, что выражено в его догме как нормативной формуле, то есть не лишь то, что явно закреплено в его конкретной норме. Это в том числе и невидимое, но существующее на уровне смысла, ценности, основных начал соответствующей отрасли»²². И то, и другое, и третье в семейном законодательстве представлено в полной мере в виде схематизации семейно-правового регулирования. Другое дело, что модели такого «использования “неочевидного” потенциала действующего законодательства»²³ могут и должны иметь более явные маркеры в семейном законодательстве. Надежда на это есть. Ведь Концепция совершенствования семейного законодательства Российской Федерации еще не принята.

Так сложилось в науке семейного права, что те сущностные качества фактического воспитания, на которые мы указали в рамках феноменологического подхода, крайне мало обсуждаются в науке, а раз не обсуждаются, значит, и не отрицаются. Но гораздо хуже то, что не артикулируются. Это означает одно: предположение того, что в основе фактического воспитания лежат традиции семейного воспитания, признаваемые в любом развитом правовом порядке, в доктрине отсутствует. Только этим можно объяснить тот факт, что исследование проблемы практически всегда происходит в отрыве от конституционной идеи о том, что семейно-правовая действительность базируется на восприятии обществом цивилизованных стандартов семейного воспитания. В этом смысле более убедительной и исторически последовательной выглядела позиция ученых советского

периода, утверждавших, что «в фактическом воспитании, как правило, реализуются все родительские правомочия, кроме охранительного правомочия защиты родительских прав»²⁴. Это давало объективный посыл к пониманию того положения, при котором научное знание об отношениях по фактическому воспитанию несовершеннолетнего не ставилось в автономное положение от вопросов естественного семейного воспитания.

В современной доктрине идею о фактическом семейном воспитании наиболее последовательно транслирует в своих работах Е. А. Татаринцева²⁵. Другие авторы исследуют ее как один из аспектов всей семейно-правовой проблематики²⁶. Однако преобладающими являются труды, тяготеющие к «тону и фону» исследований, ориентированных на проблемы детей-сирот или детей, оставшихся без родительского попечения²⁷, с сопровождающими их сконструированными видами социального родства, которым негласно присваиваются качества родственности с фактическим воспитанием. Есть и явно ошибочные научные суждения, уходящие дальше границ вопроса о соотношении фактического воспитания с прочими формами «как бы» семейного воспитания. Авторы таких исследований сосредотачивают свое внимание на частных и прагматических аспектах фактического воспитания внутри тематики, предметом которой является защита прав детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, тем самым необоснованно уводя проблему такого воспитания в плоскость охранительной тематики²⁸.

²² Веденеев Ю. А. Юриспруденция: между догматическим наследием и языком новой аналитики // *Lex russica*. 2019. № 4 (149). С. 42.

²³ Булаевский Б. А. Концепция совершенствования семейного законодательства как необходимость // *Актуальные проблемы российского права*. 2017. № 5 (78). С. 41—45.

²⁴ Короткова Л. Н. Указ. соч. С. 83—84.

²⁵ Татаринцева Е. А. Фактическое воспитание как основание возникновения семейных правоотношений. С. 113—123 ; *Она же*. Модели правоотношений по воспитанию ребенка в семье ...

²⁶ Манакова Р. П. Указ. соч. С. 30—34.

²⁷ Кузнецова Е. В. К вопросу о формах устройства детей, оставшихся без попечения родителей // *Труды Института государства и права Российской академии наук*. 2009. № 4. С. 248—258 ; Батурина Н. И., Медведева И. М. Указ. соч. С. 49 ; Аблитипова Н. А. Институт фактического воспитания в семейном праве Украины // *Ученые записки Таврического национального университета имени В. И. Вернадского*. Серия : Юридические науки. 2009. Т. 22 (61). № 1. С. 122—128.

²⁸ Королев Ю. А. Комментарий к семейному кодексу (пост.). М. : Юстицинформ, 2003 ; Абрамова Е. Н., Аверченко Н. Н., Байгушева Ю. В. *Гражданское право : учебник*. М. : Велби, 2010. Т. 3. Ч. 2 ; Матвеев П. А. Особенности правового регулирования воспитательной деятельности в замещающей семье // *Молодой ученый*. 2010. № 6. С. 242 ; Алферова О. С. Правовое положение фактических воспитателей // *Семейное право на рубеже XX—XXI веков: к 20-летию Конвенции о правах ребенка : материалы Между-*

Подобный подход как минимум противоречит проиллюстрированным в настоящей статье историческим данностям фактического воспитания, вся история которого является собой длительный процесс формального отделения вариантов семейного содержания детей (кровное родство, искусственное сыновство, узаконение) от всевозможных форм общественного призрения детей, оставшихся без родительского надзора. Лишь пришедшая со временем зрелость институтов общественного призрения (конец XIX — начало XX в.), существенно потеснив частную и церковную благотворительность, помогли дореволюционному законодателю отделить фактическое воспитание от ситуаций сиротства, обездоленности, бедности и нищеты. Более критично то, что подход, основанный на неразделенности позитивно регулятивных явлений темы детства и явлений охранительной направленности, вступает в противоречие с феноменологическими сущностями фактического воспитания.

Подобное положение является следствием отсутствия в науке семейного права той очевидной установки, согласно которой фактическое воспитание — это явление, производное от естественного семейного воспитания, его параллель, а в некоторых случаях его временная альтернатива. Отсутствие рефлексии на эту установку весьма ощутимый источник методологической уязвимости темы. Но не только. Это еще и катализатор представлений о ненадежности такого воспитания, неоправданного недоверия, а иногда и явной подозрительности к его существованию в социуме. Таких негативных и полунегативных представлений как в обыденной жизни, так и в научных представлениях хватает.

Таким образом, собственно, значимым пунктом фактического воспитания является тот, что эта проблема про естественную семью, производные от нее семейные и околосемейные узы и, конечно, про ребенка, не отделенного фактами неблагополучия от процесса естественного семейного воспитания. Этот значимый методологический пункт для исследования проблем фактического воспитания сигнализирует о том, что проблема фактического воспитания лежит

в лоне проблематики семейного воспитания, а не между семейным воспитанием и формами учрежденческой защиты детства, как это часто сегодня позиционируется в науке.

Очевиден тот факт, что, как и любое социальное явление, фактическое воспитание имеет собственную (внеправовую) грамматику. Этот факт в гносеологической практике юридического познания фактического воспитания явно недооценен, следствием чего является невос требованность междисциплинарных «трудозатрат» по проблемам «сводных семей», «нерезидентного родительства» и всех современных социально-семейных трансформаций семьи (гостевая семья, бесформенная, сетевая, матричная, пэчворк), порождающих явления фактического воспитания в обществе.

Ближайшими соседями юриспруденции на этом пространстве являются социология, психология, педагогика, выступающие флагманами темы детствосбережения и трансформации семьи в современном мире. Исторические и современные достижения этих отраслей науки служат необходимым контекстом для семейно-правовой науки, граничат с ней. Их эмпирический материал о личном и казуистичном характере фактических отношений, множественности и неоднородности социальных поводов для их возникновения, явочная добровольность возникновения и трудности административной фиксации этих фактов неизбежно влияют на аналитику юриспруденции. Внимание ее представителей к этим выводам способно придать объективность оценке сегодняшней законодательной точке зрения на отношения по фактическому воспитанию.

Достижения социальных наук по проблемам, находящимся в тесной связи с правовой проблемой фактического воспитания в вопросах трансформации института семьи, в структуре которого меняются не только характеристики воспроизводства населения, типологии родительства (биологическое, социальное, смешанное)²⁹ и множатся виды социальных и юридических практик³⁰, явно недооценены. Как и междисциплинарные научные выводы о плюрализме социальных практик, направленных на

народной научно-практической конференции, г. Казань, Казанский (Приволжский) федеральный университет, 18 декабря 2010 г. М. : Статут, 2011. С. 315.

²⁹ Саралиева З. Х. Субинститут родительства в современных семейных системах // Вестник Нижегородского университета имени Н. И. Лобачевского. 2014. № 2 (34). С. 118—123.

³⁰ Поливанова К. Н. Современное родительство как предмет исследования // Психологическая наука и образование. 2015. Т. 7. № 2. С. 4.

«сохранение целого при преобразовании его составных частей»³¹, указывающие на сводное родительство как на «один из элементов современной семейной системы», отвечающий требованиям модернизации общества и сфер его жизнедеятельности³². Все эти достижения неправовых наук, находя вполне удовлетворительное объяснение в околоправовых сферах, мало влияют на научные юридические взгляды о фактическом воспитании.

Обозначенная нами междисциплинарная картина теснит сугубо догматические представления о фактическом воспитании в юриспруденции. Привычный позитивистский подход, при котором доктрина в своих построениях исходит из норм позитивного права, используя все доступные методы формальной логики, обретает и признаки необъективности из-за нечувствительности к выводам других гуманитарных наук. А поскольку суть юридической проблемы фактического воспитания заключается не в оценке эффективности существующего позитивного регулирования, которое в рамках данной проблемы отсутствует, а следовательно, не связано с совершенствованием приемов юридической техники, то установок догматической юриспруденции оказывается явно недостаточно.

Подобное положение объективно предпосылает смещение исследовательского потенциала в сторону иного подхода, который был бы способен выполнить роль вектора движения, легализующего приемы и способы, отражающие сущностные признаки фактического воспитания. В доктрине семейного права подобный методологический инструментарий признается полезным для исследования семейно-правовых проблем³³, но к проблеме фактического воспитания он пока не приблизился.

Общеизвестно правило о том, что любой закон должен толковаться на фоне ценностей системы, а эволюционные помыслы о праве должны быть связаны с теоретическими представлениями о целостной картине обществен-

ной жизни. Для юриспруденции это требование предстает в виде необходимости учета происходящих в современном мире социальных изменений, возникновения новых общественных явлений, их исторической модификации и приспособления существующих общественных явлений и процессов к новым социально-экономическим условиям. Это явно просматриваемое влияние серьезных трансформаций на институты семейного права вряд ли можно объяснить лишь сквозь призму догматики. И уж совсем нельзя предвидеть его последствия: что оно изменит и будет ли новое решение лучше последствий принятия другого решения.

Не менее важно учитывать концептуальные и содержательные основы государственной семейной политики, формирующейся в условиях поликультурного пространства России. Отношения по фактическому воспитанию — это тот случай, когда право не способно проникнуть во все уголки семейных отношений, тем более неявные, часто случайные, непостоянные, иногда даже неуловимые с точки зрения их встроенности в общий круг семейных отношений. Кроме нормативно-смысловых ориентиров, это явление для своей внутренней упорядоченности должно иметь и такие внешние ориентиры, которые заложены в общей семейно-правовой политике страны.

В свое время политико-правовой подход оценил Л. И. Петражицкий, указав, что задача политики права — в предоставлении законодателю возможности «сознательно и разумно руководить правопроизводством»³⁴. Не менее убедительными на этот счет были и высказывания Г. Ф. Шершеневича, сводившего политику права к трем последовательным моментам: 1) сознанию неудовлетворенности действующим порядком в целом или в его частях; 2) постановке идеала как цели, в направлении которой должны проводиться преобразования права; 3) изысканию мер для перехода от существующего к желательному³⁵.

³¹ Штомпка П. Социология социальных изменений / пер. с англ. под ред. В. А. Ядова. М. : Аспект Пресс, 1996. С. 136.

³² Голод С. И. Семья и брак: историко-социологический анализ. СПб. : Петрополис, 1998. С. 241—242.

³³ См.: Левушкин А. Н. Методология науки семейного права в системе методологии юридической науки // Роль и значение юридической науки в развитии общества : сборник материалов круглого стола (11 декабря 2015 г.). М. : Проспект, 2016. С. 79.

³⁴ Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности / отв. ред. И. Ю. Козлихин, Ю. А. Сандулов. СПб. : Лань, 2000. С. 352.

³⁵ Шершеневич Г. Ф. Революция и Гражданское уложение // Еженедельная юридическая газета. 1906. № 1. С. 8—12.

Современная эвристическая значимость этого подхода применительно к исследованию проблем фактического воспитания заключается в том, что, в отличие от формально-догматического подхода, он изучает не столько существующее право, сколько то право, каким оно должно быть с учетом существующих политических подходов к его развитию. Поэтому не следует считать, что выдвижение политико-правового подхода к исследованию явления фактического воспитания устраняет, а не дополняет правовую догматику. Это тот легализованный повод, который не только призывает к системному толкованию семейно-правовых принципов и норм о воспитании, но и дает возможность помыслить в рамках этой проблемы не только догматически, но и прагматически — так, как мыслит законодатель, отказывающийся идти по пути создания абстрактной нормативной модели фактического воспитания, которая бы содержала адресные предписания фактическому воспитателю о его правах и обязанностях.

Собственно, в этом и состоит суть теоретической проблемы фактического воспитания. Ведь если такого пространства нет, то достаточно обходиться международными и национальными императивами, предписывающими обязанность всякого государства обеспечить ребенку в первую очередь естественное семейное пространство для воспитания, а в случае угрозы его утраты принять все возможные меры для его сохранения в интересах ребенка.

Заключение

Научные взгляды на проблему фактического воспитания в части ее догматического состо-

яния во многом зависят от подхода, который выбирает исследователь. Если подходить к проблеме с тех позиций, что это не декларируемая государством социальная ценность и один из вариантов семейной солидарности, повышающий потенциал семьи, то исследовательская мысль, пусть и не без критики, пойдет в сторону объективной оценки существующего законодательного решения.

При этом в поле зрения исследователя неизбежно попадут тесно взаимосвязанные с ним другие социальные явления, конструкции и институты, способствуя адекватному научному восприятию этой теоретической конструкции в юриспруденции.

Если на первое место поставить «вынужденность» в обретении статуса фактического воспитателя, не считаться с его феноменологическими сущностями, видя в нем преобладание охранительного назначения, то законодательная нейтральность, выраженная в отсутствии адресной регулятивной статистики, может быть только доктринально осуждена.

Будучи убежденным в том, что реальная часть научного и нормативного потенциала для решения проблем фактического воспитания лежит в уже существующих нормах СК РФ, автор является сторонником первого подхода, искренне полагая, что суждения о правовой бесформенности отношений по фактическому воспитанию серьезно преувеличены.

Допустимый объем статьи не позволил остановиться на таком аспекте фактического воспитания, как наличие или отсутствие пространства правовой неопределенности, влияющего на права фактического воспитанника. К этому аспекту проблемы автор намерен обратиться в следующей статье.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Аблятипова Н. А.* Институт фактического воспитания в семейном праве Украины // Ученые записки Таврического национального университета имени В. И. Вернадского. Серия : Юридические науки. — 2009. — Т. 22 (61). — № 1. — С. 122—128.
2. *Абрамова Е. Н., Аверченко Н. Н., Байгушева Ю. В.* Гражданское право : учебник. — М. : Велби, 2010. — Т. 3. Ч. 2.
3. *Алферова О. С.* Правовое положение фактических воспитателей // Семейное право на рубеже XX—XXI веков: к 20-летию Конвенции о правах ребенка : материалы Международной научно-практической конференции, г. Казань, Казанский (Приволжский) федеральный университет, 18 декабря 2010 г. — М. : Статут, 2011. — С. 313—315.
4. *Батурина Н. И., Медведева И. М.* Основания возникновения отношений по фактическому воспитанию ребенка и круг лиц, относящихся к фактическим воспитателям по Семейному кодексу Российской Федерации // Вестник Волгоградской академии МВД РФ. — 2018. — № 1 (44). — С. 47—53.

5. Булаевский Б. А. Концепция совершенствования семейного законодательства как необходимость // Актуальные проблемы российского права. — 2017. — № 5 (78). — С. 41—45.
6. Веденеев Ю. А. Юриспруденция: между догматическим наследием и языком новой аналитики // Lex russica. — 2019. — № 4. — С. 31—55.
7. Воронина З. И. Институт фактического воспитания в семейном праве // Правоведение. — 1992. — № 5. — С. 98—102.
8. Воронина З. И. Правовые формы воспитания детей, оставшихся без попечения родителей : дис. ... канд. юрид. наук. — СПб., 1993. — 234 с.
9. Герасимов В. Н. Приоритет семейного воспитания как принцип семейного права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2006. — 22 с.
10. Голод С. И. Семья и брак: историко-социологический анализ. — СПб. : Петрополис, 1998. — 272 с.
11. Гражданское право / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М. : Статут, 1999. — Т. 3. — 560 с.
12. Гришаев С. П. Постатейный комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации. — 2-е изд., перераб. и доп. — СПС «Гарант», 2018.
13. Гуляева Н. И. Семейно-правовое регулирование отношений между ребенком и другими членами семьи, не являющимися его законными представителями : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2006. — 172 с.
14. Касаткина А. Ю. Семейные ценности в доктрине семейного права и семейного законодательства Российской Федерации // Семейное и жилищное право. — 2020. — № 1. — С. 18—20.
15. Королев Ю. А. Комментарий к семейному кодексу (постатейный). — М. : Юстицинформ, 2003. — 416 с.
16. Короткова Л. Н. Правовой статус фактического воспитателя детей // Правоведение. — 1983. — № 3. — С. 82—85.
17. Косенко Е. В. Средства и методы научного познания семейного права // Вестник Пермского университета. Серия : Юридические науки. — 2015. — № 3 (29). — С. 107—115.
18. Кузнецова Е. В. К вопросу о формах устройства детей, оставшихся без попечения родителей // Труды Института государства и права Российской академии наук. — 2009. — № 4. — С. 248—258.
19. Левушкин А. Н. Методология науки семейного права // Методологические проблемы цивилистических исследований : сб. научных статей / отв. ред. А. В. Габов, В. Г. Голубцов, О. А. Кузнецова. — М. : Статут, 2016. — С. 116—126.
20. Левушкин А. Н. Методология науки семейного права в системе методологии юридической науки // Роль и значение юридической науки в развитии общества : сборник материалов круглого стола (11 декабря 2015 г.). — М. : Проспект, 2016. — 160 с.
21. Левушкин А. Н., Чепурная К. А. Методология исследования брачно-семейных отношений // Юридическая наука и практика. — 2016. — № 1. — Т. 12. — С. 73—78.
22. Манакова Р. П. Пояснительная записка к концепции проекта нового Семейного кодекса Российской Федерации // Семейное и жилищное право. — 2012. — № 4. — С. 26—42.
23. Матвеев П. А. Особенности правового регулирования воспитательной деятельности в замещающей семье // Молодой ученый. — 2010. — № 6. — С. 238—246.
24. Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности / отв. ред. И. Ю. Козлихин, Ю. А. Сандулов. — СПб. : Лань, 2000. — 608 с.
25. Поливанова К. Н. Современное родительство как предмет исследования // Психологическая наука и образование. — 2015. — Т. 7. — № 2. — С. 1—11.
26. Саралиева З. Х. Субинститут родительства в современных семейных системах // Вестник Нижегородского университета имени Н. И. Лобачевского. — 2014. — № 2 (34). — С. 118—123.
27. Тарасов Н. Н. История и методология юридической науки: методологические проблемы юриспруденции : учебное пособие для вузов. — М. : Юрайт, 2019. — 218 с.
28. Татаринцева Е. А. Модели правоотношений по воспитанию ребенка в семье и тенденции их формирования в национальном семейном праве. — М. : Юстицинформ, 2018. — 134 с.
29. Татаринцева Е. А. Фактическое воспитание как основание возникновения семейных правоотношений // Вестник Тверского государственного университета. Серия : Право. — 2014. — № 4. — С. 113—123.
30. Усачева Е. А. Социальное отцовство (материнство): постановка проблемы // Российский юридический журнал. — 2019. — № 6. — С. 115—120.
31. Шершеневич Г. Ф. Революция и Гражданское уложение // Еженедельная юридическая газета. — 1906. — № 1. — С. 8—12.
32. Штомпка П. Социология социальных изменений / пер. с англ. под ред. В. А. Ядова. — М. : Аспект Пресс, 1996. — 416 с.

Материал поступил в редакцию 30 марта 2020 г.

REFERENCES

1. Ablyatipova NA. Institut fakticheskogo vospitaniya v semeynom prave Ukrainy [Institute of Actual Education in Family Law of Ukraine]. *Scientific Notes of V.I. Vernadsky Crimean Federal University. Historical science. Series: Legal Sciences*. 2009;22(61)(1):122—128. (In Russ.)
2. Abramova EN, Averchenko NN, Baigusheva YuV. Grazhdanskoe pravo : uchebnik [Civil law: A Textbook]. Vol. 3. Part 2. Moscow: Welby publ; 2010. (In Russ.)
3. Alferova OS. Pravovoe polozhenie fakticheskikh vospitatelei [Legal status of the actual educators]. *Family law at the turn of the 20th — 21st centuries: The 20th anniversary of the Convention on the Rights of the Child: Proceedings of the International Scientific and Practical Conference*. Kazan: Kazan (Volga) Federal University. [December 18, 2010]. Moscow: Statute; 2011. (In Russ.)
4. Baturina NI, Medvedeva IM. Osnovaniya vzniknoveniya otnosheniy po fakticheskomu vospitaniyu rebenka i krug lits, odnosyashchikhsya k fakticheskim vospitatel'nyam po Semeynomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii [The basis of the relationship on the actual upbringing of a child and the circle of persons belonging to the actual educators under the Family Code of the Russian Federation]. *Volgograd Academy of the Russian Internal Affairs Ministry's Digest*. 2018;1(44):47—53. (In Russ.)
5. Bulayevskiy BA. Kontseptsiya sovershenstvovaniya semeynogo zakonodatelstva kak neobkhodimost [The Concept of Improvement of Family Legislation as Necessity]. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava*. 2017;5(78):41—45. (In Russ.)
6. Vedeneev YuA. Yurisprudentsiya: mezhdu dogmaticheskimi naslediyami i yazykom novoy analitiki [Jurisprudence: between dogmatic heritage and the language of new analytics]. *Lex russica*. 2019;4:31—55. (In Russ.)
7. Voronina ZI. Institut fakticheskogo vospitaniya v semeynom prave [Institute of Actual Parenting in Family Law]. *Pravovedenie [Jurisprudence]*. 992;5:98—102. (In Russ.)
7. Voronina ZI. Pravovye formy vospitaniya detey, ostavshikhhsya bez popecheniya roditel'ey : dis. ... kand. yurid. nauk [Legal forms of raising children without parental care]. Cand. Sci. (Law) Thesis. St. Petersburg; 1993. (In Russ.)
9. Gerasimov VN. Prioritet semeynogo vospitaniya kak printsip semeynogo prava : avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk [The priority of family education as a principle of family law: Author's Abstract]. Moscow; 2006. (In Russ.)
10. Golod SI. Semya i brak: istoriko-sotsiologicheskii analiz [Family and marriage: historical-sociological analysis]. St. Petersburg: Petropolis; 1998. (In Russ.)
11. Sergeev AP, Tolstoy YuK, editors. Grazhdanskoye pravo [Civil law]. Vol. 3. Moscow: Statute; 1999. (In Russ.)
12. Grishaev SP. Postateynnyy kommentariy k Semeynomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii [Article-by-article Commentary to the Family Code of the Russian Federation]. 2nd ed., rev. and suppl. Law Reference System (SPS) "Garant"; 2018. (In Russ.)
13. Gulyaeva NI. Semeyno-pravovoe regulirovanie otnosheniy mezhdu rebenkom i drugimi chlenami semi, ne yavlyayushchimisya ego zakonnyimi predstavitel'yami : dis. ... kand. yurid. nauk [Family and legal regulation of relations between the child and other family members who are not his legal representatives: Cand. Sci. (Law) Thesis]. Moscow; 2006. (In Russ.)
14. Kasatkina AYU. Semeynye tsennosti v doktrine semeynogo prava i semeynogo zakonodatelstva Rossiyskoy Federatsii [Family Values in the Doctrine of Family Law and Family Legislation of the Russian Federation]. *Semeynoe i zhilishchnoe pravo [Family and Housing Law]*. 2020;1:18-20. (In Russ.)
15. Korolev YuA. Kommentariy k semeynomu kodeksu (postateynnyy) [Commentary to the family code (article-by-article)]. Moscow: Yustitsinform; 2003. (In Russ.)
16. Korotkova LN. Pravovoy status fakticheskogo vospitatel'ya detey [Legal status of the actual educator of children]. *Pravovedenie [Jurisprudence]*. 1983;3:82-85. (In Russ.)
17. Kosenko EV. Sredstva i metody nauchnogo poznaniya semeynogo prava [Means and methods of scientific cognition of family law]. *Perm University Herald. Juridical Sciences*. 2015;3(29):107—115. (In Russ.)
18. Kuznetsova EV. K voprosu o formakh ustroystva detey, ostavshikhhsya bez popecheniya roditel'ey [On the question of forms of placement of children without parental care]. *Proceedings of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences*. 2009;4:248—258.
19. Levushkin AN. Metodologiya nauki semeynogo prava [Methodology of the science of family law]. In: Gabov AV, Golubtsov VG, Kuznetsov OA, editors. Methodological problems of civilistic studies: collection of scientific articles. Moscow: Statute; 2016. (In Russ.)

20. Levushkin AN. Metodologiya nauki semeynogo prava v sisteme metodologii yuridicheskoy nauki [Methodology of the science of family law in the system of methodology of legal science]. In: The role and importance of legal science in the development of the society: a collection of proceedings of the round table (December 11, 2015). Moscow: Prospekt; 2016. (In Russ.)
21. Levushkin AN, Chepurnaya KA. Metodologiya issledovaniya brachno-semeynykh otnosheniy [Methodology of studying of matrimonial relations]. *Yuridicheskaya nauka i praktika*. 2016;1(12):73-78. (In Russ.)
22. Manakova RP. Poyasnitelnaya zapiska k kontseptsii proekta novogo Semeynogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii [Explanatory note to the concept of the draft new Family Code of the Russian Federation]. *Family and Housing Law*. 2012;4:26—42. (In Russ.)
23. Matveev PA. Osobennosti pravovogo regulirovaniya vospitatelnoy deyatel'nosti v zameshchayushchey seme [Peculiarities of the legal regulation of educational activity in a substituting family]. *Molodoy uchenyy [Young Scientist]*. 2010;6:18-32. (In Russ.)
24. Petrazhytskyi LI., Kozlikhin IYu, Sandulov YuA, editors. Teoriya prava i gosudarstva v svyazi s teoriey npravstvennosti [Theory of law and state in connection with the theory of morality]. St. Petersburg: Lan; 2000. (In Russ.)
25. Polivanova KN. Sovremennoe roditelstvo kak predmet issledovaniya [Modern Parenthood as a subject of research]. *Psychological Science and Education*. 2015;7(2):1-11. (In Russ.)
26. Saraliev ZKh. Subinstitut roditelstva v sovremennykh semeynykh sistemakh [Subinstitute of Parenthood in Modern Family Systems]. *Vestnik of Lobachevsky University of Nizhni Novgorod*. 2014;2(34):118—123. (In Russ.)
27. Tarasov NN. Istoriya i metodologiya yuridicheskoy nauki: metodologicheskie problemy yurisprudentsii : uchebnoe posobie dlya vuzov [History and Methodology of Legal Science: Methodological Problems of Jurisprudence: A Textbook for Universities]. Moscow: Yurayt; 2019. (In Russ.)
28. Tatarintseva EA. Modeli pravootnosheniy po vospitaniyu rebenka v seme i tendentsii ikh formirovaniya v natsionalnom semeynom prave [Models of legal relations on the upbringing of a child in the family and the tendencies of their formation in the national family law]. Moscow: Yustitsinform; 2018. (In Russ.)
28. Tatarintseva EA. Fakticheskoe vospitanie kak osnovanie vozniknoveniya semeynykh pravootnosheniy [Actual education as the basis of the emergence of family legal relations]. *Herald of TvSU. Series: Law. Tver State University*. 2014;4:113—123. (In Russ.)
30. Usacheva EA. Sotsialnoe ottsovstvo (materinstvo): postanovka problemy [Social paternity (maternity): setting the problem]. *Russian Juridical Journal*. 2019;6:115—120. (In Russ.)
31. Shershenevich GF. Revolyutsiya i grazhdanskoe ulozhenie [Revolution and Civil Law Code]. *Ezhenedelnaya yuridicheskaya gazeta*. 1906;1:8-12. (In Russ.)
32. Shtompka P. Sotsiologiya sotsialnykh izmeneniy [Sociology of Social Changes]. Yadov VA, tr. and editor. Moscow: Aspekt Press; 1996. (In Russ.)

DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.033-043

М. Н. Малеина*

Границы личного пространства преподавателя и рабочего пространства образовательной организации (правовой аспект)

Аннотация. В статье предлагается использовать выражение «личное пространство» для обозначения «частного» в период осуществления профессиональной деятельности. Под личным пространством понимается индивидуальное по содержанию и параметрам пространство, окружающее человека с его личными связями и коммуникациями, используемыми в личных целях, и отграниченное от сферы труда и других публичных отношений, в пределах которого для комфортного автономного существования человек самостоятельно определяет режим своего и чужого поведения (в том числе устанавливает контакты с одними лицами, не допускает проникновения других лиц, предметов, природных явлений).

Личное пространство можно представить в составе частной жизни. Соответственно, притязание на личное пространство входит в субъективное право на тайну и неприкосновенность частной жизни. Правовая оценка вторжения в личное пространство работника зависит от вида и объема действий работодателя, вида технического средства, принадлежности технического средства работнику или работодателю, вида обрабатываемой информации (данных), порядка принятия локального нормативного акта. Границы личного пространства работника определяются как баланс между интересом работника в тайне и неприкосновенности частной жизни и интересом работодателя в достижении качества и эффективности трудовой деятельности, обеспечении безопасности работников, имущества и информации. В статье обосновывается необходимость включения в локальные акты образовательных организаций запрета для преподавателей во время своих учебных занятий использовать мобильный телефон, а также оставлять телефон в режиме приема звуковых входящих сигналов. Сформулированы ограничения делать селфи на рабочем месте в периоды, свободные от проведения учебных занятий. Доказывается, что в целях уважения частной жизни целесообразно предусмотреть в законе возможность отказа преподавателя от разрешения на обработку образовательной организацией его персональных данных, не имеющих отношения к трудовой деятельности и целям, изложенным в Трудовом кодексе РФ, без негативных последствий для работника.

Ключевые слова: личное пространство; рабочее место; условия труда; частная жизнь; автономия личности; персональные данные; преподаватель; образовательная организация; обучающийся; право на тайну частной жизни; видеонаблюдение.

Для цитирования: Малеина М. Н. Границы личного пространства преподавателя и рабочего пространства образовательной организации (правовой аспект) // Lex russica. — 2020. — Т. 73. — № 6. — С. 33—43. — DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.033-043.

© Малеина М. Н., 2020

* Малеина Марина Николаевна, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист РФ
Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
aspirantstudent@yandex.ru

Boundaries of the Private Space (Privacy) of an Educator and the Working Space of the Educational Organization (A Legal Aspect)

Marina N. Maleina, Dr. Sci. (Law), Professor, Department of Civil Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Merited Lawyer of the Russian Federation
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
aspirantstudent@yandex.ru

Abstract. The paper proposes to use the expression ‘personal space’ to refer to the concept of ‘private’ during the period of professional activity. A personal space refers to the space personal in content and parameters, surrounding an individual and including personal connections and communications of the individual used for personal purposes and distinguished from the field of labor and other public relations within which the person independently determines the mode of his or her behavior and other people’s behavior for comfortable autonomous existence (including establishing contact with some persons and preventing interference of other persons, objects, natural phenomena).

The personal space can be described as part of private life. Accordingly, the right to the personal space is part of the legitimate right to secrecy and privacy. The legal assessment of intrusion into an employee’s personal space depends on the type and scope of the employer’s actions, the type of technical means, the affiliation of the technical means to the employee or employer, the type of processed information (data), the order of a local regulatory act adoption. The boundaries of an employee’s personal space are defined as the balance between the employee’s interest in secrecy and privacy and the employer’s interest in achieving the quality and efficiency of the labor force activities, security of workers, property and information. The paper substantiates the need to include in local acts of educational organizations a ban for educators during their training sessions to use a mobile phone, as well as to leave the phone in the mode of receiving audio incoming signals. Restrictions to take selfies in the workplace during the periods free from training sessions are formulated. It is substantiated that in order to respect privacy it is advisable to stipulate in the law the possibility for the educator to refuse to permit his or her personal data processing by the educational organization not relevant to the work and objectives set out in the Labor Code of the Russian Federation without negative consequences for the employee.

Keywords: personal space; workplace; working conditions; private life; personality autonomy; personal data; educator; educational organization; student; the right to privacy; video surveillance.

Cite as: Maleina MN. Granitsy lichnogo prostranstva prepodavatelya i rabochego prostranstva obrazovatelnoy organizatsii (pravovoy aspekt) [Boundaries of the Private Space (Privacy) of an Educator and the Working Space of the Educational Organization (A Legal Aspect)]. *Lex russica*. 2020;73(6):33—43. DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.033-043. (In Russ., abstract in Eng.).

1. Понятие личного пространства

Профессиональная деятельность и частная жизнь имеют неодинаковое содержание. Профессиональная деятельность состоит в выполнении трудовых обязанностей и держится на деловых контактах. Частная жизнь представляет область реализации личных связей с членами семьи, родственниками, друзьями, знакомыми и другими лицами, которые участвуют в непрофессиональных связях определенного человека.

Зарубежные ученые при исследовании понятия «жизненный баланс» (work-life balance)

как оптимального совмещения работы, семьи и личной жизни прежде всего акцентируют внимание на разделении ролей члена семьи и работника в связи с разными территориями реализации¹. Между тем в данном исследовании речь идет о месте личного пространства на территории работодателя.

С позиции Конституционного Суда РФ, в понятие «частная жизнь» включается «та область жизнедеятельности человека, которая относится к отдельному лицу, касается только его и не подлежит контролю со стороны общества и государства, если она носит непротивоправный характер»².

¹ См.: *Филатова Е. В.* Профессиональная деятельность и личная жизнь преподавателя университета в Германии: в поисках жизненного баланса // *Сибирский педагогический журнал*. 2012. № 7. С. 220—221.

² Определение Конституционного Суда РФ от 9 июня 2005 г. № 248-О ; определение Конституционного Суда РФ от 10 февраля 2016 г. № 224-О // СПС «КонсультантПлюс».

В этом определении акцент сделан на понимании частной жизни как управляемой самостоятельно, без вмешательства в форме чьего-либо надзора. Однако такой подход является спорным, поскольку, на наш взгляд, контроль за частной жизнью государством все-таки осуществляется. Так, проводится государственная регистрация брака, изменения имени, проверка условий жизни подопечных, проживающих с опекуном, допускается сбор и использование информации о частной жизни гражданина без его согласия в публичных интересах и пр. Существуют законодательные запреты на прием граждан в образовательные организации в случае возникновения массовых инфекционных заболеваний в отсутствие профилактических прививок, на выбор пола будущего ребенка при использовании вспомогательных репродуктивных технологий, на ускорение по просьбе пациента его смерти медицинскими работниками какими-либо действиями (бездействием) или средствами, и др. Поэтому возможность самоуправления — это только одна (но не единственная) характеристика частной жизни.

В постановлении Европейского Суда по правам человека профессиональная жизнь объясняется как часть сферы взаимодействия индивида с другими лицами, которая, в свою очередь, в публичном контексте при определенных обстоятельствах может охватываться понятием «частная жизнь»³. Очевидно, что при таком выводе остаются подлежащими допол-

нительному толкованию такие элементы определения, как «часть сферы взаимодействия», «определенные обстоятельства».

Полагаем, что более удачно для обозначения «частного» в период осуществления профессиональной деятельности использовать выражение «личное пространство».

Иногда личное пространство понимается исключительно как квадратные метры и сантиметры, приходящиеся на человека⁴. Типичны жалобы на ограниченное личное пространство лиц, находящихся в следственном изоляторе⁵, общежитии исправительного учреждения⁶. При этом личное пространство раскрывается судом шире — «в контексте применяемого режима», включая «доступ к естественному освещению, свежему воздуху, санитарной инфраструктуре»⁷. По одному из дел Европейский Суд по правам человека сделал вывод о том, что гражданин мог «обоснованно рассчитывать на соблюдение его права на уважение личной жизни если не в отношении всего служебного помещения, то по крайней мере в отношении стола и шкафов»⁸.

Конечно, квадратные сантиметры, окружающие человека, имеют отношение к пониманию личного пространства. Это особенно понятно, когда речь идет о месте проживания, месте в транспортном средстве. Но, на наш взгляд, существо составляет содержание пространства и отношение человека к нему как к своей неотъемлемой части.

³ Постановление Европейского Суда по правам человека от 25 сентября 2018 г. Дело «Денисов (Denisov) против Украины» (жалоба № 76639/11) // Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Специальный выпуск. 2018. № 11 (23).

⁴ Так, подсудимого перевозили в тюремном фургоне от следственного изолятора в суд 58 раз с не менее чем 9 людьми в отсеке площадью 2,52 кв. м. Соответственно, пространство заявителя составляло не более 0,252 кв. м, что было признано нарушением (см.: Обзор практики межгосударственных органов по защите прав и основных свобод человека № 2 (2018). Подготовлен Верховным Судом РФ. Документ опубликован не был // СПС «КонсультантПлюс»).

⁵ Постановление Европейского Суда по правам человека от 8 февраля 2018 г. Дело «Митрюков (Mitryukov) против Российской Федерации» (жалоба № 57927/16 и две другие жалобы) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. Российское издание. 2019. № 6.

⁶ Постановление Европейского Суда по правам человека от 10 апреля 2018 г. Дело «Лесникович (Lesnikovich) против Российской Федерации» (жалоба № 17181/09) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. Российское издание. 2019. № 5.

⁷ Постановление Европейского Суда по правам человека от 22 марта 2016 г. «Бутрин (Butrin) против Российской Федерации» (жалоба № 16179/14) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2016. № 12 ; постановление Европейского Суда по правам человека от 10 апреля 2018 г. Дело «Лесникович (Lesnikovich) против Российской Федерации» (жалоба № 17181/09) // Там же. 2019. № 5.

⁸ Информация о постановлении Европейского Суда по правам человека от 26 июля 2007 г. по делу «Пеев (Peev) против Болгарии» (жалоба № 64209/01) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2008. № 2.

Заслуживают обсуждения предлагаемые признаки личного пространства: закрытость, недоступность для широкой публики, принадлежность конкретным индивидам, неофициальность, интимность, приватность, а также вывод о том, что представления об элементах личного, приватного продолжают изменяться⁹.

Полагаем, что закрытость и недоступность не являются ключевыми признаками личного пространства, поскольку эта сфера технически и юридически уязвима, доступна для государства и третьих лиц. Так, можно незаконно подглядывать в замочную скважину или разрешается осуществление оперативно-розыскных мероприятий в форме прослушивания телефонных переговоров, наблюдения, обследования транспортных средств по основаниям, установленным законом, в том числе и в отношении лиц, виновность которых в совершении преступления в дальнейшем не будет доказана. Кроме того, иногда гражданин сам открывает вход в свое личное пространство.

Думается, что признаком не будет принадлежность личного пространства конкретному индивиду. Более верно будет отметить, что у каждого человека свое личное пространство, поэтому особенностью следовало бы считать неодинаковое наполнение личного пространства.

Неофициальность, интимность, приватность являются синонимами; они действительно характеризуют личное пространство и противопоставляются публичности. Публичность отношений (как открытое взаимодействие с другими лицами, в том числе с незнакомыми, мало-знакомыми лицами) имеет место в трудовой сфере, при обучении в образовательных организациях, при участии в политической деятельности, отдыхе в общественных местах и пр.

В юридической литературе проводилось изучение биополя (ауры, ментального тела, энергоинформационного поля) как возможного объекта права¹⁰. Биополе и личное пространство близкие по существу, но все-таки не равнозначные понятия. Биополе трактуется прежде всего как энергетический контур тела человека. Личное пространство используется для оставления человека наедине с самим собой, для

реализации отношений с близкими людьми непосредственно или с помощью средств связи, поэтому на его основе может формироваться право, входящее в группу прав, обеспечивающих автономию личности.

С учетом сказанного под личным пространством нами понимается индивидуальное по содержанию и параметрам пространство, окружающее человека с его личными связями и коммуникациями, используемыми в личных целях, и отграниченное от сферы труда и других публичных отношений, в пределах которого для комфортного автономного существования человек самостоятельно определяет режим своего и чужого поведения (в том числе устанавливает контакты с одними лицами, не допускает проникновения или воздействия других лиц, предметов, природных явлений).

В 2018 г. Новгородский областной суд в апелляционном определении, поддерживая решение районного суда о компенсации морального вреда за неисполнение условий содержания под стражей, указал, что в следственном изоляторе были нарушены личные неимущественные права обвиняемого (подозреваемого), в том числе право на достаточное личное пространство¹¹. Вызывает сомнение формирование нового отдельного субъективного права. Личное пространство можно представить в составе частной жизни. Соответственно, притязание на личное пространство входит в субъективное право на тайну и неприкосновенность частной жизни.

Надо заметить, что в образовательном учреждении рядовой преподаватель не имеет своего кабинета, стола, шкафа, стула, компьютера. В учительских, преподавательских помещениях имеются общие мебель и технические средства. Свое личное пространство преподаватель носит с собой. Частная жизнь как бы сфокусирована в личном пространстве на период нахождения в образовательном учреждении.

Особенностью организации образовательного процесса является то, что администрации не удается скомпоновать последовательно все занятия каждого преподавателя. Возникают «окна» — периоды от 2 до 10 часов (если пре-

⁹ Мельников М. В., Моисеева З. Ф. Граница между личным и публичным пространством и ее особенности на примере социальной сети Instagram // Теория и практика общественного развития. 2016. № 10. С. 34, 37.

¹⁰ Малеина М. Н. Правовой взгляд на проявление нетрадиционных способностей (качеств) человека // Государство и право. 1994. № 2. С. 122—129.

¹¹ Апелляционное определение Новгородского областного суда от 11 июля 2018 г. по делу № 33-1635/2018 // СПС «КонсультантПлюс».

подаватель занят в дневном и вечернем обучении), свободные от работы, но когда преподаватель может или вынужден оставаться в здании образовательной организации или на иной ее территории. Эти периоды используются как для реализации личного пространства, так и для профессиональной деятельности. Личное пространство также «работает» во время обеда, иных пауз (например, перемена в вузе), а также в некоторых других случаях.

2. Общие границы личного пространства работника по трудовому законодательству

Работник имеет право на полную достоверную информацию об условиях труда и о требованиях охраны труда на рабочем месте (ст. 21 ТК РФ¹²). Согласно ст. 74 ТК РФ работодатель может изменить организационные или технологические условия труда. К изменениям технологических условий можно отнести установку на рабочие компьютеры и корпоративные сотовые телефоны специальных программ по отслеживанию поведения работника, установку видеокамер на рабочих местах. К изменениям организационных условий труда мы относим введение обработки персональных данных работников или изменение обрабатываемого объема персональных данных. Подобные действия работодателя будут правомерны, если: 1) работодатель уведомляет работника в письменной форме не позднее чем за 2 месяца о предстоящих изменениях и о причинах, вызвавших необходимость таких изменений; 2) работник согласен работать в новых условиях (в противном случае работодатель предлагает ему в письменной форме другую имеющуюся у работодателя работу); 3) вносятся соответствующие изменения в трудовой договор.

Однако соблюдения только этих правил недостаточно. Правовая оценка вторжения в личное пространство работника зависит от места работы, вида и объема действий работодателя, вида применяемого технического средства, принадлежности технического средства работнику или работодателю, вида обрабатываемой информации (данных), порядка принятия локального нормативного акта и приводит к обозначению дополнительных границ.

Остановимся на отдельных ситуациях, когда в личном пространстве работника осуществляются телефонные разговоры, используется компьютер или когда работодателем или другими лицами производится видеонаблюдение, фотосъемка, обработка персональных данных.

3. Дополнительные границы личного пространства преподавателя

Телефонные переговоры

Следует различать использование личного сотового телефона, оплачиваемого самим работником, и телефона с корпоративной сим-картой, предоставленного работодателем. Применительно к *использованию личного сотового телефона* на работе в непрофессиональных целях надо отметить следующее. Преподавательская деятельность включает такие периоды, когда телефонные переговоры недопустимы исходя из существа преподавания (невозможность общаться с обучающимися, передавать знания и контролировать их усвоение и одновременно вести частные переговоры с другими лицами).

Поэтому полагаю, что в локальном акте образовательной организации могут быть сформулированы запреты для преподавателей, в частности, использовать мобильный телефон в период проведения своих учебных занятий (лекций, семинаров, уроков, зачетов, экзаменов, консультаций), а также оставлять телефон в режиме приема звуковых входящих сигналов. Ситуации, когда во время занятий преподаватель отвечает на звонок и сообщает, что перезвонит позже, либо выходит из аудитории и продолжает разговор, также недопустимы.

Редакция локальных нормативных актов должна быть предельно точной. Так, в Правилах внутреннего распорядка в федеральном государственном автономном образовательном учреждении высшего образования «Новосибирский национальный исследовательский государственный университет» (приняты на конференции работников и обучающихся 15.11.2017¹³) было предусмотрено, что в помещениях и на территории университета работникам запрещается использовать средства мобильной связи во время занятий (п. 7.2).

¹² Трудовой кодекс Российской Федерации от 30 декабря 2001 г. № 197-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 3.

¹³ URL: https://www.nsu.ru/upload/iblock/81b/Pravila_trud_rasporyadka_16.11.2017.pdf. (дата обращения: 17.08.2019).

Такое указание может быть интерпретировано как общий запрет для всех работников использовать телефоны для общения в период проведения любых (своих и чужих) занятий в образовательном учреждении (к примеру, в вузе занятия продолжаются с 9 до 22 часов).

В Правилах внутреннего распорядка федерального государственного автономного образовательного учреждения высшего образования «Казанский (Приволжский) федеральный университет» (приняты решением Ученого совета 24 декабря 2015 г.¹⁴) закреплено, что «во время занятий во всех учебных и прилегающих к ним помещениях должны быть обеспечены тишина и порядок, необходимые для нормального хода учебного процесса» (п. 6.7). Формально это положение правильное, поскольку направлено на предотвращение шума. Между тем преподаватель во время подготовки обучающегося к экзамену или в период написания контрольных работ может принимать и отправлять личные СМС-сообщения; подобные действия внешне не нарушают порядок, бесшумны, но не соответствуют правильной организации учебных занятий.

В Положении о правилах использования средств мобильной связи в здании и на территории муниципального казенного общеобразовательного учреждения «Средняя общеобразовательная школа № 12 села Шаманка» (утвержденном директором в 2014 г.¹⁵) ограничение сформулировано более удачно: «Пользование мобильной связью разрешается до начала уроков, после окончания уроков и на переменах; не допускается пользование средствами мобильной связи во время образовательного процесса (урочной и внеурочной деятельности); на период образовательного процесса владелец средства мобильной связи должен его отключить либо поставить на беззвучный режим» (п. 2.2, 2.3).

Возможность *пользования корпоративной сотовой связью* предоставляется организацией работнику в целях эффективного решения производственных вопросов и оперативного обмена информацией. Корпоративная сотовая связь должна использоваться в пределах лимита

и в рамках должностных обязанностей. Это означает, что работодатель обязан предусмотреть определенные формы контроля. Например, в Положении о порядке предоставления корпоративной сотовой связи работникам федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования «Уральский государственный университет физической культуры» (утверждено и. о. ректора 22.12.2017¹⁶) записано, что представитель работодателя «организует получение от оператора сотовой связи детализацию звонков по всем корпоративным номерам, используемым в университете»; а «при использовании корпоративной сотовой связи не по назначению все личные телефонные переговоры подлежат оплате работником» (п. 3.3, 4.1).

Федеральный закон от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи»¹⁷ гарантирует тайну телефонных переговоров, что означает недопустимость подслушивания разговора, ознакомления с распечаткой содержания разговора, получения информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами. По смыслу ст. 63 указанного Закона требование о соблюдении тайны относится как к личной, так и к служебной информации. Во избежание конфликта интересов работодателя и преподавателя-работника требуется указание в локальном акте организации на согласие преподавателя на представление оператором связи работодателю сведений о факте телефонных переговоров, личности получателя звонков при использовании корпоративной сотовой связи, а также ознакомление преподавателя с приказом о введении локального акта, подтвержденное подписью.

Отдельно следует поднять вопрос о блокировке мобильной телефонной связи, которая осуществляется в некоторых вузах и школах в период экзаменов. Мера, направленная на предотвращение использования шпаргалок, подсказок обучающимися, одновременно препятствует и мобильной телефонной связи преподавательского состава и, соответственно, ограничивает личное пространство преподавателя.

¹⁴ URL: https://kpfu.ru/portal/docs/F_1157913738/Pravila.vnutr..rasp.pdf (дата обращения: 27.08.2019).

¹⁵ URL: <https://pandia.ru/text/79/356/23884.php> (дата обращения: 17.08.2019).

¹⁶ URL: http://www.uralgufk.ru/sites/default/files/doc/Polozh_o_poryad_predostavl_korporativ_sot_svyazi_rabotnikam_UralGUFK.pdf (дата обращения: 16.08.2019).

¹⁷ СЗ РФ. 2003. № 28. Ст. 2895.

Электронная почта

Следует остановиться на режиме личной и корпоративной электронной почты, используемой в здании (на территории) работодателя.

Достаточно часто преподаватель использует рабочий компьютер на работе для проверки своей *личной почты*. В таком случае технические возможности доступа к содержимому личной почты у работодателя имеются. В соответствии с ч. 2 ст. 23 Конституции РФ каждый имеет право на тайну переписки, почтовых и иных сообщений, за исключением ограничения этого права на основании решения суда. Поэтому те или иные действия работодателя по выяснению содержания личной почты, сбора адресов электронной почты, по которым отправлялись письма, даты и времени отправления электронных писем, незаконны.

Корпоративная электронная почта вводится на базе локальной сети организации. В Положении о работе с электронной корпоративной почтой в Брянском государственном техническом университете (утверждено ректором 22.11.2013¹⁸) указаны типичные цели создания корпоративной почты: «обеспечивает: создание современных условий для выполнения сотрудниками своих должностных обязанностей; вспомогательный документооборот внутри организации и за ее пределами; автоматизацию деятельности административных подразделений и вспомогательных подразделений университета» (п. 2.4). Исходя из назначения корпоративной почты, у работодателя в лице администратора сервиса есть право контроля использования сервиса конечными пользователями (работниками-преподавателями). Возможна ситуация, что работник отправляет электронное письмо личного характера с корпоративной почты. Европейский Суд по правам человека по жалобе персонального ассистента ректора Кармартенширского колледжа (Великобритания) посчитал, что проверка работодателем без согласия работника его электронных писем, отправленных с работы, является вмешательством в его право на уважение частной

жизни и корреспонденции¹⁹. В таком случае возникает вопрос, как должен проводить контроль использования корпоративной электронной почты работодатель, для того чтобы его действия были законны?

По мнению юристов, «нельзя быть убежденным в том, что даже предупрежденный о перлюстрации работник не получит по почте письмо, содержащее данные личного характера, защита тайны которых гарантируется»²⁰. С учетом этого в локальный акт об использовании корпоративной почты требуется ввести запрет на передачу работником своего электронного адреса лицам, не имеющим отношения к его профессиональной деятельности.

Ознакомление работника с правилами работы корпоративной электронной почты лишь косвенно означает его согласие на контроль его корреспонденции. Прямое согласие может быть усмотрено при упоминании в локальном акте организации согласия конечного пользователя на контроль корпоративной почты по кругу отправителей и адресатов (которые по общему правилу должны быть из числа работников организации), а также при наличии записи об ознакомлении с правилами использования корпоративной почты.

Использование ресурсов Интернета

Использование ресурсов Интернета для общения в социальных сетях, участия в играх, просмотра кинофильмов, поиска информации в частных целях непосредственно в рабочее время в период проведения учебных занятий на рабочем или личном компьютере (ноутбуке), в смартфоне не допускается. Соответственно, правомерно блокирование работодателем доступа к социальным сетям на рабочих компьютерах или смартфонах с корпоративной сим-картой, предоставленных работодателем, на периоды проведения занятий.

Но не противоречит закону поиск информации и непосредственно использование ее в профессиональных целях на любом компьютере или в любом смартфоне. Вопрос состоит

¹⁸ URL: <https://docplayer.ru/34048566-1-obshchie-polozheniya-1-1-korporativnaya-elektronnaya-pochta-v-dalneyshem-elektronnaya-pochta-yavlyayetsya-setevym-servisom-predostavlyаемым-sotrudnikam.htm> (дата обращения: 19.07.2019).

¹⁹ Постановление Европейского Суда по правам человека от 3 апреля 2007 г. Дело «Копланд (Copland) против Соединенного Королевства» (жалоба № 62617/00) // Прецеденты Европейского Суда по правам человека. 2016. № 7 (31).

²⁰ Стружков А. Читать или не читать? Перлюстрация корпоративной электронной почты // Системный администратор. 2011. № 6. С. 6.

в отслеживании вида собираемой информации. На стационарном рабочем компьютере или выданном организацией ноутбуке, смартфоне контроль может осуществляться за счет установления специальных программ для анализа истории посещения интернет-сайтов, дат, времени и продолжительности посещения интернет-сайтов. При этом каждый преподаватель должен быть предупрежден о сборе и об анализе подобной информации под расписку при введении в действие соответствующего приказа и должен выразить свое согласие (в одностороннем документе или в самом локальном акте).

Использование ресурсов Интернета с помощью личных гаджетов в свободное от работы время, но на территории организации-работодателе правомерно.

Видеонаблюдение и фотосъемка

Согласно ч. 5 ст. 209 ТК РФ рабочее место — это место, где работник должен находиться или куда ему необходимо прибыть в связи с его работой и которое прямо или косвенно находится под контролем работодателя. *Видеонаблюдение* иногда применяется работодателем — образовательной организацией для контроля за качеством преподавания. В частности, проводятся видеозаписи лекций в вузе, ведется видеонаблюдение при проведении государственной итоговой аттестации.

Применение работодателем видеонаблюдения в иных случаях (не в процессе учебных занятий) в зданиях (коридорах, столовой, буфете, преподавательской, учительской) и на территории (место для курения, внутренний двор со скамейками) не связано с осуществлением работы, поэтому объясняется работодателем необходимостью обеспечения безопасности работников и охраной имущества. Такие цели соответствуют содержанию норм пп. 1, 3 ст. 86 ТК РФ, но, полагаем, не всегда такая потребность имеется в действительности. В связи с этим необходимо предварительно продумать и периоды видеонаблюдения. Может быть, в целях охраны имущества образовательной организации видеонаблюдение в коридорах здания, где расположены кафедры вуза, во внутреннем дворе и некоторых других поме-

щениях и территориях следует включать только в ночное время?

Изображение характеризует физиологические и биологические особенности человека, на основании которых можно установить его личность. Согласно п. 1 ст. 11 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных»²¹ сбор, запись, систематизация, накопление, хранение, уточнение (обновление, изменение), извлечение, использование, передача (распространение, предоставление, доступ), обезличивание, блокирование, удаление, уничтожение персональных данных могут осуществляться только при наличии согласия в письменной форме субъекта персональных данных (преподавателя).

Работодатель должен сообщить работнику о целях, предполагаемых источниках и способах получения персональных данных, а также о характере подлежащих получению персональных данных и последствиях отказа работника дать письменное согласие на их получение (пп. 3 ст. 86 ТК РФ).

Сведения о видеонаблюдении должны быть не абстрактны. Полагаем, что необходимо указать места размещения видеокамер, периоды хранения видеозаписей, лицо, ответственное за получение, хранение, уничтожение видеозаписей, и лицо, имеющее право просмотра. В противном случае, при частичной информации (или при полном отсутствии информации), надо признать ведение скрытого незаконного видеонаблюдения. Федеральный закон от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности»²² запрещает проведение оперативно-розыскных мероприятий и использование специальных и иных технических средств, предназначенных (разработанных, приспособленных, запрограммированных) для негласного получения информации, не уполномоченными на то физическими и юридическими лицами (ч. 6 ст. 6). Образовательные организации к уполномоченным законом лицам не относятся.

Информирование о видеонаблюдении может быть сделано путем доведения до работников специального локального акта, включения положений в акт об обработке персональных данных, а также включения сведений о видеонаблюдении в трудовой договор с работником²³.

²¹ СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3451.

²² СЗ РФ. 1995. № 33. Ст. 3349.

²³ *Стюфеева И. В.* Труд под присмотром // СПС «КонсультантПлюс», 2015.

Следует согласиться с мнением о том, что извещения о наличии камер слежения на табличках («ведется видеонаблюдение» и т.п.) или дополнительного подписания локального акта о видеосъемке явно недостаточно — требуется привести обоснование производственной необходимости в установке камер слежения²⁴. Добавим, что надо проводить обсуждение предполагаемого технического мероприятия еще до закупки оборудования, на стадии разработки проекта локального акта, соответственно, согласие работников-преподавателей должно быть предварительным, а не вынужденным последующим в форме ознакомления с приказом в отношении уже установленного видеоборудования.

Отдельно надо отметить случаи установки видеоборудования и видеонаблюдения в образовательной организации неуполномоченным работником в местах, не связанных с осуществлением работы, в отсутствие даже общего предупреждения о слежении. Например, директор средней общеобразовательной школы установил видеорегистратор в женских туалетах для персонала и учащихся и просматривал записи на своем компьютере²⁵. Следствием таких действий должно являться не только привлечение к уголовной ответственности соответствующего работника за нарушение неприкосновенности частной жизни, но и применение мер дисциплинарной ответственности за бездействие к тем работникам, которые должны были обнаружить видеорегистратор в неполюженном месте.

Зачастую преподаватели становятся объектом фотографирования со стороны обучающихся, а в дальнейшем результаты фотосъемки выкладываются в сети Интернет. В отдельных случаях обучающиеся похищают фотографии преподавателей путем взлома сайтов, аккаунтов в социальных сетях или получают доступ к контенту по небрежности самих преподавателей. Так, учительница из Южной Каролины

(США) Л. А., отлучившись в коридор во время урока, оставила на столе незаблокированный телефон. Один из учеников — 16-летний подросток — взял телефон, зашел в фотогалерею и, увидев там снимки обнаженной учительницы, разослал их своим одноклассникам. Руководство школы уволило преподавателя, неспособного охранять свою частную жизнь²⁶.

Для таких ситуаций дополнительно действует правило п. 1 ст. 152.1 ГК РФ²⁷: обнародование и дальнейшее использование изображения гражданина (в том числе его фотографии, видеозаписи) допускаются только с согласия этого гражданина.

Насколько приемлемо самому преподавателю использовать фотосъемку или видеозапись на территории образовательной организации, например во время проведения собственного семинара, заседания кафедры или ученого совета? Подход тот же, как и при съемке самого преподавателя: на основании вышеуказанного Федерального закона «О персональных данных» требуется согласие лиц, попадающих в кадр. Локальные акты образовательных организаций в основной массе пока не касаются таких ситуаций.

Допустимо ли селфи на рабочем месте? Пожалуй, здесь следует сформулировать несколько запретов: 1) не фотографировать во время учебных занятий (нарушает образовательный процесс); 2) не фотографировать в образовательном учреждении на рабочем месте в период, свободный от проведения учебных занятий, если а) в кадр попадают другие лица без их согласия (нарушает право на тайну изображения), б) кадр захватывает название, текст служебных документов или чужие персональные данные (нарушает режим служебной тайны и персональных данных), в) получаемый образ преподавателя противоречит целям образовательных учреждений по обучению и воспитанию.

Последний запрет поясним следующим примером. Учительница музыки Е. К. делала фото-

²⁴ Романова Ю. Э. Использование видеонаблюдения для контроля за поведением работников // Кадровая служба и управление персоналом предприятия. 2006. № 12. С. 23.

²⁵ Директора школы осудили за установку камер в женских туалетах // Новые известия. 2017. 28 февр. URL: <https://newizv.ru/news/society/28-02-2017/direktora-shkoly-osudili-za-ustanovku-kamer-v-zhenskih-tualetah> (дата обращения: 19.08.2019).

²⁶ Уволены за фото. Учителя, врачи и судьи, лишившиеся работы из-за фривольных фото в сети. 2016 // URL: <https://hr-portal.ru/article/uvoleny-za-foto-uchitelya-vrachi-i-sudi-lishivshiesya-raboty-iz-za-frivolnyh-foto-v-seti> (дата обращения: 19.08.2019).

²⁷ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

снимки на рабочем месте в школе полностью обнаженной и в бикини. Е. К. виновной себя не признала, заявив, что снимки были сделаны в нерабочее время. Под давлением администрации школы и родительского комитета она подала заявление об увольнении по собственному желанию²⁸. Полагаем, что поведение преподавателя в образовательном учреждении — это уже один из воспитательных приемов. Вряд ли найдутся сторонники, призывающие учеников вне уроков прогуливаться по коридорам школы в купальных костюмах.

Перемещение внутри зданий и по территории работодателя

Использование персональных электронных пропусков, которые необходимо прикладывать для входа во все здания организации, в некоторые учебные аудитории, а также для выхода из зданий, приводит к возможности частично отслеживать передвижение работника в период нахождения в месте трудовой деятельности. Данные действия не ограничивают права преподавателя как гражданина на свободу передвижения, поскольку кодировка пропуска допускает вход его обладателя только в помещения, связанные с его профессиональными функциями.

Между тем введение в образовательной организации допуска в лифты и туалеты только с помощью электронного пропуска вряд ли можно оправдать заботой об охране имущества. Такие меры контроля являются дополнительным способом сбора информации о преподавателе, поэтому должны устанавливаться только с согласия коллектива работников.

Заключение

Границы личного пространства работника определяются нами как баланс между интересом работника в тайне и неприкосновенности частной жизни и интересом работодателя в достижении качества и эффективности трудовой деятельности, обеспечении безопасности работников, имущества и информации.

Сложилась практика принятия образовательной организацией локального акта о применении технических средств для сбора и иной обработки информации о частной жизни работников и последующее ознакомление преподавателя в форме подписи под приказом, которое, видимо косвенно, является и выражением согласия преподавателей. Такое согласие (с предоставлением только части информации, без обсуждения, без участия в утверждении/принятии, без возможности отказа) надо признать вынужденным. Для законности сбора или иной обработки информации при использовании работником корпоративной сотовой связи, корпоративной электронной почты, стационарного компьютера на работе, при осуществлении видеонаблюдения требуется получение от преподавателя письменного согласия, закрепленного в трудовом договоре, и дополнительно в одностороннем документе (заявлении о согласии) или локальном акте образовательной организации.

Недопустимы препятствия к реализации личного пространства на рабочем месте в свободное от работы время (в частности, незаконно кодирование электронного персонального пропуска на запрет прохода в столовую, туалет, лифт, внутренний двор), а также истребование и сбор избыточной информации о частной жизни, не соответствующие трудовому законодательству.

²⁸ Учительницу, опубликовавшую интимные фото, арестовали за дебош в полиции // Труд. 2014. 15 августа. URL: http://www.trud.ru/article/15-08-2014/1316767_uchitelnitsu_opublikovavshuju_intimnye_foto_arestovali_za_debosh_v_politsii.html (дата обращения: 21.08.2019).

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Малеина М. Н. Правовой взгляд на проявление нетрадиционных способностей (качеств) человека // Государство и право. — 1994. — № 2. — С. 122—129.
2. Мельников М. В., Моисеева З. Ф. Граница между личным и публичным пространством и ее особенности на примере социальной сети Instagram // Теория и практика общественного развития. — 2016. — № 10. — С. 32—37.
3. Романова Ю. Э. Использование видеонаблюдения для контроля за поведением работников // Кадровая служба и управление персоналом предприятия. — 2006. — № 12. — С. 19—25.
4. Стружков А. Читать или не читать? Перлюстрация корпоративной электронной почты // Системный администратор. — 2011. — № 6. — С. 6—7.
5. Стюфеева И. В. Труд под присмотром // СПС «КонсультантПлюс», 2015.
6. Филатова Е. В. Профессиональная деятельность и личная жизнь преподавателя университета в Германии: в поисках жизненного баланса // Сибирский педагогический журнал. — 2012. — № 7. — С. 220—223.

Материал поступил в редакцию 1 марта 2020 г.

REFERENCES

1. Maleina MN. Pravovoy vzglyad na proyavlenie netraditsionnykh sposobnostey (kachestv) cheloveka [Legal view on manifestation of non-traditional abilities (qualities) of a person]. *State and Law*. 1994;2:122—129. (In Russ.)
2. Melnikov MV, Moiseeva ZF. granitsa mezhdru lichnym i publichnym prostranstvom i ee osobennosti na primere sotsialnoy seti instagram [The boundary between personal and public space and its features on the example of social network Instagram]. *Theory and Practice of Social Development*. 2016;10:32—37. (In Russ.)
3. Romanova YuE. ispolzovanie videonablyudeniya dlya kontrolya za povedeniem rabotnikov [The use of video surveillance to control the behavior of workers]. *Kadrovaya sluzhba i upravlenie personalom predpriyatiya [Personnel Department and Personnel Management of the enterprise]*. 2006;12:19—25. (In Russ.)
4. Struzhkov A. chitat ili ne chitat? perlyustratsiya korporativnoy elektronnoy pochty [To read or not to read? Corporate E-mail Perlustration]. *Sistemnyy administrator [System Administrator]*. 2011;6:6—7. (In Russ.)
5. Styufeeva IV. trud pod prismotrom [Labour under supervision]. Law Reference System “ConsultantPlus;” 2015. (In Russ.)
6. Filatova EV. Professionalnaya deyatelnost i lichnaya zhizn prepodavatelya universiteta v germanii: v poiskakh zhiznennogo balansa [Professional activity and personal life of a university teacher in Germany: in search of life balance]. *Siberian Pedagogical Journal*. 2012;7:220— 223. (In Russ.)

DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.044-060

Л. В. Терентьева*

Правовая природа оговорок в отношении арбитражных центров, разрешающих споры по процедуре UDRP¹

Аннотация. Последние законодательные изменения в отношении заключения арбитражного соглашения, инкорпорированного в договор присоединения, способствовали формированию в российской доктрине дополнительной аргументации в пользу квалификации оговорок, предусматривающих рассмотрение доменных споров в соответствии с процедурой UDRP, в качестве арбитражных соглашений. Принимая во внимание ряд процессуально-правовых последствий, детерминированных как фактом заключения арбитражного соглашения, так и фактом вынесения арбитражного решения, автор ставит вопрос о правовой природе оговорок, предусматривающих рассмотрение споров в соответствии с процедурой UDRP. Исследование основных свойств и признаков указанных оговорок позволило прийти к выводу, что обозначенное в доктрине соотношение публично-правовых и частноправовых начал, свойственных арбитражному соглашению, не отвечает характеру оговорок рассмотрения споров по процедуре UDRP (невозможность отказа правообладателя доменного имени от данной оговорки; отсутствие дерогационного эффекта оговорки и др.). Соответственно, исполнимость данной оговорки не может определяться в соответствии с нормами Федерального закона об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ 2015 г. и Закона РФ о международном коммерческом арбитраже 1993 г., предусматривающими условия заключения арбитражного соглашения, к которым, например, относится принцип эффективного толкования арбитражного соглашения, не исключающий в ряде случаев компетенцию третейского суда при отсутствии подписанного соглашения сторонами. В этой связи автор подвергает сомнению построенную на основании указанных законов аргументацию в пользу неисполнимости данной оговорки.

Исследование отдельных принципов разбирательства спора по процедуре UDRP (ограниченный перечень средств правовой защиты; рассмотрение спора в форме проведения устных слушаний только по инициативе административной комиссии; неоправданно короткий срок, предусмотренный как для направления отзыва на претензию, так и при обращении в компетентный суд; диспаритетный характер оговорки о рассмотрении споров и т.п.) позволило автору статьи сделать вывод о том, что в ряде случаев подобная оговорка носит обременительный характер для правообладателя доменного имени в связи с нарушением принципов законности и независимости при создании и формировании конкретной административной комиссии.

Ключевые слова: арбитражные (третейские) соглашения; некоммерческая международная организация по распределению адресного пространства в сети Интернет (ICANN); единая политика разрешения споров о доменных именах; правила для единой политики рассмотрения споров о доменных именах; административная панель арбитров; административная процедура UDRP; обременительные условия.

Для цитирования: Терентьева Л. В. Правовая природа оговорок в отношении арбитражных центров, разрешающих споры по процедуре UDRP // Lex russica. — 2020. — Т. 73. — № 6. — С. 44—60. — DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.044-060.

¹ Статья подготовлена при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-16061.

© Терентьева Л. В., 2020

* Терентьева Людмила Вячеславовна, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
terentevamila@mail.ru

Legal Nature of Clauses Determining Arbitration Centers Resolving Disputes under the UDRP²

Lyudmila V. Terentyeva, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Department of Private International Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
terentevamila@mail.ru

Abstract. Recent legislative amendments regarding an arbitration agreement incorporated into the agreement of accession have contributed to the formation of the concept in the Russian doctrine giving additional argumentation in favor of qualifying clauses envisaging the consideration of domain disputes under the UDRP as arbitration agreements. Taking into account a number of procedural and legal consequences determined by both the fact of the conclusion of the arbitration agreement and the fact of the award, the author raises the question of the nature of clauses providing for the consideration of disputes under the UDRP procedure. The study of the main properties and characteristics of the clauses under consideration leads to the conclusion that the balance between public law and private law foundations defined in the doctrine inherent to the arbitral agreement, does not meet the nature of the dispute resolution clauses under the UDRP (the impossibility for the domain name holder to refuse from the clause; the absence of the derogatory effect of the clause, etc.). Accordingly, enforceability of this clause cannot be determined under the provisions of the Federal Law on Arbitrazh [Arbitration] of 2015 and the Law of the Russian Federation on International Commercial Arbitration of 1993, providing the conclusion of the arbitration agreement, which, for example, include the principle of effective interpretation of an arbitration agreement that does not exclude in a number of cases the competence of the arbitral tribunal in the absence of the agreement signed by the parties. In this regard, the author questions the argumentation in favor of unenforceability of the clause under consideration based on the named laws.

The study of certain principles of dispute resolution proceedings under the UDRP (limited list of remedies; resolution of the dispute in the form of oral hearings only on the initiative of an administrative commission; the unduly short period of time provided for both response to the claim and going to a competent court; the disparity of the dispute resolution clause, etc.) allows the author to conclude that, in some cases, such a clause is burdensome for the owner of the domain name due to the violation of the principles of legality and independence in the establishment and formation of a specific administrative commission.

Keywords: arbitration agreements; non-profit Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN); Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy; Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy; administrative panel of arbitrators; UDRP administrative procedure; burdensome conditions.

Cite as: Terentyeva LV. Pravovaya priroda ogovороk v otnoshenii arbitrazhnykh tsentrov, razreshayushchikh spory po protsedure UDRP [Legal Nature of Clauses Determining Arbitration Centers Resolving Disputes under the UDRP]. *Lex russica*. 2020;73(6):44—60. DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.044-060. (In Russ., abstract in Eng.).

Сложности разрешения споров в отношении доменных имен в национальных государственных судах стали одним из мотивов создания международной административной процедуры рассмотрения данных споров (далее — процедура UDRP), разработанной Всемирной организацией интеллектуальной собственности (ВОИС) и администрируемой некоммерческой международной организацией по распределению адресного пространства в сети Интернет (Internet Corporation for Assigned Names and

Numbers, ICANN). Нормативной основой указанной процедуры явились Единая политика разрешения споров о доменных именах (Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy³, UDRP; далее — Политика UDRP) и Правила для единой политики рассмотрения споров о доменных именах (Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy⁴; далее — Правила UDRP). Первый документ в доктрине охарактеризован в качестве документа, содержащего материально-правовые положения, тогда как второй

² The reported study was funded by RFBR according to the research project № 18-29-16061.

³ URL: <https://www.icann.org/resources/pages/policy-2012-02-25-en> (дата обращения: 10.03.2020).

⁴ URL: <http://www.icann.org/resources/pages/udrp-rules-2015-03-11-en> (дата обращения: 22.03.2020).

отнесен к процессуальным документам⁵. Обозначение процедуры рассмотрения споров в качестве административной обусловлено § 10 Правил UPRP, в котором говорится об административном разбирательстве споров комиссией, представляющей собой панель арбитров, рассматривающих конкретный спор в рамках того или иного арбитражного центра. Следует отметить, что административный характер рассмотрения спора не свидетельствует о том, что указанная процедура носит публично-правовой характер и входит в компетенцию исполнительной власти того или иного государства, а лишь подчеркивает обязательность выносимых арбитражными центрами решений в отношении правообладателя доменного имени, о чем будет далее сказано в настоящей статье.

Набирающие популярность доктринальные позиции о необходимости разрешения доменных споров в отношении национальных доменных зон РФ в соответствии с процедурой UDRP⁶ актуализируют обращение к вопросам о правовой природе указанного механизма разрешения споров, его соотношении с иными механизмами, а также правовой природе соглашения сторон о передаче доменных споров в соответствии с указанной процедурой.

Следует отметить, что реформирование третейских судов в РФ, а также законодательные изменения в отношении заключения арбитражного соглашения, инкорпорированного в договор присоединения, способствовали формированию дополнительной аргументации в российской доктрине в пользу квалификации оговорок, предусматривающих рассмотрение споров в специализированных негосударственных арбитражных центрах в соответствии с процедурой UDRP, в качестве арбитражных соглашений⁷.

Принимая во внимание ряд процессуально-правовых последствий, детерминированных как фактом заключения арбитражной оговорки, так и фактом вынесения арбитражного решения, следует признать безусловную значимость

вопроса правовой природы оговорок, предусматривающих рассмотрение споров в соответствии с процедурой UDRP, а также правовой природы самой процедуры разрешения споров.

В настоящий момент постоянно действуют и функционируют следующие центры, аккредитованные ICANN: Азиатский центр по разрешению доменных споров (Asian Domain Name Dispute Resolution Centre), Национальный арбитражный форум (The National Arbitration Forum), Арбитражный и медиационный центр ВОИС (WIPO Arbitration and mediation Center), Чешский арбитражный суд по урегулированию интернет-споров (The Czech Arbitration Court Arbitration Center for Internet Dispute), Арабский центр по разрешению доменных споров (Arab Center for Domain Name Dispute Resolution), Канадский центр по урегулированию интернет-споров (Canadian International Internet Dispute Resolution Centre).

Разрешение споров в указанных центрах в соответствии с международной административной процедурой UDRP возможно только в отношении определенных доменных зон. Статус владельца некоторых функциональных доменных имен (.biz, .com, .info, .name, .net, .org и др.) и ряда иностранных доменных зон (.li (Лихтенштейн), .gt (Гватемала), .br (Бразилия), .es (Испания), .fr (Франция), .hn (Гондурас) и др.)⁸ определяется регламентирующими документами ICANN.

До появления UDRP единственной компанией по управлению реестрами для доменов верхнего уровня (TLDs) в сетях .com, .net и .org, а также единственным регистратором этих доменов являлась американская компания Network Solutions Inc. (NSI), разработавшая свою собственную систему альтернативного разрешения доменных споров. С появлением новых независимых регистраторов структурное подразделение Министерства торговли США Национальное управление информации и связи (NTIA) в 1998 г. выпустило предложения по совершенствованию технического управления именами и адре-

⁵ Новоселова Л. А., Михайлов С. В. О правовом статусе документов, регулирующих регистрацию доменных имен и споров по ним // Закон. 2013. № 11. С. 99—105.

⁶ Галифанов Р. Г. Особенности правовых взаимоотношений доменных имен и товарных знаков // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. 2017. № 8. С. 33—48 ; Якушев М. В., Рожкова М. А., Афанасьев Д. В. О правовой природе альтернативных разбирательств доменных споров // Вестник международного коммерческого арбитража. 2017. № 1 (14). С. 173—179.

⁷ Якушев М. В., Рожкова М. А., Афанасьев Д. В. Указ. соч.

⁸ Перечень национальных доменов верхнего уровня имеется на сайте ВОИС. URL: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/cctld/index.html>.

сами в сети Интернет, в котором была отмечена необходимость создания новой, альтернативной системы по разрешению доменных споров⁹. Национальное управление информации и связи США поручило исследовать необходимые аспекты альтернативного разрешения доменных споров Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС), в частности был поставлен вопрос о возможности третейского рассмотрения указанных споров. В ходе исследования ВОИС отказалась от идеи рассмотрения доменных споров в третейских судах ввиду того, что критическим элементом механизма альтернативного разрешения доменных споров должна быть возможность пересмотра вынесенных решений в рамках данных альтернативных процедур государственными судами, а это, в свою очередь, не является совместимым с принципами третейского разбирательства¹⁰. В результате работы группы экспертов 24 октября 1999 г. была опубликована Политика UDRP, которая на сегодняшний день представляет собой уникальную форму альтернативного разрешения споров, сочетающую в себе, как отмечено в зарубежной доктрине, элементы судебного, арбитражного и административного разрешения споров¹¹.

Предметом рассмотрения арбитражных центров по процедуре UDRP являются доменные споры, возникающие из требований правообладателя о пресечении неправомерного использования в доменном имени обозначения, совпадающего с фирменным наименованием, коммерческим обозначением, товарным знаком или знаком обслуживания.

Следует отметить, что в соответствии с Политикой UDRP разрешаются споры не только в связи с неправомерным использованием товарных знаков, фирменного наименования, коммерческого обозначения при регистрации доменных имен в функциональных доменах верхнего уровня, но и в связи с недобросовестной регистрацией доменных имен, которые могут совпадать с личными именами, псевдонимами,

никнеймами и иными сходными средствами идентификации других лиц в доменных зонах .name, .com и .biz.

Российский национальный сегмент сети Интернет (доменные зоны .ru и .рф) не входит в перечень национальных зон, в отношении которых доменные споры рассматриваются по административной процедуре UDRP, в связи с чем в РФ подобные споры разрешаются в судах общей юрисдикции и арбитражных судах.

Рассмотрение споров по административной процедуре UDRP имеет сходные с арбитражем характеристики — независимость и беспристрастность панели арбитров, равное отношение к сторонам и свободная оценка доказательств. Кроме этого, административная процедура обладает неоспоримыми преимуществами в виде оперативности рассмотрения дел и вынесения решений (решение исполняется по истечении 10-дневного срока после его вынесения), экономичности (процедура заочного разрешения спора без непосредственного участия сторон), а также возможности использования электронного документооборота, телефонных переговоров.

Сходство с арбитражем может усматриваться также и в том, что административные комиссии в рамках аккредитованных арбитражных центров рассматривают дела по административной процедуре UDRP на основании оговорок, которые содержатся в Соглашении об аккредитации регистраторов между Корпорацией ICANN по распределению адресного пространства в Сети и регистраторами, а также в регистрационных соглашениях между регистраторами и правообладателями соответствующих доменных имен. В некоторых научных работах такие оговорки обозначены как арбитражные соглашения¹². Следует отметить, что контрактные отношения ICANN связывают именно с регистратором, тогда как правообладатель доменного имени соглашается с процедурой UDRP, заключая регистрационное соглашение с регистратором, в котором имеется соответствующая ссылка на Политику и Правила UDRP. Возникновение, из-

⁹ Improvement of Technical Management of Internet and Names and Addresses, 63 Fed. Reg. 8,826, 8,826 (Feb. 20, 1998). P. 8830 // URL: <https://www.ntia.doc.gov/print/federal-register-notice/1998/improvement-technical-management-internet-names-and-addresses-proposed-> (дата обращения: 10.03.2020).

¹⁰ WIPO, Final Report of the WIPO Internet Domain Name Process (Apr. 30, 1999) // URL: <http://www.icann.org/en/wipo/wipo-report.htm> (дата обращения: 10.03.2020).

¹¹ Helfer L. R. & Dinwoodie G. B. Designing Non-National Systems: The Case of the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy // William and Mary Law Review. 2001. Vol. 43. № 1. Pp. 141, 155—156.

¹² Незнамов А. В. Особенности компетенции по рассмотрению интернет-споров / науч. ред. В. В. Ярков. М. : Инфотропик Медиа, 2011.

менение, прекращение права на домен происходит на основании регистрационного соглашения между регистратором доменного имени и заявителем (в дальнейшем — правообладателем доменного имени). В соответствии с § 2 Политики UDRP заявитель, подавая заявку на регистрацию, продление или возобновление доменного имени, подтверждает, что сведения, указанные в регистрационном соглашении, являются полными и достоверными; известные заявителю нарушения прав третьих лиц при регистрации доменного имени отсутствуют; доменное имя не регистрируется в незаконных целях; доменное имя не будет использоваться в нарушение каких-либо применимых законов или правил. В соответствии с Политикой UDRP ответственность за нарушение прав третьих лиц при регистрации доменного имени несет правообладатель доменного имени.

В научной литературе используют различные обозначения лиц, на которые зарегистрировано доменное имя, а именно: администраторы домена¹³, регистранты, правообладатели доменного имени, владельцы доменных имен¹⁴ и т.п. В Политике UDRP лица, на которые зарегистрировано доменное имя, обозначены как покупатели (customer), а также держатели доменного имени или регистранты (the domain name holder or registrant).

М. А. Рожкова справедливо подвергает критике обозначение «владелец доменного имени» в связи с тем, что под владельцем традиционно понимается лицо, осуществляющее соответствующее правомочие в отношении вещей материальных, тогда как доменное имя относится к нематериальным объектам, в отношении которых речь может идти лишь об обладании правами¹⁵.

Данное замечание также справедливо и в отношении понятия «владелец сайта в сети “Интернет”», закрепленного в п. 17 ст. 2 Федерального закона «Об информации, информа-

ционных технологиях и защите информации» 2006 г., под которым понимается лицо, самостоятельно и по своему усмотрению определяющее порядок использования сайта в сети «Интернет», в том числе порядок размещения информации на таком сайте.

Следует отметить, что владелец сайта не во всех случаях является владельцем доменного имени, как было продемонстрировано в деле по иску физического лица к ООО «Рамблер Интернет Холдинг». В этом деле ООО «Рамблер Интернет Холдинг» являлся правообладателем доменного имени второго уровня Lenta.ru, тогда как ООО «Лента.ру» являлось владельцем сайта в соответствии с п. 17 ст. 2 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» 2006 г. В этой связи опровержимой является позиция, изложенная в п. 78 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 апреля 2019 г. № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса РФ» о том, что если иное не следует из обстоятельств дела и представленных доказательств, в частности из размещенной на сайте информации (ч. 2 ст. 10 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» 2006 г.), презюмируется, что владельцем сайта является администратор доменного имени, адресующего на соответствующий сайт.

Обозначение «администратор доменного имени» («администратор домена»), часто используемое в судебной практике, также критикуется М. А. Рожковой, поскольку администратором может быть лицо, осуществляющее ряд технических функций в отношении сайта, но не обладающее в совокупности полномочиями обладания, использования домена и распоряжения правом на домен¹⁶. Если под администратором домена понимать, как это обозначено в доктрине, лицо, определяющее порядок использования домена¹⁷, то с данным лицом

¹³ Серго А. Г. Администратор домена как «информационный посредник» в спорах о защите интеллектуальных прав // ИС. Авторское право и смежные права. 2019. № 11. С. 23—26.

¹⁴ Королев Д. Ю., Наумов В. Б. Процессуальный статус UDRP в России: возможности и парадоксы // Патенты и лицензии. 2003. № 4. С. 2—8.

¹⁵ Рожкова М. А. Некоторые комментарии к постановлению Пленума Верховного Суда РФ № 10 в части разъяснений, касающихся доменных споров // Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2019. № 24. С. 16—20 ; Рожкова М. А. Права на доменное имя // Право в сфере Интернета : сборник статей / отв. ред. д. ю. н. М. А. Рожкова. М. : Статут, 2018. С. 195—223.

¹⁶ Рожкова М. А. Указ. соч.

¹⁷ Конкурентное право : учебник / под общ. ред. М. А. Егоровой, А. Ю. Кинева. М. : Юстицинформ, 2018 (автор гл. 7 — Я. В. Складова).

(веб-разработчиком или командой копирайта) правообладатель доменного имени может заключить договор на использование и управление соответствующим контентом сайта, доступ к которому обеспечивается соответствующим доменным именем.

В этой связи наиболее приемлемым обозначением лица, на чье имя зарегистрировано доменное имя, следует использовать предложенное М. А. Рожковой обозначение «правообладатель доменного имени»¹⁸.

Обязательность заключения регистрационного соглашения между регистраторами и правообладателями доменных имен вытекает из Соглашения об аккредитации регистраторов — основополагающего документа, определяющего порядок и условия деятельности регистраторов, аккредитованных при ICANN¹⁹. В соответствии с п. 3.7.7 данного Соглашения регистратор заключает соглашение с правообладателями доменных имен в электронной или бумажной форме, обязательной частью которого являются оговорки о применении административной процедуры UDRP. Указанная процедура применяется в отношении доменов верхнего уровня, некоторых национальных доменов, создаваемых для отдельных государств и регионов (ccTLD — Country-Code Top-Level Domain), а также новых доменов общего назначения (New gTLD — New Generic Top-Level Domain), которые могут быть зарегистрированы за юридическим лицом (в частности, коммерческой компанией), некоммерческой организацией или органом власти государства по результатам аукциона.

Следует отметить, что с запуском новых общих доменов (gTLD — Generic Top-Level Domain) в 2013 г. был введен менее дорогостоящий и более быстрый механизм защиты прав, дополняющий процедуру UDRP, а именно Служба быстрой приостановки (Uniform Rapid Suspension, URS²⁰). Указанный механизм был предназначен для быстрого удовлетворения требований заявителей, столкнувшихся с наиболее очевидными случаями нарушения своих прав.

Указанные оговорки могут распространяться и на третьих лиц, чьи права в отношении заре-

гистрированного доменного имени могут быть нарушены. В соответствии с § 3 Правил UDRP любое физическое или юридическое лицо может инициировать административное разбирательство в отношении правообладателей доменных имен, не состоящих в договорных отношениях с указанными третьими лицами, представив свое заявление в соответствии с Политикой и Правилами UDRP в любой аккредитованный арбитражный центр по собственному выбору. На основании решения административной комиссии аккредитованного арбитражного центра в соответствии с § 3 Политики UDRP регистратором осуществляется аннулирование регистрации доменного имени или передача регистрации доменного имени на третье лицо или же внесение иных изменений в регистрационные записи при условии, что это решение вынесено в административном процессе в соответствии с процедурой UDRP, в котором правообладатель доменного имени являлся стороной.

Решение вопроса о действительности и об исполнимости оговорки о рассмотрении доменных споров в соответствии с процедурой UDRP, а также о том, может ли оговорка быть признана заключенной, в российской доктрине решается, как правило, на основе норм, регулирующих порядок заключения арбитражных (третейских) соглашений. Такой подход позволяет заключить, что ученые априори квалифицируют данную оговорку в качестве арбитражного соглашения.

В рамках подхода квалификации оговорки о рассмотрении споров в соответствии с процедурой UDRP в качестве арбитражного соглашения ученые при нетрадиционном способе заключения данных оговорок тем не менее не усматривают противоречий между такого рода оговоркой и арбитражным соглашением, регулируемым Федеральным законом «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ» 2015 г. и Законом РФ «О международном коммерческом арбитраже» 1993 г.²¹

Разбирательство доменных споров в указанных выше центрах инициируется третьим лицом — правообладателем интеллектуальной

¹⁸ Рожкова М. А. Указ. соч.

¹⁹ Договор об аккредитации регистрации // URL: <http://www.icann.org/en/resources/registrars/raa/raa-agreement-21may09-en.htm> (дата обращения: 22.03.2020).

²⁰ URL: <https://www.icann.org/resources/pages/urs-2014-01-09-en> (дата обращения: 22.03.2020).

²¹ Рожкова М. А., Афанасьев Д. В. Доменные споры: избранные аспекты // Право в сфере Интернета. С. 224—245; Якушев М. В., Рожкова М. А., Афанасьев Д. В. Указ. соч.

собственности в виде товарного знака, фирменного наименования, коммерческого обозначения, а также иных средств идентификации (далее — третье лицо). Возможность обращения третьего лица в арбитражные центры детерминирована, во-первых, тем, что в заключаемый договор присоединения о регистрации домена между регистратором и правообладателем домена инкорпорирована оговорка о передаче на разрешение аккредитованного арбитражного центра споров, возникающих вследствие предъявления третьими лицами требований к правообладателю домена. Во-вторых, тем, что предъявление иска в аккредитованный арбитражный центр третьим лицом, по сути, обозначает согласие этого лица с оговоркой, инкорпорированной в вышеуказанное регистрационное соглашение (§ 3(а) Правил UDRP). При этом у третьего лица имеется выбор — предъявить иск в национальный государственный суд или обратиться в любой из арбитражных центров по своему выбору.

Таким образом, по факту оговорка о рассмотрении споров в соответствии с административной процедурой заключается поэтапно. На первом этапе согласие на ее обязательность выражает правообладатель доменного имени в регистрационном соглашении с регистратором. На втором этапе согласие с оговоркой выражает третье лицо, права которого нарушены, путем осуществления конклюдентных действий.

Ученые, настаивающие на квалификации данной оговорки в качестве арбитражной, в качестве обоснования возможности ее заключения в такой форме приводят п. 4 ст. 7 Федерального закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ» 2015 г. и п. 5 ст. 7 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» 1993 г., допускающие заключение арбитражных соглашений путем обмена процессуальными документами (в том числе исковым заявлением и отзывом на исковое заявление), в которых одна из сторон заявляет о наличии соглашения, а другая против этого не возражает²². Два соглашения выражают волеизъявление правообладателя доменного имени и правообладателя интеллектуальной собственности о рассмотрении спора в арбитражном центре. При этом непосредственно сами сто-

роны спора в договорных отношениях друг с другом не состоят и, как следствие, не связаны напрямую подписанной ими арбитражной оговоркой.

Следует отметить, что довод о возможности заключения арбитражного соглашения конклюдентными действиями справедлив, но только в ситуации, когда *обе стороны не возражают* против заключенного арбитражного соглашения. Если же правообладатель доменного имени будет ссылаться на отсутствие соответствующего соглашения с заявителем (правообладателем интеллектуальной собственности), факт заключения данного соглашения может быть оспорен.

В рамках второго доктринального подхода отсутствие прямого соглашения между сторонами используется в качестве аргумента, что арбитражная оговорка о рассмотрении доменных споров по процедуре UDRP не может признаваться заключенной арбитражной оговоркой. Как отмечено учеными, основанием рассмотрения спора по процедуре UDRP является не соглашение правообладателя доменного имени и третьего лица, а соглашение между ICANN и регистратором²³. Обосновывается также, что то обстоятельство, что стороны состоят в отношениях с одним и тем же третьим лицом, еще не может означать их связанность третейской оговоркой²⁴. Отсутствие между спорящими сторонами соглашения о передаче спора на рассмотрение уполномоченной ICANN организации является тем основанием, на котором делается вывод о несоответствии UDRP признакам третейского разбирательства²⁵.

Как представляется, если квалифицировать указанную оговорку в качестве арбитражного соглашения, то здесь при определенных условиях подобный способ ее заключения можно признать допустимым, принимая во внимание, что в ряде случаев отсутствие подписанного сторонами соглашения не исключает компетенции третейского суда.

Так, в соответствии с п. 3 ст. 7 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» 1993 г. требование о заключении арбитражного соглашения в письменной форме считается соблюденным, если арбитражное соглашение заключено в форме, позволяющей обеспечить

²² Якушев М. В., Рожкова М. А., Афанасьев Д. В. Указ. соч.

²³ Королев Д. Ю., Наумов В. Б. Указ. соч.

²⁴ Незнамов А. В. Указ. соч.

²⁵ Королев Д. Ю., Наумов В. Б. Указ. соч.

фиксацию содержащейся в нем информации или доступность такой информации для последующего использования (аналогичного правила в Федеральном законе «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ» 2015 г. не содержится).

С 2015 г. в российское законодательство был введен принцип эффективного толкования (*contra proferentem*) арбитражного соглашения, в соответствии с которым любые сомнения в отношении арбитражного соглашения должны толковаться в пользу его действительности и исполнимости (п. 8 ст. 7 Федерального закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ» 2015 г. и п. 9 ст. 7 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» 1993 г.).

В иностранной арбитражной практике принцип эффективного толкования арбитражного соглашения применяется и при определении субъектного состава арбитражного соглашения, например в отношении двусмысленно составленного соглашения, отсылающего к договору, содержащему арбитражную оговорку между третьими лицами, а также иных юридических конструкций, связывающих стороны арбитражным соглашением, которое они не подписывали²⁶. К таковым в работе М. С. Калинина отнесены арбитражные соглашения, при подписании которых создавались видимость полномочий представителя и одобрение действий представителя; подразумеваемое согласие сторон; доктрина группы компаний; снятие корпоративной вуали, эстоппель и т.п.

В этой связи, если оценивать указанную оговорку в качестве арбитражного соглашения и при условии восприятия широкого подхода к пониманию принципа *contra proferentem*, в российских судах также может сложиться практика правомерного привлечения в процесс арбитражного разбирательства лиц, формально не подписавших арбитражное соглашение.

Дополнительные аргументы, используемые учеными в качестве доказательства незаключенности оговорок подобного рода, также

строились на основе норм, регулирующих арбитражные соглашения²⁷. Например, авторы в свое время ссылались на ныне отмененные положения ч. 3 ст. 5 Федерального закона «О третейских судах в РФ» 2002 г., которые предусматривали необходимость заключения арбитражной оговорки путем присоединения только после основания возникновения спора. Действительность соглашения ученые обосновывали лишь в том случае, если ответчик не возражал против компетенции арбитражного центра или не представлял достаточных доказательств, свидетельствующих о возможности применения п. 3 ст. 5 Федерального закона «О третейских судах в РФ»²⁸.

В результате реформирования третейских судов в РФ Федеральный закон «О третейских судах в РФ» 2002 г. в настоящее время не действует, а условие, которое содержалось в п. 3 его ст. 5, не получило своего закрепления ни в Федеральном законе «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ» 2015 г., ни в Законе РФ «О международном коммерческом арбитраже» 1993 г. Именно данное обстоятельство стало обоснованием, подтверждающим действительность оговорки о передаче доменных споров в арбитражные центры, в результате отмены ч. 3 ст. 5 Федерального закона «О третейских судах в РФ» 2002 г.²⁹, которая в свое время оценивалась учеными в качестве препятствия для включения в Правила регистрации доменных имен в домене .ru и .рф, утвержденные Координационным центром национального домена в сети Интернет, для передачи на рассмотрение третейских судов доменных споров в зоне .ru и .рф³⁰.

Таким образом, если квалифицировать указанную оговорку в качестве арбитражного соглашения, то, базируясь на вышеизложенном, следует отметить, что отсутствие в законодательстве специальных процессуальных условий заключения арбитражной оговорки, инкорпорированной в договор присоединения, свидетельствует и о действительности огово-

²⁶ Калинин М. С. Действие арбитражного соглашения в отношении лиц, которые его не подписывали // Новые горизонты международного арбитража. Вып. 3 : сборник статей / под ред. А. В. Асоскова, А. И. Муранова, Р. М. Ходыкина. М. : Цифра закона, 2015. С. 225—241.

²⁷ Серго А. Г. Пути разрешения конфликтов, возникающих при использовании доменных имен в сети Интернет : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 21 ; Незнамов А. В. Указ. соч. ; Королев Д. Ю., Наумов В. Б. Указ. соч.

²⁸ Незнамов А. В. Указ. соч.

²⁹ Рожкова М. А., Афанасьев Д. В. Указ. соч. С. 224—245.

³⁰ Рожкова М. А., Афанасьев Д. В. Указ. соч.

рок, предусматривающих административную процедуру UDRP в договорах присоединения. Равным образом квалификация такого рода оговорок в качестве арбитражных позволяет распространять на них и принцип эффективного толкования арбитражного соглашения, в рамках которого не исключается возможность лица быть стороной арбитражного разбирательства с учетом конкретных обстоятельств даже при отсутствии подписанного сторонами соглашения. Таким образом, в продолжение данной логики отсутствие прямого договора между правообладателем доменного имени и третьим лицом в силу *contra proferentem* не во всех случаях может служить основанием для вывода о незаключенности такого рода третейской оговорки.

Другой вопрос — насколько допустимо решать вопрос действительности оговорки о применении процедуры UDRP на основе законодательства, регулирующего порядок заключения арбитражного соглашения, учитывая нерешенность вопроса относительно правовой природы указанной оговорки.

В зарубежной судебной практике при постановке вопроса, может ли оговорка о рассмотрении доменных споров в соответствии с административной процедурой UDRP быть квалифицирована в качестве арбитражной, судьи приходили к отрицательному ответу. Французский суд в деле *Michel Le Parmentier (Canada) v. Société Miss France*³¹ не признал решение Центра по арбитражу и медиации ВОИС в качестве арбитражного решения, а соглашение сторон о компетенции указанного центра в соответствии с административной процедурой UDRP — арбитражным соглашением³². Аналогичная позиция отражена в решениях американских судов в делах *Weber-Stephen Products*

*Co. v. Armitage Hardware and Building Supply*³³, *Barcelona.com, Inc. v. Excelentísimo Ayuntamiento De Barcelona*³⁴, *Parisi v. NetLeaming, Inc.*³⁵, *Dluhos v. Strasberg*³⁶.

Правовая природа самого арбитражного соглашения имеет неоднозначную оценку. Выбор сторонами вида арбитража, времени и места проведения арбитражного разбирательства, определение процедуры арбитражного разбирательства и материального права, подлежащего применению арбитрами, способствовали созданию направления отождествления арбитражного соглашения с гражданско-правовым договором³⁷. Процессуальные последствия, обусловленные заключением арбитражного соглашения, позволили сделать вывод в доктрине о процессуальном характере арбитражного соглашения³⁸. Большинство отечественных ученых разделяют подход к пониманию правовой природы арбитража и арбитражного соглашения, сочетающий в себе элементы договорного порядка по своему генезису и элементы процессуально-правового порядка по своему юрисдикционному характеру («теория смешанной природы»). Высказывалось предложение характеризовать сущность арбитража термином *sui generis*, а не термином «теория смешанной природы», поскольку переплетение договорно-правовых и процессуально-правовых элементов представлено не в хаотичном порядке, а имеет взаимообусловленный и сущностно-детерминированный характер³⁹.

При общей дискуссионности вопроса о правовой природе арбитража обозначенное в доктрине соотношение публично-правовых и частноправовых начал, свойственных арбитражному соглашению, не отвечает характеру оговорок, предусматривающих рассмотрение

³¹ Cour d'Appel [Court of Appel], Paris, 17 June 2004, no 2002/20314.

³² Van de Berg A. J. Yearbook commercial arbitration. Kluwer Law International B. V. 2004. Pp. 119—120.

³³ 54 U.S.P.Q.2d (BNA) 1766 (N. D. Ill. 2000).

³⁴ 330 F.3d 617 (4th Cir. 2003). Pp. 623, 626.

³⁵ 139 F. Supp. 2d 745 (E. D. Va. 2001). P. 751.

³⁶ 321 F.3d 365 (3d Cir. 2003). Pp. 372—373.

³⁷ См.: Adam S. Jurisdictional problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, Sweden, Swiss, US., West German law. Zurich, 1989. P. 34.

³⁸ Вершинин А. П. Арбитражное соглашение // Третейский суд при Санкт-Петербургской торгово-промышленной палате / под ред. В. А. Мусина. СПб., 2001. С. 5 ; Кейлин А. Д. Судостроительство и гражданский процесс капиталистических государств. М., 1961. Ч. 3 : Арбитраж. С. 44 ; Мусин В. А. Постатейный научно-практический комментарий к Федеральному закону «О третейских судах в Российской Федерации» (комментарий к ст. 5) // Третейский суд. 2003. № 1—4. С. 6, 7.

³⁹ Ануфриева Л. П. Преподавание курса «Международный коммерческий арбитраж» : науч.-практ. пособие. М. : ППА МЮ РФ, 2006. С. 47.

спора в арбитражных центрах по процедуре UDRP.

Договорная природа арбитражного соглашения вступает в противоречие с невозможностью правообладателя доменного имени отказаться от условия, предусматривающего рассмотрение доменных споров в соответствии с административной процедурой UDRP. Так, если при решении вопроса о заключении арбитражного соглашения стороны могут оценить целесообразность обращения к арбитражу исходя из цены потенциальных требований, то при заключении оговорки о рассмотрении доменных споров в арбитражных центрах по Правилам UDRP у сторон такой возможности нет. В результате может сложиться отмеченная в доктрине ситуация превышения совокупной суммы издержек по защите доменного имени в соответствующих арбитражных центрах по отношению к цене иска, предметом которых могут являться недорогие домены⁴⁰.

Арбитражное соглашение признается системообразующим элементом института третейского разбирательства⁴¹. Свобода усмотрения сторон при заключении арбитражного соглашения является отправной точкой правоотношений между субъектами спора. В этой связи сложно согласиться с доктринальной позицией о квалификации оговорки о рассмотрении доменных споров в соответствии с процедурой UDRP в качестве арбитражного соглашения, а также с тем, что компетенция аккредитованного арбитражного центра, рассматривающего спор в соответствии с данной оговоркой, должна признаваться государственным судом даже в случае возражений против его компетенции со стороны правообладателя доменного имени⁴².

Не проявляются в оговорках об административной процедуре UDRP и процессуальные последствия заключения арбитражного соглашения.

Во-первых, указанное соглашение не обладает дерогационным эффектом, т.к. не исключает юрисдикцию государственного суда для соответствующей категории споров, что противоречит природе арбитражного разбиратель-

ства, которому свойственны окончательность и независимость от судов, входящих в государственную судебную систему. Именно данное обстоятельство, заключающееся в возможности правообладателя доменного имени до начала разбирательства и после вынесения решения панелью арбитров обратиться в государственный суд на любой стадии административной процедуры, позволило иностранной доктрине подвергнуть сомнению эффективность рассмотрения споров в соответствии с административной процедурой UDRP⁴³. Даже если административная процедура уже инициирована третьим лицом, инвестировавшим в эту процедуру свое время и деньги, правообладатель доменного имени может избежать ее, обратившись в государственный суд. Возможность обращения в суд во время административного разбирательства в отношении спора о доменном имени, являющегося предметом жалобы, предусмотрена в § 18 Правил UDRP. Согласно данной норме в случае любого судебного разбирательства, инициированного до или во время административного разбирательства, административная панель арбитров имеет право по своему усмотрению или принять решение о приостановлении или прекращении административного разбирательства, или перейти к административной процедуре. При этом, если заявитель возбуждает судебное разбирательство во время рассмотрения доменных споров административной панелью арбитров, он должен незамедлительно уведомить об этом административную панель арбитров и регистратора.

Во-вторых, несмотря на имеющееся решение административной панели арбитров того или иного арбитражного центра, при обращении одной из сторон в государственный суд последний не может быть связан какими-либо фактическими выводами или правовыми заключениями соответствующей административной панели арбитров, что позволяет суду рассмотреть дело по существу.

Таким образом, если оговорка о рассмотрении споров по правилам административной процедуры UDRP не может быть квалифици-

⁴⁰ Даниленков А. В. Международные доменные споры в зеркале российской правовой системы // СПС «Гарант», 2014.

⁴¹ Курочкин С. А. Третейское разбирательство гражданских дел в Российской Федерации: теория и практика. М. : Волтерс Клувер, 2007. С. 25.

⁴² Якушев М. В., Рожкова М. А., Афанасьев Д. В. Указ. соч.

⁴³ Emerson C. D. Wasting Time in Cyberspace: The UDRP's Inefficient Approach toward Arbitrating Internet Domain Name Disputes // University of Baltimore Law Review. 2004. Vol. 34. № 2. P. 173.

рована в качестве арбитражной оговорки, ее условия не являются предметом регулирования Федерального закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ» 2015 г. и Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» 1993 г. В частности, на эту оговорку не должен распространяться принцип эффективного толкования арбитражного соглашения, соответственно, из отсутствия валидации данной оговорки со стороны правообладателя доменного имени следует, что соответствующее условие не заключено.

Дополнительным средством защиты при условии признания договора заключенным, к которому может прибегнуть правообладатель доменного имени, желающий оспорить действительность данной оговорки, является п. 2 ст. 428 ГК РФ. В соответствии с этим пунктом присоединившаяся сторона вправе требовать изменения или расторжения договора, если он хотя и не противоречит закону и иным правовым актам, но лишает эту сторону прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, исключает или ограничивает ответственность другой стороны за нарушение обязательств либо содержит другие явно обременительные для присоединившейся стороны условия, которые она, исходя из своих разумно понимаемых интересов, не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий договора.

Обосновать обременительный характер условий регистрационного соглашения между правообладателем доменного имени и регистратором, содержащего оговорку о применении процедуры UDRP, могут следующие аргументы.

Рассмотрение споров в соответствии с административной процедурой UDRP предполагает ограниченный перечень средств правовой защиты, который представлен лишь решениями о перерегистрации домена на заявителя, об аннулировании доменного имени и о внесении изменений в регистрационную запись доменного имени. Принятие решений, направленных на компенсацию вреда или ущерба, причиненного стороне спора, в соответствии с указанной

административной процедурой исключено. Кроме того, в соответствии с Правилами UDRP стороны не могут в договоре о регистрации доменного имени предусматривать возможность рассмотрения спора в форме устных слушаний. Указанные слушания могут быть проведены лишь в исключительных случаях по инициативе административной комиссии, рассматривающей спор (§ 13 Правил UDRP).

Следует отметить, что в соответствии с Политикой UDRP у проигравшей спор стороны (в 90 % случаев таковой является правообладатель доменного имени⁴⁴) есть всего лишь 10 дней для оспаривания решения в компетентном суде, по истечении которых доменное имя передается заявителю. Указанный срок в зарубежной доктрине был сочтен необоснованно коротким, ввиду того что действия по сбору доказательств (ряд из которых может находиться в другом государстве), выстраиванию линии защиты, обращению за юридической помощью требуют гораздо большего времени, чем установленные процедурой UDRP 10 дней⁴⁵. Сроки, предусмотренные в Политике UDRP для ответа правообладателя доменного имени на претензию третьего лица, также не являются справедливыми и не обеспечивают, по мнению американского профессора А. М. Фрумкина, принципа равного доступа сторон к защите своих прав⁴⁶. Третьи лица, в отличие от правообладателей доменного имени, находятся в преимущественном положении: они располагают большим запасом времени для подготовки претензии в арбитражный центр по процедуре UDRP, тогда как у правообладателей доменного имени есть всего 20 дней для ответа на претензию заявителя.

В зарубежной доктрине подвергается сомнению также соблюдение принципа справедливого разбирательства в соответствующих арбитражных центрах. Поскольку выбор надлежащего арбитражного центра осуществляется третьим лицом (правообладателем интеллектуальной собственности), то вполне логично предположить, что в результате подобной *forum shopping* выстроенный механизм рассмотрения споров будет ориентирован пре-

⁴⁴ The UDRP: a dispute resolution policy to stand the test of time? // URL: <https://www.worldtrademarkreview.com/enforcement-and-litigation/udrp-dispute-resolution-policy-stand-test-time>.

⁴⁵ Geist M. Fair.Com?: An Examination of the Allegations of Systematic Unfairness in the ICANN UDRP // Brooklyn Journal of International Law. 2002. Vol. 27. № 3. Pp. 905, 935 ; Froomkin A. M. ICANN's «Uniform Dispute Resolution Policy» — Causes and (Partial) Cures // Brooklyn Law Review. 2002. Vol. 67. № 3. Pp. 703—704.

⁴⁶ Froomkin A. M. Op. cit. P. 715.

жде всего на третье лицо как заказчика соответствующей услуги⁴⁷. Этим также можно объяснить низкий процент дел, разрешаемых в пользу правообладателей доменного имени, поскольку при выборе арбитражного центра заявитель будет обращаться именно в ту организацию, в рамках которой арбитры демонстрируют большую лояльность по отношению к заявителю⁴⁸. В то же время в зарубежных работах отмечено, что высокий процент может быть объяснен тем, что в 50—60 % случаев правообладатели доменных имен не отвечают на претензию заявителя, что, в свою очередь, обуславливает столь высокие показатели дел, вынесенных административной комиссией в пользу третьего лица (заявителя)⁴⁹.

Дополнительно следует отметить диспаритетный характер оговорки о рассмотрении спора административной комиссией в соответствии с процедурой UDRP, по условиям которой право на обращение в арбитражный центр фактически имеет только одна сторона, а именно — третье лицо (заявитель), тогда как правообладателю доменного имени такое право не предоставлено. Именно третье лицо наделено правом выбора арбитражного центра из списка центров, авторизованных ICANN, тогда как ответчик (правообладатель доменного имени) не принимает участия в выборе центра, который будет вести дело. В § 6 (с) Правил UDRP предусмотрена возможность ответчика (правообладателя доменного имени) определять количественный состав комиссии арбитражного центра лишь в том случае, если истцом предложен только один член комиссии, а ответчик настаивает на трех арбитрах. В этом случае сборы должны быть разделены между сторонами спора.

Кроме того, у заявителя сохраняется возможность последовательного обращения сначала в арбитражный центр по Правилам UDRP, а также в компетентный суд в соответствии с юрисдикцией данного суда в случае, если в ар-

битражном центре решение будет вынесено в пользу правообладателя доменного имени. При этом следует отметить, что в соответствии с американской судебной практикой иски проигравших по процедуре UDRP заявителей в государственных судах, как правило, удовлетворяются в их пользу, обратная ситуация имеет место в государственных судах в отношении проигравших по процедуре UDRP правообладателей доменных имен⁵⁰. К исключениям можно отнести дело *Barcelona.com, Inc. v. Excelentísimo Ayuntamiento De Barcelona*⁵¹, в котором суд вынес решение в пользу правообладателя доменного имени, проигравшего по процедуре UDRP⁵².

А. М. Фрумкин также затрагивает проблему злоупотребления юрисдикцией со стороны истца, которая выражается в возможности одновременного обращения заявителя и в арбитражный центр по процедуре UDRP, и в компетентный государственный суд. Если правообладатель доменного имени проигрывает спор по правилам UDRP и в 10-дневный срок принимает решение о подаче судебного иска о признании права на доменное имя в компетентный суд, правообладатель товарного знака может настаивать на юрисдикции суда, который первым принял дело к своему рассмотрению по тому же предмету, по тем же основаниям и между теми же сторонами. Такое затягивание процесса позволит преодолеть 10-дневный срок, по истечении которого регистратор будет обязан исполнить решение арбитражного центра⁵³.

Совокупность указанных обстоятельств позволяет правообладателю доменного имени ссылаться в государственном суде на невозможность участия в переговорном процессе по поводу изменения инкорпорированной оговорки, условия которой содержат явно обременительный для правообладателя доменного имени характер, в связи с нарушением принципов законности и независимости при создании и

⁴⁷ Geist M. Op. cit. ; Froomkin A. M. Op. cit. P. 673.

⁴⁸ Geist M. Op. cit. ; Froomkin A. M. Op. cit. P. 673.

⁴⁹ Kelly P. Emerging Patterns in Arbitration Under the Uniform Domain Name Dispute-Resolution Policy // URL: https://www.law.berkeley.edu/files/bclt_AnnualReview_Emerging_Final.pdf (дата обращения: 12.04.2020).

⁵⁰ Levine G. M. Appealing an Adverse UDRP Award // URL: <http://iplegalcorner.com/appealing-an-adverse-udrpaward> (дата обращения: 12.04.2020).

⁵¹ *Barcelona.com, Inc. v. Excelentísimo Ayuntamiento De Barcelona*, 330 F.3d 617, 626 (4th Cir. 2003).

⁵² *Excelentísimo Ayuntamiento de Barcelona v. Barcelona.com Inc.* D2000-0505 (WIPO August 7, 2000).

⁵³ Froomkin A. M. Op. cit. Pp. 703—706.

формировании конкретной административной комиссии.

В том случае, если правообладатель доменного имени не обращается в компетентный суд и игнорирует рассмотрение доменных споров в арбитражном центре по процедуре UDRP, решение будет вынесено без учета его правовой позиции⁵⁴. Следует отметить, что при отсутствии конвалидации правообладателем доменного имени оговорки о рассмотрении споров в арбитражных центрах исполнимость соответствующих решений гарантирована и обеспечена соглашением регистратора с ICANN. Аккредитованный регистратор обязан подчиниться решению административной панели арбитров и привести решение в исполнение посредством внесения соответствующей записи в реестр доменных имен. Неисполнение такого обязательства может повлечь лишение регистратора аккредитации со стороны ICANN.

Обеспеченность данной оговорки такого рода административными мерами, которые заключаются в проведении тех или иных административных действий в отношении записи в реестре доменных имен, позволила обосновать в доктрине позицию о смешанной правовой природе данной оговорки, которая включает в себя административные характеристики наряду с элементами арбитражного соглашения⁵⁵. Следует согласиться с безусловным наличием в данной оговорке административного начала, но в то же время вызывает сомнение присутствие в ней элементов арбитражного соглашения.

Неопределенность в отношении статуса решения, принимаемого при рассмотрении споров по процедуре UDRP, в любом случае, как отмечено в доктрине, является проигрышной для правообладателя доменного имени при оспаривании решения административной панели арбитров о передаче домена правообладателю средства индивидуализации⁵⁶. Если российский суд не признает систему UDRP и решение административной панели арбитров третейским разбирательством и третейским решением, то это означает, что рассмотрение спора по UDRP не порождает значимого на территории Россий-

ской Федерации юридического факта, соответственно, нет решения, которое можно было бы оспаривать. Если же суд признает систему UDRP третейским разбирательством, то оно не может быть оспорено, поскольку решение вынесено иностранным третейским судом, которое не может быть отменено в другом иностранном государстве.

Именно данная аргументация была использована французским судом при квалификации решения Центра арбитража и медиации ВОИС⁵⁷. Мисс Франция, мисс Европа и мисс Вселенная и Ассоциация мисс Франция (далее — мисс Франция) обратились в Центр арбитража и медиации ВОИС к правообладателю доменных имен www.miss-franz.net, www.miss-franz.org М. Парметье, сходных с товарными знаками заявителя — мисс Франции. Панель арбитров центра по арбитражу и медиации ВОИС вынесла решение о передаче правообладателю товарного знака права на спорные доменные имена. Французский суд, куда М. Парметье обратился с иском об отмене решения панели арбитров ВОИС, отклонил иск, заявив, что хотя в силу принципа делокализации арбитражного разбирательства допустимо предъявление иска в суд иной, нежели суд места вынесения арбитражного решения, данный иск не может быть принят в производство, поскольку решение Центра по арбитражу и медиации ВОИС не является арбитражным решением.

Возможность сторон обратиться в суд после административной процедуры UDRP не придает решению административной панели арбитров силы *res judicata*, а соглашение сторон о проведении арбитражной процедуры не становится арбитражным соглашением⁵⁸.

В соответствии с § 4 (к) Политики UDRP, если арбитражный центр примет решение об отмене регистрации или передачи доменного имени, оно будет приведено в исполнение через 10 рабочих дней после его получения регистратором, если регистратором не будет получено официального документа (например, копии жалобы, заверенной печатью судебного исполнителя), свидетельствующего о начале судебного разбирательства против истца. При

⁵⁴ Королев Д. Ю., Наумов В. Б. Указ. соч.

⁵⁵ Helfer L. R. & Dinwoodie G. B. Op. cit. Pp. 141, 155—156.

⁵⁶ Королев Д. Ю., Наумов В. Б. Указ. соч.

⁵⁷ Cour d'Appel [Court of Appel], Paris, 17 June 2004, no 2002/20314.

⁵⁸ Van de Berg A. J. Yearbook commercial arbitration. Kluwer Law International B. V. 2004. Pp. 119—120.

получении такого документа в течение 10 рабочих дней исполнение решения арбитражного центра будет отложено до получения регистратором (i) удовлетворительных свидетельств о разрешении спора между владельцем доменного имени и истцом; (ii) удовлетворительных свидетельств отклонения или отъёма судебного иска владельца доменного имени или (iii) копии судебного решения, отклоняющего иск владельца доменного имени, или решения о том, что владелец доменного имени не имеет права на дальнейшее использование спорного доменного имени.

Именно возможность национального суда изменить решение административной панели арбитров не позволяет согласиться с предложенной в доктрине квалификацией данного соглашения как сделки, заключенной под отменительным условием⁵⁹, которое заключается в том, что если в рамках процедуры UDRP эксперт (арбитр) признает действия ответчика (правообладателя домена) недобросовестными, то в зависимости от предмета требований заявителя эксперт вынесет решение либо об аннулировании доменного имени, либо о его передаче заявителю. В соответствии с п. 2 ст. 157 ГК РФ сделка, совершенная под отменительным условием, считается совершенной, если стороны поставили прекращение прав и обязанностей в зависимость от обстоятельства, относительно которого неизвестно, наступит оно или не наступит. При этом положения ст. 157 ГК РФ затрагивают обязательство в целом, т.е. в результате наступления условия обязательство прекращается полностью.

Признаками отлагательного и отменительного условий в доктрине названы признак возможности (допустимость, вероятность его наступления); признак неопределенности (отсутствие в момент совершения сделки достоверного знания о том, что условие неизбежно наступит); признак того, что условие — это обстоятельство, которое произойдет в будущем; а также признак произвольности (обстоятельство получило качество юридического факта по воле сторон, а не в силу прямого указания закона)⁶⁰. Возможность одной из сторон после вынесения

решения административной панелью арбитров обратиться в государственный суд, который может аннулировать решение административной панели арбитров, как представляется, не вполне отвечает признаку произвольности отменительного условия. В силу данного признака, как отмечено в доктрине, стороны своим соглашением придают качество юридического факта такому обстоятельству, которое в силу закона обычно не составляет юридического факта и не влечет динамику данного правоотношения⁶¹. Решение государственного суда, не совпадающее с решением административной панели арбитров, делает неопределенным и неоднозначным событие, которое стороны оговаривают в качестве отменительного условия, а именно решение административной панели арбитров.

Таким образом, неучастие правообладателя доменного имени в переговорном процессе при формулировании оговорки о рассмотрении споров в соответствии с административной процедурой UDRP, а также отсутствие ряда процессуальных последствий, обусловленных наличием в договоре арбитражного соглашения, не позволяет квалифицировать данную оговорку в качестве арбитражной. В Правилах UDRP обозначен административный характер решений, принимаемых соответствующей административной панелью арбитров (Administrative Panel). Как было отмечено выше, понятие «административный» используется в большей степени в значении «обязательный для сторон», поскольку в рамках соответствующей процедуры обеспечивается принудительное исполнение решений, вынесенных арбитражными центрами, разрешающими доменные споры по процедуре UDRP. Обязательность данной процедуры детерминирована договором между регистратором с ICANN, условия которого обязывают первого соблюдать решения административной панели арбитров. Невыполнение таких решений влечет для регистратора неблагоприятные последствия в виде утраты статуса регистратора в соответствующих доменных зонах верхнего уровня.

В этой связи возможность обеспечения решения административной панели арбитров

⁵⁹ Новоселова Л. А., Михайлов С. В. О правовом статусе документов, регулирующих регистрацию доменных имен и споров по ним // Закон. 2013. № 11. С. 99—105.

⁶⁰ Останина Е. А. Зависимость правовых последствий сделки от отлагательного и отменительного условий. М.: Юстицинформ, 2010.

⁶¹ Останина Е. А. Указ. соч.

определенными действиями регистратора, подчиненного политике UDRP, с одной стороны, и специфика взаимодействия национальных судебных и международных административных процедур при рассмотрении доменных

споров — с другой, обнаруживают преимущественный административный характер оговорок о передаче доменных споров на рассмотрение арбитражных центров в соответствии с процедурой UDRP.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Ануфриева Л. П.* Преподавание курса «Международный коммерческий арбитраж» : научно-практическое пособие. — М. : РПА МЮ РФ, 2006. — 140 с.
2. *Вершинин А. П.* Арбитражное соглашение // Третейский суд при Санкт-Петербургской торгово-промышленной палате / под ред. В. А. Мусина. — СПб., 2001.
3. *Галифанов Р. Г.* Особенности правовых взаимоотношений доменных имен и товарных знаков // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. — 2017. — № 8. — С. 33—48.
4. *Даниленков А. В.* Международные доменные споры в зеркале российской правовой системы // СПС «Гарант», 2014.
5. *Калинин М. С.* Действие арбитражного соглашения в отношении лиц, которые его не подписывали // Новые горизонты международного арбитража : сборник статей. Вып. 3 / под ред. А. В. Асоскова, А. И. Муранова, Р. М. Ходыкина. — М. : Цифра закона, 2015. — С. 225—241.
6. *Кейлин А. Д.* Судоустройство и гражданский процесс капиталистических государств. — М., 1961. — Ч. 3 : Арбитраж. — 311 с.
7. Конкурентное право : учебник / под общ. ред. М. А. Егоровой, А. Ю. Кинева. — М. : Юстицинформ, 2018. — 632 с.
8. *Королев Д. Ю., Наумов В. Б.* Процессуальный статус UDRP в России: возможности и парадоксы // Патенты и лицензии. — 2003. — № 4. — С. 2—8.
9. *Курочкин С. А.* Третейское разбирательство гражданских дел в Российской Федерации: теория и практика. — М. : Волтерс Клувер, 2007. — 253 с.
10. *Мусин В. А.* Постатейный научно-практический комментарий к Федеральному закону «О третейских судах в Российской Федерации» (комментарий к ст. 5) // Третейский суд. — 2003. — № 1—4.
11. *Незнамов А. В.* Особенности компетенции по рассмотрению интернет-споров / науч. ред. В. В. Янков. — М. : Инфотропик Медиа, 2011.
12. *Новоселова Л. А., Михайлов С. В.* О правовом статусе документов, регулирующих регистрацию доменных имен и споров по ним // Закон. — 2013. — № 11. — С. 99—105.
13. *Останина Е. А.* Зависимость правовых последствий сделки от отлагательного и отменительного условий. — М. : Юстицинформ, 2010.
14. *Рожкова М. А.* Некоторые комментарии к постановлению Пленума Верховного Суда РФ № 10 в части разъяснений, касающихся доменных споров // Журнал Суда по интеллектуальным правам. — 2019. — № 24. — С. 16—20.
15. *Рожкова М. А.* Права на доменное имя // Право в сфере Интернета : сборник статей / отв. ред. М. А. Рожкова. — М. : Статут, 2018. — С. 195—223.
16. *Руйе Н.* Споры о доменных именах: выбор между частными процедурами (UDRP и прочими) и разбирательством в государственном суде // Право в сфере Интернета : сборник статей / отв. ред. М. А. Рожкова. — М. : Статут, 2018. — С. 495—502.
17. *Серго А. Г.* Администратор домена как «информационный посредник» в спорах о защите интеллектуальных прав // ИС. Авторское право и смежные права. — 2019. — № 11. — С. 23—26.
18. *Серго А. Г.* Пути разрешения конфликтов, возникающих при использовании доменных имен в сети Интернет : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2004. — 34 с.
19. *Якушев М. В., Рожкова М. А., Афанасьев Д. В.* О правовой природе альтернативных разбирательств доменных споров // Вестник международного коммерческого арбитража. — 2017. — № 1 (14). — С. 173—179.
20. *Emerson C. D.* Wasting Time in Cyberspace: The UDRP's Inefficient Approach toward Arbitrating Internet Domain Name Disputes // University of Baltimore Law Abstract. — 2004. — Vol. 34. — № 2. — Pp. 161—197.

21. *Froomkin A. M.* ICANN's «Uniform Dispute Resolution Policy» — Causes and (Partial) Cures // *Brooklyn Law Abstract*. — 2002. — Vol. 67. — № 3. — Pp. 605—718.
22. *Geist M.* Fair.Com?: An Examination of the Allegations of Systematic Unfairness in the ICANN UDRP // *Brooklyn Journal of International Law*. — 2002. — Vol. 27. — № 3. — Pp. 902—938.
23. *Helper L. R. & Dinwoodie G. B.* Designing Non-National Systems: The Case of the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy // *William and Mary Law Abstract*. — 2001. — Vol. 43, № 1. — Pp. 141—274.
24. *Kelly P.* Emerging Patterns in Arbitration under the Uniform Domain Name Dispute-Resolution Policy // URL: https://www.law.berkeley.edu/files/bclt_AnnualReview_Emerging_Final.pdf (дата обращения: 12.04.2020).
25. *Levine G. M.* Appealing an Adverse UDRP Award // URL: <http://iplegalcorner.com/appealing-an-adverse-udrpaward> (дата обращения: 12.04.2020).
26. *Van de Berg A. J.* *Yearbook commercial arbitration*. — Kluwer Law International B. V., 2004.

Материал поступил в редакцию 17 апреля 2020 г.

REFERENCES

1. Anufrieva LP. *Prepodavanie kursa «Mezhdunarodnyy kommercheskiy arbitrazh» : nauchno-prakticheskoe posobie* [Teaching the course “International Commercial Arbitration”: scientific-practical manual]. Moscow: RLA of the Ministry of Justice of Russia; 2006. (In Russ.)
2. Vershinin AP. *Arbitrazhnoe soglasheie* [Arbitration Agreement]. In: Musin VA. *Arbitration court at the St. Petersburg Chamber of Commerce and Industry*. St. Petersburg; 2001. (In Russ.)
3. Galifanov RG. *Osobennosti pravovykh vzaimootnosheniy domennykh imen i tovarnykh znakov* [Features of legal relationships between domain names and trademarks]. *Intellectual Property. Industrial Property*. 2017;8:33—48. (In Russ.)
4. Danilenkov AV. *Mezhdunarodnye domennye spory v zerkale rossiyskoy pravovoy sistemy* [International domain disputes in the mirror of the Russian legal system]. Law Reference System “Garant”; 2014. (In Russ.)
5. Kalinin MS. *Deystvie arbitrazhnogo soglasheniya v otnoshenii lits, kotorye ego ne podpisivali* [Effect of arbitration agreement in respect of persons who did not sign it]. In: Asoskov AV, Muranov AI, Khodykin RM, editors. *Novye gorizonty mezhdunarodnogo arbitrazha : sbornik statey* [New Horizons of International Arbitration: a Collection of Articles]. Moscow: Tsifra zakona; 2015. (In Russ.)
6. Keilin AD. *Sudoustroystvo i grazhdanskiy protsess kapitalisticheskikh gosudarstv* [The court system and civil process of capitalist states]. Part 3. Arbitration. Moscow; 1961. (In Russ.)
7. Egorova MA, Kinev AYu, editors. *Konkurentnoe parvo : uchebnik* [Competition Law: A Textbook]. Moscow: Yustitsinform; 2018. (In Russ.)
8. Korolev DYu, Naumov VB. *Protsessualnyy status UDRP v Rossii: vozmozhnosti i paradoksy* [Procedural status of UDRP in Russia: possibilities and paradoxes]. *Patents and Licenses*. 2003;4:2—8. (In Russ.)
9. Kurochkin SA. *Treteyskoe razbiratelstvo grazhdanskikh del v Rossiyskoy Federatsii: teoriya i praktika* [Arbitration proceedings of civil cases in the Russian Federation: theory and practice]. Moscow: Volters Kluver; 2007. (In Russ.)
10. Musin VA. *Postateynny nauchno-prakticheskii kommentariy k Federalnomu zakonu «O treteyskikh sudakh v Rossiyskoy Federatsii» (kommentariy k st. 5)* [Article-by-article Doctrinal and Practical Commentary to the Federal Law “On Arbitrazh Courts in the Russian Federation” (Commentary to Art. 5)]. *Treteyskiy sud [Arbitration]*. 2003;1—4. (In Russ.)
11. Neznamov AV, Yarkov VV, editor. *Osobennosti kompetentsii po rassmotreniyu internet-sporov* [Features of competence for consideration of Internet disputes]. Moscow: Infotropik Media; 2011. (In Russ.)
12. Novoselova LA, Mikhailov SV. *O pravovom statuse dokumentov, reguliruyushchikh registratsiyu domennykh imen i sporov po nim* [The Legal Status of Documents Governing Registration of Domain Names and Disputes]. *Zakon [Law]*. 2013;11:99-105. (In Russ.)
13. *Ostanina EA.* *Zavisimost pravovykh posledstviy sdelki ot otlagatel'nogo i otmenitel'nogo usloviy* [Dependence of the legal consequences of the transaction on the urgent and cancellative terms]. Moscow: Yustitsinform, 2010. (In Russ.)

14. Rozhkova MA. Nekotorye kommentarii k postanovleniyu Plenuma Verkhovnogo Suda RF № 10 v chasti razyasneniy, kasayushchikhsya domennykh sporov [Some comments on the decision of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation No. 10 in terms of explanations concerning domain disputes]. *Journal of the Intellectual Property Court*. 2019;24:16—20. (In Russ.)
15. Rozhkova MA. Prava na domennoe imya [Rights to a domain name]. In: Rozhkova MA, editor. Law in the Field of the Internet: Collection of Articles. Moscow: Statute; 2018. (In Russ.)
16. Ruye N. Spory o domennykh imenakh: vybor mezhdru chastnymi protsedurami (UDRP i prochimi) i razbiratelstvom v gosudarstvennom sude [Disputes about domain names: a choice between private procedures (UDRP and others) and proceedings in a state court]. In: Rozhkova MA, editor. Law in the Field of the Internet: Collection of Articles. Moscow: Statute; 2018. (In Russ.)
17. Sergo AG. Administrator domena kak «informatsionnyy posrednik» v sporakh o zashchite intellektualnykh prav [Domain administrator as an information broker in disputes on intellectual rights protection]. IS. Avtorskoe pravo i smezhnye prava [IP. Copyright and Related Rights]. 2019;11:23—26. (In Russ.)
18. Sergo AG. Puti razresheniya konfliktov, vznikayushchikh pri ispolzovanii domennykh imen v seti Internet : avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk [Ways of resolving disputes arising from using domain names in the Internet : Author's Abstract]. Moscow; 2004. (In Russ.)
19. Yakushev MV, Rozhkova MA, Afanasiev DV. O pravovoy prirode alternativnykh razbiratelstv domennykh sporov [On the Legal Nature of Alternative Proceedings of Domain Disputes]. *International Commercial Arbitration Abstract*. 2017;1(14):173—179. (In Russ.)
20. Emerson CD. Wasting Time in Cyberspace: The UDRP's Inefficient Approach toward Arbitrating Internet Domain Name Disputes. *University of Baltimore Law Abstract*. 2004;34(2):159—197.
21. Froomkin AM. ICANN's "Uniform Dispute Resolution Policy" — Causes and (Partial) Cures. *Brooklyn Law Abstract*. 2002;67(3):605— 718.
22. Geist M. Fair.Com? : An Examination of the Allegations of Systematic Unfairness in the ICANN UDRP. *Brooklyn Journal of International Law*. 2002;27(3):902—938. (In Russ.)
23. Helfer LR, Dinwoodie GB. Designing Non-National Systems: The Case of the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy. *William and Mary Law Abstract*. 2001;43(1):141,155—156.
24. Kelly P. Emerging Patterns in Arbitration under the Uniform Domain Name Dispute-Resolution Policy. Available from: https://www.law.berkeley.edu/files/bclt_AnnualReview_Emerging_Final.pdf [cited 12 April 2020].
25. Levine GM. Appealing an Advertising UDRP Award. Available from: <http://iplegalcorner.com/appealing-an-adverse-udrpaward> [cited 12 April 2020].
26. Van de Berg AJ. Yearbook of commercial arbitration. Kluwer Law International B. V; 2004.

DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.061-067

И. И. Шувалов*

Понятие экономической деятельности в современном праве России

Аннотация. Статья посвящена исследованию используемой в современном российском праве категории «экономическая деятельность». Автор отмечает, что, несмотря на отсутствие легальной дефиниции данной категории, она активно употребляется в действующем законодательстве Российской Федерации (в гражданском, уголовном, административном и в иных отраслях законодательства, в том числе в процессуальном). Указанный законодательный пробел создает проблемы в правоприменительной практике, на что обращают внимание судебные органы: отсутствие определения анализируемого понятия затрудняет установление подведомственности, поскольку любая деятельность субъектов гражданского оборота имеет экономическую основу. Вместе с тем в ряде документов содержится характеристика экономической деятельности.

В научной доктрине категория «экономическая деятельность» является предметом изучения преимущественно ученых-экономистов, юристы практически не уделяют внимания рассмотрению данного понятия. Немногочисленные правовые доктринальные суждения и попытки судебных органов дать ее определение недостаточны для полного понимания экономической деятельности с точки зрения права.

В статье проанализированы доктринальные и судебные позиции о содержании и признаках экономической деятельности, предпринята попытка сформулировать ее определение. Под экономической деятельностью автор предлагает понимать совершение субъектом права юридических действий на различных уровнях хозяйствования, направленного на производство, распределение, обмен и потребление благ посредством использования своих или привлеченных способностей и имущества в целях удовлетворения своих (или третьих лиц) материальных и духовных потребностей. При этом следует использовать предложенный в правовой доктрине признак профессионализма для разграничения экономической деятельности, осуществляемой в активной и пассивной формах.

Ключевые слова: экономическая деятельность; признаки экономической деятельности; предпринимательская деятельность; имущество; продукция; услуги; экономическая выгода (прибыль, доход); блага.

Для цитирования: Шувалов И. И. Понятие экономической деятельности в современном праве России // Lex russica. — 2020. — Т. 73. — № 6. — С. 61—67. — DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.061-067.

The Concept of Economic Activity in Contemporary Law of Russia

Igor I. Shuvalov, Chairman, State Development Corporation “VEB.RF”
pr-t Akademika Sakharova, d. 9, Moscow, Russia, 107078
pr_shuvalova@veb.ru

Abstract. The paper is devoted to the study of the category “economic activity” used in modern Russian law. The author notes that, despite the absence of a legal definition of this category, it is used in the current legislation of the Russian Federation (civil, criminal, administrative and other branches of legislation, including legislation regulating procedural issues). The legislative gap under consideration creates problems in law enforcement, which the judiciary draws attention to: the lack of definition of the concept under review makes it difficult to establish jurisdiction, since any activity of the participants of relations regulated under civil law has an economic basis. However, a number of documents contain a description of economic activity.

© Шувалов И. И., 2020

* Шувалов Игорь Иванович, председатель Государственной корпорации развития «ВЭБ.РФ»
пр-т Академика Сахарова, д. 9, г. Москва, Россия, 107078
pr_shuvalova@veb.ru

In the doctrine, the category "economic activity" is mainly investigated by academic economists, lawyers pay little attention to the consideration of this concept. The few legal doctrinal statements and attempts made by the judiciary to define it are insufficient to fully understand economic activity in the context of law.

The paper analyzes doctrinal and judicial approaches to the content and characteristics of economic activity, attempts to define the concept under consideration. The author considers that the concept "economic activity" refers to the commission of legal actions by the actors at various levels of management aimed at production, distribution, exchange and consumption of goods through the use of their or attracted skills and assets to meet their (or third parties) material and spiritual needs. At the same time, the characteristic of professionalism used in the doctrine should be used to differentiate economic activity carried out in active and passive forms.

Keywords: economic activity; characteristics of economic activity; business activity; property; products; services; economic benefit (profit, income); benefits.

Cite as: Shuvalov II. Ponyatie ekonomicheskoy deyatel'nosti v sovremennom prave Rossii [The Concept of Economic Activity in Contemporary Law of Russia]. *Lex russica*. 2020;73(6):61—67. DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.061-067. (In Russ., abstract in Eng.).

Несмотря на активное употребление в действующем законодательстве Российской Федерации правовой категории «экономическая деятельность» (в гражданском, уголовном, административном и в иных отраслях законодательства, в том числе в процессуальном), ее определение нигде не раскрывается. Практические проблемы данного пробела довольно четко сформулировал Второй арбитражный апелляционный суд, указав в постановлении от 10 марта 2016 г. по делу № А82-14451/2015 буквально следующее: «Действующий Арбитражный процессуальный кодекс не дает понятия экономического или предпринимательского спора, равно как и экономической деятельности. Отсутствие таких понятий затрудняет определение подведомственности, поскольку любая деятельность субъектов гражданского оборота имеет экономическую основу. При этом понятие "иная экономическая деятельность" не имеет точного определения и носит субъективный, оценочный характер»¹.

Следует подчеркнуть, что в ряде документов содержится характеристика экономической деятельности. Так, согласно Общероссийскому классификатору видов экономической деятельности, утвержденному приказом Росстандарта от 31 января 2014 г. № 14-ст, «экономическая деятельность имеет место тогда, когда ресурсы

(оборудование, рабочая сила, технологии, сырье, материалы, энергия, информационные ресурсы) объединяются в производственный процесс, имеющий целью производство продукции (предоставление услуг)»². При этом указанный документ конкретизирует характеристики экономической деятельности: она сопровождается затратами на производство продукции (товаров или услуг), процессом производства и выпуском продукции (предоставлением услуг). Отметим, что в представленном определении экономической деятельности ничего не сказано про цель ее осуществления, не говорится о самостоятельности осуществления экономической деятельности субъектом и т.д. Вместе с тем оно является неоправданно широким, поскольку под него в полной мере подпадает и трудовая деятельность, осуществляемая на основе трудового договора, что в конечном счете может привести к подмене понятий. В связи с этим заслуживает одобрения позиция А. Ф. Пьянковой, по мнению которой экономическая деятельность должна предполагать более значительную в сравнении с трудовой деятельностью степень самостоятельности и инициативности³.

В пункте 8 Основных методологических положений по оценке скрытой (неформальной) экономики под экономической деятельностью понимается деятельность «с целью получения

¹ URL: [https://sudact.ru/arbitral/doc/r9gOxDWTZfdQ/?arbitral-txt=&arbitral-case_doc=A+82-14451%2F2015&arbitral-lawchunkinfo=&arbitral-doc_type=&arbitral-date_from=&arbitral-date_to=&arbitral-region=&arbitral-court=2+ААС+\(Второй+арбитражный+апелляционный+суд\)&arbitral-judge=&arbitral-participant=&_id=150653100513](https://sudact.ru/arbitral/doc/r9gOxDWTZfdQ/?arbitral-txt=&arbitral-case_doc=A+82-14451%2F2015&arbitral-lawchunkinfo=&arbitral-doc_type=&arbitral-date_from=&arbitral-date_to=&arbitral-region=&arbitral-court=2+ААС+(Второй+арбитражный+апелляционный+суд)&arbitral-judge=&arbitral-participant=&_id=150653100513) (Ситуация не изменилась в связи с упразднением в российском праве категории подведомственности) (дата обращения: 06.04.2020).

² СПС «КонсультантПлюс».

³ Пьянкова А. Ф. Цивилистическое понятие предпринимательской деятельности и смежные категории в российском законодательстве // Шестой Пермский конгресс ученых-юристов (г. Пермь, 16—17 октября 2015 г.) : избранные материалы / отв. ред. В. Г. Голубцов, О. А. Кузнецова. М. : Статут, 2016.

экономической выгоды от производства товаров или услуг и их последующей реализации на рынке, конечного потребления или валового накопления в собственном домашнем хозяйстве, за исключением производства бытовых услуг, потребляемых в собственном домашнем хозяйстве, если они не оказываются оплачиваемой прислужгой»⁴. И в данном определении в первую очередь возникает вопрос, что же представляет собой экономическая выгода? Это доход, прибыль или иная экономическая категория? Кроме того, непонятно, почему в рассматриваемом определении авторы ограничились указанием на экономическую прибыль «от производства товаров или услуг». А как же «свои способности и имущество», свободное использование которых для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности гарантировано Конституцией РФ? Возникают также вопросы и в отношении «бытовых услуг, потребляемых в собственном домашнем хозяйстве», и т.д.

Примечательно, что на основе конституционных положений и легального определения предпринимательской деятельности была дана характеристика экономической деятельности также судебными органами. Например, Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа определил экономическую деятельность через «...совокупность систематически совершаемых действий, направленных на достижение определенного экономического и общественно полезного результата и не имеющих единственной целью извлечение прибыли»⁵. Арбитражный суд Центрального округа, подчеркнув отсутствие законодательного определения понятия «иная экономическая деятельность», исходя из сущности этой деятельности, пришел к выводу, что «...под такой деятельностью применительно к определению подведомствен-

ности спора, связанного с ее осуществлением, арбитражному суду также следует понимать деятельность, основной целью которой является систематическое получение прибыли (выгоды)»⁶.

В специализированных словарях под экономической деятельностью понимается вид общепользуемой (социальной) деятельности в сфере экономики в целях создания материальных и духовных благ, удовлетворения потребностей индивида, коллективов, общества в целом, при этом компенсация затрат производится за счет получаемого дохода⁷.

Вместе с тем более правильным, на наш взгляд, является следующее определение: под экономической деятельностью понимается совокупность действий на разных уровнях хозяйствования, в результате которых люди удовлетворяют свои потребности посредством производства и обмена материальными благами и услугами. Деятельность становится экономической тогда, когда она ставит целью либо имеет следствием производство и обмен товарами или услугами. Экономическая деятельность имеет определенную сферу приложения сил: сельскохозяйственную, промышленную, кустарную, деятельность в области импорта, экспорта, деятельность лиц свободных профессий и т.д.⁸

Вновь обращает на себя внимание факт отсутствия в представленных определениях указания на возможность использования в процессе экономической деятельности имущества и собственных возможностей.

Так, участники хозяйственных обществ имеют право на получение дохода в виде дивидендов (ст. 42, 43 Федерального закона «Об акционерных обществах»⁹) или распределения прибыли (ст. 28 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью»¹⁰). В данном случае мы имеем дело с ис-

⁴ Постановление Госкомстата России от 31 января 1998 г. № 7 (в ред. от 27 июня 2005 г.) «Об утверждении Основных методологических положений по оценке скрытой (неформальной) экономики» // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 27 сентября 2006 г. по делу № А56-57150/2005 // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 2 сентября 2015 г. № Ф10-2874/2015 по делу № А14-3528/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

⁷ См., например: Райзберг Б. А., Лозовский Л. Ш., Стародубцев Е. Б. Современный экономический словарь. М., 1996. С. 393. См. также: Финансово-кредитный энциклопедический словарь / под общ. ред. А. Г. Грязновой. М.: Финансы и статистика, 2002.

⁸ URL: http://abc.informbureau.com/html/yeiiiiexaneass_aassoaeuiinou.html (дата обращения: 06.04.2020).

⁹ СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1.

¹⁰ СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 785.

пользованием имущества (а именно денежных средств) для покупки акций или внесения денежных средств или имущества в иной форме в уставной капитал ООО. Основная цель данных действий заключается в получении дохода. Является ли такая деятельность (и можно ли в целом назвать данное действие деятельностью) предпринимательской в частности или экономической в целом? Ответ на этот вопрос дал Конституционный Суд РФ в постановлении от 24 февраля 2004 г. № 3-П, указав следующее: «Деятельность акционеров не является предпринимательской (она относится к иной не запрещенной законом экономической деятельности)»¹¹.

Аналогичным образом, на наш взгляд, должен решаться вопрос о квалификации в качестве предпринимательской или экономической деятельности действий лица, связанных с передачей принадлежащего ему имущества в аренду или внаем. Цель передачи имущества в аренду или внаем заключается в получении на систематической основе дохода в виде арендной платы (платы за наем). Большинство ученых считают, что сдача имущества в аренду не является предпринимательской деятельностью¹². Верховный Суд РФ на этот счет дал неоднозначное толкование. Согласно п. 2 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 18 ноября 2004 г. № 23 «О судебной практике по делам о незаконном предпринимательстве»¹³ «если лицо, не зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя, приобрело для личных нужд жилое помещение или иное недвижимое имущество либо получило его по наследству или по договору дарения, но в связи с отсутствием необходимости в использовании этого имущества временно сдало его в аренду или внаем и в результате такой гражданско-правовой сделки получило доход (в том числе в крупном или особо крупном размере), содеянное им

не влечет уголовной ответственности за незаконное предпринимательство. Если указанное лицо уклоняется от уплаты налогов или сборов с полученного дохода, в его действиях при наличии к тому оснований содержатся признаки состава преступления, предусмотренного статьей 198 УК РФ».

Исходя из изложенного, можно сделать вывод о том, что если лицо приобрело объект недвижимого имущества с целью сдачи его в аренду или внаем, то оно должно быть зарегистрировано в качестве индивидуального предпринимателя. Считаем, что, как бы ни решился в том или ином случае вопрос о квалификации данных действий физического лица в качестве предпринимательской деятельности, она должна рассматриваться в качестве экономической деятельности, при этом цель приобретения недвижимого имущества в подобном случае не должна иметь значения.

Несмотря на то что категория «экономическая деятельность» является сферой исследования прежде всего экономической науки, в правовой доктрине зачастую предпринимаются попытки раскрыть данное понятие. Авторами предлагаются различные дефиниции экономической деятельности. Рассматриваемую категорию определяют как один из видов экономической активности человека, как форму участия индивида в общественном производстве и способ получения финансовых средств для обеспечения жизнедеятельности его самого и членов его семьи¹⁴, как процесс воспроизводства материальных и духовных богатств, включающий такие стадии, как производство, распределение, обмен и потребление¹⁵.

Проанализировав предлагаемые доктринальные позиции в отношении понятия экономической деятельности, С. В. Белых пришел к выводу о том, что экономическая деятельность представляет собой хозяйственную активность индивидов или их объединений по

¹¹ СЗ РФ. 2004. № 9. Ст. 830.

¹² См., например: *Тюнин В. И.* Ответственность за незаконное предпринимательство при сдаче в аренду помещений // Уголовный процесс. 2011. № 9. С. 50—57; *Шаляев С. Н.* О регистрации гражданина в качестве индивидуального предпринимателя при сдаче имущества в аренду // Налоговый вестник. 2008. № 10. С. 3—6.

¹³ Российская газета. 2004. № 271.

¹⁴ См.: Предпринимательское (хозяйственное) право : учебник : в 2 т. / под ред. О. М. Олейник. М. : Юрист, 1999. Т. 1. С. 16.

¹⁵ См.: Предпринимательское право Российской Федерации : учебник / Е. Г. Афанасьева, А. В. Белицкая, В. А. Вайпан [и др.] ; отв. ред. Е. П. Губин, П. Г. Лахно. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Норма, Инфра-М, 2017.

производству, распределению, перераспределению и потреблению материальных благ в рамках товарно-денежного обмена, предпосылкой которой является владение, пользование и распоряжение данными благами для удовлетворения собственных и чужих материальных потребностей¹⁶.

С учетом многоаспектности понятия экономической деятельности заслуживает поддержки предложение А. Я. Курбатова, который разграничивает экономическую деятельность на активную и пассивную. Активная экономическая деятельность заключается в производстве и реализации товаров, работ, услуг. В свою очередь, экономическая деятельность в пассивной форме проявляется в размещении денежных средств в кредитных организациях, в сдаче имущества в аренду, передаче в доверительное управление и т.п. Кроме того, по мнению А. Я. Курбатова, активная экономическая деятельность именуется хозяйственной деятельностью, а хозяйственная деятельность, которая направлена на систематическое извлечение прибыли, представляет собой предпринимательскую деятельность¹⁷.

На основе проведенного исследования доктринальных позиций в отношении понятия экономической деятельности В. В. Долинская считает возможным выделить следующие признаки, характеризующие экономическую деятельность:

- это именно деятельность, поскольку речь идет о совершаемых действиях в узком смысле этого слова;
- это осознанная, волевая, целенаправленная деятельность, то есть в данном случае с позиции гражданского права и теории государства и права можно говорить только о юридических актах (сделках, судебных актах, решениях и т.д.), а не о юридических поступках;
- содержание экономической деятельности связано с формулой «производство — распределение — обмен — потребление», что предопределяет наличие правовых форм

экономической деятельности в различных отраслях, подотраслях и институтах права;

- цель осуществления экономической деятельности заключается в удовлетворении материальных и духовных потребностей, что находит оформление в праве посредством регулирования имущественных и личных неимущественных отношений;

- промежуточный результат осуществления экономической деятельности состоит в создании или изменении объектов права, поскольку каждый объект гражданских правоотношений призван удовлетворять какие-либо потребности субъектов¹⁸.

Несколько иной перечень признаков экономической деятельности был сформулирован Э. И. Валиевой и У. Ф. Ибрагимовым:

- экономическая деятельность является разновидностью общепользуемой деятельности, которая представляет собой совокупность целенаправленных действий;
- данный вид деятельности осуществляется в сфере экономики, под которой понимается хозяйство, совокупность (система) средств, объектов, процессов, используемых людьми для обеспечения жизни, удовлетворения потребностей путем создания необходимых человеку благ, условий и средств существования с применением труда;
- осуществление экономической деятельности преследует не одну цель, а направлено: а) на создание материальных и духовных (нематериальных) благ; б) удовлетворение разнообразных потребностей индивида (человека), членов общества и общества в целом;
- компенсация производимых материальных и других затрат производится за счет получаемого дохода¹⁹.

На основании изложенного под экономической деятельностью предлагаем понимать совершение субъектом права юридических действий на различных уровнях хозяйствования, направленных на производство, распределение, обмен и потребление благ посред-

¹⁶ Белых С. В. Свобода предпринимательской деятельности как конституционно-правовая категория в Российской Федерации. СПб., 2005. С. 16.

¹⁷ Курбатов А. Я. Обеспечение баланса частных и публичных интересов — основная задача права на современном этапе // Хозяйство и право. 2001. № 6. С. 88—97.

¹⁸ Долинская В. В. Экономическая деятельность и ее виды // Законы России: опыт, анализ, практика. 2018. № 3. С. 3—15.

¹⁹ Валиева Э. И., Ибрагимов У. Ф. Соотношение понятий «предпринимательская деятельность» и «экономическая деятельность» // Молодой ученый. 2013. № 6. С. 285—287.

ством использования своих или привлеченных способностей и имущества в целях удовлетворения своих (или третьих лиц) материальных и духовных потребностей. При этом следует

использовать предложенный А. Я. Курбатовым признак профессионализма для разграничения экономической деятельности, осуществляемой в активной и пассивной формах.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Белых С. В.* Свобода предпринимательской деятельности как конституционно-правовая категория в Российской Федерации. — СПб., 2005.
2. *Валиева Э. И., Ибрагимов У. Ф.* Соотношение понятий «предпринимательская деятельность» и «экономическая деятельность» // Молодой ученый. — 2013. — № 6. — С. 285—287.
3. *Долинская В. В.* Экономическая деятельность и ее виды // Законы России: опыт, анализ, практика. — 2018. — № 3. — С. 3—15.
4. *Курбатов А. Я.* Обеспечение баланса частных и публичных интересов — основная задача права на современном этапе // Хозяйство и право. — 2001. — № 6. — С. 88—97.
5. Предпринимательское (хозяйственное) право : учебник : в 2 т. / под ред. О. М. Олейник. — М. : Юристъ, 1999. — Т. 1.
6. Предпринимательское право Российской Федерации : учебник / Е. Г. Афанасьева, А. В. Белицкая, В. А. Вайпан [и др.] ; отв. ред. Е. П. Губин, П. Г. Лахно. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Норма, Инфра-М, 2017.
7. *Пьянкова А. Ф.* Цивилистическое понятие предпринимательской деятельности и смежные категории в российском законодательстве // Шестой Пермский конгресс ученых-юристов (г. Пермь, 16—17 октября 2015 г.) : избранные материалы / отв. ред. В. Г. Голубцов, О. А. Кузнецова. — М. : Статут, 2016.
8. *Райзберг Б. А., Лозовский Л. Ш., Стародубцев Е. Б.* Современный экономический словарь. — М., 1996.
9. *Тюнин В. И.* Ответственность за незаконное предпринимательство при сдаче в аренду помещений // Уголовный процесс. — 2011. — № 9. — С. 50—57.
10. Финансово-кредитный энциклопедический словарь / под общ. ред. А. Г. Грязновой. — М. : Финансы и статистика, 2002.
11. *Шалаяев С. Н.* О регистрации гражданина в качестве индивидуального предпринимателя при сдаче имущества в аренду // Налоговый вестник. — 2008. — № 10. — С. 3—6.

Материал поступил в редакцию 7 апреля 2020 г.

REFERENCES

1. Belykh SV. Svoboda predprinimatelskoy deyatel'nosti kak konstitutsionno-pravovaya kategoriya v rossiyskoy federatsii [Freedom of entrepreneurial activity as a constitutional and legal category in the Russian Federation]. St. Petersburg; 2005. (In Russ.)
2. Valieva EI, Ibragimov UF. Sootnoshenie ponyatiy «predprinimatelskaya deyatel'nost» i «ekonomicheskaya deyatel'nost» [The balance between the concepts “entrepreneurial activity” and “economic activity”]. *Molodoy uchenyy [Young Scientist]*. 2013;6:285—287. (In Russ.)
3. Dolinskaya VV. Ekonomicheskaya deyatel'nost i ee vidy [Economic activity and its types]. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika [Laws of Russia: Experience, Analysis, Practice]*. 2018;3:3-15. (In Russ.)
4. Kurbatov A. Ya. Obespechenie balansa chastnykh i publicnykh interesov — osnovnaya zadacha prava na sovremennom etape [Ensuring the balance of private and public interests is the main task of law at the present stage]. *Khozyaystvo i pravo [Business and Law]*. 2001;6:88-97. (In Russ.)
5. Oleinik OM, editor. Predprinimatelskoe (khozyaystvennoe) pravo : uchebnik : v 2 t. [Entrepreneurial (business) law: textbook: in 2 vol.]. Moscow: Yurist; 1999. (In Russ.)
6. Afanaseva EG, Belitskaya AV, Vaypan VA, [et al]. Gubin EP, Lakhno PG, editors. Predprinimatelskoe pravo Rossiyskoy Federatsii : uchebnik [Business Law of the Russian Federation: textbook]. 3rd ed., rev. and suppl., Moscow: Norma, Infra-M; 2017. (In Russ.)



7. Pyankova AF. Tsivilisticheskoe ponyatie predprinimatelskoy deyatel'nosti i smezhnye kategorii v rossiyskom zakonodatel'stve [Civilistic notion of entrepreneurial activity and related categories in Russian legislation]. In: Golubtsov VG, Kuznetsova OA, editors. Proceedings of the Sixth Perm Congress of Legal Scientists (Perm, October 16-17, 2015) : selected materials. Moscow: Statute; 2016. (In Russ.)
8. Reisberg BA, , Lozovsky LSh , Starodubtsev EB. Sovremennyy ekonomicheskiy slovar [Modern Economic Dictionary]. Moscow; 1996. (In Russ.)
9. Tyunin VI. Otvetstvennost za nezakonnnoe predprinimatel'stvo pri sdache v arendu pomeshcheniy [Responsibility for illegal entrepreneurship in renting premises]. *Ugolovnyy protsess [Criminal Procedure]*. 2011;9:50—57. (In Russ.)
10. Gryaznova AG, editor. Finansovo-kreditnyy entsiklopedicheskiy slovar [Financial and credit encyclopedic dictionary]. Moscow: Finances and Statistics; 2002. (In Russ.)
11. Shalyaev SN. O registratsii grazhdanina v kachestve individual'nogo predprinimatel'ya pri sdache imushchestva v arendu [On the registration of a citizen as an individual entrepreneur at the rental of property]. *Nalogovyy vestnik [Tax Bulletin]*. 2008;10:3-6. (In Russ.)

Об оценке эффективности деятельности исполнительных органов государственной власти Российской Федерации

Аннотация. Статья посвящена актуальным вопросам определения эффективности деятельности исполнительных органов государственной власти РФ. Актуальность определяется отсутствием в полном объеме исследований с позиции методологии и практики. Деятельность органов публичной власти РФ изменяется, приобретая новые качества, поэтому необходимы четкие и универсальные критерии ее оценки. Критерии оценки должны быть приближены к социальным показателям и должны отвечать запросам общества. Проводится анализ нормативно-правового регулирования данного вопроса. Исследуются Указы Президента РФ начиная с 2007 г., устанавливающие показатели оценки эффективности деятельности органов исполнительной власти РФ. Можно наблюдать постоянное изменение методологического подхода к количеству, формулировке и содержанию критериев оценки эффективности деятельности органов исполнительной власти субъектов РФ. В период с 2007 г. по 2012 г. в основу критериев оценки был положен общественный контроль гражданами эффективности деятельности по предоставлению государственных услуг. В настоящее время подход изменен — общественный контроль был выведен из данной системы и стал регулироваться отдельным нормативным актом. Впервые взята установка на определение уровня критериев оценки, которым должна соответствовать деятельность органов исполнительной власти для признания ее эффективной.

Рассмотрено также нормативное регулирование оценки эффективности деятельности органов исполнительной власти федерального уровня. На национальном уровне отсутствует нормативная база по оценке деятельности федеральных органов исполнительной власти РФ. Сделаны выводы об отсутствии единого подхода к оценке деятельности органов государственной власти федерального и регионального уровней. Выводы могут быть использованы в правотворческой деятельности государственных органов.

Ключевые слова: эффективность; государственное управление; органы исполнительной власти субъектов РФ; федеральные органы исполнительной власти РФ; социальная сфера; экономическая сфера; высшее должностное лицо субъекта РФ.

Для цитирования: Лубенникова С. А. Об оценке эффективности деятельности исполнительных органов государственной власти Российской Федерации // *Lex russica*. — 2020. — Т. 73. — № 6. — С. 68—76. — DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.068-076.

© Лубенникова С. А., 2020

* Лубенникова Светлана Александровна, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры государственного права Института истории и права Хакасского государственного университета имени Н. Ф. Катанова
пр-т Ленина, д. 92, корп. 1, г. Абакан, Россия, 655017
luben_wa@mail.ru

Evaluation of the Governmental Agency Effectiveness in the Russian Federation

Svetlana A. Lubennikova, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Department of State Law, Institute of History and Law, Khakas State University named after N. F. Katanov
pr-t Lenina, d. 92, korp. 1, Abakan, Russia, 655017
luben_wa@mail.ru

Abstract. The article is devoted to topical issues of determining the effectiveness of the work of governmental agencies in the Russian Federation. The relevance of the study's subject matter is determined by the lack of comprehensive examination of the subject matter from the perspective of methodology and practice. Public authorities' activities in the Russian Federation are changing acquiring new qualities. Thus, clear and uniform criteria for their assessment are necessary. Evaluation criteria should be closer to social indicators and should meet the demands of society. The author analyzes the normative-legal regulation of this issue. To this end, the paper provides examination of the Decrees of the President of the Russian Federation that have been issued since 2007 to establishing indicators for assessing the effectiveness of the activities of the executive authorities of the Russian Federation. It is possible to observe a constant change in the methodological approach to the number, formulation and content of the criteria for assessing the effectiveness of the executive authorities of the constituent entities of the Russian Federation. Between 2007 and 2012, the evaluation criteria were based on public control over the public services effectiveness exercised by citizens. Currently, the approach has changed — public control has been removed from the system under consideration and is now governed by a separate regulatory act. For the first time, to recognize executive authorities' activities as effective the determination of the level of evaluation criteria to be met by executive authorities is used.

The normative regulation of the evaluation of the effectiveness of the executive power at the federal level is also investigated. At the national level there is no any regulatory framework for assessing the activities of federal executive authorities of the Russian Federation. The author draws conclusions about the lack of a uniform approach to the evaluation of governmental authorities' activities at both federal and regional levels. The conclusions can be used in law-making activities of state bodies.

Keywords: efficiency; public administration; executive authorities of constituent entities of the Russian Federation; federal executive authorities of the Russian Federation; social area; economic area; highest official of the constituent entity of the Russian Federation.

Cite as: Lubennikova SA. Ob otsenke effektivnosti deyatelnosti ispolnitelnykh organov gosudarstvennoy vlasti Rossiyskoy Federatsii [Evaluation of the Governmental Agency Effectiveness in the Russian Federation]. *Lex russica*. 2020;73(6):68—76. DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.068-076. (In Russ., abstract in Eng.).

Эффективность (от лат. effectus — исполнение, действие как результат, следствие каких-то мер, шагов; синоним — действенность) относится к достижению поставленных целей. Это также согласованность результата с целью. Эффективным будет контроль, цели которого реализуются. Чтобы осуществить оценку деятельности, нужно иметь критерии и показатели для соотношения, замера. То есть эффективность является измеряемой при условии четкого определения цели, понимания цели исполнителями; имеется критерий оценивания показателя результата эффективности.

Общество заинтересовано в эффективном государственном регулировании. К основным

характеристикам качества государственного управления относится «эффективность» и «результативность»¹.

Нормативно-правовое регулирование вопроса эффективности оценивания публичной власти было определено Федеральным законом от 29.12.2006 № 258-ФЗ «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием разграничения полномочий»². В Федеральный закон от 06.10.1999 № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»³ ввели ст. 26.3.2 «Оценка

¹ Нестеров А. В. О качестве государственного и муниципального управления // Государственная власть и местное самоуправление. 2007. № 1.

² СЗ РФ. 2007. № 1 (1 ч.). Ст. 21.

³ Рос. газ. 1999. 19 окт.

эффективности деятельности органов исполнительной власти субъекта Российской Федерации». Дальнейшую детализацию оценивания публичной власти с 2007 г. обеспечил своими указами Президент РФ. В них устанавливались критерии оценки эффективности деятельности (далее — КОЭД) органов исполнительной власти субъектов РФ. Эти критерии постоянно изменяются. Уже принято 4 указа Президента РФ: в 2007, 2012, 2017, 2019 г.⁴ Наименование актов одинаковое — «Об оценке эффективности деятельности органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации», кроме наименования Указа Президента РФ от 25.04.2019 № 193 (он затрагивает также оценку эффективности высших должностных лиц⁵ (руководителей высших исполнительных органов государственной власти) субъектов Российской Федерации). Принятие нового акта отменяло предыдущий. Причины разные — экономического, социального, политического характера, стремление к выявлению универсальных показателей. Указ Президента РФ 2019 г. ориентирован на долгосрочную перспективу — до 2024 г. То есть в отличие от ранее действовавших это самый долгий период.

Данные акты утверждают единые КОЭД региональных органов власти, которые должны отражаться в ежегодных докладах руководителей регионов Президенту РФ. Некоторые авторы анализировали их содержание и по основным направлениям мнения совпадают.

Так, Ю. А. Тихомиров называет показатели, относящиеся к экономической, социальной, правовой сфере⁶. Д. Б. Горохов называет правовые составляющие⁷.

Но в этих актах не определены последствия неисполнения установленных показателей⁸. Для устранения этого пробела Ю. М. Буравлев предлагает дополнить акты об эффективности положениями, предусматривающими возможность применения юридической ответственности⁹. Косвенно можно проследить, что юридическая ответственность уже определена. Так, в п. 1.1 ст. 5.63 КоАП РФ предусмотрена ответственность должностного лица органа исполнительной власти субъекта РФ за нарушение порядка предоставления государственной услуги¹⁰. Президент РФ в связи с утратой доверия, неисполнением обязанностей может отрешать от должности высшее должностное лицо субъекта РФ. Для усиления степени ответственности руководителей регионов, избегания субъективного подхода в применении взыскания необходимо в ч. 1 ст. 19 Федерального закона № 184-ФЗ ввести основание для прекращения полномочий — отстранение от должности в связи с неисполнением КОЭД.

Исследователи критиковали сформировавшуюся в 2007 г. систему оценки эффективности. Недостатком считали то, что система оценивания показывает только достижение результатов в динамике, а оценка степени, устанавливающая уровень достигнутого показателя для реги-

⁴ Указ Президента РФ от 28.06.2007 № 825 «Об оценке эффективности деятельности органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации» // СЗ РФ. 2007. № 27. Ст. 3256 (утратил силу); Указ Президента РФ от 21.08.2012 № 1199 «Об оценке эффективности деятельности органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации» // СЗ РФ. 2012. № 35. Ст. 4774 (утратил силу); Указ Президента РФ от 14.11.2017 № 548 «Об оценке эффективности деятельности органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации» // СЗ РФ. 2017. № 47. Ст. 6963 (утратил силу); Указ Президента РФ от 25.04.2019 № 193 «Об оценке эффективности деятельности высших должностных лиц (руководителей высших исполнительных органов государственной власти) субъектов Российской Федерации и деятельности органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации» // СЗ РФ. 2019. № 17. Ст. 2078.

⁵ См.: Наумкина В. В. Высшее должностное лицо субъекта Российской Федерации в системе исполнительной власти // Право и законность: вопросы теории и практики : сборник материалов IX Всерос. науч.-практ. конференции (Абакан, 12—13 апреля 2019 г.) / науч. ред. Д. Б. Сергеев. Абакан, 2019. С. 3.

⁶ Тихомиров Ю. А. Эффективность закона: от цели к результату // Журнал российского права. 2009. № 4.

⁷ Горохов Д. Б. Правовой мониторинг: концепция, направления институализации, состояние законодательства и перспективы // Законодательство и экономика. 2009. № 7.

⁸ См.: Горлачев Р. Ю. Об эффективности института выборов в Российской Федерации // Государственная власть и местное самоуправление. 2018. № 5. С. 32.

⁹ Буравлев Ю. М. Виды юридической ответственности в системе государственной службы : монография. М. : Юрист, 2008. С. 3.

¹⁰ Федеральный закон от 28.12.2013 № 430-ФЗ «О внесении изменений в статью 5.63 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» // Рос. газ. 2013. 30 дек.

она, не устанавливалась. Нельзя было оценить и эффективность выполнения полномочий, которые передавались Федерацией регионам, дать оценку использования межбюджетных трансфертов¹¹.

Основополагающая проблема формирования системы показателей оценки эффективности — это выбор оптимального числа критериев оценивания эффективности, результатов¹². Отрицательной стороной может быть большое количество критериев, которые влекут расходы на их применение и контроль¹³.

А. А. Кисляков, Т. К. Чернышева отмечают, что критерии должны отражать цель и задачи объекта оценивания, а цели и задачи, в свою очередь, должны быть направлены на реализацию потребностей населения, снижение социальных, экономических рисков, повышение качества государственных услуг; должны нести пользу обществу¹⁴.

Из-за выявленных недостатков можем наблюдать изменения в системе оценивания. Количество КОЭД для региона в 2007 г. установили — 40 показателей, в 2012 г. — 12 показателей, в 2017 г. — 24 показателя, в 2019 г. — 15. То есть наблюдается постоянное изменение количества показателей.

Анализ показателей по содержанию определил, что основные показатели относятся к социальным и направлены на улучшение жизни населения. При этом система показателей была разрозненна и требовала дальнейшего совершенствования¹⁵.

Оптимальная модель системы оценивания представлена Указом Президента РФ в 2019 г. Некоторые показатели остаются прежними — «уровень среднемесячной заработной платы», «ожидаемая продолжительность жизни при рождении», «прирост населения», «доступность жилья», некоторые показатели не используются. Но их нельзя было и ранее исполь-

зовать для КОЭД. Они сами, по сути, уже были оценкой. Соответственно, для них нужно было вводить свои критерии оценивания. То есть методологический подход к критериям был искажен. Пример — показатели «оценка населения условиями для самореализации»; «оценка удовлетворенности населения услугами в сферах образования, здравоохранения, культуры, социального обслуживания». Некоторые критерии были сформулированы как коэффициенты, но коэффициент является уровнем критерия, а не критерием. Например, показатели «коэффициент доступности жилья», «коэффициент миграционного прироста».

Не все КОЭД оценивали деятельность региона, так как полномочия не относились к ведению субъектов РФ или совместному ведению РФ и субъектов РФ (например, «уровень преступности»).

Критерии «оценка населением деятельности органов исполнительной власти субъекта Российской Федерации»; «оценка населением эффективности деятельности органов государственной власти РФ» были сформулированы методологически неверно, так как получалась модель «оценка оценки». В Указе 2019 г. эти критерии трансформировались в один общий критерий — «уровень доверия к власти» (Президенту РФ, высшим должностным лицам (руководителям высших исполнительных органов государственной власти) субъектов РФ). Не совсем понятно, как можно оценивать деятельность исполнительных органов субъектов РФ через показатель «уровень доверия к Президенту РФ», так как это разные уровни государственной власти, также и оценка деятельности Президента не отражает оценку деятельности региональных властей.

В отношении каждого критерия эффективности разработана методика расчета, которая регулируется постановлением Правительства РФ

¹¹ См.: Правовые акты: оценка последствий: научно-практическое пособие / А. В. Кашанин, Ю. А. Тихомиров, С. В. Третьяков [и др.]; отв. ред. Ю. А. Тихомиров. М.: Юриспруденция, 2011. С. 81—83.

¹² См.: Горохов Д. Б. Правовой мониторинг: концепция, направления институализации, состояние законодательства и перспективы // Законодательство и экономика. 2009. № 7.

¹³ См.: Еремин С. Г. О современной оценке эффективности и результативности деятельности федеральных органов исполнительной власти // Экономика и предпринимательство. 2016. № 1-1 (66). С. 406—410.

¹⁴ Кисляков А. С., Чернышева Т. К. К вопросу об эффективности и результативности деятельности федеральных органов исполнительной власти // Государственная власть и местное самоуправление. 2019. № 10. С. 28.

¹⁵ См.: Еремина О. Ю. Качество и доступность государственных услуг в социальной сфере как показатель эффективности деятельности органов исполнительной власти // Журнал российского права. 2014. № 1. С. 67—77.

от 17.07.2019 № 915¹⁶. Но не разработана методика расчета для такого критерия, как «уровень доверия к власти». Методику должна была разработать Администрация Президента РФ до 1 июня 2019 г. Вероятно, в основу должны быть положены данные социологических опросов населения.

Таким образом, можно наблюдать изменение с 2007 г. методологического подхода к формулировке и содержанию КОЭД. Это действительно сложный процесс, который диктуется потребностями общества. С 2007 г. по 2012 г. в основу критериев оценки был положен общественный контроль гражданами эффективности деятельности по предоставлению государственных услуг. Но в дальнейшем подход изменился, общественный контроль был выведен из данной системы и стал регулироваться отдельным нормативным актом. С 2019 г. впервые взят курс на определение уровня критериев оценки, которым должна соответствовать деятельность органов государственной власти для признания ее эффективной. Предусмотрено, что они будут пересматриваться ежегодно, до 1 мая. Без требований к уровню КОЭД органов исполнительной власти очень трудно определить, каким показателям должна соответствовать их деятельность, оценка будет субъективной, а не объективной, соответственно, основной принцип государственного управления — объективность — не будет соблюден. Хотя не установлено требование к нормативному регулированию требований к уровню показателей, то есть принцип прозрачности, открытости не соблюдается. В. Н. Южаков назвал уровень показателя эффективности как общественно значимые показатели (ОзП) и дал им характеристику. Они могут быть и количественными, и качествен-

ными. Но самое главное — должны быть значимыми для общества¹⁷.

Конечно же, социальные показатели должны быть не меньше минимальных требований к социальным гарантиям прав человека и гражданина (минимальной заработной плате, прожиточному минимуму, минимальной площади жилья и т.п.). Но еще предстоит для определенных критериев выработать уровень. И это является прорывом в обеспечении социальных прав человека и гражданина.

Как отмечает А. Е. Шатров, правовое регулирование в данной сфере позволяет:

- 1) установить прозрачный, объективный и гласный контроль за деятельностью руководителей региона, органов власти региона;
- 2) производить необходимые кадровые изменения в субъектах РФ, отстраняя от должности руководителей, не выполняющих установленные критерии;
- 4) обеспечивать взаимодействие органов государственной власти федерального и регионального уровней;
- 5) произвести корректировку в деятельности субъектов управления в направлении повышения социальных и экономических показателей в регионе;
- 6) производить предоставление грантов регионам, исполняющим на высоком уровне требования по критериям показателей¹⁸.

По поводу системы оценки есть и скептические точки зрения. Т. Б. Макарова отмечает опасения, что информация, положенная в основу отчетов, может быть искажена¹⁹. Информация должна быть «достоверной, полной и своевременной, иначе трудно получить правильное представление о реальных государственно-правовых процессах»²⁰. У высшего должностного лица субъекта РФ может по-

¹⁶ Постановление Правительства РФ от 17.07.2019 № 915 «Об утверждении методик расчета показателей для оценки эффективности деятельности высших должностных лиц (руководителей высших исполнительных органов государственной власти) субъектов Российской Федерации и деятельности органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации, а также о признании утратившими силу некоторых актов Правительства Российской Федерации» // СЗ РФ. 2019. № 30. Ст. 4301.

¹⁷ Южаков В. Н. Государственное управление по результатам: о подготовке проекта Федерального закона «Об основах государственного управления в Российской Федерации» // Вопросы государственного и муниципального управления. 2016. № 1. С. 129—148.

¹⁸ Шатров А. Е. О некоторых вопросах правового регулирования оценки эффективности деятельности органов исполнительной власти // Административное право и процесс. 2018. № 4. С. 86.

¹⁹ Макарова Т. Б. Оценка эффективности деятельности органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации как форма президентского контроля // Государственная власть и местное самоуправление. 2009. № 4.

²⁰ Тихомиров Ю. А. Эффективность закона: от цели к результату // Журнал российского права. 2009. № 4.

явиться соблазн приукрасить факты. Это может быть связано с системой поощрений субъектов управления, добившихся высоких показателей. Таким субъектам на основании рейтинга предоставляются гранты. За успешное выполнение показателей эффективности субъекту РФ могут предоставляться дотации (гранты) в форме межбюджетных трансфертов. Поэтому Т. Б. Макарова предлагает оптимизацию механизма президентского контроля деятельности государственных органов исполнительной власти — привлекая дополнительно в деятельность по оцениванию полномочного представителя Президента РФ в федеральном округе.

Соответственно, оценка эффективности управления по результатам органов исполнительной власти регионов еще нуждается в совершенствовании. Необходимо нормативно определить уровень КОЭД и создать прозрачную систему контроля за предоставляемыми отчетами о выполнении КОЭД.

Если оценка деятельности региональных органов власти уже осуществляется, то в отношении федеральных органов этого сказать нельзя. Постановлением Правительства РФ от 12.12.2012 № 1284²¹ предусмотрены только КОЭД руководителей территориальных федеральных органов исполнительной власти РФ и самих органов власти. Но это одна из форм общественного контроля за деятельностью государства по предоставлению услуг. Контролируется исполнительская дисциплина — точность и своевременность исполнения, экономическая составляющая исполнения, обращения граждан в связи с неисполнением услуг. И за несвоевременность предоставления государственной услуги органом государственной власти дисциплинарная ответственность в виде увольнения руководителя не предусмотрена.

Одна из форм оценивания в целом государственного управления предусмотрена международной методологией, где сопоставляются национальные уровни управления. Этой формой оценивания пользуются международные организации. Наше государство имеет опыт сотрудничества по оцениванию российского государственного управления. Уровни эффективности государственного управления в РФ в международных рейтингах показателей эффективности и качества государственного управления были представлены в 2005 г. Правительством РФ²² и в 2009 г. в Концепции снижения административных барьеров и повышения доступности государственных и муниципальных услуг²³. Для оценки системы государственного управления в РФ был использован индикатор GRICS, рассчитываемый Всемирным банком для эффективности в целом государственного управления: эффективность и качество государственного управления. Эффективность государственного управления определялась как показатель, который отражает: 1) качество государственных услуг; 2) качественные характеристики государственных институтов; 3) компетенцию государственных служащих; 4) уровень доверия к политике, проводимой правительством, и др. Как видим, некоторые показатели оказались универсальными, были восприняты и в дальнейшем: «качество государственных услуг», «уровень доверия».

Процентный рейтинг нашего государства по эффективности государственного управления был определен в 2004 г. — 48,1 единицы (из 100), в 2009 г. — 44,9 единицы. В настоящее время информация об этих показателях отсутствует. Исследователи отмечают, что показатели, подобные GRICS, различные рейтинги государств, периодически представляемые

²¹ Постановление Правительства РФ от 12.12.2012 № 1284 «Об оценке гражданами эффективности деятельности руководителей территориальных органов федеральных органов исполнительной власти (их структурных подразделений) и территориальных органов государственных внебюджетных фондов (их региональных отделений) с учетом качества предоставления государственных услуг, руководителей многофункциональных центров предоставления государственных и муниципальных услуг с учетом качества организации предоставления государственных и муниципальных услуг, а также о применении результатов указанной оценки как основания для принятия решений о досрочном прекращении исполнения соответствующими руководителями своих должностных обязанностей» // СЗ РФ. 2012. № 51. Ст. 7219.

²² Распоряжение Правительства РФ от 25.10.2005 № 1789-р «О Концепции административной реформы в Российской Федерации в 2006—2010 годах» // СЗ РФ. 2005. № 46. Ст. 4720.

²³ Распоряжение Правительства РФ от 10.06.2011 № 1021-р «Об утверждении Концепции снижения административных барьеров и повышения доступности государственных и муниципальных услуг на 2011—2013 годы и Плана мероприятий по реализации указанной Концепции» // СЗ РФ. 2011. № 26. Ст. 3826.

международными организациями, носят сравнительный характер, что не является универсальным инструментом в оценивании. Поэтому критерий оценки эффективности государственного управления может быть существенно искажен. Конечно же, этот индикатор может быть полезен для выявления общих изменений уровня доверия граждан к власти. Но динамику изменений надо проследить по более объективным показателям²⁴.

Таким образом, для федеральных органов государственной власти на национальном уровне не выработаны КОЭД. Кроме индикатора GRICS, рассчитываемого Всемирным банком для эффективности в целом государственного управления, и этот индикатор работает в сравнении с другими государствами, а не в динамике по отношению к ранее достигнутому самим государством показателем. Соответственно, индикатор недостаточно универсальный, в некоторой степени даже может быть субъективным.

Можно сделать следующие выводы.

1. Отсутствуют единые подходы к оцениванию деятельности органов государственной власти на международном и национальном уровне. Хотя некоторые критерии оценивания, используемые Всемирным банком, можно встретить в нормативных актах Российской Федерации. Например, качество государственных услуг, уровень доверия к политике, проводимой правительством.
2. Заложена нормативная база для оценки деятельности исполнительных органов власти субъектов Российской Федерации. Данная нормативная база постоянно обновляется, критерии оценивания совершенствуются. Но еще предстоит нормативно принять решение об определении уровня КОЭД публичной власти, определить систему контроля за предоставлением отчетов по выполнению КОЭД, ввести индивидуальную ответственность за невыполнение КОЭД.
3. На национальном уровне отсутствует нормативная база по оцениванию деятельности федеральных органов исполнительной власти Российской Федерации. В связи с этим также рекомендуется для федеральных органов исполнительной власти РФ разработать критерии оценки их деятельности, используя уже сформировавшийся в этом направлении положительный опыт.

Можно позитивно оценивать усилия государства по формированию системы оценивания деятельности территориальных органов федеральных органов исполнительной власти РФ через создание условий для реального участия граждан в общественном контроле. Данный механизм требует совершенствования в направлении повышения вовлеченности граждан, разработки мер ответственности должностных лиц, рассматривающих и принимающих решения по результатам оценивания гражданами деятельности органов власти.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Буравлев Ю. М. Виды юридической ответственности в системе государственной службы : монография. — М. : Юрист, 2008. — 154 с.
2. Горлачев Р. Ю. Об эффективности института выборов в РФ // Государственная власть и местное самоуправление. — 2018. — № 5. — С. 29—34.
3. Горохов Д. Б. Правовой мониторинг: концепция, направления институализации, состояние законодательства и перспективы // Законодательство и экономика. — 2009. — № 7.
4. Еремин С. Г. О современной оценке эффективности и результативности деятельности федеральных органов исполнительной власти // Экономика и предпринимательство. — 2016. — № 1-1 (66). — С. 406—410.
5. Еремина О. Ю. Качество и доступность государственных услуг в социальной сфере как показатель эффективности деятельности органов исполнительной власти // Журнал российского права. — 2014. — № 1. — С. 67—77.

²⁴ Зенин С. С. Теоретические вопросы использования административных регламентов в механизме нормативного правового регулирования государственных и муниципальных услуг // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 3. С. 73.

6. Зенин С. С. Теоретические вопросы использования административных регламентов в механизме нормативного правового регулирования государственных и муниципальных услуг // Актуальные проблемы российского права. — 2015. — № 3. — С. 66—73.
7. Кисляков А. С., Чернышева Т. К. К вопросу об эффективности и результативности деятельности федеральных органов исполнительной власти // Государственная власть и местное самоуправление. — 2019. — № 10. — С. 26—29.
8. Макарова Т. Б. Оценка эффективности деятельности органов исполнительной власти субъектов РФ как форма президентского контроля // Государственная власть и местное самоуправление. — 2009. — № 4.
9. Наумкина В. В. Высшее должностное лицо субъекта РФ в системе исполнительной власти // Право и законность: вопросы теории и практики : сборник материалов IX Всероссийской научно-практической конференции (Абакан, 12—13 апреля 2019 г.) / науч. ред. Д. Б. Сергеев. — Абакан : Изд-во Хакасского гос. ун-та имени Н. Ф. Катанова, 2019.
10. Нестеров А. В. О качестве государственного и муниципального управления // Государственная власть и местное самоуправление. — 2007. — № 1.
11. Правовые акты: оценка последствий : научно-практическое пособие / А. В. Кашанин, Ю. А. Тихомиров, С. В. Третьяков [и др.] ; отв. ред. Ю. А. Тихомиров. — М. : Юриспруденция, 2011.
12. Тихомиров Ю. А. Эффективность закона: от цели к результату // Журнал российского права. — 2009. — № 4.
13. Шатров А. Е. О некоторых вопросах правового регулирования оценки эффективности деятельности органов исполнительной власти // Административное право и процесс. — 2018. — № 4. — С. 83—87.
14. Южаков В. Н. Государственное управление по результатам: о подготовке проекта федерального закона «Об основах государственного управления в Российской Федерации» // Вопросы государственного и муниципального управления. — 2016. — № 1. — С. 129—148.

Материал поступил в редакцию 27 февраля 2020 г.

REFERENCES

1. Buravlev YuM. Vidy juridicheskoy otvetstvennosti v sisteme gosudarstvennoy sluzhby : monografiya [Types of legal responsibility in the system of public service: monograph]. Moscow: Yurist; 2008. (In Russ.)
2. Gorlachev RYu. ob effektivnosti instituta vyborov v RF [On the effectiveness of the institute of elections in the Russian Federation]. *State Power and Local Self-government*. 2018;5:29-34. (In Russ.)
3. Gorokhov DB Pravovoy monitoring: kontseptsiya, napravleniya instutualizatsii, sostoyanie zakonodatelstva i perspektivy [Legal Monitoring: Concept, Directions of Institutionalization, State of Legislation and Prospects]. *Zakonodatelstvo i ekonomika [Legislation and Economics]*. 2009;7. (In Russ.)
4. Eremin SG. O sovremennoy otsenke effektivnosti i rezultativnosti deyatelnosti federalnykh organov ispolnitelnoy vlasti [On the modern assessment of efficiency and effectiveness of activity of federal executive bodies]. *Journal of Economy and Entrepreneurship*. 2016;1-1(66):406—410. (In Russ.)
5. Eremina OYu. kachestvo i dostupnost gosudarstvennykh uslug v sotsialnoy sfere kak pokazatel effektivnosti deyatelnosti organov ispolnitelnoy vlasti [Quality and Accessibility of Public Services in the Social Sphere as an Indicator of Efficiency of Executive Authorities]. *Journal of Russian Law*. 2014;1:67—77. (In Russ.)
6. Zenin SS. Teoreticheskie voprosy ispolzovaniya administrativnykh reglamentov v mekhanizme normativnogo pravovogo regulirovaniya gosudarstvennykh i munitsipalnykh uslug [Theoretical Issues of thw Use of Administrative Regulations in Mechanism of Regulatory Legal Regulation of State and Municipal Services]. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava [Actual Problems of Russian Law]*. 2015;3:66—73. (In Russ.)
7. Kislyakov AS, Chernysheva TK. K voprosu ob effektivnosti i rezultativnosti deyatelnosti federalnykh organov ispolnitelnoy vlasti [On the question of efficiency and efficiency of activity of federal executive bodies]. *State Power and Local Self-government*. 2019;10:26—29. (In Russ.)
8. Makarova TB. Otsenka effektivnosti deyatelnosti organov ispolnitelnoy vlasti subektov rf kak forma prezidentskogo kontrolya [Evaluation of efficiency of executive power bodies of subjects of the Russian Federation as a form of presidential control]. *State Power and Local Self-government*. 2009;4. (In Russ.)

9. Naumkina VV. Vysshee dolzhnostnoe litso subekta RF v sisteme ispolnitelnoy vlasti [The highest official of the subject of the Russian Federation in the system of executive power]. In: Sergeev BD, editor. *Law and Legality: Issues of Theory and Practice: a Collection of Materials of the IX All-Russian Scientific and Practical Conference (Abakan, April 12—13, 2019)*. Abakan: Publishing House of Khakas State University named after N. F. Katanov; 2019. (In Russ.)
10. Nesterov AV. O kachestve gosudarstvennogo i munitsipalnogo upravleniya [On the quality of state and municipal administration]. *State Power and Local Self-government*. 2007;1. (In Russ.)
11. Kashanin AV, Tikhomirov YuA, Tretyakov SV, et al. Tikhomirov YuA, editor. *Pravovye akty: otsenka posledstviy : nauchno-prakticheskoe posobie* [Legal acts: assessment of consequences: scientific-practical study guide]. Moscow: Yurisprudentsiya; 2011. (In Russ.)
12. Tikhomirov YuA. Effektivnost zakona: ot tseli k rezultatu [The effectiveness of the law: from the goal to result]. *Journal of Russian Law*. 2009;4. (In Russ.)
13. Shatrov AE. O nekotorykh voprosakh pravovogo regulirovaniya otsenki effektivnosti deyatel'nosti organov ispolnitelnoy vlasti [On Some Issues of Legal Regulation of Evaluation of Efficiency of Executive Authorities]. *Administrative Law and Procedure*. 2018;4:83— 87. (In Russ.)
14. Yuzhakov VN. Gosudarstvennoe upravlenie po rezultatam: o podgotovke proekta Federal'nogo Zakona «Ob osnovakh gosudarstvennogo upravleniya v rossiyskoy federatsii» [State administration according to the results: on preparation of the draft Federal Law “On the foundations of public administration in the Russian Federation”]. *Public Administration Issues*. 2016;1:129—148. (In Russ.)

DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.077-096

А. С. Гуласарян*

Правовые вопросы структуры и деятельности международных энергетических объединений в современном мире¹

Аннотация. Мировая энергетика сегодня сталкивается с новыми вызовами. Речь идет о регулировании энергетических рынков, об охране окружающей среды, устойчивом развитии. Адекватным ответом на эти вызовы может стать использование возможностей многостороннего взаимодействия в рамках международных энергетических объединений с целью создания эффективных механизмов обеспечения международной энергетической безопасности.

Важность внутриорганизационного (институционального) механизма обусловлена тем, что с его помощью обеспечивается сотрудничество государств в рамках международных энергетических объединений. Накопленный за более чем полувековую историю существования международных энергетических объединений нормативный материал требует обработки, научной систематизации, а также теоретических обобщений и предложений, имеющих, несомненно, и практическое значение. В настоящей работе впервые в российской науке международного права проводится комплексный научно-правовой анализ вопросов членства, институциональной структуры, порядка работы и взаимоотношения органов, формирования персонала, привилегий и иммунитетов международных энергетических объединений. В ходе научно-правового анализа рассматриваются учредительные акты, соглашения о штаб-квартире, соглашения о привилегиях и об иммунитетах международных организаций, международные договоры, а также современная доктрина международного права.

Сделанные в работе обобщения и предложения могут быть использованы государствами для совершенствования институционального (внутриорганизационного) механизма действующих международных энергетических объединений, равно как и при проектировании новых объединений. Они могут быть также использованы Российской Федерацией при выработке стратегий взаимодействия с названными объединениями.

В работе использованы обще- и частнонаучные методы исследования: формально-юридический, историко-правовой, системного анализа, сравнительно-правовой.

Ключевые слова: международное право; публичные международные организации; энергетика; структура; органы; персонал; голосование; консенсус; привилегии и иммунитеты; Россия.

Для цитирования: Гуласарян А. С. Правовые вопросы структуры и деятельности международных энергетических объединений в современном мире // *Lex russica*. — 2020. — Т. 73. — № 6. — С. 77—96. — DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.077-096.

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-311-00200.

© Гуласарян А. С., 2020

* *Гуласарян Артур Сергеевич*, кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры международного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
intl777@gmail.com

Legal Issues of the Structure and Activities of International Energy Associations in the Modern World²

Arthur S. Gulasaryan, Cand. Sci. (Law), Senior Lecturer, Department of International Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
intl777@gmail.com

Abstract. The world energy industry today faces new challenges. They include regulating energy markets, protecting the environment and sustainable development. An appropriate response to these challenges could be to employ the potential of multilateral interaction within the framework of international energy associations with a view to establishing effective mechanisms for the provision of international energy security. The importance of an intra-organizational (institutional) mechanism is due to the fact that it ensures the cooperation of States within the framework of international energy associations. Accumulated during more than half a century of the existence of international energy associations, the normative framework requires processing, scientific systematization, as well as theoretical generalizations and proposals of obvious practical importance. This paper, for the first time in the Russian science of international law, makes a comprehensive scientific and legal analysis of issues of membership, institutional structure, working order and interrelations among different bodies, personnel formation, privileges and immunities of international energy associations. The scientific and legal analysis is aimed at exploring the constituent acts, headquarters agreements, agreements on privileges and immunities of international organizations, international treaties, as well as modern doctrine of international law.

The conclusions and proposals made in the paper can be used by States to improve the institutional (intra-organizational) mechanism of effective international energy associations, as well as for planning new associations. They can also be used by the Russian Federation in developing strategies to interact with such associations.

The paper uses general and private scientific methods of research: formal-legal, historical-legal, system analysis, comparative-legal approaches.

Keywords: international law; public international organizations; energy; structure; bodies; personnel; voting; consensus; privileges and immunities; Russia.

Cite as: Gulasaryan AS. Pravovye voprosy struktury i deyatelnosti mezhdunarodnykh energeticheskikh obedineniy v sovremennom mire [Legal Issues of the Structure and Activities of International Energy Associations in the Modern World]. *Lex russica*. 2020;73(6):77–96. DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.077-096. (In Russ., abstract in Eng.).

Важность внутриорганизационного (институционального) механизма обеспечения международной энергетической безопасности обусловлена тем, что с его помощью обеспечивается сотрудничество государств в рамках международных энергетических объединений.

Накопленный за более чем полувековую историю существования международных энергетических объединений нормативный материал требует обработки, научной систематизации, а также теоретических обобщений и предложений, имеющих, несомненно, и практическое значение. Комплексный научно-правовой анализ вопросов структуры и деятельности этих объединений актуален тем, что позволяет рассмотреть

разные модели функционирования внутриорганизационного (институционального) механизма и предложить его эффективную модель. При характеристике внутриорганизационного (институционального) механизма первостепенное значение имеет вопрос об участии (членстве) в них.

Английское слово *member* и французское слово *membre* происходят от латинского *membrum*, которое означает «часть тела»³. Слово *participant* в английском и французском языках происходит от латинского слова *pars*, означающего «часть»⁴. Иными словами, члены (участники) являются частью целого. Без участников (членов) немислимо существование какого-либо международного объединения.

² The reported study was funded by RFBR according to the research project № 18-311-00200.

³ См.: Merriam-Webster Dictionary // URL: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/membral> (дата обращения: 08.02.2020).

⁴ См.: Merriam-Webster Dictionary // URL: <https://www.merriam-webster.com/medical/pars> (дата обращения: 08.02.2020).

Учредительные акты публичных международных организаций в сфере энергетики предусматривают следующие категории членов (участников): полноправные члены (full members), ассоциированные члены (associate members) и наблюдатели (observers).

Полноправными членами могут быть не только члены-учредители, но и присоединившиеся члены.

Членами-учредителями принято считать членов, которые разрабатывают учредительный акт и подписывают его на учредительной конференции в течение установленного срока, а в некоторых случаях в последующем еще и выражают свое окончательное согласие на обязательность для себя этого акта. Так, например, членами-учредителями (founder members) Организации стран — экспортеров нефти (ОПЕК) являются те страны, которые были представлены на первой конференции, проведенной в Багдаде (Ирак) 14 сентября 1960 г., и которые подписали первоначальное соглашение об учреждении Организации (п. А ст. 7 Устава ОПЕК)⁵.

В некоторых организациях государства-учредители могут именоваться первоначальными членами. Первоначальными членами (original members) Международного агентства по возобновляемым источникам энергии (ИРЕНА) признаются государства и региональные межправительственные экономические интеграционные организации, которые не только подписали Устав ИРЕНА, но еще и сдали на хранение

свои ратификационные грамоты (пп. 1 п. В ст. VI Устава ИРЕНА)⁶. В Международном агентстве по атомной энергии (МАГАТЭ) первоначальными членами (initial members) именуются государства, подписавшие Устав МАГАТЭ в течение 90 дней после того, как он был открыт для подписания, и депонировали свои ратификационные грамоты (п. А ст. IV Устава МАГАТЭ)⁷.

Чаще в учредительных актах прямо перечисляются конкретные учредители организаций. В Электроэнергетическом совете СНГ (ЭЭС СНГ) в качестве таковых перечислены Азербайджан, Армения, Беларусь, Казахстан, Кыргызстан, Молдова, Россия, Таджикистан, Туркменистан, Узбекистан, Украина⁸; в Международном энергетическом агентстве (МЭА) — Австрия, Бельгия, Канада, Дания, Германия, Ирландия, Италия, Япония, Люксембург, Нидерланды, Испания, Швеция, Швейцария, Турция, Великобритания и США⁹; в Форуме стран — экспортеров газа (ФСЭГ)¹⁰ — Алжир, Боливия, Египет, Экваториальная Гвинея, Иран, Ливия, Нигерия, Катар, Россия, Тринидад и Тобаго и Венесуэла¹¹; в Энергетическом сообществе (ЭС) — ЕС, Албания, Болгария, Босния и Герцеговина, Хорватия, бывшая Югославская Республика Македония, Черногория, Румыния, Сербия, Турецкая Республика и Миссия ООН по делам временной администрации в Косово¹²; в Европейском сообществе по атомной энергии (Евратом/ЕСАЭ) — Бельгия, Германия, Франция, Италия, Люксембург, Нидерланды¹³.

⁵ См.: Устав ОПЕК от января 1961 г. // URL: https://www.opec.org/opec_web/static_files_project/media/downloads/publications/OPEC_Statute.pdf (дата обращения: 12.01.2020).

⁶ Устав ИРЕНА от 26 января 2009 г. // URL: https://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/About-IRENA/Statute/Statute_RU.pdf?la=en&hash=84CE89C2C80EC751E920D6811579ACF55E28A419 (дата обращения: 12.01.2019).

⁷ Устав МАГАТЭ от 26 октября 1956 г. // URL: https://www.iaea.org/sites/default/files/statute_rus.pdf (дата обращения: 12.01.2020).

⁸ Преамбула и ст. 1 Соглашения о координации межгосударственных отношений в области электроэнергетики СНГ от 14 февраля 1992 г. (измененная Протоколом о внесении изменений и дополнений от 22 ноября 2007 г.) // URL: <http://energo-cis.ru/ruindex1/> (дата обращения: 12.01.2020).

⁹ Пункт «а» ст. 2 Решения Совета ОЭСР, учреждающего МЭА, от 15 ноября 1974 г. // URL: <https://www.iea.org/media/about/decisionofthecouncil.pdf> (дата обращения: 12.01.2020).

¹⁰ См.: Гуласарян А. С. Форум стран — экспортеров газа (ФСЭГ): международно-правовые аспекты деятельности // Правовой энергетический форум. 2015. № 4. С. 34—40.

¹¹ Преамбула Соглашения о функционировании ФСЭГ от 23 декабря 2008 г. // URL: <http://www.almeezan.qa/AgreementsPage.aspx?id=1460&language=en> (дата обращения: 12.01.2020).

¹² Преамбула Договора, учреждающего ЭС от 25 октября 2005 г. // URL: <https://www.energy-community.org/legal/treaty.html> (дата обращения: 12.01.2020).

¹³ Преамбула Договора об учреждении Евратома/ЕСАЭ от 25 марта 1957 г. // URL: https://europa.eu/european-union/sites/europa.eu/files/docs/body/consolidated_version_of_the_treaty_establishing_the_european_atomic_energy_community_en.pdf (дата обращения: 12.01.2020).

В текстах учредительных актов организаций реже можно обнаружить отсутствие прямого текстуального обозначения членом-организаций как учредителей. В таких случаях статус членом-учредителей выводится из характеристик, присущих таким государствам. Членами-учредителями, например Конференции по Энергетической хартии (КЭХ)¹⁴, признаются государства и организации региональной экономической интеграции, подписавшие Европейскую энергетическую хартию (ЕЭХ) на конференции в Гааге в 1991 г. и Договор к Энергетической хартии (ДЭХ) в период с 17 декабря 1994 г. до 16 июня 1995 г. (ст. 38 ДЭХ)¹⁵.

Членом-учредителей именуют еще и членами a priori, без которых невозможно возникновение организаций.

Различие между членами-учредителями и иными членами состоит в том, что международная организация не имеет контроля над допуском к членству учредителей, в то время как в случае с допуском иных (присоединяющихся) членом такой контроль ею осуществляется. Пожалуй, отличие имеется только на этапе формирования организации. Как только организация сформирована, такое различие исчезает.

В юридическом плане после учреждения организации различий в положении членом-учредителей и присоединившихся членом нет. Дополнительным свидетельством тому служат положения учредительных актов о принципе суверенного равенства членом (ст. 3 Устава ОПЕК; п. С ст. IV Устава МАГАТЭ; п. В ст. I Устава ИРЕНА)¹⁶.

Различие лежит преимущественно в политической плоскости: тот факт, что страна является членом-учредителем, призван подчеркивать ее особый интерес к организации и готовность оказывать организации поддержку с самого начала¹⁷.

Присоединение к организациям подлежит одобрению со стороны их полноправных членом. Это может быть единогласное решение

(ОПЕК, КЭХ, ЭС), решение большинством голосов (ФСЭГ, МЭА, МАГАТЭ), решение сочетанием принципа большинства с принципом единогласия (Евратом/ЕСАЭ), консенсусное решение (ИРЕНА, ЭЭС СНГ). В ФСЭГ и ОПЕК присоединение осуществляется с согласия большинства в 3/4 ее полноправных членом, но в ОПЕК такое большинство требует еще и наличия совпадающих голосов всех членом-учредителей (п. С ст. 7 Устава ОПЕК; п. А ст. 6 Устава ФСЭГ). В МЭА любой запрос на присоединение принимается Управляющим советом большинством его членом (п. 1 ст. 71 Соглашения по Международной энергетической программе (Соглашение по МЭП) (с изменениями от 30 ноября 2007 г.)). В МАГАТЭ прием в члены подлежит утверждению Генеральной конференцией по рекомендации Совета управляющих (п. В ст. IV Устава МАГАТЭ). В КЭХ для присоединения требуется единогласие членом, присутствующих и участвующих в голосовании на сессии Конференции по Хартии (пп. «b» п. 1 ст. 36 ДЭХ). В ЭС при присоединении необходимо согласие всех членом Ministerского совета (п. «iv» ст. 100; п. 2 ст. 1; ст. 95 Договора, учреждающего ЭС, от 25 октября 2005 г.). В Евратоме/ЕСАЭ решение по заявке государства на вступление принимается Советом единогласно после консультации с Комиссией и после одобрения Европейского парламента, который выносит свое решение большинством членом, входящих в его состав (ст. 49 Договора о ЕС). В ЭЭС присоединение возможно при отсутствии возражений со стороны членом ЭЭС в течение 3 месяцев после сдачи на хранение депозитарию документа о присоединении (ст. 11 Соглашение ЭЭС СНГ 1992 г.). Аналогичным образом, в ИРЕНА членство считается одобренным, если не поступило возражений в течение 3 месяцев со стороны членом ИРЕНА. Если имеется несогласие, то вопрос о членстве решается Ассамблеей путем консенсуса присутствующих членом (консенсус считается достигнутым, если возражают не бо-

¹⁴ См.: Гуласарян А. С. Конференция по Энергетической Хартии (КЭХ): международно-правовые вопросы структуры и деятельности // Правовой энергетический форум. 2016. № 2. С. 38—45; Gulasaryan A. S. The Energy Charter Conference (ECC): International Legal Aspects of the Structure and Activities // Energy Law Forum. 2016. № 2. Pp. 74—78.

¹⁵ Договор к Энергетической Хартии (ДЭХ) от 17 декабря 1994 г. // URL: <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-ru.pdf> (дата обращения: 12.01.2020).

¹⁶ См.: Higgins R., Webb P., Akande D., Sivakumaran S., Sloan J. Oppenheim's International Law: United Nations. Oxford: Oxford University Press, 2017. Vol. I. Pp. 261—262 (paras. 8.02—8.03).

¹⁷ См.: Blokker N. International Organizations and Their Members: International Organizations Belong to All Members and to None // International Organizations Law Review. 2004. Vol. 1. Pp. 141—142.

лее 2 членов) (пп. 2 п. В ст. VI; пп. 1 п. Н ст. IX Устава ИРЕНА).

Вступление в международную организацию — всегда двусторонний акт. Не только организация, ее члены должны одобрить соответствующий акт. Требуется также соответствующее одобрение со стороны государства-заявителя (как учредителя, так и присоединяющегося). Внутреннее право такого государства предписывает внутривнутригосударственную процедуру, которой ему нужно следовать для выражения согласия на вступление в организацию (а именно путем выражения согласия на обязательность учредительного акта / международного договора).

Как правило, в учредительных актах перечисляются конкретные способы выражения согласия на их обязательность в соответствии со ст. 11 ВКМПД 1969 г. В КЭХ и ФСЭГ речь идет о ратификации, о принятии, об утверждении или о присоединении¹⁸, в ИРЕНА — о ратификации или присоединении¹⁹, в МАГАТЭ — о ратификации или принятии²⁰, в Евратоме/ЕСАЭ — только о ратификации²¹; в ЭС и ОПЕК — только об утверждении (и только учредителями)²². В ЭЭС СНГ может быть достаточным подписание, но только для государств, законодательство которых не требует выполнения отдельных внутривнутригосударственных процедур²³. Формулировка о необходимости выполнения конституционных процедур для выражения согласия на обязательность для себя учредительного акта (без указания конкретных способов) содержится и в Соглашении по МЭП²⁴.

Иногда государства и иные субъекты не отвечают всем требованиям для полноправного членства, но заинтересованы в работе организаций путем некой формы участия в них. Для предоставления им возможности участия в работе организаций предусматривается ассоциированное членство. В принципе, ассоциированные члены имеют те же права, что и

полноправные члены, за исключением права голосования в пленарном органе и права быть избранным в исполнительный орган²⁵.

Так, в ОПЕК страна с нетто-экспортом нефти, которая не отвечает требованиям полноправного членства, может тем не менее быть принята в качестве ассоциированного члена Конференцией в соответствии со специальными условиями, определяемыми Конференцией (п. D ст. 7 Устава ОПЕК). Ассоциированные члены в ОПЕК могут приглашаться Конференцией для участия в любых заседаниях Конференции, Совета управляющих или консультативных встреч и участвовать в их обсуждениях *без права голоса*. Они, однако, имеют полное право пользоваться общими услугами секретариата, включая его публикации, как и любой полноправный член (п. E ст. 7 Устава ОПЕК).

Возможность заключения соглашений об ассоциации с третьими государствами и международными организациями предусматривается также в рамках КЭХ (п. 1 ст. 43 ДЭХ) и Евратома/ЕСАЭ (ст. 206 Договора об учреждении Евратома/ЕСАЭ (в редакции Протокола № 2, изменяющего Договор), ст. 217 ДФЕС). В МЭА ОЭСР ассоциативные отношения допустимы не только со странами и международными организациями, правительственными или неправительственными, но также с другими организациями и частными лицами (ст. 12 решения Совета ОЭСР, учреждающего МЭА, от 15 ноября 1974 г.; ст. 63 Соглашения по МЭП)²⁶.

Кроме того, для обеспечения участия третьих субъектов в работе организаций им предоставляется также статус наблюдателя. Он предоставляется субъектам, которые не являются и не становятся членами международных организаций. Практика предоставления статуса наблюдателя в международных организациях далека от ясности, единообразия и полноты. Объясняется это во многом разнообразием наблюдателей (государства, международные ор-

¹⁸ Статья 39, 41 ДЭХ; ст. 4 Соглашения о функционировании ФСЭГ.

¹⁹ Пункт В ст. VI Устава ИРЕНА.

²⁰ Пункт D ст. XXI Устава МАГАТЭ.

²¹ Пункт 1 ст. 106а Протокола № 2, изменяющего Договор о Евратоме/ЕСАЭ к ЛД; ст. 49 Договора о ЕС.

²² Статья 105 Договора, учреждающего Энергетическое Сообщество; п. 1 Резолюции I.1 Соглашения об учреждении ОПЕК.

²³ Статья 9 Соглашения координации межгосударственных отношений в области электроэнергетики СНГ.

²⁴ Пункты 1 и 2 ст. 67, п. 1 и 2 ст. 71 Соглашения по МЭП.

²⁵ См.: Schermers H. G. The International Organizations // International Law: Achievements and Prospects / M. Bedjaoui (ed.). UNESCO — Paris : Martinus Nijhoff Publishers, 1991. Pp. 81—82.

²⁶ См.: Association Countries // URL: <https://www.iea.org/countries> (дата обращения: 12.01.2020).

ганизации и т.п.) и разными обстоятельствами, условиями, при которых предоставляется статус наблюдателя в этих организациях²⁷. Исключением не являются также и публичные международные организации в сфере энергетики. Статус наблюдателей, их права и обязанности варьируются в зависимости от конкретной организации, что порой размывает границы между наблюдателями и ассоциированными членами.

Обычно статус наблюдателя предоставляется для участия в работе конкретного органа организации, а не организации в целом. Например, страна — нечлен ОПЕК по решению ее Конференции может быть приглашена для участия в ее работе в качестве наблюдателя (п. D ст. 11 Устава). В ИРЕНА наблюдатели могут участвовать только в открытых сессиях Ассамблеи и ее вспомогательных органов (п. В ст. VII Устава ИРЕНА). Члены — наблюдатели ФСЭГ могут участвовать в пленарных Министерских встречах и участвовать в дискуссиях, могут быть также приглашены Министерской встречей для участия в любой внеочередной Министерской встрече, во встречах исполнительного совета или экспертных рабочих групп (п. В ст. 6 Устава ФСЭГ).

Однако предоставляемый статус наблюдателя может позволять в порядке исключения субъектам участвовать в работе не только отдельных органов, но и всей организации в целом. Речь идет о наблюдателях в ЭЭС СНГ (п. 5 Положения о статусе наблюдателя при ЭЭС СНГ). В ЭС наблюдатели могут также присутствовать хотя и во всех органах, но без права участия в их обсуждениях (п. 2 ст. 96 Договора, учреждающего Энергетическое сообщество, от 25 октября 2005 г.).

Статус наблюдателя *не дает права голоса* при принятии решений на заседаниях органов организации.

Как правило, статус наблюдателей регулируется релевантными положениями применимых документов международных организаций. Не

всегда, однако, такие положения могут содержаться в этих документах. Положения о наблюдателях отсутствуют, например, в уставах МАГАТЭ и ДЭХ. В рамках КЭХ наблюдатели допускаются на ad hoc основе без регулирования их прав и обязанностей²⁸, а в МАГАТЭ и вовсе отсутствует практика предоставления статуса наблюдателей.

Статус наблюдателя может предоставляться только государствам (ОПЕК, ФСЭГ, ЭС); государствам и международным организациям (КЭХ, ИРЕНА); международным и иным организациям (ЭЭС СНГ).

Членство в организациях может прекращаться в следующих случаях:

- 1) утрата государством характеристик для продолжения членства в международной организации;
- 2) роспуск самой организации;
- 3) выход члена из организации;
- 4) исключение члена из организации²⁹.

Членство в публичных международных организациях в сфере энергетики может прекращаться в случаях, когда государства *перестают соответствовать условиям продолжения членства*. Членство может прекращаться в случае прекращения существования государства-члена или утраты им других существенных характеристик для членства.

В большинстве организаций единственным условием, необходимым для членства, является то, что член является государством. Но если организация объединяет строго определенную группу государств, например государств — экспортеров нефти (ОПЕК) или газа (ФСЭГ), государство более не будет отвечать критериям членства, если оно прекратит экспортировать такие продукты (п. С ст. 7 Устава ОПЕК; п. А ст. 6 Устава ФСЭГ). Так, Индонезия, являющаяся членом ОПЕК, достигла пика нефтедобычи и стала страной — импортером нефти. По этой причине она была вынуждена прекратить свое членство в ОПЕК 30 ноября 2016 г.³⁰

²⁷ См.: *Suy E. The Status of Observers in International Organizations // Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye. 1978. Vol. 160. Pp. 83—84.*

²⁸ Наблюдателями КЭХ являются автоматически государства и международные организации, которые подписали только политические декларации: Европейскую энергетическую хартию 1991 г. и (или) Международную энергетическую хартию 2015 г. См.: URL: <https://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/> (дата обращения: 12.01.2020).

²⁹ См.: *Гуласарян А. С. Прекращение членства в международных организациях: международно-правовые проблемы // Международное право и международные организации = International Law and International Organizations. 2017. № 1. С. 28—38.*

³⁰ См.: ОПЕК Member Countries // URL: https://www.opec.org/opec_web/en/about_us/25.htm (дата обращения: 08.02.2020).

Ряд организаций ограничивают членство в них членами конкретных организаций. Государства в таких случаях более не будут отвечать критерию членства, если утрачивают свое членство в этих специальных организациях. Например, утрата членства в ООН предполагает утрату членства в ИРЕНА (п. А ст. VI Устава ИРЕНА), утрата членства в ЕС — утрату членства в ЭС (п. 2 ст. 1 Договора, учреждающего Энергетическое сообщество), утрата членства в ОЭСР — утрату членства в МЭА (п. 1 ст. 71 Соглашения по МЭП), утрата членства в СНГ — утрату членства в ЭЭС СНГ (ст. 11 Соглашения ЭЭС СНГ 1992 г.).

Далеко не все международные организации в сфере энергетики учреждаются на неопределенный (неограниченный) срок. Имеются организации, существование которых ограничено определенными временными рамками, прямо очерченными в их учредительных актах. В Соглашении по МЭП (МЭА) и Договоре, учреждающем ЭС, четко определены начало и окончание срока их действия с возможностью его продления. Каждые 10 лет срок действия актов продлевается, в ЭС — Министерским советом, в МЭА — Управляющим советом (п. 1 ст. 69 Соглашения; ст. 97 Договора).

Учредительные документы лишь некоторых международных организаций в сфере энергетики прямо содержат положения о *ропуске организаций*. Например, прекращение деятельности ЭЭС СНГ может производиться по решению Совета глав правительств СНГ (ст. 8.1 Положения об ЭЭС СНГ), а в МЭА решение о его прекращении может приниматься Управляющим советом, действующим большинством голосов (п. 1 ст. 69 Соглашения по МЭП). ЭС подлежит прекращению, если число сторон Договора, учреждающего ЭС, проголосовавших за продление в Министерском совете, составляет менее 2/3 сторон ЭС (ст. 97 Договора). Если же в учредительных актах организации нет каких-либо конкретных положений, касающихся ее роспуска, доктрина и практика подтверждают, что организация может быть распущена решением ее высшего представительного (пленарного) органа³¹. Таким образом, вариантом прекращения членства в организациях может быть роспуск организации.

Учредительные акты всех публичных международных организаций в сфере энергетики пря-

мо предусматривают, что членство в них может быть прекращено путем (*добровольного*) *выхода из их состава*. При этом обычно требуется предварительное уведомление и выход считается вступившим в силу по истечении определенного периода времени.

Уведомление о намерении выйти из ОПЕК или ФСЭГ вступает в силу в начале следующего календарного года после даты его получения конкретным органом организации (Конференцией в ОПЕК, Министерской встречей в ФСЭГ) (п. А ст. 8 Устава ОПЕК; ст. 7 Устава ФСЭГ). Прекращение участия в ИРЕНА вступает в силу в конце года, в котором о нем объявлено (п. D ст. XV Устава ИРЕНА). Любое государство — член ЭЭС СНГ может выйти из него, направив письменное уведомление депозитарию Устава не позднее чем за один год до даты выхода (ст. 10 Соглашения ЭЭС СНГ 1992 г.). Участвующая страна может выйти из МЭА, письменно уведомив за 12 месяцев Правительство Бельгии об этом (п. «а» ст. 13 Решения Совета ОЭСР, учреждающего МЭА; п. 2 ст. 69 Соглашения по МЭП). Предусмотрен также и более короткий период времени, равный 6 месяцам. Любая сторона вправе выйти из Договора, учреждающего ЭС, путем направления уведомления за 6 месяцев в адрес секретариата (ст. 98 Договора, учреждающего ЭС). В контексте обсуждения представляет интерес КЭХ, которая позволяет ее члену определять дату, с которой выход из организации вступает в силу (п. 1 и 2 ст. 47 ДЭХ). Выход из МАГАТЭ также осуществляется путем подачи письменного уведомления правительству — депозитарию Устава с указанием даты выхода (п. D ст. XVIII Устава МАГАТЭ).

Не всегда вступление выхода в силу связывается с получением уведомления о намерении выйти и истечением определенного срока после его получения. В Евратоме/ЕСАЭ, например, требуется также заключение соглашения ЕС с государством, которое намеревается выйти. И только в случае отсутствия соглашения уведомление может считаться вступившим в силу через два года с момента уведомления, если Европейский совет с согласия заинтересованного государства-члена единогласно не решит продлить этот срок (п. 1 ст. 106а Протокола № 2,

³¹ См.: *Amerasinghe C. F. Principles of the Institutional Law of International Organizations*. Cambridge University Press, 2005. P. 468 ; *Shaw M. N. International Law*. Cambridge University Press, 2008. Pp. 1329—1330 ; *Schermers H. G., Blokker N. M. International Institutional Law: Unity within Diversity*. Martinus Nijhoff Publishers, 2018. Pp. 1103—1104.

изменяющего Договор о Евратоме/ЕСАЭ к ЛД; ст. 50 ДЭС).

Установление в учредительных актах организаций более длительного срока после уведомления для вступления выхода из организации в силу свидетельствует о еще больших полномочиях, ранее переданных государствами международным организациям³².

Выход члена из состава организации может влечь за собой пересмотр бюджета, изменение или отмену некоторых проектов организации. Поэтому наличие определенного периода времени между уведомлением и фактическим выходом может быть целесообразно прежде всего для самой организации, у которой, конечно, должно быть время на адаптацию к этим изменениям. Кроме того, другие члены организации могут также быть вынуждены пересмотреть свои отношения с выбывающим членом, который в результате своего выхода может быть освобожден от исполнения некоторых обязательств, взятых им на себя в связи с членством в организации.

Выход государства из организации иногда не освобождает его от выполнения таких обязательств. Обычно это финансовые обязательства членом перед своей организацией (например, п. D ст. XV Устава ИРЕНА; п. А ст. 8 Устава ОПЕК; ст. 7 Устава ФСЭГ). В ряде случаев требуется выполнение обязательств иных, кроме финансовых, при прекращении членства в организации (например, п. Е ст. XVIII Устава МАГАТЭ).

Более того, наличие определенного времени между уведомлением и фактическим выходом может служить «периодом обдумывания», в течение которого конкретный член может пересмотреть свое решение о выходе и, возможно, отказаться от него³³.

Наконец, еще один способ прекращения членства в организации — *(принудительное) прекращение членства со стороны организации*. Учредительные документы рассматриваемых организаций в сфере энергетики прямо не предусматривают такую возможность.

Однако, как представляется, в исключительном случае организации могут прекращать членство и в отсутствие соответствующих положений

в их учредительных документах. В обоснование такого исключения можно привести следующий аргумент. Венские конвенции по праву международных договоров 1969 и 1989 гг. (п. 2 ст. 60) предусматривают, что существенное нарушение многостороннего договора одним из его участников дает право другим участникам — по соглашению, достигнутому единогласно, — приостановить действие договора или прекратить его в отношениях между собой и государством, нарушившим договор. Под существенным нарушением договора следует понимать нарушение положения, имеющего существенное значение для осуществления объекта и целей договора. Типичным примером такого нарушения может служить невыполнение или ненадлежащее выполнение конкретных договорных положений³⁴.

Так, например, если член организации не принимает никакого участия в ее работе, когда при этом требуется участие всех членов, это может служить формально-юридическим основанием для организации прекратить членство ввиду существенного нарушения договора в соответствии с вышеназванной статьей Венской конвенции.

От прекращения членства необходимо отличать приостановление членства и приостановление права голоса, с которыми приходится часто сталкиваться на практике. Приостановление членства и приостановление права голоса возможны в качестве санкции за нарушение членами их обязательств, вытекающих из членства в организации. Названные меры санкционного характера носят временный характер, осуществляются на определенный срок и подлежат немедленному прекращению, как только ответственный член возобновляет исполнение своих обязательств.

Возможность *приостановления права голоса* предусматривается в случаях невыполнения членом финансовых обязательств перед организацией (п. 8 ст. 36 ДЭХ; п. А ст. XVII Устава ИРЕНА; п. А ст. XIX Устава МАГАТЭ; п. 1 ст. 92 Договора, учреждающего ЭС).

В случае постоянного и серьезного нарушения членских обязательств (любых, а не только

³² См.: *Sarooshi D.* International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers. Oxford University Press, 2005. P. 56.

³³ См.: *Magliveras K. D.* Membership in International Organizations // Research Handbook on the Law of International Organizations / J. Klabbers, A. Wallendahl (eds.). Edward Elgar Publishing, 2011. P. 100.

³⁴ См.: *Villiger M. E.* Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. Leiden — Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2009. P. 742.

финансовых) возможно *приостановление прав членства в организации*. Последнее, в отличие от приостановления права голоса, исключает возможность не только голосования в органах организации, но и пользования правами и привилегиями членства в целом.

Возможность приостановления привилегий и права членства предусмотрена в ИРЕНА и МАГАТЭ за постоянное нарушение положений их уставов или любого иного договора, заключенного членами согласно уставам (п. В ст. XVII Устава ИРЕНА; п. А ст. XIX Устава МАГАТЭ), в ЭС — за серьезное и непрерывное нарушение стороной своих обязательств по Договору об учреждении ЭС (п. 1 ст. 92 Договора), в Евратоме/ЕСАЭ — за серьезное и устойчивое нарушение каким-либо государством-членом ценностей, закрепленных в ДЕС (уважения человеческого достоинства, свободы, демократии, равенства, правового государства и соблюдения прав человека, включая права лиц, принадлежащих к меньшинствам) (п. 2 и 3 ст. 7 Договора о ЕС).

Важно особо заметить, что приостановление относится только к приостановлению *прав членства*. Обязательства приостановленного члена продолжают действовать в полном объеме. Действительно, было бы парадоксальным, если бы это было не так, поскольку цель приостановления — побудить члена выполнять свои обязательства³⁵.

Привилегии и права членства в организациях в сфере энергетики могут приостанавливаться и в случаях, прямо не предусмотренных в учредительных актах этих организаций. Здесь, как представляется, также следует руководствоваться правилом, получившим закрепление в Венских конвенциях по праву международных договоров 1969 и 1986 гг. (п. 2 ст. 60).

Публичные международные организации в сфере энергетики имеют, как правило, три органа.

Во-первых, в большинстве публичных международных организаций в сфере энергетики имеется высший орган, в котором представлены все государства. Используются самые различные названия для обозначения такого органа: *ассамблея* (ИРЕНА), *конференция* (в ОПЕК — Конференция; в МАГАТЭ — Гене-

ральная конференция), *встречи* (Министерская встреча — в ФСЭГ, консультативные встречи в ОПЕК и ФСЭГ). В закрытых организациях соответствующий орган именуется *совет* (в ЭС — Министерский совет; в МЭА — Управляющий совет (Governing Board)); в ОПЕК — Совет управляющих; в ФСЭГ — Исполнительный совет; в Евратоме/ЕСАЭ — Европейский совет, Совет ЕС), *комиссия* (в Евратоме/ЕСАЭ — Европейская комиссия), *правление* (в МЭА — Правление; в ЭС — Правление по регулированию), *группа* (в ЭС — Постоянная группа высокого уровня, в МЭА — Постоянные группы), *форум* (в ЭС — Форумы). Все эти наименования органа могут быть объединены в общее родовое понятие «*пленарный орган*». В некоторых организациях в сфере энергетики пленарные органы как таковые вовсе отсутствуют (в КЭХ и ЭЭС СНГ). В этих организациях функции пленарного органа выполняют организации в целом.

Приведенный список пленарных органов иллюстрирует, что в целом ряде публичных международных организаций в сфере энергетики имеется более чем один пленарный орган (в ОПЕК и ФСЭГ — 2, в МЭА, Евратом/ЕСАЭ — 3, в ЭС — 4). В таких организациях один из пленарных органов выполняет роль вышестоящего пленарного органа, в то время как остальные играют роль подчиненную и вспомогательную. Необходимость наличия нескольких пленарных органов объясняется тем, что не всегда вышестоящий пленарный орган может быть в состоянии собираться так часто, как того требует работа организации, поскольку в состав такого пленарного органа, как правило, включаются высокопоставленные лица государства-члена. Создание же нижестоящих пленарных органов, в состав которых включаются представители государств более низкого ранга, позволяет обеспечивать работу организации на постоянной основе. Например, в Евратоме/ЕСАЭ, в котором имеется высший пленарный орган, состоящий из глав государств или правительств (Европейский совет) (п. 2 ст. 15 ДЕС), имеется и второй пленарный орган, состоящий из представителей каждого члена на министерском уровне, — Совет (п. 2 ст. 16 ДЕС).

В состав пленарных органов входят представители каждого члена организации³⁶. В состав

³⁵ См.: Higgins R., Webb P., Akande D., Sivakumaran S., Sloan J. Op. cit. P. 283 (para. 8.32).

³⁶ Пункт В ст. 11, п. В ст. 17 Устава ОПЕК; п. В ст. 9, п. В ст. 15 Устава ФСЭГ; п. 2 ст. 15, п. 2 ст. 16 ДЕС, п. 5 ст. 17 ДЭС; п. В ст. V Устава МАГАТЭ; п. С ст. IX Устава ИРЕНА; ст. 48, 54 и 59 Договора, учреждающего ЭС; п. 1 ст. 50, п. 1 ст. 53, п. 1 ст. 54 Соглашения по МЭП.

делегаций государств в некоторых организациях (например, ИРЕНА, МАГАТЭ) могут включаться не только представители государств, но и их консультанты и эксперты по конкретным вопросам повестки дня заседаний. Возможно формирование пленарного органа из представителей *граждан, избираемых* (а не назначаемых) непосредственно населением государств-членов на определенный срок. Так, в Евратоме/ЕСАЭ пленарный орган (Европейский парламент) состоит из представителей граждан государств — членов ЕС (п. 2 и «3» ст. 14 ДЕС).

Пленарные органы (вышестоящие или единственные) обсуждают любые вопросы в рамках своих учредительных актов или любые вопросы, относящиеся к полномочиям и функциям любого органа, предусмотренного учредительными актами³⁷; формулируют общую политику организации и определяют пути и средства ее проведения³⁸; решают вопрос о приеме в члены организации³⁹; утверждают бюджет организации⁴⁰; утверждают поправки в учредительные акты⁴¹. Указанные органы можно считать *директивными* (decision-making organs/bodies), поскольку они определяют общую политику организаций, принимают наиболее важные решения в рамках организаций.

Нижестоящие пленарные органы выполняют функции, вверенные им вышестоящим пленарным органом⁴². Их еще называют *исполнительными органами* (executive organs/bodies)⁴³. В функции таких пленарных органов входят прежде всего проведение подготовительных действий для эффективной работы пленарного органа, по отношению к которому

они выполняют подчиненную роль (в частности, подготовка повестки дня вышестоящих пленарных органов⁴⁴; разработка проекта бюджета организации и представление его для одобрения вышестоящего пленарного органа⁴⁵). Кроме того, такие пленарные органы осуществляют контроль за реализацией решений и мер, принятых (вышестоящими) пленарными органами⁴⁶, руководство и контроль за работой административно-технических органов (последние подотчетны пленарным органам)⁴⁷.

Пленарные органы публичных организаций в сфере энергетики могут быть *консультативными* (advisory organs/institutions). В отличие от других пленарных органов, они не обладают директивными полномочиями, создаются только для дачи консультаций. Такие органы обладают полным объемом полномочий, однако только в конкретных сферах деятельности организации. Например, в ЭС имеются Форум по электричеству, Газовый форум и Нефтяной форум (ст. 66 Договора, учреждающего ЭС). В МЭА функционируют следующие постоянные группы: Постоянная группа по чрезвычайным вопросам; Постоянная группа по рынку нефти; Постоянная группа по долгосрочному сотрудничеству; Постоянная группа по отношениям со странами-производителями и иными странами-потребителями (ст. 55—58 Соглашения по МЭП).

Пленарные органы (вышестоящие или единственные) работают не на постоянной основе, они собираются с определенной периодичностью (раз в год в ФСЭГ, МАГАТЭ, ИРЕНА; МЭА; ЭС)⁴⁸; два раза в полугодие в Евратоме/ЕСАЭ⁴⁹; два раза в год в ОПЕК⁵⁰; ЭЭС СНГ⁵¹. В КЭХ перио-

³⁷ Подпункт 2 п. А ст. IX Устава ИРЕНА; п. D ст. V Устава МАГАТЭ; ст. 51 Соглашения по МЭП.

³⁸ Пункт 1 ст. 15 ДЕС; ст. 68 ДФЕС; п. 1 ст. 15 Устава ОПЕК; п. 1 ст. 13 Устава ФСЭГ.

³⁹ Подпункт 2 п. Е ст. V Устава МАГАТЭ; п. H ст. IX Устава ИРЕНА; п. 1 ст. 71 Соглашения по МЭП; п. 2 ст. 15 Устава ОПЕК; п. 3 ст. 13 Устава ФСЭГ; пп. «j» п. 3 ст. 34 ДЭХ.

⁴⁰ Подпункт 5 п. Е ст. V Устава МАГАТЭ; пп. 2 п. G ст. IX Устава ИРЕНА; п. 6 ст. 15 Устава ОПЕК; п. 7 ст. 13 Устава ФСЭГ; п. 3 ст. 64 Соглашения по МЭП; ст. 74 Договора, учреждающего ЭС; пп. «e» п. 3 ст. 34 ДЭХ.

⁴¹ Подпункт 4 п. G ст. IX Устава ИРЕНА; пп. 9 п. Е ст. V Устава МАГАТЭ; п. 9 ст. 15 Устава ОПЕК; п. 7 ст. 13 Устава ФСЭГ; пп. 1 п. 3 ст. 34 ДЭХ; п. «i» ст. 100 Договора, учреждающего ЭС.

⁴² Пункт 2 ст. 53 Соглашения по МЭП; п. «d» ст. 53 Договора, учреждающего ЭС; п. 1 ст. 17 ДЕС.

⁴³ Например, в ОПЕК и ФСЭГ исполнительные функции возложены на их административно-технические органы (секретариаты) (ст. 25 Устава ОПЕК, ст. 23 Устава ФСЭГ).

⁴⁴ Пункт 9 ст. 20 Устава ОПЕК; п. 8 ст. 18 Устава ФСЭГ.

⁴⁵ Пункт 4 ст. 20 Устава ОПЕК; п. 8 ст. 18 Устава ФСЭГ.

⁴⁶ Пункт 1 ст. 17 ДЕС; п. 1 ст. 20 Устава ОПЕК; п. 1 ст. 18 Устава ФСЭГ.

⁴⁷ Статья 25 Устава ОПЕК; ст. 23 Устава ФСЭГ; п. 1 и 2 ст. 59 Соглашения по МЭП; ст. 69 и 75 Договора, учреждающего ЭС.

⁴⁸ Статья 11 Устава ФСЭГ; п. А ст. V Устава МАГАТЭ; п. В ст. IX Устава ИРЕНА; п. 1 разд. IV Правил процедур Министерского совета ЭС.

дичность определяется ею самой⁵². На практике очередные сессии КЭХ проводятся раз в год⁵³.

Нижестоящие пленарные органы собираются чаще. Например, в Евратоме/ЕСАЭ Комиссия, как правило, заседает не менее одного раза в неделю⁵⁴, в ЭС Постоянная группа высокого уровня собирается не менее одного раза каждые 4 месяца (на практике 4 раза в год)⁵⁵, а Правление по регулированию — в основном 4 раза в год⁵⁶.

Что касается процедур принятия решений в пленарных органах, то они также отличаются. В большинстве случаев требуется проведение голосования, в редких случаях решения принимаются без голосования — консенсусом. В свою очередь, применяются два вида установленного большинства голосов: простое и квалифицированное большинство голосов членов. Процедуры принятия решений разнятся в зависимости от категории вопросов.

Как правило, решения по наиболее важным вопросам (вопросам существования) принимаются в одних организациях (ОПЕК, ФСЭГ, ЭС, КЭХ, МЭА)⁵⁷ единогласно всеми членами, в других организациях (ИРЕНА, Евратом/ЕСАЭ)⁵⁸ — путем консенсуса, в третьих (МАГАТЭ)⁵⁹ — квалифицированным большинством (2/3) голосов членов (присутствующих и голосующих). В ЭЭС СНГ не установлены какие-либо различия между категориями вопросов для целей применения

процедур голосования и принятия решений по ним. Все решения в ЭЭС СНГ принимаются *простым большинством голосов* от присутствующих на заседании членов⁶⁰.

Решения по иным вопросам (вопросам процедуры) в Евратоме/ЕСАЭ, ИРЕНА, ЭС⁶¹ могут приниматься квалифицированным большинством членов, в МАГАТЭ и ЭС⁶² — простым большинством присутствующих и участвующих в голосовании членов, в КЭХ⁶³ — на основе консенсуса.

В практике почти всех публичных международных организаций в сфере энергетики при принятии решений используется принцип «одно государство — один голос». Исключением является МЭА, где применяется принцип взвешенного голосования, в соответствии с которым количество голосов определяется исходя из объемов потребляемой государствами — членами организации нефти. Так, решения по процедурным вопросам и рекомендации в МЭА принимаются большинством голосов (пп. «а» п. 1 ст. 61 Соглашения по МЭП). Большинство предполагает «комбинированные» голоса членов (voting weights) (совокупность «базовых голосов» и «голосов за нефтепотребление»). «Базовые голоса» — это 3 голоса на делегацию от одной страны — члена МЭА. «Голоса за нефтепотребление» рассчитаны исходя из объемов потребляемой нефти. На первом месте

⁴⁹ Пункт 3 ст. 15 ДЕС.

⁵⁰ Статья 12 Устава ОПЕК.

⁵¹ Статья 4 Соглашения о координации межгосударственных отношений в области электроэнергетики СНГ.

⁵² Пункт «а» Правила 1 Правил процедуры КЭХ 2015 г.

⁵³ URL: <https://www.energycharter.org/who-we-are/energy-charter-conference/meetings/29th-meeting-of-the-energy-charter-conference/> (дата обращения: 12.01.2020).

⁵⁴ Статья 5 Правил процедур Комиссии // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000Q3614&from=EN> (дата обращения: 12.01.2020).

⁵⁵ URL: <https://www.energy-community.org/aboutus/institutions/PHLG.html> (дата обращения: 12.01.2020). Также см.: п. 1 разд. IV Правил процедуры Постоянной группы высокого уровня // URL: https://energy-community.org/dam/jcr:153a7a5e-3105-4bad-aaeb-6e9b8d006030/PHLG102015_Internal_RoP.PDF (дата обращения: 12.01.2020).

⁵⁶ Пункт 5.5 ст. 5 Правил процедуры Правления по регулированию // URL: https://www.energy-community.org/dam/jcr:02ae8518-cbea-42f1-84cc-cf0a7b73b4a4/ECRB%20Internal%20Rules_%20April%202019_approved.pdf (дата обращения: 12.01.2020).

⁵⁷ Пункт С ст. 11 Устава ОПЕК; п. D ст. 9 Устава ФСЭГ; ст. 85 и 88 Договора, учреждающего ЭС; п. 1 ст. 36 ДЭХ; пп. «b» п. 1 ст. 61 Соглашения по МЭП.

⁵⁸ Пункт 4 ст. 15 ДЕС; п. F ст. IX Устава ИРЕНА.

⁵⁹ Пункт С ст. V Устава МАГАТЭ.

⁶⁰ Пункт 5.6 Положения об ЭЭС СНГ.

⁶¹ Пункт 5 ст. 15 ДЕС; п. 1 ст. IX Устава ИРЕНА; ст. 83 Договора, учреждающего ЭС.

⁶² Пункт С ст. V Устава МАГАТЭ; ст. 81 и 88 Договора, учреждающего ЭС.

⁶³ Пункт 1 ст. 36 ДЭХ.

по числу «голосов за нефтепотребление» (по состоянию на 17 февраля 2018 г.) — США (42), на втором — Япония (14), на третьем — ФРГ (7), поскольку они являются крупнейшими потребителями нефти (ст. 62 Соглашения по МЭП).

В некоторых нижестоящих пленарных органах применяется более мягкий подход к принятию решений (по сравнению с порядком принятия решений в вышестоящем пленарном органе). Например, в ФСЭГ и ОПЕК для принятия решений Советом управляющих и Исполнительным советом требуется лишь простое большинство голосов присутствующих членов, а не единогласие (п. D ст. 17 Устава ОПЕК; п. D ст. 15 Устава ФСЭГ).

Важно здесь заметить, что решения не всех пленарных органов в публичных организациях в сфере энергетики обязательны для всех их членов. Так, в МЭА⁶⁴ решения Управляющего совета могут быть обязательными только для одной или нескольких участвующих стран, в ЭС⁶⁵ решения являются полностью юридически обязательными лишь для тех, кому они адресованы. Например, резолюции, принятые Конференцией ОПЕК, и решения ЭЭС не обязательны для государств-членов, которые не согласились с ними⁶⁶.

В публичных международных организациях в сфере энергетики текущая работа в период между сессиями их пленарного органа может вестись также в непленарных органах. Последние именуются *советом* (в МАГАТЭ — Совет управляющих (Board of Governors), в ИРЕНА — Совет).

В публичных международных организациях в сфере энергетики, в которых отсутствует многоуровневая иерархическая структура пленарных органов, функции, выполняемые не-

пленарными органами, сходны с функциями, выполняемыми нижестоящими пленарными органами в вышерассмотренных организациях⁶⁷. Иными словами, эти органы могут выполнять функции *исполнительных органов*.

В отличие от главных пленарных органов, заседания непленарных органов (как и заседания нижестоящих пленарных органов) также созываются и проводятся на более частой основе. Они могут проводиться каждые полгода (в ИРЕНА, п. В ст. X Устава ИРЕНА)⁶⁸. Однако не всегда в учредительном акте либо в правилах процедур организации определяется срок созыва непленарного органа. Например, в МАГАТЭ его определение оставлено на усмотрение самого непленарного органа (п. G ст. VII Устава МАГАТЭ), на практике он собирается 5 раз в год⁶⁹.

Непленарные органы обычно формируются из ограниченного числа членов организаций. Не все члены организации представлены в них. Так, в Совет ИРЕНА могут входить от 11 до 21 представителя членов организации, причем число членов должно соответствовать округленному числу, эквивалентному 1/3 членов ИРЕНА (п. А ст. X Устава ИРЕНА). В настоящее время в составе Совета ИРЕНА представлено 21 государство (общее число членов — 171)⁷⁰. В Совет управляющих МАГАТЭ входят 35 членов (общее число членов организации — 161) (п. А ст. VI Устава МАГАТЭ)⁷¹.

Непленарные органы организаций обычно формируются их пленарными органами. Так, выбор Совета ИРЕНА осуществляется его Ассамблеей (п. А ст. X Устава ИРЕНА). В МАГАТЭ 13 членов Совета управляющих, наиболее развитых в области технологии атомной энергии, включая производство исходных материалов, назначаются самим Советом, а 22 члена изби-

⁶⁴ Пункт 2 ст. 61 Соглашения по МЭП.

⁶⁵ Статья 76 Соглашения, учреждающего ЭС.

⁶⁶ Пункт С ст. 11 Устава ОПЕК; п. 5.6 Положения об ЭЭС СНГ.

⁶⁷ Подпункты 2 и 3 п. F ст. X, п. С ст. XI Устава ИРЕНА; п. F ст. VI, п. В ст. VII Устава МАГАТЭ.

⁶⁸ URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000Q3614&from=EN> (дата обращения: 12.01.2020).

⁶⁹ URL: <https://www.iaea.org/about/governance/board-of-governors> (дата обращения: 12.01.2020).

⁷⁰ URL: <https://www.irena.org/irenamembership> (дата обращения: 12.01.2020); URL: <https://www.irena.org/institutionalstructure> (дата обращения: 12.01.2020).

⁷¹ URL: <https://www.iaea.org/about/governance/board-of-governors> (дата обращения: 12.01.2020); URL: <https://www.iaea.org/ru/o-nas/spisok-gosudarstv-chlenov> (дата обращения: 12.01.2020).

Поправка к ст. VI Устава, принятая 1 октября 1999 г. (еще не вступила в силу), предусматривает увеличение числа членов до 43 (18 членов будут назначаться, 25 будут выбираться) (см.: URL: https://www.legacy.iaea.org/About/Policy/GC/GC43/GC43Resolutions/Russian/gc43res-19_ru.pdf (дата обращения: 12.01.2020)).

раются Генеральной конференцией с учетом справедливого географического представительства в Совете в целом членом (п. А ст. VI Устава МАГАТЭ). Необходимость учета требования справедливого географического распределения предусмотрена также в ИРЕНА (п. А ст. X Устава ИРЕНА) и Евратоме/ЕСАЭ (п. 5 ст. 17 ДЕС).

Состав непленарных органов формируется на определенный срок. Так, в ИРЕНА члены Совета выбираются сроком на 2 года (п. А ст. X Устава ИРЕНА), в МАГАТЭ избранные члены Совета управляющих занимают должность со времени закрытия очередной ежегодной сессии Генеральной конференции, на которой они избраны, до конца второй после этого очередной ежегодной сессии Генеральной конференции (п. D ст. VI Устава МАГАТЭ), в то время как назначенные члены — до конца следующей очередной ежегодной сессии Генеральной конференции (п. D ст. VI Устава МАГАТЭ).

Решения по вопросам существа в Совете ИРЕНА принимаются квалифицированным большинством в 2/3 от числа членом Совета, а по процессуальным вопросам — простым большинством голосов их членом (п. D ст. X Устава ИРЕНА). Аналогичный порядок принятия решений существует и в рамках МАГАТЭ, только учету подлежат голоса присутствующих и участвующих в голосовании членом Совета управляющих (п. E ст. VI Устава МАГАТЭ).

Непленарные органы организаций несут ответственность перед их пленарным органом. Так, в МАГАТЭ Совет управляющих несет ответственность перед Генеральной конференцией (п. F ст. VI Устава МАГАТЭ), в ИРЕНА Совет несет ответственность перед Ассамблеей (п. E ст. X Устава ИРЕНА).

В некоторых организациях (КЭХ и ЭЭС СНГ), в которых отсутствует непленарный орган, а функции пленарного органа выполняются самими организациями, для обеспечения выполнения функций этих организаций создаются специальные группы на постоянной и временной основе (Правило 9 Правил процедур КЭХ; Положение о Рабочих группах, создаваемых

ЭЭС СНГ). В ЭЭС СНГ эти группы называются рабочими, в то время как в КЭХ рабочие группы являются только временными, и только группы, работающие на регулярной основе, называются постоянными (Standing Groups)⁷².

Наконец, во всех публичных международных организациях в сфере энергетики имеются свои постоянно действующие административно-технические органы. Именуются они *секретариатами* (МАГАТЭ, ОПЕК, ФСЭГ, ИРЕНА, КЭХ, МЭА, ЭС, Евратом/ЕСАЭ). Исключением является ЭЭС СНГ, в котором такой орган называется *Исполнительным комитетом*. В Евратоме/ЕСАЭ отсутствует общий секретариат для организации в целом. Общие секретариаты, однако, имеются у его пленарных органов (Европейского совета, Совета ЕС, Комиссии). Причем Общий секретариат Совета является таковым и для Европейского совета, и для Совета ЕС (п. 1 ст. 13 Правил процедур Европейского совета)⁷³.

Административно-технические органы публичных организаций в сфере энергетики состоят из международных гражданских служащих, постоянно работающих в конкретных организациях. Они не представляют государства-члены и при исполнении своих обязанностей не должны добиваться или получать инструкции от каких-либо правительств или от иных органов власти вне рамок организации. Они должны воздерживаться от любых действий, которые могут сказаться на их статусе международных должностных лиц. Они должны исполнять свои обязанности с единственной целью учета интересов организации (ст. 31 Устава ОПЕК; ст. 29 Устава ФСЭГ; п. F ст. XI Устава ИРЕНА; п. F ст. VII Устава МАГАТЭ; ст. 70 Договора, учреждающего ЭС; п. 52 Устава Исполнительного комитета ЭЭС СНГ).

Во главе административно-технических органов стоит высшее должностное лицо организаций. В различных публичных международных организациях в сфере энергетики оно называется по-разному: *Генеральный секретарь* — в Евратоме/ЕСАЭ, ОПЕК, ФСЭГ, КЭХ; *директор* (в МАГАТЭ и ИРЕНА — Генеральный директор,

⁷² В настоящее время в ЭЭС функционируют Рабочая группа по экологии, энергоэффективности и ВИЭ и Рабочая группа «Формирование и развитие общего электроэнергетического рынка государств — участников СНГ» (см.: Рабочие органы ЭЭС СНГ // URL: <http://energo-cis.ru/rumain4/> (дата обращения: 12.01.2020)). В КЭХ действуют Группа по модернизации, Группа по имплементации, Рабочая группа по вопросам управления (см.: URL: <https://www.energycharter.org/who-we-are/subsidiary-bodies/overview/> (дата обращения: 12.01.2020)).

⁷³ Rules of Procedure of the European Council // URL: https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/rules_of_procedure_of_the_council_en.pdf (дата обращения: 12.01.2020).

в МЭА — Исполнительный директор, ЭС — директор); *председатель* (ЭЭС СНГ).

Главное административное должностное лицо назначается обычно высшим пленарным органом организации. Так, в ОПЕК оно назначается Конференцией (п. А ст. 28 Устава ОПЕК), в ФСЭГ — Министерской встречей (п. А ст. 26 Устава ФСЭГ), в МЭА — Управляющим советом (п. «b» ст. 7 Решения, учреждающего МЭА), в ЭС — Министерским советом (ст. 69 Договора, учреждающего ЭС), в ИРЕНА — Ассамблеей (п. В ст. XI Устава ИРЕНА). В организациях, в которых функции пленарного органа выполняют сами организации, главное административное должностное лицо назначают они же (в КЭХ — сама КЭХ (п. 2 ст. 35 ДЭХ), в ЭЭС — сам ЭЭС (п. 6.3 Положения об ЭЭС СНГ)). В МАГАТЭ главное административное должностное лицо назначается его непленарным органом — Советом управляющих (п. А ст. VII Устава МАГАТЭ). В Евратоме/ЕСАЭ такое лицо назначает сам пленарный орган (п. 1 ст. 23 Правил процедур Совета ЕС).

Высшее административное должностное лицо в публичных международных организациях в сфере энергетики не несет ответственности перед членами этих организаций. Предусмотрена ответственность и подотчетность такого лица либо перед организацией в целом (в ЭЭС СНГ и КЭХ)⁷⁴, либо перед всеми органами конкретной

организации (в МЭА)⁷⁵, либо перед непленарным органом (в МАГАТЭ)⁷⁶, либо перед нижестоящим пленарным органом (в ОПЕК и ФСЭГ)⁷⁷, либо перед вышестоящим пленарным органом (в ЭС)⁷⁸, либо перед пленарным и непленарным органом одновременно (в ИРЕНА)⁷⁹.

Для эффективного осуществления административно-техническим органом своих функций ему необходим персонал (штат). В публичных международных организациях в сфере энергетики ответственность за формирование соответствующего штата международных гражданских служащих (должностных лиц) лежит на главном административном должностном лице этих организаций.

При назначении персонала должное внимание уделяется главным образом компетентности (ИРЕНА, МАГАТЭ, МЭА, ЭС, ЭЭС СНГ, КЭХ)⁸⁰, равно как и принципу равного географического распределения (ИРЕНА, ОПЕК, МАГАТЭ, Евратом/ЕСАЭ, ЭС, КЭХ)⁸¹. В некоторых случаях акцентируется внимание и на других требованиях, подлежащих учету при назначении персонала. Речь идет об обеспечении гендерного баланса (ИРЕНА, МЭА)⁸² и трудоспособности членов (ИРЕНА, МАГАТЭ, МЭА)⁸³. Кроме того, учредительные акты некоторых публичных международных организаций в сфере энергетики (ИРЕНА, МАГАТЭ) содержат требование к численному составу персонала их администра-

⁷⁴ Пункт «b» ст. 35 ДЭХ; ст. 5 Соглашения о координации межгосударственных отношений в области электроэнергетики ЭЭС СНГ.

⁷⁵ Пункт 3 ст. 59 Соглашения по МЭП.

⁷⁶ Пункт В ст. VII Устава МАГАТЭ.

⁷⁷ Пункт D ст. 28 Устава ОПЕК; п. D ст. 26 Устава ФСЭГ.

⁷⁸ Статья 75 Договора, учреждающего ЭС.

⁷⁹ Пункт С ст. XI Устава ИРЕНА.

⁸⁰ Пункт С ст. XI Устава ИРЕНА; п. D ст. VII Устава МАГАТЭ; п. «а» Положения 7 Положений, правил и инструкций о персонале, применимых к должностным лицам ОЭСР // URL: https://www.oecd.org/careers/Staff_Rules_EN.pdf (дата обращения: 12.01.2020); п. 25 Правил найма, условий труда и географического баланса персонала (штата) Секретариата ЭС // URL: https://www.energy-community.org/dam/jcr:40827ebc-b6d5-45e2-a695-258a09d99b9d/Rules_recruitment_2016.pdf (дата обращения: 12.01.2020); п. 50 Устава ИК ЭЭС СНГ; п. «а» Положения о персонале КЭХ // URL: https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/201_80809-_Rules_-_Staff_Manual.pdf (дата обращения: 12.01.2020).

⁸¹ Пункт С ст. XI Устава ИРЕНА; п. В ст. 30 Устава ОПЕК; п. D ст. VII Устава МАГАТЭ; преамбула Положения о штате (персонале) должностных лиц и условия труда иных служащих ЭЭС и ЕСАЭ // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A01962R0031-20140501> (дата обращения: 12.01.2020); Правила найма, условий труда и географического баланса персонала (штата) Секретариата ЭС; п. «b» Положения о персонале КЭХ.

⁸² Пункт С ст. XI Устава ИРЕНА; п. «b» Положения 7 Положений, правил и инструкций о персонале, применимых к должностным лицам ОЭСР.

⁸³ Пункт «с» Положения 7 Положений, правил и инструкций о персонале, применимых к должностным лицам ОЭСР; п. D ст. VII Устава МАГАТЭ; п. «с» ст. XI Устава ИРЕНА.

тивно-технических органов, который должен быть минимальным⁸⁴.

В большинстве публичных международных организаций в сфере энергетики персонал формируется административно-техническим органом самостоятельно путем прямого найма согласно штатному расписанию. В редких случаях предусматривается порядок назначения персонала по представлению правительств членов. Такой порядок назначения может практиковаться, например, в ОПЕК и ФСЭГ⁸⁵. Детальные правила о порядке назначения персонала административно-технических органов содержатся в положениях и/или правилах о персонале (staff regulations / staff rules) соответствующих организаций⁸⁶.

Среди основных функций административно-технических органов можно назвать следующие: осуществление административной и технической поддержки деятельности органов⁸⁷; составление протоколов заседаний органов⁸⁸; перевод документов органов и речей, произносимых на заседаниях органов; подготовка и представление органам отчетов и докладов⁸⁹;

информирование членов о проводимой в организации работе⁹⁰; контроль и анализ хода выполнения членами своих обязательств в рамках организации⁹¹; подготовка проекта бюджета⁹²; обеспечение исполнения бюджета⁹³; выполнение иных функций⁹⁴. Таким образом, эти органы могут выполнять не только чисто технические, но и исполнительные функции.

Для обеспечения независимого функционирования международных организаций необходимо предоставление им иммунитетов и привилегий⁹⁵. Иными словами, *raison d'être* привилегий и иммунитетов международных организаций — это их функциональная необходимость. Часто особо акцентируется внимание на том, что привилегии и иммунитеты предоставляются именно для независимого осуществления международными организациями их функций, а не для личной выгоды отдельных лиц. В этом отношении исключением не являются и публичные организации в сфере энергетики⁹⁶.

Теория функциональной необходимости объясняет не только *raison d'être* предоставле-

⁸⁴ Пункт С ст. VII Устава МАГАТЭ; п. С ст. XI Устава ИРЕНА.

⁸⁵ Пункт В ст. 28 Устава ФСЭГ; п. В ст. 30 Устава ОПЕК.

⁸⁶ Положение о персонале МАГАТЭ 2002 г. // URL: <https://www.iaea.org/sites/default/files/publications/documents/infcircs/2002/infcirc612.pdf> (дата обращения: 12.01.2020); Правила о персонале ИРЕНА 2012 г. // URL: https://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/About-IRENA/Assembly/Second-Assembly/Staff_Rules_A_2_11.pdf (дата обращения: 12.01.2020); Положения о персонале КЭХ 1996 г., Правила о персонале КЭХ 1997 г.; Положения, правила и инструкции о персонале, применимые к должностным лицам ОЭСР 2020 г.; Положения о персонале ЭС 2007 г. // URL: https://www.energy-community.org/dam/jcr:cc5c53fa-2e7e-4e01-a562-db5eb812c07c/Staff_regulations.pdf (дата обращения: 12.01.2020); Правила найма, условий труда и географического баланса персонала (штата) Секретариата ЭС 2006 г.; Положения о штате (персонале) должностных лиц и условия труда иных служащих ЕЭС и ЕСАЭ 2014 г.

⁸⁷ Подпункт 4 п. Е ст. XI Устава ИРЕНА; п. «а» ст. 67 Договора, учреждающего ЭС.

⁸⁸ Правило 10 Временных правил процедур МАГАТЭ; ст. 8 Правил процедур Европейского совета и Совета.

⁸⁹ Пункт «b» ст. 67 Договора, учреждающего ЭС; п. 3 ст. 59 Соглашения по МЭП; п. 42 Устава ИК ЭЭС СНГ; п. 3 ст. 27, п. 3 ст. 29 Устава ОПЕК.

⁹⁰ Подпункт 5 п. Е ст. XI Устава ИРЕНА; п. 4 ст. 29 Устава ОПЕК; п. 5 ст. 27 Устава ФСЭГ.

⁹¹ Пункт «b» ст. 67 Договора, учреждающего ЭС; п. 32 Устава ИК ЭЭС СНГ.

⁹² Подпункт 1 п. Е ст. XI Устава ИРЕНА.

⁹³ Пункт 1 ст. 27 Устава ФСЭГ.

⁹⁴ Правило 10 Временных правил процедур МАГАТЭ; п. 5 ст. 29 Устава ОПЕК; п. 6 ст. 27 Устава ФСЭГ; п. 4 ст. 25 ДЭХ; п. «d» ст. 67 Договора, учреждающего ЭС; ст. 60 Соглашения по МЭП.

⁹⁵ В доктрине международного права различие между привилегиями и иммунитетами видится в том, что иммунитет — это изъятие лиц из правоприменительной (процессуальной) юрисдикции государства. Следовательно, иммунитет не предполагает изъятия из предписывающей (материальной) юрисдикции государства. Иными словами, к конкретной организации и лицу право применимо, но неприменим обычный порядок принудительного правоприменения. При этом принудительный порядок правоприменения возможен в случае отказа от иммунитета. Привилегия же — изъятие из сферы обычного применения права (см.: *Higgins R., Webb P., Akande D., Sivakumaran S., Sloan J.* Op. cit. P. 558 (para. 16.19)).

⁹⁶ Статья 21, п. 1 ст. 25 Соглашения между Австрийской Республикой и ОПЕК о штаб-квартире ОПЕК от 18 февраля 1974 г.; разд. 36, п. «b» разд. 43 Соглашения между МАГАТЭ и Австрийской Республикой

ния привилегий и иммунитетов международным организациям. Она также помогает определить объем привилегий и иммунитетов, круг лиц, в отношении которых они применимы, а также обстоятельства, при которых организации должны отказываться от иммунитета⁹⁷.

Детальные положения о привилегиях и об иммунитетах публичных международных организаций в сфере энергетики чаще всего включаются в соглашения о штаб-квартире организаций⁹⁸. В отдельных случаях также заключаются специальные соглашения о привилегиях и об иммунитетах соответствующих организаций⁹⁹.

Можно выделить следующие типичные привилегии и иммунитеты, которыми пользуются публичные организации в сфере энергетики:

- 1) иммунитет от юрисдикции государства;
- 2) неприкосновенность помещений и архивов организации;
- 3) привилегии, касающиеся валютных и фискальных вопросов;
- 4) свобода сношений.

В том, что касается иммунитета от юрисдикции государства, организации, их имущество, где бы и в чьем бы владении оно ни находилось, пользуется иммунитетом от всех форм судебного преследования, за исключением конкретных случаев, когда организации прямо отказываются от своего иммунитета¹⁰⁰.

Вторая наиболее распространенная защита, которая предоставляется организациям, — неприкосновенность их помещений¹⁰¹ и архивов¹⁰².

о Центральных учреждениях МАГАТЭ от 11 декабря 1957 г.; разд. 18 и 30 Соглашения о центральных учреждениях между Правительством ОАЭ и ИРЕНА от 3 июня 2012 г.; ст. 10, 16 и 19 Дополнительного протокола № 1 к Конвенции об ОЭСР от 16 апреля 1948 г.

⁹⁷ См.: *Schermers H. G., Blokker N. M.* Op. cit. Pp. 268—269 (para. 324); *Reinisch A.* Privileges and Immunities // *Research Handbook on the Law of International Organizations.* Cheltenham. P. 134.

⁹⁸ Соглашение между МАГАТЭ и Австрийской Республикой о Центральных учреждениях МАГАТЭ от 11 декабря 1957 г. (Соглашение о штаб-квартире МАГАТЭ); Соглашение о центральных учреждениях между Правительством ОАЭ и ИРЕНА от 3 июня 2012 г. (Соглашение о штаб-квартире ИРЕНА); Соглашение между Австрийской Республикой и ОПЕК о штаб-квартире ОПЕК от 18 февраля 1974 г. (Соглашение о штаб-квартире ОПЕК); Соглашение между Правительством РФ и ЭЭС СНГ об условиях пребывания Исполнительного комитета ЭЭС СНГ на территории РФ от 14 сентября 2005 г. (Соглашение о штаб-квартире ЭЭС СНГ); Соглашение между ЭС и Австрийской Республикой о местопребывании (штаб-квартире) Секретариата ЭС от 29 мая 2007 г. (Соглашение о штаб-квартире ЭС); Соглашение о штаб-квартире ФСЭГ между государством Катар и ФСЭГ 2009 г. (Соглашение о штаб-квартире ФСЭГ).

⁹⁹ Дополнительный протокол № 1 к Конвенции о правоспособности, привилегиях и иммунитетах Организации (ОЭСР), касающейся европейского экономического сотрудничества от 16 апреля 1948 г. (Протокол о привилегиях и иммунитетах ОЭСР); Соглашение между Королевством Бельгия и КЭХ от 26 октября 1995 г. (Соглашение о привилегиях и иммунитетах КЭХ); Соглашение о привилегиях и иммунитетах МАГАТЭ от 1 июля 1959 г. (Соглашение о привилегиях и иммунитетах МАГАТЭ); Соглашение о привилегиях и иммунитетах ИРЕНА от 13 января 2013 г. (Соглашение о штаб-квартире ИРЕНА); Протокол о привилегиях и иммунитетах ЕС от 26 октября 2012 г.

¹⁰⁰ Разд. 20 Соглашения о штаб-квартире МАГАТЭ; разд. 3 Соглашения о привилегиях и иммунитетах МАГАТЭ; разд. 11 Соглашения о штаб-квартире ИРЕНА; разд. 3 Соглашения о привилегиях и иммунитетах ИРЕНА; ст. 9 Соглашения о штаб-квартире ОПЕК; ст. 5 Соглашения о штаб-квартире ЭС; ст. 4 Соглашения о штаб-квартире ЭЭС СНГ; ст. 6 Соглашения о штаб-квартире ФСЭГ; ст. 2 Протокола о привилегиях и иммунитетах ОЭСР; ст. 1 Соглашения о привилегиях и иммунитетах КЭХ; ст. 1 Протокола о привилегиях и иммунитетах ЕС.

¹⁰¹ Разд. 4 Соглашения о привилегиях и иммунитетах МАГАТЭ; разд. 4 Соглашения о привилегиях и иммунитетах ИРЕНА; ст. 5 Соглашения о штаб-квартире ОПЕК; п. 1 ст. 4 Соглашения о штаб-квартире ЭС; ст. 4 Соглашения о штаб-квартире ЭЭС СНГ; п. 5 ст. 3 Соглашения о штаб-квартире ФСЭГ; ст. 3 Протокола о привилегиях и иммунитетах ОЭСР; ст. 2 Соглашения о привилегиях и иммунитетах КЭХ; ст. 1 Протокола о привилегиях и иммунитетах ЕС.

¹⁰² Разд. 5 Соглашения о привилегиях и иммунитетах МАГАТЭ; разд. 5 Соглашения о привилегиях и иммунитетах ИРЕНА; ст. 11 Соглашения о штаб-квартире ОПЕК; ст. 6 Соглашения о штаб-квартире ЭС; ст. 5 Соглашения о штаб-квартире ЭЭС СНГ; ст. 7 Соглашения о штаб-квартире ФСЭГ; ст. 2 Протокола о привилегиях и иммунитетах ОЭСР; ст. 4 Соглашения о привилегиях и иммунитетах КЭХ; ст. 2 Протокола о привилегиях и иммунитетах ЕС.

Фискальные привилегии предусматривают освобождение организаций от всех прямых налогов, за исключением налогов, являющихся фактически лишь оплатой коммунального обслуживания¹⁰³; освобождение от таможенных сборов, импортных и экспортных, и ограничений при ввозе или вывозе организациями предметов для служебного пользования¹⁰⁴. Организации пользуются следующими валютными привилегиями: могут располагать валютой любого рода и производить операции в любой валюте, свободно переводить валюту из одной страны в другую либо в пределах любой страны и обращать любую валюту, находящуюся в их распоряжении, в любую другую валюту¹⁰⁵.

Наконец, свобода сношений, которой пользуются организации, охватывает освобождение официальной корреспонденции и других официальных сообщений организаций от цензуры, право организаций пользоваться шифром, получать и отправлять корреспонденцию и другие официальные сообщения посредством курьеров или вализы, к которым применяются те же иммунитеты и привилегии, что и к дипломатическим курьерам и вализам¹⁰⁶.

Отдельно привилегии и иммунитеты предоставляются также представителям государств — членов организаций и их должностным лицам (служащим). В частности, должностные лица организаций не подлежат судебной ответственности за сказанное или написанное ими и за все действия, совершенные ими в качестве должностных лиц, освобождаются от обложения налогами окладов и вознаграждений, уплачиваемых организациями, освобождаются от ограничений по иммиграции и от регистрации иностранцев, пользуются теми же привилегиями в отношении льгот по обмену валюты, которые предоставляются дипломатам, имеют право беспошлинно ввозить свою мебель и имущество при первоначальном вступлении в должность в соответствующей стране¹⁰⁷. Представители государств-членов пользуются также иммунитетом от личного ареста или задержания и от наложения ареста на личный багаж, неприкосновенностью всех бумаг и документов, правом пользоваться шифром и правом получать бумаги либо корреспонденцию посредством курьеров или вализы¹⁰⁸. Другими словами, представителям членов организаций

¹⁰³ Пункт «а» разд. 8 Соглашения о привилегиях и иммунитетах МАГАТЭ; п. «b» разд. 8 Соглашения о привилегиях и иммунитетах ИРЕНА; п. 2 ст. 12 Соглашения о штаб-квартире ОПЕК; п. 1 и «2» ст. 10 Соглашения о штаб-квартире ЭС; ст. 6 Соглашения о штаб-квартире ЭЭС СНГ; п. 1 ст. 8 Соглашения о штаб-квартире ФСЭГ; п. «а» ст. 6 Протокола о привилегиях и иммунитетах ОЭСР; ст. 6 Соглашения о привилегиях и иммунитетах КЭХ; ст. 3 Протокола о привилегиях и иммунитетах ЕС.

¹⁰⁴ Пункт «b» разд. 8 Соглашения о привилегиях и иммунитетах МАГАТЭ; п. «b» разд. 8 Соглашения о привилегиях и иммунитетах ИРЕНА; п. 4 ст. 12 Соглашения о штаб-квартире ОПЕК; п. 4 ст. 10 Соглашения о штаб-квартире ЭС; ст. 6 Соглашения о штаб-квартире ЭЭС СНГ; п. 2 ст. 8 Соглашения о штаб-квартире ФСЭГ; п. «b» ст. 6 Протокола о привилегиях и иммунитетах ОЭСР; ст. 4 Протокола о привилегиях и иммунитетах ЕС.

¹⁰⁵ Разд. 6 Соглашения о привилегиях и иммунитетах МАГАТЭ; разд. 6 Соглашения о привилегиях и иммунитетах ИРЕНА; ст. 15 Соглашения о штаб-квартире ОПЕК; ст. 11 Соглашения о штаб-квартире ЭС; п. 1 ст. 2 Соглашения о штаб-квартире ЭЭС СНГ; ст. 10 Соглашения о штаб-квартире ФСЭГ; ст. 5 Протокола о привилегиях и иммунитетах ОЭСР.

¹⁰⁶ Разд. 11 Соглашения о привилегиях и иммунитетах МАГАТЭ; разд. 11 Соглашения о привилегиях и иммунитетах ИРЕНА; разд. 11 Соглашения о штаб-квартире ОПЕК; ст. 9 Соглашения о штаб-квартире ЭС; ст. 5 Соглашения о штаб-квартире ЭЭС СНГ; ст. 9 Соглашения о штаб-квартире ФСЭГ; ст. 8 Протокола о привилегиях и иммунитетах ОЭСР; ст. 13 Соглашения о привилегиях и иммунитетах КЭХ; ст. 5 Протокола о привилегиях и иммунитетах ЕС.

¹⁰⁷ Разд. 18 Соглашения о привилегиях и иммунитетах МАГАТЭ; разд. 18 Соглашения о привилегиях и иммунитетах ИРЕНА; ст. 22 Соглашения о штаб-квартире ОПЕК; ст. 14 Соглашения о штаб-квартире ЭС; ст. 10 Соглашения о штаб-квартире ЭЭС СНГ; п. 3 и 4 ст. 13 Соглашения о штаб-квартире ФСЭГ; ст. 14 Протокола о привилегиях и иммунитетах ОЭСР; ст. 16 Соглашения о привилегиях и иммунитетах КЭХ; ст. 11 Протокола о привилегиях и иммунитетах ЕС.

¹⁰⁸ Разд. 12 Соглашения о привилегиях и иммунитетах МАГАТЭ; разд. 12 Соглашения о привилегиях и иммунитетах ИРЕНА; ст. 20 Соглашения о штаб-квартире ОПЕК; ст. 16 Соглашения о штаб-квартире ЭС; п. 3 и 4 Соглашения о штаб-квартире ФСЭГ; ст. 9 Протокола о привилегиях и иммунитетах ОЭСР; ст. 14 Соглашения о привилегиях и иммунитетах КЭХ; ст. 10 Протокола о привилегиях и иммунитетах ЕС.

предоставляется больший объем привилегий и иммунитетов, чем тот, который предоставляется должностным лицам организаций.

Следует вновь заметить, что в основе привилегий и иммунитетов представителей государств — членов организаций и их должностных лиц лежит теория функциональной необходимости. Привилегии и иммунитеты предоставляются не для личной выгоды, а в интересах организации, поэтому организация (в случае с ее должностным лицом) и государство (в случае с его представителем) не только вправе, но и обязаны отказаться от иммунитета, предоставленного соответствующим лицам, когда, по их мнению, иммунитет препятствует отправлению правосудия и когда такой отказ может быть осуществлен без ущерба той цели, ради которой он был предоставлен¹⁰⁹.

На основе проведенного анализа материала представляется возможным сделать следующие обобщения и предложения.

В том, что касается членства в международных энергетических объединениях, нечетко прослеживается различие в правовом статусе ассоциированных членов и наблюдателей. В этой связи представляется целесообразным отказ от института ассоциированного членства и использование института наблюдателей, получившего признание в международном праве (положения о миссиях наблюдателей имеются в Венской конвенции о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера 1975 г.). Кроме того, по вопросам прекращения и приостановления членства предлагается включить прямых положений о них в учредительные акты всех этих объединений.

В части организационной структуры всем международным энергетическим объединениям следует принять как минимум трехзвенную структуру органов, включающую директивный, исполнительный и административно-технический органы (секретариаты). При этом следует обеспечить четкое разделение функций и полномочий между ними. В противном случае это может внести дисбаланс в систему разделения функций и полномочий этих органов в объединениях (в ОПЕК и ФСЭГ исполнительные функ-

ции возложены на их административно-технические органы, а в КЭХ и ЭЭС СНГ директивные и исполнительные органы как таковые отсутствуют, функции соответствующих органов разделены между конкретной организацией в целом и ее рабочими/постоянными группами). Предлагается оптимизировать систему пленарных органов в объединениях, в которых их несколько, сократив их число и четко распределив соответствующие функции между единственным пленарным и единственным непленарным органом. Формирование членского состава непленарных органов следует проводить на ротационной основе (как в ИРЕНА, а не МАГАТЭ).

В учредительных актах объединений необходимо предусмотреть общеобязательность, универсальность в применении всех решений, принимаемых директивными и исполнительными органами (например, в ОПЕК и МЭА решения вышестоящего пленарного органа обязательны далеко не для всех членов конкретной организации). Государствам следует также отказаться от принципа взвешенного голосования (до сих пор сохраняемого в МЭА), который представляет собой отход от принципа суверенного равенства государств, в соответствии с которым каждому государству должен предоставляться только один голос. В качестве альтернативного варианта принятия решений в объединениях допустимо использование консенсуса.

Наконец, в том, что касается привилегий и иммунитетов, важным представляется заключение соглашений о привилегиях и об иммунитетах. Последние, в отличие от соглашений о штаб-квартирах, предусматривают распространение привилегий и иммунитетов на все государства — члены организации, а не только на государства, на территории которых располагаются штаб-квартиры организаций.

Сделанные обобщения и предложения могут быть использованы государствами для совершенствования внутриорганизационного механизма действующих международных энергетических объединений, равно как и при проектировании новых объединений. Они могут быть также использованы Российской Федерацией при выработке своих стратегий взаимодействия с названными объединениями.

¹⁰⁹ Разд. 15 и 21 Соглашения о привилегиях и иммунитетах МАГАТЭ; разд. 15 и 21 Соглашения о привилегиях и иммунитетах ИРЕНА; ст. 21 и 25 Соглашения о штаб-квартире ОПЕК; п. 2 ст. 19 Соглашения о штаб-квартире ЭС; п. 2 и 7 ст. 13 Соглашения о штаб-квартире ФСЭГ; ст. 10 и 16 Протокола о привилегиях и иммунитетах ОЭСР; ст. 22 Соглашения о привилегиях и иммунитетах КЭХ; ст. 17 Протокола о привилегиях и иммунитетах ЕС.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Гуласарян А. С. Прекращение членства в международных организациях: международно-правовые проблемы // Международное право и международные организации = International Law and International Organizations. — 2017. — № 1. — С. 28—38.
2. Гуласарян А. С. Форум стран — экспортеров газа (ФСЭГ): международно-правовые аспекты деятельности // Правовой энергетический форум. — 2015. — № 4. — С. 34—40.
3. Гуласарян А. С. Конференция по Энергетической хартии (КЭХ): международно-правовые вопросы структуры и деятельности // Правовой энергетический форум. — 2016. — № 2. — С. 38—45.
4. Amerasinghe C. F. Principles of the Institutional Law of International Organizations. — Cambridge University Press, 2005. — 538 p.
5. Blokker N. International Organizations and Their Members: International Organizations Belong to All Members and to None // International Organizations Law Abstract. — 2004. — Vol. 1. — Pp. 139—161.
6. Gulasaryan A. S. The Energy Charter Conference (ECC): International Legal Aspects of the Structure and Activities // Energy Law Forum. — 2016. — № 2. — Pp. 74—78.
7. Higgins R., Webb P., Akande D., Sivakumaran S., Sloan J. Oppenheim's International Law: United Nations. — Oxford : Oxford University Press, 2017. — Vol. I. — 622 p.
8. Magliveras K. D. Membership in International Organizations // Research Handbook on the Law of International Organizations / J. Klabbers, A. Wallendahl (eds.). — Edward Elgar Publishing, 2011. — 530 p.
9. Sarooshi D. International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers. — Oxford University Press, 2005. — 170 p.
10. Schermers H. G. The International Organizations // International Law: Achievements and Prospects / M. Bedjaoui (ed.). — UNESCO — Paris : Martinus Nijhoff Publishers, 1991. — Pp. 67—100.
11. Schermers H. G., Blokker N. M. International Institutional Law: Unity within Diversity. — Martinus Nijhoff Publishers, 2018. — 1327 p.
12. Shaw M. N. International Law. — Cambridge University Press, 2008. — 1542 p.
13. Suy E. The Status of Observers in International Organizations // Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye. — 1978. — Vol. 160. — Pp. 79—179.
14. Villiger M. E. Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. — Leiden — Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2009. — 1058 p.

Материал поступил в редакцию 24 марта 2020 г.

REFERENCES

1. Gulasaryan AS. Prekrashchenie chlenstva v mezhdunarodnykh organizatsiyakh: mezhdunarodno-pravovye problemy [Termination of membership in international organizations: international legal problems]. *International Law and International Organizations*. 2017;1:28—38. (In Russ.)
2. Gulasaryan AS. Forum stran — eksporterov gaza (FSEG): mezhdunarodno-pravovye aspekty deyatel'nosti [Forum of States Exporters of Gas (FSEG): International Legal Aspects of Activities]. *Legal Energy Forum*. 2015;4:34-40. (In Russ.)
3. Gulasaryan AS. Konferentsiya po energeticheskoy khartii (KEKh): mezhdunarodno-pravovye voprosy struktury i deyatel'nosti [Energy Charter Conference (ECC) : International Legal Issues of Structure and Activity]. *Legal Energy Forum*. 2016;2:38—45. (In Russ.)
4. Amerasinghe C F. Principles of the Institutional Law of International Organizations. Cambridge University Press; 2005.
5. Blokker N. International Organizations and Their Members: International Organizations Belong to All Members and to None. *International Organizations Law Abstract*. 2004;1:139—161.
6. Gulasaryan AS. The Energy Charter Conference (ECC): International Legal Aspects of the Structure and Activities. *Energy Law Forum*. 2016;2:74—78.
7. Higgins R, Webb P, Akande D, Sivakumaran S, Sloan J. Oppenheim's International Law: United Nations. Vol. I. Oxford: Oxford University Press; 2017.

8. Magliveras KD. Membership in International Organizations. In: Klabbers J, Wallendahl A., editors. Research Handbook on the Law of International Organizations. Edward Elgar Publishing; 2011.
9. Sarooshi D. International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers. Oxford University Press; 2005.
10. Schermers HG. The International Organizations. In: Bedjaoui M, editor. International Law: Achievements and Prospects. UNESCO—Paris: Martinus Nijhoff Publishers; 1991.
11. Schermers HG, Blokker NM. International Institutional Law: Unity within Diversity. Martinus Nijhoff Publishers; 2018.
12. Shaw MN. International Law. Cambridge University Press; 2008.
13. Suy E. The Status of Observers in International Organizations. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*. 1978;160:79—179.
14. Villiger ME. Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. Leiden — Boston: Martinus Nijhoff Publishers; 2009.

Социальная обусловленность установления уголовной ответственности и наказания военнослужащих

Аннотация. Выявлению социальной обусловленности уголовно-нормативных предписаний посвящено множество публикаций. Вместе с тем в науке уголовного права отсутствует какое-либо комплексное исследование, посвященное социальной обусловленности установления уголовной ответственности и наказания военнослужащих. В связи с этим остаются практически не изученными ее суть, особенности и критерии выявления. В статье раскрываются проблемные аспекты понятия и значения социальной обусловленности установления уголовной ответственности и наказания военнослужащих, сформулировано ее авторское определение. Основываясь на распространенном в теории уголовного права мнении о том, что механизм выявления указанной социальной обусловленности состоит из критериев, исследуемых законодателем на соответствующих стадиях процессов криминализации (декриминализации) и пенализации (депенализации) воинских общественно опасных деяний, автор дает их развернутый анализ. Затронута проблема способов правового регулирования уголовной ответственности и наказания военнослужащих. Констатируется, что особенностью определения указанной социальной обусловленности является разрешение законодателем, помимо прочих дилемм, вопроса о необходимости нормативного закрепления специально-воинского или общеуголовного запрета и (или) закрепления в Общей части уголовного закона соответствующих специально-воинских предписаний.

Автор приходит к выводу, что выявление социальной обусловленности уголовно-нормативного предписания об ответственности и о наказании военнослужащих является одной из важных задач современной науки уголовного права, что вызывает необходимость в разработке единого подхода к структуре и содержанию этого процесса. Важнейшим шагом в данном направлении, несомненно, следует считать установление теоретико-правовой сути данной обусловленности. Автор предлагает следующее ее определение — это соответствие уголовно-нормативных предписаний, устанавливающих ответственность и наказание за преступное поведение военнослужащих, вытекающей из потребностей общества объективной необходимости в уголовно-правовой охране воинского правопорядка и других наиболее важных для личности, общества и государства общественных отношений.

Ключевые слова: социальная обусловленность; уголовная ответственность и наказание военнослужащих; уголовно-нормативное предписание; воинские преступления; общеуголовные преступления; процесс; стадии; криминализация; декриминализация; пенализация; депенализация.

Для цитирования: Бодаевский В. П. Социальная обусловленность установления уголовной ответственности и наказания военнослужащих // Lex russica. — 2020. — Т. 73. — № 6. — С. 97—109. — DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.097-109.

© Бодаевский В. П., 2020

* Бодаевский Виктор Петрович, кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой уголовного права Крымского филиала Российского государственного университета правосудия ул. Павленко, д. 5, г. Симферополь, Республика Крым, Россия, 295006
bvp70@rambler.ru

Social Conditionality of Establishing Criminal Responsibility and Punishment for Military Personnel

Victor P. Bodaevskiy, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Head of the Department of Criminal Law, Crimean Branch of the Russian State University of Justice
ul. Pavlenko, d. 5, Simferopol, Republic of Crimea, Russia, 295006
bvp70@rambler.ru

Abstract. Many publications are devoted to the identification of social conditionality of criminal regulations. However, the science of criminal law does not have any comprehensive research on the social conditionality of establishing criminal responsibility and punishment for military personnel. In this regard, its essence, features and criteria for identification remain practically unknown. The paper reveals the problematic aspects of the concept and meaning of social conditionality of establishing criminal responsibility and punishment for military personnel; the author's definition is given. Based on the widespread opinion in the theory of criminal law that the mechanism for identifying this social condition consists of criteria that are studied by the legislator at the appropriate stages of the processes of criminalization (decriminalization) and penalization (depenalization) of military socially dangerous acts, the author analyses them in detail. The problem of ways of legal regulation of criminal responsibility and punishment of military personnel is touched upon. It is stated that the peculiarity of the definition of this social conditionality is the resolution by the legislator, among other dilemmas, of the question of the need for normative fixing of a special military or ordinary prohibition and (or) fixing of the corresponding special military regulations in the general part of the Criminal Law.

The author concludes that the identification of social conditionality of the criminal-normative prescription on responsibility and punishment of military personnel is one of the important tasks of modern science of criminal law, which necessitates the development of a unified approach to the structure and content of this process. The establishment of the theoretical and legal essence of this conditionality should be considered as the most important step in this direction. The author offers the following definition. It is the compliance of criminal regulations that establish responsibility and punishment for criminal behavior of military personnel, resulting from the demand of society in the objective need for criminal law protection of military law and order and other public relations that are most important for the individual, society and the state.

Keywords: social conditionality; criminal responsibility and punishment of military personnel; criminal regulative direction; military crimes; ordinary crimes; process; stages; criminalization; decriminalization; penalization; depenalization.

Cite as: Bodaevskiy VP. Sotsialnaya obuslovlennost ustanovleniya ugovnoy otvetstvennosti i nakazaniya voennosluzhashchikh [Social Conditionality of Establishing Criminal Responsibility and Punishment for Military Personnel]. *Lex russica*. 2020;73(6):97-109. DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.097-109. (In Russ., abstract in Eng.).

Среди ученых, специализирующихся на исследованиях уголовного права, существует общепризнанное мнение о том, что эффективность уголовного права определяется не только тем, как оно применяется, но в значительной мере тем, как оно формируется¹. Уголовное правотворчество не может быть произвольным², оно должно быть социально обусловлено.

Большинство отечественных специалистов в указанной сфере отмечают, что криминализация (декриминализация) и пенализация (депенализация) как составляющие процесса правотворчества должны быть объективно необходимы, а также должны адекватно отражать не только соответствующий спектр существующих угроз, но и потребности личности, общества и государства в обеспечении

¹ Евстратов Ю. И. Некоторые вопросы теории криминализации // Проблемы теории и практики борьбы с преступностью. Томск, 1982. С. 52.

² Постановление Конституционного Суда РФ от 19.03.2003 № 3-П «По делу о проверке конституционности положений Уголовного кодекса Российской Федерации, регламентирующих правовые последствия судимости лица, неоднократности и рецидива преступлений, а также п. 1—8 постановления Государственной Думы от 26 мая 2000 г. «Об объявлении амнистии в связи с 55-летием Победы в Великой Отечественной войне 1941—1945 годов» в связи с запросом Останкинского межмуниципального (районного) суда города Москвы и жалобами ряда граждан».

безопасности³. Соответственно, социальная обусловленность уголовной ответственности и наказания за девиантное поведение должна устанавливаться в процессе его криминализации (декриминализации) и пенализации (депенализации).

Основываясь на указанном и анализе различных подходов к теоретико-правовой сути социальной обусловленности установления уголовной ответственности и наказания, в том числе и военнослужащих, мы считаем, что под этой обусловленностью необходимо понимать соответствие уголовно-нормативных предписаний, устанавливающих ответственность и наказание за преступное поведение лиц, вытекающей из потребностей общества объективной необходимости в уголовно-правовой охране наиболее важных для личности, общества и государства общественных отношений.

Что касается социальной обусловленности установления уголовной ответственности и наказания военнослужащих, то к исходным ориентирам ее выявления, на наш взгляд, необходимо отнести:

а) особый характер деяния — оно может быть направлено как непосредственно на воинский правопорядок — систему общественных отношений, складывающихся в войсках на основе норм общего и военного законодательства, уставов, приказов командиров и начальников⁴, так и на другие общественные отношения, охраняемые уголовным законом, вместе с которыми прямо или опосредованно причиняется вред и воинскому правопорядку;

б) субъекта посягательства — лицо, проходящее военную службу, или гражданин, пребывающий в запасе, во время прохождения им военных сборов (далее — военнослужащие);

в) специальную и универсальную уголовную противоправность⁵.

Как представляется, последний пункт этого перечня требует некоторых разъяснений. Противоправность рассматриваемых деяний заключается в их запрещенности системой уголовно-нормативных предписаний:

1) относящихся к Общей части уголовного закона: специально-воинские (например, предусмотренные ч. 2 ст. 12, ст. 48, 51, ч. 3 ст. 54, ст. 55, 73, ч. 1 и 6 ст. 79, ст. 80, ч. 3 ст. 81 УК РФ); специальные предписания, применяемые ко всем специальным субъектам, в том числе и к военнослужащим (ч. 4 ст. 34, ст. 42, п. «л» ч. 1 ст. 63 УК РФ и т.д.); общеуголовные предписания, не имеющие ограничений применения к военнослужащим⁶ (например, ст. 8, 14 и 56 УК РФ);

2) относящихся к Особенной части уголовного закона: о специально-воинских преступлениях (предусмотренных гл. 33 УК РФ); о преступлениях, не относящихся к специально-воинским, но непосредственно посягающих на воинский правопорядок (п. «б» ч. 2 ст. 105, п. «а» ч. 2 ст. 111, п. «б» ч. 2 ст. 112, ст. 222—226, 275—276, 279, 281, 283—284, 285—285.2, 285.4—286, 289—292, 293, 317—319, 353—360 УК РФ); о преступлениях, не относящихся к специально-воинским, но опосредованно посягающих на воинский

³ Пудовочкин Ю. Е. Оценка судом общественной опасности преступления : науч.-практ. пособие. М. : РГУП, 2019. С. 20.

⁴ Словарь военных терминов / сост. А. М. Плехов, С. Г. Шапкин. М. : Воениздат, 1988. С. 158.

⁵ По мнению А. А. Тер-Акопова, такой способ уголовно-правового регулирования, когда одно уголовно-правовое предписание охраняет две сферы общественных отношений, получил название универсального. Исходя из этого, он выделял две группы воинских преступлений: специально воинские (предусмотренные законодательством о воинских преступлениях) и общевоинские (общеуголовные преступления, посягающие на воинский правопорядок) (Тер-Акопов А. А. Развитие системы советского военно-уголовного законодательства // 50 лет военно-юридического образования в СССР : сб. докл. науч.-практ. конференции. М., 1987. С. 113—122.). По нашему мнению, к общевоинским преступлениям относятся все общеуголовные преступления, совершаемые военнослужащими, поскольку они посягают в этом случае, прямо или опосредованно, на воинский правопорядок и прежде всего на его универсальный элемент — порядок поведения военнослужащих в быту (см.: Бодаевский В. П. Общественная опасность деяния как критерий, детерминирующий особенности правового регулирования уголовной ответственности военнослужащих // Ученые записки КФУ имени В. И. Вернадского. 2019. Т. 5 (71). № 3. С. 88—95).

⁶ УК РФ содержит ряд положений, которые не применяются или имеют некоторые ограничения в применении к военнослужащим, например предусмотренные в ст. 49, 50, 53, 53.1.

правопорядок, поскольку они совершаются военнослужащими, что, впрочем, не влияет на их квалификацию (ч. 1 ст. 105, ст. 116, 131, 138 УК РФ и др.).

Вопросы установления социальной обусловленности законодательного закрепления уголовной ответственности и наказания военнослужащих образуют специфическое направление реализации уголовной политики, представляющее собой сложный механизм, включающий ряд последовательных принятий решений и последующих действий законодателя, которые в итоге приводят к созданию правовых оснований для применения к лицам, признанным виновными в совершении определенных деяний, уголовной ответственности и наказаний или к их отмене.

Этот механизм базируется на общих началах выявления социальной обусловленности уголовно-нормативных предписаний. Однако необходимо указать, что до сих пор среди ученых нет единого мнения о количестве и содержании стадий, которые его образуют. Сложность ситуации демонстрирует отсутствие единства, например, в терминологическом обозначении критериев выявления социальной обусловленности, входящих в эти стадии. В частности, их еще называют факторами, условиями, принципами, задачами и т.д.⁷ Так как обозначенные аспекты представляют собой самостоятельную научную проблему, требующую отдельного комплексного исследования, мы не будем вступать в полемику по этому поводу и рассмотрим только их распространенные версии и воинскую специфику.

Анализ юридической литературы показывает, что этим механизмом охватываются следующие критерии и стадии процесса криминализации:

- 1) обнаружение деяний, представляющих опасность для наиболее важных для личности, общества и государства общественных отношений, борьба с которыми невозможна другими, не уголовно-правовыми средствами;
- 2) оценка природы этих деяний исходя из социально-экономических, политических, пси-

хологических и криминологических условий развития общества;

- 3) прогнозирование эффективности действия будущего уголовно-правового положения и ее оценка;
- 4) принятие решения о необходимости уголовно-правового положения⁸.

В свою очередь, механизм выявления рассматриваемой обусловленности в процессе декриминализации включает в себя те же критерии и стадии, что и при криминализации, но имеющие обратное значение. К ним, в частности, относятся:

- 1) выявление криминализированных деяний, утративших общественную опасность в результате исчезновения определенных групп общественных отношений, охраняемых УК РФ, или переоценки их значимости либо возможности воздействия на них другими, не уголовно-правовыми средствами;
- 2) оценка влияния социально-экономических, политических, психологических и криминологических условий развития общества на утрату данными деяниями общественной опасности;
- 3) оценка эффективности действия декриминализуемого уголовно-правового положения;
- 4) принятие решения о необходимости декриминализации отдельных деяний⁹.

Принятие решения о криминализации или декриминализации того или иного деяния служит основанием для формулирования и принятия соответствующих уголовно-нормативных предписаний на последующих стадиях этих процессов.

Что касается пенализации (депенализации), то она чаще всего происходит совместно с криминализацией (декриминализацией) деяния, так как не бывает преступлений, за совершение которых не предусмотрено наказание. Вместе с тем она может осуществляться и при пересмотре ранее установленных наказаний в сторону их ужесточения или смягчения, то есть может осуществляться и при изменении уголовно-нормативного предписания¹⁰. Социальная обусловленность уголовно-нормативного предписания

⁷ Прокументов Л. М. Криминализация и декриминализация деяний. Томск : Изд-во Томского университета, 2012. С. 41—42.

⁸ Уголовное право Российской Федерации. Общая часть : учебник для вузов / под ред. В. С. Комиссарова, Н. Е. Крыловой, И. М. Тяжковой. М. : Статут, 2012. С. 39.

⁹ Прокументов Л. М. Криминализация и декриминализация деяний. С. 11.

¹⁰ Лопашенко Н. А. Уголовная политика. М. : Волтерс Клувер, 2009. С. 144.

должна в равной степени выявляться и учитываться во всех этих случаях¹¹.

Характеризуя стадию обнаружения деяний, представляющих опасность для наиболее важных для личности, общества и государства общественных отношений, требующих борьбы с ними уголовно-правовыми мерами, отметим, что в теории уголовного права распространенным является мнение, согласно которому законодатель при разрешении задач в ходе осуществления данной стадии должен использовать три критерия, два из которых являются материальными, а один правовым. К первому критерию относятся общественная опасность деяний, совершаемых военнослужащими, и их распространенность, а ко второму — отсутствие возможности осуществления борьбы с соответствующим видом антиобщественного поведения другими (не уголовно-правовыми) средствами¹². Применительно к преступлениям военнослужащих, как отмечается в юридической литературе, законодатель на данной стадии должен также установить: а) имеет ли деяние ярко выраженный воинский характер, т.е. посягает ли непосредственно на воинский порядок; б) отличается ли общественная опасность этого деяния от сходных общеуголовных преступлений¹³.

Общественная опасность — это свойство деяния причинить вред или поставить под угрозу причинения вреда охраняемым уголовным законом общественным отношениям. В доктрине уголовного права ее относят к объективно-субъективным свойствам, поскольку общественная опасность реально существует вне нашего сознания, но субъективно воспринимается законодателем (государством), обществом и гражданами. Их восприятие, исходя из интересов перечисленных участников общественных отношений, может и не совпадать. В таком случае возникает вопрос: чье мнение необходи-

мо учитывать относительно признания деяния общественно опасным? Большинство ученых едины в том, что таким барометром должно выступать общество, а точнее — общественное правосознание. Однако нельзя не согласиться и с аргументами тех ученых (например, А. И. Коробеева), которые отмечают, что «...в силу неоднородности общественного правосознания, наличия в нем определенных дефектов, противоречий и пробелов зеркальное отражение в законодательных решениях реального состояния и степени развития этого состояния было бы отступлением от принципа научности»¹⁴. Поэтому здесь уместно суждение Ю. Е. Пудовочкина, что в данном случае необходимо исходить из тех потребностей (ценностей), которые признаются и разделяются большинством общества. По его мнению, именно этот подход обеспечивает универсальное восприятие преступления общественным сознанием и оправдывает, легитимирует государственное насилие в отношении преступника¹⁵. Вместе с тем мы считаем, что применительно к общественной опасности деяний, совершаемых военнослужащими, общественное сознание относительно таких ценностей, как воинский порядок и военная безопасность государства, нуждается в постоянной корректировке, которая должна основываться на разъяснении значения этих ценностей в современных реалиях, а также на агитации и пропаганде современных достижений юридической науки.

Общественная опасность преступлений, совершаемых военнослужащими, как уже отмечалось, прямо или опосредованно связывается с причинением или угрозой причинения вреда воинскому порядку, на котором строится вся армейская жизнедеятельность. Сказанное находит свое подтверждение в положениях пп. «с» п. 39 Военной доктрины РФ¹⁶, где отмечается, что выполнение основных задач строи-

¹¹ Гамидов Р. Т. Социальная обусловленность уголовной наказуемости // Бизнес в законе. 2014. № 6. С. 46—49.

¹² Фефелов П. А. Критерии установления уголовной наказуемости деяний // СГП. 1970. № 11. С. 101—105; Кудрявцев В. Н. Научные предпосылки криминализации // Криминология и уголовная политика. М., 1985. С. 105—108; Шулепов Н. А. Теоретические основы реализации уголовной ответственности военнослужащих: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2001. С. 63—64.

¹³ Военно-уголовное право: учебник / Х. М. Ахметшин [и др.]. М., 2008. С. 74—82; Ермолович Я. Н. Теоретико-правовые основы военно-уголовной политики в Российской Федерации. М.: Юрлитинформ, 2012. С. 207.

¹⁴ См.: Прокументов Л. М. Криминализация и декриминализация деяний. С. 85.

¹⁵ Привод. по: Прокументов Л. М. Криминализация и декриминализация деяний. С. 12.

¹⁶ Военная доктрина Российской Федерации, утв. Президентом РФ 25.12.2014 № Пр-2976 // Российская газета. 30.12.2014. № 298.

тельства и развития органов, образующих военную организацию России, достигается путем укрепления воинского правопорядка. Строгое его соблюдение обеспечивает боеготовность и боеспособность войск, а кроме того, и зависящую от них военную безопасность России.

Социальная сущность вреда, причиняемого этому правопорядку, заключается в ослаблении воинской дисциплины, а соответственно, в неспособности выполнить как отдельным военнослужащим или воинским подразделением, так и Вооруженными Силами РФ в целом, другими воинскими формированиями и государственными органами, где предусмотрена военная служба (далее — военная организация РФ), стоящие перед ними задачи.

Особенность механизма причинения данного вреда в преступлениях, совершаемых военнослужащими, проявляется в том, что общественные отношения, составляющие воинский правопорядок, могут быть нарушены только изнутри и только их участниками — военнослужащими, а общественные отношения общего характера могут быть нарушены как изнутри, так и извне. Сказанное подтверждается тем, что общественные отношения общего характера, согласно указанной нами градации уголовно-нормативных предписаний о преступлениях военнослужащих, делятся на два вида:

1) универсальные, содержащие в том числе соответствующие элементы воинского правопорядка (например, общественные отношения, составляющие основу информационной безопасности государства или деятельности аппарата публичной власти). Преступление, совершенное военнослужащим, причиняет им вред через эти элементы (посредством причинения вреда общественным отношениям, образующим, соответственно, порядок сбережения военной тайны или порядок осуществления своих полномочий военно-должностными лицами). Степень общественной опасности преступлений, посягающих на эти общественные отношения, значительно повышается в связи с тем, что они совершаются военнослужащими, которые для исполнения специальных обязанностей наделяются дополнительными правами: на применение

оружия, специальных средств, физической силы, предъявление требований, обязательных для исполнения, подчинение строго определенным лицам¹⁷ и т.д.;

2) не содержащие воинской составляющей. Статус военнослужащего в этих отношениях не влияет на квалификацию посягающих на них деяний, но учитывается законодателем путем закрепления в Общей части УК РФ ряда специально-воинских нормативных предписаний, которые правоприменитель обязан принимать во внимание при привлечении лиц, проходящих военную службу, к уголовной ответственности за совершение любого вида преступлений. Например, действующий уголовный закон ограничивает применение к военнослужащим некоторых видов общеуголовных наказаний и позволяет заменять их на специально-воинские уголовные наказания либо иные общеуголовные наказания, не имеющие ограничений применения к военнослужащим.

Выявляя общественную опасность деяний, совершаемых военнослужащими, законодатель, таким образом, должен установить, к какому виду относятся общественные отношения, подлежащие уголовно-правовой охране, и, соответственно, учесть воинскую составляющую путем законодательного закрепления общеуголовного или специально-воинского запрета и (или) соответствующего специально-воинского предписания в Общей части уголовного закона.

Как правило, деяние становится общественно опасным, когда появляются новые общественные отношения (объект посягательства) или повышаются социальное значение причиняемого объекту посягательства вреда либо опасность способа совершения правонарушения¹⁸. И наоборот, деяние теряет свою общественную опасность при исчезновении общественных отношений, охраняемых уголовным законом, или при утрате степени общественной опасности, ранее требовавшей установления уголовно-правового запрета¹⁹.

Распространенность деяний среди военнослужащих означает, что они представляют собой явления в виде человеческой деятельности, имеющей место в ходе прохождения военной

¹⁷ Устав внутренней службы ВС РФ. Ст. 25 // *Общевойские уставы Вооруженных Сил Российской Федерации*. М. : Эксмо, 2014. С. 15.

¹⁸ *Прокументов Л. М. Криминализация и декриминализация деяний*. С. 35.

¹⁹ *Прокументов Л. М. Криминализация и декриминализация деяний*. С. 36.

службы, а не единичные факты поведения, поскольку уголовное право содержит в себе правила общего характера, рассчитанные не на единичное, а на неоднократное применение²⁰.

Вместе с тем в доктрине уголовного права преобладает мнение, что не подлежат криминализации всеобщие и чрезвычайно широко распространенные деяния, так как они перестают носить характер поведения, отклоняющегося от социальных норм (даже если носят общественно опасный характер), и практически исключается действие уголовно-нормативного предписания в силу того, что с реализацией уголовной ответственности не справилась бы система уголовной юстиции²¹.

В частности, на масштабы воинской преступности указывают следующие статистические данные. Так, военнослужащие на 2019 г. составляли 0,54 % в структуре населения России²². Если исходить из статистических данных о судимости лиц, проходящих военную службу, то можно заключить, что за последние 5 лет шел процесс снижения числа почти всех учтенных преступлений, совершенных этими лицами. В частности, в 2015 г. было осуждено 5 146 чел., в 2016 г. — 4 614 чел., в 2017 г. — 4 216 чел., в 2018 г. — 3 784 чел., а в 2019 г. — 3 872 чел.²³ Однако эти статистические данные не свидетельствуют в полной мере об уменьшении воинской преступности по следующим причинам. Во-первых, в связи с сокращением общей численности военнослужащих в России. Так, в период с 2015 г. по первую половину 2018 г. их численность колебалась в пределах 1 млн чел.²⁴ С середины 2018 г. по 2019 г. она уменьшилась до 798 тыс. чел.²⁵ Во-вторых, как отмечается в специальной литературе, преступления, совершаемые военнослужащими, характеризу-

ются высокой степенью латентности. Помимо общих причин латентности этой преступности, на сокрытие от регистрации преступлений военнослужащих значительно влияет высокая степень закрытости воинских формирований и объектов, а также строгая ответственность командного состава за противоправное поведение подчиненных, среди которых преобладают мужчины молодого возраста²⁶.

Указанное в определенной мере свидетельствует о сохранении достаточно высокого уровня общественной опасности преступлений, совершаемых военнослужащими, и о значительном пласте их девиантного поведения, разрушающего воинский правопорядок, боеготовность и боеспособность войск.

Выявляя общественную опасность и распространенность деяния, законодатель должен одновременно устанавливать и необходимость воздействия на это поведение другими, не уголовно-правовыми средствами (административного, гражданского и других отраслей права). Для военнослужащих такими средствами прежде всего являются меры дисциплинарного воздействия, установленные военным законодательством России. Надо отметить, что противодействие некоторым из правонарушений военнослужащих (например, алкоголизму, непринятию военнослужащим мер по предупреждению или пресечению дисциплинарного проступка, умышленной порче документа, удостоверяющего личность военнослужащего РФ, заведомо незаконному привлечению военнослужащего к дисциплинарной или материальной ответственности и т.д.) с помощью уголовного права невозможно. Более того, если для противодействия отдельным правонарушениям военнослужащих в военном, административном

²⁰ Прокументов Л. М. Криминологические условия криминализации и декриминализации деяний // Вестник Томского государственного университета. 2012. № 4 (6). С. 54.

²¹ Прокументов Л. М. Криминологические условия криминализации и декриминализации деяний. С. 54.

²² Данный показатель рассчитан исходя из соотношения численности постоянного населения России на 1 января 2019 г. — 146 781 095 чел. (URL: <https://ru.wikipedia.org>) и численности военнослужащих на это время — 798 000 чел. (см.: Численность Армии России в 2019 г. // URL: <https://contract-army.ru>).

²³ Отчеты о привлечении к уголовной ответственности и о применяемых видах уголовных наказаний за 2015—2019 гг. // Судебный департамент при Верховном Суде РФ. URL: <https://cdep.sudrf.ru/index.php?id=79>.

²⁴ Как менялась штатная численность Вооруженных Сил РФ. Досье // URL: <https://tass.ru/>; Указ Президента РФ от 28.03.2017 № 127 «О штатной численности Вооруженных Сил Российской Федерации» // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: www.pravo.gov.ru. 29.03.2017.

²⁵ Численность Армии России в 2019 г. // URL: <https://contract-army.ru>.

²⁶ Оноколов Ю. П. Латентная преступность военнослужащих // Военно-юридический журнал. 2011. № 8. С. 7—11; Криминология : учебник / под ред. проф. В. Д. Малкова. М. : Юстицинформ, 2006. С. 480—481.

или гражданском законодательстве появятся достаточно эффективные не уголовно-правовые средства, то целесообразна декриминализация таких деяний. По мнению Л. М. Прокументова, такой подход обусловлен общей политикой гуманизации уголовного законодательства и снижения по мере возможности его репрессии²⁷.

На следующей стадии оценивается природа деяний, что предполагает, как отмечалось выше, проведение анализа ряда условий, непосредственно влияющих на меру общественной опасности этих поведенческих актов.

При оценке социально-экономических условий анализируется влияние на меру общественной опасности того или иного деяния экономического строя государства, форм оборота и распределения общественных благ, уровня общего благосостояния населения и т.д.²⁸ Так, исследуя преступность военнослужащих, В. Е. Эминов и И. М. Мацкевич пришли к выводу, что это явление прямо пропорционально зависит от уровня стабильности общества (и прежде всего экономической): чем менее стабильно общество, тем более высокий уровень преступности в войсках²⁹.

Оценивая социально-экономические условия установления уголовной ответственности и наказания военнослужащих, как отмечает В. М. Абдуллаев, основываясь на распространенном в науке уголовного права мнении, законодатель должен исходить из следующего алгоритма:

- а) изучить статистические показатели воинских правонарушений соответствующего вида (изучить оперативные донесения, приказы и иные документы органов военного управления о состоянии воинской дисциплины);
- б) изучить соотношение воинских правонарушений соответствующего вида и воинских преступлений;
- в) изучить количество воинских правонарушений определенного вида;
- г) произвести расчет экономических потерь, связанных с исключением военнослужащего из сферы военно-служебных отношений;

д) рассчитать нагрузку на органы военной юстиции (расходы на годовое денежное довольствие личного состава и обновление материально-технической базы военной юстиции);

е) рассчитать потребности пенитенциарных и военнопенитенциарных учреждений;

ж) получить конечные результаты.

Складывая суммы перечисленных показателей, законодатель устанавливает ориентировочные расходы на введение нового уголовно-нормативного предписания³⁰.

Оценка политических условий происходит исходя из анализа политической системы общества, структуры государственной власти и системы государственных органов, места политических партий и общественных организаций этой системы, а также их деятельности, роли и места личности в государстве и обществе³¹. Так, особое положение Вооруженных Сил РФ в политической системе общества, в структуре государственной власти и системе государственных органов, их реформирование, особенности правового статуса военнослужащих, предписания военной доктрины и усовершенствование юридических технологий повлекли за собой необходимость усовершенствования не только военного, но и уголовного законодательства. Например, УК РФ 1996 г., в сравнении с ранее действовавшим уголовным законодательством, доставшимся нам от СССР, содержит более развернутую систему специально-воинских нормативных предписаний Общей части и значительно урезанную систему этих предписаний в его Особой части. В частности, в Общей части УК РФ появились специальные и специально-воинские предписания: об ответственности за совершение преступления на военном корабле или военном воздушном судне РФ и за преступления, совершенные на территории иностранного государства; о новых видах военных наказаний; об освобождении военнослужащих от уголовных наказаний в связи с болезнью и т.д. В то же время из Особой части была исключена часть специально-воинских соста-

²⁷ Прокументов Л. М. Криминологические условия криминализации и декриминализации деяний. С. 55—56.

²⁸ Прокументов Л. М. Криминологические условия криминализации и декриминализации деяний. С. 46.

²⁹ Эминов В. Е., Мацкевич И. М. Преступность военнослужащих: исторический, криминологический, социально-правовой анализ. М., 1999. С. 29.

³⁰ Абдуллаев З. М. Теоретические основы криминализации воинских общественно опасных деяний : дис. ... канд. юрид. наук. М., 1991. С. 101—103.

³¹ Прокументов Л. М. Криминологические условия криминализации и декриминализации деяний. С. 49.

вов преступлений, например самовольная отлучка, разглашение военной тайны, воинские должностные преступления и т.д., а также преступления, совершаемые военнослужащими в военное время либо в боевой обстановке³².

Социально-психологические условия оцениваются путем анализа исторических правовых традиций, обычаев, характера межличностного общения, уровня правосознания³³, а также социальных ценностей, приоритетных интересов общества в данный период времени³⁴. Например, действующий УК РФ традиционно содержит, как отмечалось, систему специально-воинских предписаний в Общей и Особенной частях. В то же время, учитывая реалии переоценки обществом социальных ценностей, законодатель все больше отдает предпочтение универсальному способу регулирования уголовной ответственности военнослужащих за совершение преступлений, посягающих на общественные отношения, которые вытекают из общегражданского правопорядка и быта³⁵.

При оценке криминалистических условий проводится анализ: конституционной и уголовно-политической адекватности деяний; системно-правовой непротиворечивости; международно-правовой необходимости (необходимость выполнения международных обязательств) и допустимости криминализации; процессуальной осуществимости преследования; отсутствия пробелов или чрезмерной запрессенности; определенности и единства терминологии; полноты состава; соразмерности санкции и экономии репрессии³⁶.

Основываясь на перечисленных критериях, уголовно-нормативные предписания действующего УК РФ, устанавливающие ответственность и наказание военнослужащих, нельзя назвать эффективными. Наиболее ярко это проявляется, например, в системно-правовой противоречивости указанных предписаний. Так, согласно ч. 3 ст. 331 УК РФ, военнослужащие за совершение воинских преступлений в военное время либо в боевой обстановке будут нести

уголовную ответственность в соответствии со специальным законом военного времени (этот закон не принят). В то же время ч. 1 ст. 1 и ч. 1 ст. 3 УК РФ предусматривают, что преступность и наказуемость деяния должны устанавливаться исключительно уголовным законом. Вновь принятые законы, предусматривающие уголовную ответственность, должны быть имплементированы в УК РФ. Нормативные предписания о воинских преступлениях также не согласованы с общеуголовными предписаниями в части установления видов и размеров наказаний и с военным законодательством.

Стадия прогнозирования эффективности действия будущего уголовно-нормативного предписания и ее оценки включает в себя анализ реальной возможности, результативности и действенности применения этого положения, а также констатацию выводов о допустимости, а в итоге о целесообразности установления соответствующего запрета.

В юридической литературе выделяют два уровня эффективности нормативных предписаний:

- 1) юридическую эффективность нормативного предписания, характеризующую соответствием поведения адресатов требуемому поведению, указанному в норме;
- 2) социальную эффективность нормативного предписания, эталоном оценки которой является, как правило, не само поведение адресатов, а более отдаленная социальная цель, находящаяся вне непосредственной сферы правового регулирования³⁷.

Данное утверждение полностью касается и прогнозируемой эффективности уголовно-нормативных предписаний об ответственности военнослужащих.

В первом случае законовед должен быть убежден, что положительные результаты поведения адресатов будущего уголовно-нормативного предписания превзойдут неизбежные отрицательные последствия. Для этого должен быть проведен анализ всевозможных

³² См.: Бодаевский В. П. Указ. соч. С. 88—95.

³³ Прокументов Л. М. Криминологические условия криминализации и декриминализации деяний. С. 49—50.

³⁴ См.: Бодаевский В. П. Указ. соч. С. 88—95.

³⁵ См.: Бодаевский В. П. Указ. соч. С. 88—95.

³⁶ См.: Основание уголовно-правового запрета: криминализация и декриминализация / под ред. В. Н. Кудрявцева, А. М. Яковлева. М. : Наука, 1982. С. 21—211.

³⁷ См.: Эффективность правовых норм : монография / В. Н. Кудрявцев, В. И. Никитинский, И. С. Самощенко [и др.]. М. : Юрид. лит., 1980. С. 49.

последствий криминализации. Эффективной можно считать только такую криминализацию, которая будет полностью отражать реальную общественную опасность деяния, а не воображаемую (придуманную)³⁸. Во втором случае эффективность напрямую связана с целями и задачами, которые стоят как перед уголовным законом в целом, так и перед конкретным уголовно-нормативным предписанием. Если эти цели и задачи будут достигаться и выполняться, то можно говорить об эффективности уголовно-правовых положений, если же нет, то об их неэффективности. Как отметил Я. Н. Ермолович, уголовное преследование по воинским преступлениям носит исключительно публичный характер, при этом права потерпевшего, его отношение к преступлению и преступнику приобретают второстепенную роль. Соответственно, примирение сторон по делам о воинских преступлениях недопустимо³⁹. В некоторых общеуголовных преступлениях, совершенных военнослужащими, это возможно (например, в случае причинения вреда здоровью гражданских лиц и совершения хищения).

Основной социальной целью специально-воинских нормативных предписаний УК РФ, как указывалось, является обеспечение воинского правопорядка, однако для общеуголовных предписаний она является второстепенной, но должна учитываться законодателем.

Реализуется эта цель посредством разрешения следующих задач: а) предупреждение преступлений; б) пресечение и раскрытие преступлений; в) привлечение виновных лиц к уголовной ответственности; г) исполнение воинских наказаний и т.д.⁴⁰

Анализ юридической литературы показывает, что эффективность уголовного законодательства, устанавливающего уголовную ответственность и наказание военнослужащих, определяется через:

- 1) соответствие нормативных предписаний фактически существующим общественным отношениям и конкретно-историческим условиям;

- 2) внутреннюю согласованность нормативных предписаний между собой;
- 3) согласованность уголовно-нормативных предписаний с предписаниями других отраслей права, прежде всего военного;
- 4) соответствие уголовно-нормативных предписаний теории уголовного права;
- 5) логическую непротиворечивость уголовно-нормативных предписаний;
- 6) полноту действия уголовно-нормативных предписаний (отсутствие пробелов законодательства и ошибок в квалификации)⁴¹.

Конкретными критериями эффективности уголовной ответственности и наказания военнослужащих, исходя из судебной статистики, служат: 1) уровень, структура и динамика рецидивной преступности; 2) количество приговоров, в которых назначено наказание ниже низшего предела, согласно ст. 64 УК РФ; 3) количество приговоров с назначением наказания условно; 4) поведение осужденного во время и после отбывания наказания и лиц, освобожденных от уголовной ответственности и наказания по «нереабилитирующим» основаниям⁴².

Кроме того, оценивая эффективность уголовно-нормативного предписания законодатель должен учитывать реальную возможность противодействия этому деянию (прежде всего правильно его квалифицировать).

Четвертая стадия характеризуется тем, что законодатель, анализируя материалы и результаты предыдущих стадий криминализации, должен ответить на вопросы: есть ли необходимость закрепления запрета в уголовно-нормативном предписании и каким оно должно быть — специально-воинским или общеуголовным? По нашему мнению, следует согласиться с позицией тех ученых (например, А. Д. Нечаева), которые считают, что установление такой необходимости должно являться следствием процесса определения социальной обусловленности уголовно-нормативного предписания и единственным основанием для создания уголовно-нормативного предписания, его отмены или изменения⁴³. Главным аргументом в пользу

³⁸ См.: Прокументов Л. М. Криминологические условия криминализации и декриминализации деяний. С. 58.

³⁹ Ермолович Я. Н. Указ. соч. С. 290.

⁴⁰ См.: Ермолович Я. Н. Указ. соч. С. 290.

⁴¹ См.: Ермолович Я. Н. Указ. соч. С. 463.

⁴² См.: Ермолович Я. Н. Указ. соч. С. 463—464.

⁴³ Нечаев А. Л. Концептуальные основы и теоретическое моделирование криминализации и декриминализации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2017. С. 22.

этого утверждения, по нашему мнению, является тот факт, что обратное указывало бы на ничемность такого предписания, а его принятие — на чрезмерность уголовно-правовой репрессии и нарушение принципов справедливости (ст. 6 УК РФ) и гуманизма (ст. 7 УК РФ).

Таким образом, подводя итоги, можно констатировать, что выявление социальной обусловленности уголовно-нормативного предписания об ответственности и о наказании военнослужащих является одной из важных задач современной науки уголовного права, что вызывает необходимость в разработке единого подхода к структуре и содержанию этого процесса. Наиважнейшим шагом в данном направлении, несомненно, следует считать установление теоретико-правовой сути данной обусловленности.

Исходя из указанного, нами предлагается следующая ее определение — это соответствие уголовно-нормативных предписаний, устанавливающих ответственность и наказание за преступное поведение военнослужащих, вытекающей из потребностей общества объективной необходимости в уголовно-правовой охране воинского правопорядка и других наиболее

важных для личности, общества и государства общественных отношений.

Особенность определения социальной обусловленности установления уголовной ответственности и наказания военнослужащих заключается в том, что законодатель на соответствующих стадиях криминализации (декриминализации) и пенализации (депенализации) того или иного деяния должен разрешить следующие вопросы: а) имеет ли такое деяние ярко выраженный воинский характер, т.е. посягает ли оно непосредственно на воинский правопорядок; б) обладает ли данное деяние общественной опасностью, если да, то отличается ли она от сходных общеуголовных преступлений; в) возможно ли эффективное противодействие этому деянию путем установления общеуголовного запрета (если да, то вводить аналогичный состав воинского преступления нецелесообразно); г) необходимо ли закрепить в Общей части уголовного закона соответствующие специально-воинские предписания, чтобы учесть воинскую составляющую при применении к военнослужащим предписаний его Особенной части, предусматривающих прежде всего общеуголовные запреты.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Абдуллаев З. М.* Теоретические основы криминализации воинских общественно опасных деяний : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1991. — 177 с.
2. *Бодаевский В. П.* Общественная опасность деяния как критерий, детерминирующий особенности правового регулирования уголовной ответственности военнослужащих // Ученые записки КФУ имени В. И. Вернадского. Юридические науки. — 2019. — Т. 5 (71). — № 3. — С. 88—95.
3. Военно-уголовное право : учебник / под ред. Х. М. Ахметшина, О. К. Зателепина. — М. : За права военнослужащих, 2008. — Вып. 93. — 384 с.
4. *Гамидов Р. Т.* Социальная обусловленность уголовной наказуемости // Бизнес в законе. — 2014. — № 6. — С. 46—49.
5. *Евстратов Ю. И.* Некоторые вопросы теории криминализации // Проблемы теории и практики борьбы с преступностью : сборник статей. — Томск, 1982. — С. 56—62.
6. *Ермолович Я. Н.* Теоретико-правовые основы военно-уголовной политики в Российской Федерации : монография. — М. : Юрлитинформ, 2012. — 576 с.
7. Криминология : учебник / под ред. проф. В. Д. Малкова. — М. : Юстицинформ, 2006. — 528 с.
8. *Кудрявцев В. Н.* Научные предпосылки криминализации // Криминология и уголовная политика. — М. : Изд-во ИГиП АН СССР, 1985. — С. 105—108.
9. *Лопашенко Н. А.* Уголовная политика. — М. : Волтерс Клувер, 2009. — 579 с.
10. *Нечаев А. Л.* Концептуальные основы и теоретическое моделирование криминализации и декриминализации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Саратов, 2017. — 33 с.
11. *Оноколов Ю. П.* Латентная преступность военнослужащих // Военно-юридический журнал. — 2011. — № 8. — С. 7—11.
12. Основание уголовно-правового запрета: криминализация и декриминализация / под ред. В. Н. Кудрявцева, А. М. Яковлева. — М. : Наука, 1982. — 303 с.

13. Прокументов Л. М. Криминологические условия криминализации и декриминализации деяний // Вестник Томского государственного университета. Право. — 2012. — № 4 (6). — С. 56—62.
14. Прокументов Л. М. Криминализация и декриминализация деяний. — Томск : Изд-во Томского университета, 2012. — 142 с.
15. Пудовочкин Ю. Е. Оценка судом общественной опасности преступления : научно-практическое пособие. — М. : РГУП, 2019. — 224 с.
16. Словарь военных терминов / сост. А. М. Плехов, С. Г. Шапкин. — М. : Воениздат, 1988. — 335 с.
17. Тер-Акопов А. А. Развитие системы советского военно-уголовного законодательства // 50 лет военно-юридического образования в СССР : сборник докладов науч.-практ. конференции. — М., 1987. — С. 113—122.
18. Уголовное право Российской Федерации. Общая часть : учебник для вузов / под ред. В. С. Комиссарова, Н. Е. Крыловой, И. М. Тяжковой. — М. : Статут, 2012. — 879 с.
19. Фефелов П. А. Критерии установления уголовной наказуемости деяний // СГП. — 1970. — № 11. — С. 101—105.
20. Шулепов Н. А. Теоретические основы реализации уголовной ответственности военнослужащих : дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2001. — 224 с.
21. Эминов В. Е., Мацкевич И. М. Преступность военнослужащих: исторический, криминологический, социально-правовой анализ. — М. : Пенаты, 1999. — 262 с.
22. Эффективность правовых норм : монография / В. Н. Кудрявцев, В. И. Никитинский, И. С. Самощенко [и др.]. — М. : Юридическая литература, 1980. — 280 с.

Материал поступил в редакцию 16 февраля 2020 г.

REFERENCES

1. Abdullaev ZM. Eeoreticheskie osnovy kriminalizatsii voinskikh obshchestvenno opasnykh deyaniy: dis. ... kand. jurid. nauk [Theoretical bases of criminalization of military socially dangerous acts: Cand. Sci. (Law) Thesis]. Moscow; 1991. (In Russ.)
2. Bodaevskiy VP. Obshchestvennaya opasnost deyaniya kak kriteriy, determiniruyushchiy osobnosti pravovogo regulirovaniya ugolovnoy otvetstvennosti voennosluzhashchikh [Public danger of an act as a criterion determining the features of legal regulation of criminal liability of military personnel]. *Uchenye zapiski KFU imeni V.I. Vernadskogo. Yuridicheskie nauki*. 2019;5(71)(3):88-95. (In Russ.)
3. Akhmetshin KhM, Zatelepin OK, editors. Voенно-ugolovnoe pravo: uchebник [Military criminal law: the textbook]. Issue 93. Moscow: Za prava voennosluzhashchikh; 2008. (In Russ.)
4. Gamidov RT. Sotsialnaya obuslovlennost ugolovnoy nakazuemosti [Social conditionality of criminal punishability]. *Biznes v zakone [Business in Law]*. 2014;6:46-49. (In Russ.)
5. Evstratov Yul. Nekotorye voprosy teorii kriminalizatsii [Some questions of the theory of criminalization]. In: Problemy teorii i praktiki borby s prestupnostyu: sbornik statey [Problems of theory and practice of fighting crime: collection of papers]. Tomsk; 1982. P. 56-62. (In Russ.)
6. Ermolovich YaN. Teoretiko-pravovye osnovy voенно-ugolovnoy politiki v Rossiyskoy Federatsii: monografiya [Theoretical and legal bases of military criminal policy in the Russian Federation: monograph]. Moscow: Yurlitinform; 2012. (In Russ.)
7. Malkov VD, editor. Kriminologiya: uchebник [Criminology: a Textbook]. Moscow: Justitsinform; 2006. (In Russ.)
8. Kudryavtsev VN. Nauchnye predposylki kriminalizatsii [Scientific prerequisites for criminalization]. In: Kriminologiya i ugolovnaya politika [Criminology and criminal policy]. Moscow: Izd-vo IGIP AN SSSR; 1985. P. 105-108. (In Russ.)
9. Lopashenko NA. Ugolovnaya politika [Criminal policy]. Moscow: Wolters Kluwer; 2009. (In Russ.)
10. Nechaev AL. Kontseptualnye osnovy i teoreticheskoe modelirovanie kriminalizatsii i dekriminalizatsii: avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk [Conceptual foundations and theoretical modeling of criminalization and decriminalization: Author's abstract of Cand. Sci. (Law) Thesis]. Saratov; 2017. (In Russ.)
11. Onokolov YuP. Latentnaya prestupnost voennosluzhashchikh [Latent criminality of military personnel]. *Voенно-yuridicheskiy zhurnal [Military law journal]*. 2011;8:7-11. (In Russ.)

12. Kudryavtsev VN, Yakovlev AM, editors. Osnovanie ugolovno-pravovogo zapreta: kriminalizatsiya i dekriminalizatsiya [The basis of criminal-legal prohibition: criminalization and decriminalization]. Moscow: Nauka; 1982. (In Russ.)
13. Prozumentov LM. Kriminologicheskie usloviya kriminalizatsii i dekriminalizatsii deyanii [Criminological conditions for criminalization and decriminalization of acts]. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta. Pravo [Tomsk State University Journal. Law]*. 2012;4(6):56-62. (In Russ.)
14. Prozumentov LM. Kriminalizatsiya i dekriminalizatsiya deyanii [Criminalization and decriminalization of acts]. Tomsk: Tomsk University Publishing house; 2012. (In Russ.)
15. Pudovochkin YuE. Otsenka sudom obshchestvennoy opasnosti prestupleniya: nauchno-prakticheskoe posobie [Assessment by the court of the public danger of a crime: A scientific and practical guide]. Moscow: RGUP; 2019. (In Russ.)
16. Plekhov AM, Shapkin SG, editors, Slovar voennykh terminov [Dictionary of military terms]. Moscow: Voenizdat; 1988. (In Russ.)
17. Ter-Akopov AA. Razvitie sistemy sovetskogo voenno-ugolovnogo zakonodatelstva [Development of the system of Soviet military-criminal legislation]. In: *50 let voenno-yuridicheskogo obrazovaniya v SSSR: sbornik dokladov nauch.-prakt. konferentsii [50 years of military-legal education in the USSR: collection of scientific and practical conference reports]*. Moscow; 1987. P. 113-122. (In Russ.)
18. Komissarov VS, Krylova NE, Tyazhkova IM, editors. Ugolovnoe pravo Rossiyskoy Federatsii. Obshchaya chast: uchebnyk dlya vuzov [Criminal law of the Russian Federation. General part: A textbook for universities]. Moscow: Statut; 2012. (In Russ.)
19. Fefelov PA. Kriterii ustanovleniya ugolovnoy nakazuemosti deyanii [Criteria for establishing criminal punishability of acts]. *SGP*. 1970;11:101-105. (In Russ.)
20. Shulepov NA. Teoreticheskie osnovy realizatsii ugolovnoy otvetstvennosti voennosluzhashchikh: dis. ... d-ra yurid. nauk [Theoretical bases of realization of criminal responsibility of military personnel: Dr.Sci. (Law) Dissertation]. Moscow; 2001. (In Russ.)
21. Eminov VE, Matskevich IM. Prestupnost voennosluzhashchikh: istoricheskiy, kriminologicheskiy, sotsialno-pravovoy analiz [Criminality of military personnel: historical, criminological, social and legal analysis]. Moscow: Penaty; 1999. (In Russ.)
22. Kudruabtsev VN, Nikitinskiy VI, Samoshchenko IS, et al. Effektivnost pravovykh norm: monografiya [Effectiveness of legal norms: monograph]. Moscow: Yuridicheskaya literatura; 1980. (In Russ.)

DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.110-121

А. Б. Смушкин*

О природе электронной цифровой криминалистики

Аннотация. В статье обращается внимание на активизацию преступного использования электронной техники, с одной стороны, и цифровизацию криминалистической деятельности по расследованию преступлений, с другой стороны. Констатируется необходимость разработки единой концепции электронной цифровой криминалистики. В статье проанализированы взгляды на сущность указанной концепции и аналогичных концепций иных ученых. Обоснованной критике подвергаются идеи выделения новой отрасли, раздела или подраздела в криминалистике. Исследуя основные мнения ученых по поводу критериев выделения частных теорий в криминалистике, автор делает вывод, что частная теория электронной цифровой криминалистики (обнаружения, фиксации, изъятия, исследования и использования электронной информации и информационно-технологических устройств) полностью удовлетворяет основным требованиям, предъявляемым к частным криминалистическим теориям. Относительно места рассматриваемой частной теории в системе криминалистики обоснованной критике подвергается как размещение данной частной теории в разделе «Криминалистическая техника», так и выделение в рассматриваемой сфере двух отдельных частных теорий, имеющих соответственно технический и тактический характер. Автор констатирует, что концептуальные вопросы частной теории электронной цифровой криминалистики (собирания, исследования и использования электронной цифровой информации и информационно-технологических устройств) должны рассматриваться в рамках раздела «Общая теория криминалистики». В статье подробно рассматривается место данной частной теории в системе иных частных теорий криминалистики и взаимосвязь с ними, а также указывается на ее связь с другими науками, в первую очередь с кибернетикой и информатикой, информационным правом, уголовным процессом, теорией доказательств, теорией оперативно-розыскной деятельности, судебной экспертизой, общей, юридической и кибернетической лингвистикой.

Ключевые слова: общая теория криминалистики; электронная цифровая криминалистика; частная криминалистическая теория; электронная цифровая информация; электронный носитель информации; подраздел криминалистики.

Для цитирования: Смушкин А. Б. О природе электронной цифровой криминалистики // Lex russica. — 2020. — Т. 73. — № 6. — С. 110—121. — DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.110-121.

The Nature of Electronic Digital Forensics

Aleksandr B. Smushkin, Cand. Sci. (Law), Docent, Associate Professor of the Department of Criminalistics, Saratov State Law Academy, Associate Professor of the Department of Criminal Law and Procedure, the Volga Region Institute (Branch) of the All-Russian State University of Justice (RLA of the Ministry of Justice of Russia), Saratov
ul. Volskaya, d. 1, Saratov, Russia, 410056
skif32@yandex.ru

Abstract. The paper draws attention to the intensification of criminal use of electronic technology, on the one hand, and the digitalization of forensic activities to investigate crimes, on the other hand. It is stated that it is necessary to develop a unified concept of electronic digital criminalistics. The paper analyzes the views on the

© Смушкин А. Б., 2020

* Смушкин Александр Борисович, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры криминалистики Саратовской государственной юридической академии, доцент кафедры уголовного права и процесса Поволжского института (филиала) Всероссийского государственного университета юстиции (РПА Минюста России) в г. Саратове
Вольская ул., д. 1, г. Саратов, Россия, 410056
skif32@yandex.ru

essence of this concept and similar concepts of other scientists. The ideas of allocating a new branch, section or subsection in criminology are subject to reasonable criticism.

Investigating the main opinions of scientists on the criteria for distinguishing private theories in criminology, the author concludes that the private theory of electronic digital criminology (detection, fixation, seizure, research and use of electronic information and information technology devices) fully meets the basic requirements for private forensic theories. Regarding the place of the considered private theories in the criminology we can see justified criticism of the private placement of this theory in the section "Forensic engineering", and the distinction between two individual theories that are, respectively, technical and tactical in nature. The author states that the conceptual issues of the private theory of electronic digital criminology (collection, research and use of electronic digital information and information technology devices) should be considered in the section "General theory of criminology".

The paper discusses in detail the place of this particular theory in the system of other private theories of criminology and its relationship with them, as well as its relationship with other sciences, primarily with cybernetics and computer science, information law, criminal procedure, the theory of evidence, the theory of operational investigative activities, forensic expertise, general, legal and cybernetic linguistics.

Keywords: general theory of forensic science; digital forensics; private criminalistic theory; digital information; electronic storage media; subsection criminology.

Cite as: Smushkin AB. O prirode elektronnoy tsifrovoy kriminalistiki [The Nature of Electronic Digital Forensics]. *Lex russica*. 2020;73(6):110-121. DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.110-121. (In Russ., abstract in Eng.).

Широкое распространение электронных устройств и активное их использование в ходе совершения преступлений, с одной стороны, и усиливающаяся цифровизация следственной деятельности, с другой стороны, приводят к необходимости активизации научных разработок в области комплексного противодействия киберпреступлениям, их расследования и раскрытия, а также применения соответствующих электронных технологий в процессуальной деятельности.

В наших предыдущих публикациях мы указали на необходимость ограничить предполагаемую теорию от остальных информационно-коммуникативных технологий сочетанием категорий «электронная» и «цифровая» и использованием наименования «Электронная цифровая криминалистика»¹. При этом основным содержанием данной концепции мы видим собирание, исследование и использование электронной цифровой информации и информационно-технологических устройств.

Необходимо определиться с сутью и природой электронной цифровой криминалистики (и иных аналогичных теорий, предлагаемых авторами) и ее местом в системе криминалистики. По этому поводу до сих пор прослеживается дискуссия в криминалистических публикациях.

Н. Н. Федотов рассматривает предлагаемую им форензику в качестве прикладной науки, основным направлением исследований которой является раскрытие преступлений, связанных с компьютерной информацией. Кроме того, существенное внимание в данной науке он уделяет понятию «цифровые доказательства», их поиску, получению, закреплению и исследованию. В данном подходе подчеркивается полностью самостоятельная природа форензики и выделение ее в самостоятельную науку. Однако нам представляется, что самостоятельность науки должна обуславливаться рядом критериев, характеризующих не только своеобразие объекта и предмета, но и специфичность целей, задач, методов, функций науки. Сфера же целей, задач и функций форензики лежит в области «классической» криминалистики.

Н. В. Шухова и А. Л. Снигирев понимают под форензикой, или криминалистической информатикой, *подраздел* (здесь и далее выделение наше. — А. Б.) криминалистики². Учитывая предлагаемые ими задачи этого подраздела, не совсем понятно место, которое данные авторы выделяют форензике в отечественной криминалистике. И сами они не указывают предлагаемый вариант. Р. А. Дерюгин и А. А. Жижелева

¹ Смушкин А. Б. К вопросу о наименовании теории «Электронная цифровая криминалистика» // Проблемы уголовного процесса, криминалистики и судебной экспертизы. 2019. № 1 (13). С. 15—21.

² Шухова Н. В., Снигирев А. Л. О роли форензики в криминалистическом обеспечении расследования преступлений // XX Международная научная конференция «Информатизация и информационная безопасность правоохранительных органов», Москва, 24—25 мая 2011 г. М., 2011. С. 331.

также считают данную сумму знаний подразделом криминалистики³. В последующем, правда, Р. А. Дерюгин подверг ревизии указанный подход и отнес рассматриваемую частную теорию к подразделам криминалистической техники⁴. Дидактически неверным представляется нам даже выделение подразделов в рамках криминалистической техники. Спецификой, позволяющей разграничить отрасль и подраздел, на наш взгляд, должны служить наличие внутренних структурных элементов у подраздела, высокий уровень общности, важности решаемых задач, большой объем систематизированной информации, специфичность средств, приемов и методов. Кроме того, традиционно элементами разделов криминалистики являются отрасли, а не подразделы. При этом сами авторы периодически (в рамках одной статьи) меняют подход к рассматриваемой теории, предлагая то указанный выше подраздел криминалистической техники, то цифровую криминалистику как отдельное направление криминалистической науки. Представляется, что криминалистическое исследование электронных носителей информации и цифровых следов с электронной цифровой криминалистикой сочетается как часть и целое, где целое — это электронная цифровая криминалистика.

К. Е. Домин относит «криминалистическое исследование электронных носителей информации к разделу «криминалистическая техника»⁵. Представляется, что названная им теория может войти составным элементом в более крупные теоретические построения: частную

теорию информационно-компьютерного обеспечения расследования, киберкриминалистику или предлагаемую нами электронную цифровую криминалистику.

П. С. Пастухов считает компьютерную криминалистику «отраслью», правда без конкретизации раздела криминалистики — «отрасль знаний, умений и навыков»⁶. Однако с учетом анализа его работ можно сделать вывод, что данную отрасль он рассматривает в качестве части криминалистической техники. Следует позитивно оценить использование П. С. Пастуховым нового взгляда, выражающегося в указании на набор компетенций, в области «деятельности по выявлению информационных преступлений», а также «криминалистического исследования электронной доказательственной информации»⁷. Такой подход отвечает современному компетентностному подходу к подготовке обучающихся. Кроме определения компьютерной криминалистики как части науки, он также подчеркивает, что это «новый вид деятельности, связанный с работой с цифровыми следами преступлений»⁸.

Таким образом, многие авторы рассматривают узконаправленные частные теории, отрасли, подотрасли или подразделы, входящие только в раздел «Криминалистическая техника», вне зависимости от их наименования и структурной характеристики, однако имеются и другие взгляды.

М. А. Романенко дифференцировал исследования в интересующем нас направлении на три группы⁹:

³ Дерюгин Р. А., Жижелева А. А. Перспективы развития цифровой криминалистики в условиях информационного общества // Технологии XXI века в юриспруденции : материалы Всерос. науч.-практ. конференции (Екатеринбург, 24 мая 2019 г.) / под ред. Д. В. Бахтеева. Екатеринбург : Уральский государственный юридический университет, 2019.

⁴ Дерюгин Р. А. Криминалистика в условиях информатизации общества // Академическая мысль. 2019. № 3 (8). С. 64.

⁵ Домин К. Е. К вопросу о выделении криминалистического исследования электронных носителей информации как новой отрасли криминалистической техники // Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2013. № 5 (10). С. 176—177.

⁶ Пастухов П. С., Лосавио М. Использование информационных технологий для обеспечения безопасности личности, общества и государства // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2017. Вып. 36. С. 231—236.

⁷ Пастухов П. С., Лосавио М. Использование информационных технологий для обеспечения безопасности личности, общества и государства // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2017. Вып. 36. С. 231—236.

⁸ Пастухов П. С. О необходимости развития компьютерной криминалистики // Пермский юридический альманах. 2018. № 1. С. 453.

⁹ Романенко М. А. Новый подход к содержанию системы криминалистической техники // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2008. Вып. 2 (2). С. 116—117.

1. Разработка конкретных частных методик расследования преступлений в сфере компьютерной информации (Л. Н. Соловьев, В. Б. Вехов, В. А. Мещеряков)¹⁰.
2. Разработка тактических аспектов отдельных следственных действий, направленных на обнаружение, фиксацию и изъятие электронно-цифровой техники и программных средств в качестве вещественных, электронных доказательств или «иных документов» (О. Я. Баев)¹¹.
3. Экспертологические исследования в области судебной компьютерно-технической экспертизы (Е. Р. Россинская)¹².

Однако представляется, что вывод М. А. Романенко по многим авторам построен на рассмотрении отдельных, изолированных статей. Так, к 2008 г. В. Б. Веховым уже была высказана и обоснована концепция криминалистического компьютероведения — «криминалистического учения об исследовании и использовании компьютерной информации и средств ее обработки»¹³. В. А. Мещеряков является одним из основоположников идеи цифровой криминалистики как частной теории, аккумулирующей технические, тактические и методические элементы. Кроме того, многие упомянутые ученые в последующих работах стали рассматривать не только узкие теоретические построения, но и частные теории более высокого уровня обобщения.

Наше исследование показывает, что к настоящему времени высказываются мнения не только не ограничивающие в рассматриваемой сфере элемент криминалистической техники лишь теорией и методикой судебной эксперти-

зы, а предлагающие новую подотрасль, подраздел криминалистической техники (В. Я. Колдин, М. А. Романенко, К. Е. Домнин, А. А. Жижелева, Р. А. Дерюгин и др.) либо аккумулирующие в рассматриваемой частной теории элементы криминалистической техники, тактики и рассматривающие получившуюся систему как основу для разработки методики расследования киберпреступлений (Е. Р. Россинская, Г. П. Шамаев, Е. В. Смахтин, В. А. Мещеряков, Д. В. Алымов, В. А. Левченкова). Можно также отметить наличие промежуточного, компромиссного мнения о выделении соответствующих новых разделов в криминалистической технике и тактике без объединения в единую теорию (Ю. В. Гаврилин, Е. С. Шевченко). В работах учебного и учебно-практического характера раздел, связанный с информационно-компьютерным обеспечением, применением компьютерной техники, использованием компьютерных технологий, относили иногда к организационным вопросам раскрытия и расследования преступлений¹⁴.

Некоторые авторы выступают против появления нового учения, теории. Мотивируя это тем, что совокупность отдельных элементов данного направления не достигает уровня, позволяющего именовать ее учением или теорией, а также выступая против неоправданного «раздувания» предмета криминалистики, превращения ее в меганауку¹⁵. Между тем сделать вывод об отнесении электронной цифровой криминалистики к категории частных теорий или учений можно, лишь сопоставив с обычно предъявляемыми к подобным категориям требованиями. В противном случае, без глубокого

¹⁰ Вехов В. Б., Попова В. В., Илюшин Д. А. Тактические особенности расследования преступлений в сфере компьютерной информации : науч.-практ. пособие. 2-е изд., доп. и испр. М. : ЛексЭст, 2004 ; Мещеряков В. А. Преступления в сфере компьютерной информации: основы теории и практики расследования. Воронеж, 2002 ; Соловьев Л. Н. Вредоносные программы: расследование и предупреждение преступлений. М., 2004.

¹¹ Тактика уголовного преследования и профессиональной защиты от него. Следственная тактика : науч.-практ. пособие / О. Я. Баев. М. : Экзамен, 2003.

¹² Россинская Е. Р., Усов А. И. Судебная компьютерно-техническая экспертиза. М., 2001.

¹³ Вехов В. Б. Основы криминалистического учения об исследовании и использовании компьютерной информации и средств ее обработки : монография. Волгоград : ВА МВД России, 2008 ; Он же. Криминалистическое учение о компьютерной информации и средствах ее обработки : дис. ... д-ра юрид. наук. Волгоград, 2008.

¹⁴ Криминалистика : учебник / под ред. Б. П. Смагоринского. Волгоград : ВСШ МВД России, 1994. Т. 2.

¹⁵ Карагодин В. Н. Исследования компьютерных информационных процессов в структуре науки криминалистики // Криминалистика в условиях развития информационного общества (59-е Ежегодные криминалистические чтения) : сборник статей Международной научно-практической конференции). М. : Академия управления МВД России, 2018. С. 115—120

анализа вопроса, пошагового сопоставления и выявления несоответствия, преждевременно будет отрицать природу данных теоретических построений. Кроме того, отрицание развития криминалистики, трансформации или уточнения ее предмета может привести к стагнации науки или даже ее регрессу. Любая наука не может быть статичной. Она должна отвечать потребностям сегодняшнего дня, а реальностью современных условий является активная цифровизация всех сфер деятельности. Тем более устранение необходимости личного контакта и перевод контактов в цифровую сферу важны для периода пандемий и иных катаклизмов.

Нам представляется, что по своей сути электронная цифровая криминалистика является частной теорией. Один из ведущих теоретиков отечественной криминалистики Р. С. Белкин отмечал, что отдельные закономерности предмета могут быть рассмотрены и в рамках отдельных изолированных теоретических положений, но лишь в рамках частной криминалистической теории можно получить знания более глубокой сущности — объективной связи этих закономерностей¹⁶. Представляется необходимым оценить предполагаемое теоретическое построение с точки зрения соответствия требованиям и условиям, предъявляемым к частным теориям ведущими учеными.

Согласно подходу Р. С. Белкина, частные теории должны отвечать практическим потребностям борьбы с преступностью, способствовать появлению нового знания, знания нового уровня. Безусловно, частные теории должны способствовать и быть направлены не только на развитие системы частных теорий, но и на развитие общей теории криминалистики¹⁷.

Л. Я. Драпкин и В. Н. Карагодин подчеркивали системность частнонаучных теорий и концептуальность положений этих теорий¹⁸. При этом системность должна выражаться в органической взаимосвязи с иными элементами. Частные теории должны отличаться внутренней упорядоченностью. Их положения должны быть взаимно обусловлены.

В. П. Лавров в своей системе требований, позволяющих отнести определенную идею, сумму знаний к частной криминалистической теории, предложил несколько иные требования¹⁹. К таким требованиям он отнес: соответствие предполагаемых теоретических конструкций закономерностям, составляющим предмет криминалистики; значение теорий для остальных разделов криминалистической науки; целевую направленность (выявление и решение наиболее важных проблем уголовного судопроизводства); высокий уровень общности теоретических положений; динамичность, а также возможность служить предпосылкой для появления новых учений; системный подход при объединении разрозненных положений в единую частную теорию; активное внедрение в научный оборот теоретических построений на различных уровнях.

Анализируя предлагаемую нами частную теорию с точки зрения указанных выше параметров, можно отметить ряд обстоятельств. Представляется, что в настоящий момент потребность в частной теории, изучающей обнаружение, собирание, исследование и использование электронной информации, ее носителей, велика как никогда. Четвертая промышленная революция, активная цифровизация всех сфер человеческой деятельности, включая судопроизводство, необходимость обеспечения правоохранительных органов эффективными инструментами для работы с указанными объектами, а также выход вопросов, органически объединяющихся в теорию электронной цифровой криминалистики, за пределы одного раздела криминалистики — «Криминалистической техники» — требует разработки единой частной теории. Объем криминалистических знаний по рассматриваемому вопросу давно вышел за пределы разрозненных элементов, входящих в различные подотрасли криминалистической техники и тактики, и в совокупности образует систему, позволяющую констатировать новый уровень знания. Как отмечали Дж. О'Коннор и И. Макдермотт, «функционирование систем как единого целого означает, что они обладают

¹⁶ Белкин Р. С. Криминалистика: проблемы, тенденции, перспективы. Общая и частные теории. М., 1987. С. 139—140.

¹⁷ См.: Белкин Р. С. Курс криминалистики : учебн. пособие для вузов : в 3 т. 3-е изд., дополненное. М. : Юристъ, 1997. Т. 2. С. 9—10.

¹⁸ Драпкин Л. Я., Карагодин В. Н. Криминалистика : учебник. М., 2007. С. 7—8.

¹⁹ Лавров В. П. Частные криминалистические теории: современное состояние и тенденции развития // Известия Тульского государственного университета. Экономические и юридические науки. 2016. № 3-2. С. 89.

свойствами, которые отличаются от свойств составляющих систему частей и возникают тогда, когда система работает»²⁰. Эти свойства они назвали эмерджентными (вновь возникающими). Представляется, что совокупность эмерджентных свойств предлагаемой нами суммы знаний достигла точки бифуркации, что закономерно должно привести к становлению частной теории, аккумулирующей исследования в области электронной информации и информационно-технологических устройств. В. П. Копнин сам предмет и его закономерности определил в качестве предпосылки объединения разрозненных и изолированных теоретических элементов в единую теорию²¹.

Становление частной теории электронной цифровой криминалистики (обнаружения, фиксации, изъятия, исследования и использования электронной информации и информационно-технологических устройств) способствует развитию общей теории криминалистики и ее частных теорий, поскольку отражает определенный взгляд на некоторую часть закономерностей, составляющих предмет криминалистики, применительно к электронной цифровой криминалистике как ее части. К таким закономерностям мы относим: закономерности возникновения, движения, трансформации криминалистически значимой электронной информации; закономерности криминальной деятельности субъектов, совершаемой с использованием компьютерной техники и иных информационно-технологических устройств; закономерности собирания, изъятия и исследования электронных цифровых следов; закономерности оценки и использования криминалистически значимой электронной цифровой информации; закономерности криминалистического обеспечения деятельности при производстве следственных действий с электронными устройствами; закономерности информационного и иного криминалистического обеспечения методик расследования преступлений, совершенных с использованием компьютерной техники и иных информационно-технологических устройств. Кроме того, в настоящее время на подходе уже иная, не цифровая и не электронная техника — квантовые и биологи-

ческие компьютеры. И электронная цифровая криминалистика как новационная частная теория сможет выступить основой для разработки криминалистических рекомендаций по работе уже с иными образцами информационно-технологических устройств.

Базисом для разработки частных теорий криминалистики в первую очередь являются положения ее общей теории, и в этом мы солидарны с Р. С. Белкиным²². В частной теории электронной цифровой криминалистики (обнаружения, фиксации, изъятия, исследования и использования электронной информации и информационно-технологических устройств) в полной мере учитываются и получают развитие основные положения общей теории криминалистики.

Элементы частной теории важны для других разделов криминалистики. К криминалистической технике они имеют прямое отношение, поскольку рассматривают носители электронной информации, следы, образующиеся в носителях электронной информации, и некоторые иные аспекты, характерные для криминалистической техники. В рамках предлагаемой нами частной теории предполагается рассматривать тактику отдельных процессуальных действий в цифровой среде, элементы аппаратно-программного обеспечения научной организации труда следователя и информационного обеспечения, программные комплексы, направленные на содействие следствию в построении версий, планировании расследования и иных организационных мероприятиях. На информации частной теории должны основываться методики расследования киберпреступлений.

Важность положений частной криминалистической теории для практики отмечена выше. Кроме того, внедрение в педагогический процесс данной частной теории будет способствовать повышению профессионального уровня сотрудников правоохранительных органов, многие из которых, к сожалению, в настоящий момент не отвечают критериям даже просто опытных пользователей компьютерной техники. Конечно, речь не идет о специализированных отделах (типа отдела «К»), история развития которых насчитывает более 35 лет. Между тем

²⁰ О'Коннор Дж., Макдермотт И. Искусство системного мышления : Необходимые знания о системах и творческом подходе к решению проблем. М. : Альпина Паблишер, 2014. С. 30—32.

²¹ Копнин П. В. Диалектика как логика и теория познания. М. : Наука, 1973. С. 206.

²² Белкин Р. С. Курс криминалистики : учеб. пособие для вузов : в 3 т. 3-е изд., доп. М. : Юристъ, 1997. Т. 1. С. 390.

многие современные программы для обнаружения, фиксации и исследования цифровых следов не являются особо сложными и доступными только для специалистов. Да и при производстве следственных действий, связанных с обычным описанием и изъятием информационно-технологических устройств, к сожалению, в настоящее время у практиков возникает множество трудностей (при этом категорию «информационно-технологические устройства» мы рассматриваем как несколько более широкую по сравнению с указанной в законодательстве категорией «электронный носитель информации» и включающую иные электронные устройства, для которых хранение электронной информации не является основной функцией).

Уровень общности отдельных положений, составляющих предлагаемую нами частную теорию, достиг качества системы. То есть такого объединения элементов, которое в совокупности дает сумму знаний более высокого порядка, чем просто объединение знаний, составляющих ее идей и элементов. Системность построения частной теории обуславливает выделение в ней 4 внутренне упорядоченных и взаимно обусловленных разделов: концептуальные основы частной теории собирания, исследования и использования электронной цифровой информации и ее носителей; концептуальные основы отдельных разделов частной теории; концептуальные основы использования правоохранительными органами электронной цифровой среды; концептуальные основы расследования киберпреступлений. Каждый из них состоит из глав, посвященных отдельным аспектам предмета, изучаемого данным разделом. Материал в разделах и главах должен располагаться в соответствии с логикой исследования. Рассмотрение содержания данной, предлагаемой нами частной теории электронной цифровой криминалистики (обнаружения, фиксации, изъятия, исследования и использования электронной информации и информационно-технологических устройств) требует отдельного исследования и будет изложено в иных наших публикациях. Таким образом, предлагаемая нами частная теория удовлетворяет требованиям общности, системности, взаимообусловленности и внутренней упорядоченности ее разделов.

Динамичность частной теории обусловлена динамичностью цифровой среды, развитием искусственного интеллекта и его обучением, скачкообразным развитием компьютерной и иной электронной техники, усложнением и расширением сферы применения программно-аппаратных комплексов, способствующих правоохранительной деятельности, цифровизацией судопроизводства и расширением влияния новой промышленной революции.

Что касается последнего требования, предложенного В. П. Лавровым, то можно отметить, что объем научных исследований по рассматриваемому вопросу, в том числе и монографического уровня, возрастает по экспоненте. Основные исследования в виде диссертаций на соискание степеней кандидата и доктора юридических наук, а также монографии ведущих ученых рассматривались нами выше. Появляются учебники и учебные пособия различного качества, отражающие разные подходы к предмету и содержанию данной частной теории.

Можно отметить, что частная теория электронной цифровой криминалистики (частная теория обнаружения, фиксации, изъятия, исследования и использования электронной информации и информационно-технологических устройств) полностью соответствует критериям частных криминалистических теорий, выделяемым ведущими российскими учеными. При этом нам представляется, что электронная цифровая криминалистика является именно частной теорией, а не учением. Мы согласны с мнением Р. П. Рахматуллина, отнесшего к учениям только наиболее разработанные теории, прошедшие научный и практический отбор. По его выражению, «учение — это, образно говоря, “высшая” теория»²³. Мы также полагаем, что учения представляют собой наиболее разработанные частные теории, что влечет более высокий уровень обобщения, проверки практикой и универсальности по отношению к конкретным видам преступлений.

Рассмотрим место частной теории электронной цифровой криминалистики (частной теории собирания, исследования и использования электронной цифровой информации и информационно-технологических устройств) в системе криминалистики.

²³ Рахматуллин Р. Р. Некоторые тенденции развития частных криминалистических теорий // Проблемы современной криминалистики и основные направления ее развития в XXI веке : материалы Междунар. науч.-практ. конференции, посвящ. 60-летию юбилею кафедры криминалистики Урал. гос. юрид. ун-та (6 октября 2017 г.). Екатеринбург : Изд. дом Урал. гос. юрид. ун-та, 2017. С. 286.

Н. Н. Федотов отмечал, что форензика практически не связана с другими разделами криминалистики²⁴. С этим трудно согласиться, даже если рассматривать форензику как отдельную науку, не имеющую отношения вообще к криминалистическому циклу. В условиях расширяющейся интеграции наук сложно говорить об отсутствии связей даже между науками разных блоков. Тем более если рассматривать предлагаемую им науку как пусть компьютерную, но все-таки *криминалистику*.

В статье «К вопросу о частной теории информационно-компьютерного обеспечения» Е. Р. Россинская указывает, что частная теория информационно-компьютерного обеспечения криминалистической деятельности должна содержать в себе элементы, входящие в различные разделы криминалистики, а в совокупности — служить основой для подготовки соответствующих методик расследования компьютерных преступлений²⁵.

Н. В. Шухова и А. Л. Снигирев обоснованно, на наш взгляд, подчеркивают интеграционную сущность данного направления знаний, указывая на необходимость междисциплинарных подходов, решение междисциплинарных задач, направленных как на определение технических аспектов работы с цифровыми следами и доказательствами, так и на нормативную регламентацию использования их при формировании доказательственной базы по делу. Однако данные авторы ограничиваются выводом о том, что форензика имеет и техническую, и юридическую составляющую²⁶. Между тем интеграционность знаний из различных областей (естественных, гуманитарных и технических наук) характерна и для природы самой криминалистики, что не лишает ее самостоятельной сущности и не делает ее простой суммой междисциплинарных знаний.

Н. И. Малыхина, на наш взгляд, достаточно обоснованно констатирует недостаточную

успешность решения вопроса упорядочивания системы теорий при их разделении на общие и частные. Между тем указанная дифференциация привела только к индивидуальным авторским разработкам, констатирующим только личный взгляд ученого на выделение общих и частных теорий²⁷.

Нам представляется, что концептуальные вопросы частной теории электронной цифровой криминалистики (собирающая, исследования и использования электронной цифровой информации и информационно-технологических устройств) должны рассматриваться в рамках раздела «Общая теория криминалистики». Однако нам импонирует мнение Е. Р. Россинской²⁸ о возможности выделения в рамках рассматриваемой частной теории учений, содержащих элементы, входящие и в иные разделы криминалистики — криминалистическую технику, следственную тактику, а также методологию. Теория собирающая, исследования и использования электронной цифровой информации и информационно-технологических устройств является частной теорией более высокого уровня общности, чем входящие в ее структуру элементы.

Положения данной частной криминалистической теории взаимосвязаны с иными частными теориями: криминалистической идентификации, механизма слеодообразования и др.

Кроме того, следует отметить тесную связь данной частной теории с иными науками и активное использование их достижений. Прежде всего — достижений кибернетики и информатики (особенно разделов криптографии и стеганографии, защиты информации, искусственного интеллекта, прикладной информатики, компьютерного моделирования и др.), уголовного права (в области закрепления диспозиции конкретных видов преступлений) и процесса (в области закрепления понятия доказательств, их видов и источников, порядка производства процессуальных действий и их фиксации и т.д.),

²⁴ Федотов Н. Н. Форензика — компьютерная криминалистика. М., 2007. С. 11.

²⁵ Россинская Е. Р. К вопросу о частной теории информационно-компьютерного обеспечения криминалистической деятельности // Известия Тульского государственного университета. Экономические и юридические науки. 2016. № 3-2. С. 110.

²⁶ Шухова Н. В., Снигирев А. Л. Указ. соч. С. 333.

²⁷ Малыхина Н. И. Место учения о лице, совершившем преступление, в системе криминалистики // Ленинградский юридический журнал. 2014. № 3 (37). С. 155.

²⁸ Россинская Е. Р. Теория информационно-компьютерного обеспечения криминалистической деятельности: концепция, система, основные закономерности // Вестник Восточно-Сибирского института МВД России. 2019. № 2 (89). С. 193—202; Она же. К вопросу о частной теории информационно-компьютерного обеспечения криминалистической деятельности. С. 109—117.

информационного права (разработки в области понятия информации, информационных технологий и информационных правоотношений), основ оперативно-розыскной деятельности (в области применения информационных баз и отдельных образцов техники при производстве оперативно-розыскных мероприятий), теории доказательств (в области рассмотрения отдельных вопросов процесса доказывания и отдельных видов доказательств), судебной экспертологии (методик производства соответ-

ствующих видов экспертиз), общей, юридической и кибернетической лингвистики и т.д.

Таким образом, представляется, что на настоящий момент электронная цифровая криминалистика достигла глубины разработки, позволяющей именовать ее частной теорией, и отвечает основным требованиям к частным теориям, предложенным ранее в криминалистике. Положения данной частной теории основаны на других естественных, гуманитарных и технических науках и тесно связаны с ними.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Белкин Р. С.* Криминалистика: проблемы, тенденции, перспективы. Общая и частные теории. — М. : Юридическая литература, 1987. — 272 с.
2. *Белкин Р. С.* Курс криминалистики : учеб. пособие для вузов : в 3 т. — 3-е изд., доп. — М. : Юристъ, 1997. — Т. 1. — 408 с. ; Т. 2. — 464 с.
3. *Вехов В. Б.* Криминалистическое учение о компьютерной информации и средствах ее обработки : дис. ... д-ра юрид. наук. — Волгоград, 2008. — 561 с.
4. *Вехов В. Б.* Основы криминалистического учения об исследовании и использовании компьютерной информации и средств ее обработки : монография. — Волгоград : ВА МВД России, 2008. — 404 с.
5. *Вехов В. Б., Попова В. В., Илюшин Д. А.* Тактические особенности расследования преступлений в сфере компьютерной информации : науч.-практ. пособие. — 2-е изд., доп. и испр. — М. : ЛексЭст, 2004. — 157 с.
6. *Дерюгин Р. А.* Криминалистика в условиях информатизации общества // Академическая мысль. — 2019. — № 3 (8). — С. 62—66.
7. *Дерюгин Р. А., Жижелева А. А.* Перспективы развития цифровой криминалистики в условиях информационного общества // Технологии XXI века в юриспруденции : материалы Всероссийской научно-практической конференции (Екатеринбург, 24 мая 2019 г.) / под ред. Д. В. Бахтеева. — Екатеринбург : Уральский государственный юридический университет, 2019. — С. 40—47.
8. *Домин К. Е.* К вопросу о выделении криминалистического исследования электронных носителей информации как новой отрасли криминалистической техники // Библиотека криминалиста. Научный журнал. — 2013. — № 5 (10). — С. 174—180.
9. *Драпкин Л. Я., Карагодин В. Н.* Криминалистика : учебник. — М., 2007. — 256 с.
10. *Карагодин В. Н.* Исследования компьютерных информационных процессов в структуре науки криминалистики // Криминалистика в условиях развития информационного общества (59-е ежегодные криминалистические чтения) : сборник статей Международной научно-практической конференции. — М. : Академия управления МВД России, 2018. — С. 115—120.
11. *Копнин П. В.* Диалектика как логика и теория познания. — М. : Наука, 1973. — 463 с.
12. Криминалистика : учебник / под ред. Б. П. Смагоринского. — Волгоград : ВСШ МВД России, 1994. — Т. 2. — 559 с.
13. *Лавров В. П.* Частные криминалистические теории: современное состояние и тенденции развития // Известия Тульского государственного университета. Экономические и юридические науки. — 2016. — № 3-2. — С. 85—90.
14. *Малыхина Н. И.* Место учения о лице, совершившем преступление, в системе криминалистики // Ленинградский юридический журнал. — 2014. — № 3 (37). — С. 152—157.
15. *Мещеряков В. А.* Преступления в сфере компьютерной информации: основы теории и практики расследования. — Воронеж : Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 2002. — 407 с.
16. *О'Коннор Дж., Макдермотт И.* Искусство системного мышления: Необходимые знания о системах и творческом подходе к решению проблем. — М. : Альпина Паблишер, 2014. — 300 с.
17. *Пастухов П. С.* О необходимости развития компьютерной криминалистики // Пермский юридический альманах. — 2018. — № 1. — С. 479—488.

18. Пастухов П. С., Лосавио М. Использование информационных технологий для обеспечения безопасности личности, общества и государства // Вестник Пермского университета. Юридические науки. — 2017. — Вып. 36. — С. 231—236.
19. Рахматуллин Р. Р. Некоторые тенденции развития частных криминалистических теорий // Проблемы современной криминалистики и основные направления ее развития в XXI веке : материалы Международной научно-практической конференции, посвященной 60-летию юбилею кафедры криминалистики Уральского государственного юридического университета (6 октября 2017 г.). — Екатеринбург : Издательский дом Уральского гос. юрид. университета, 2017. — С. 285—291.
20. Романенко М. А. Новый подход к содержанию системы криминалистической техники // Вестник Пермского университета. Юридические науки. — 2008. — Вып. 2 (2). — С. 116—119.
21. Романенко М. А. Судебная дигитология: современный взгляд на содержание криминалистической техники // Вестник Омского университета. Серия : Право. — 2007. — № 1 (10). — С. 147—155.
22. Россинская Е. Р., Усов А. И. Судебная компьютерно-техническая экспертиза. — М. : Право и закон, 2001. — 414 с.
23. Россинская Е. Р. К вопросу о частной теории информационно-компьютерного обеспечения криминалистической деятельности // Известия Тульского государственного университета. Экономические и юридические науки. — 2016. — № 3-2. — С. 109—117.
24. Россинская Е. Р. Теория информационно-компьютерного обеспечения криминалистической деятельности: концепция, система, основные закономерности // Вестник Восточно-Сибирского института МВД России. — 2019. — № 2 (89). — С. 193—202.
25. Смушкин А. Б. К вопросу о наименовании теории «Электронная цифровая криминалистика» // Проблемы уголовного процесса, криминалистики и судебной экспертизы. — 2019. — № 1 (13). — С. 15—21.
26. Соловьев Л. Н. Вредоносные программы: расследование и предупреждение преступлений. — М. : Собрание, 2004. — 224 с.
27. Тактика уголовного преследования и профессиональной защиты от него. Следственная тактика : науч.-практ. пособие / О. Я. Баев. — М. : Экзамен, 2003. — 432 с.
28. Федотов Н. Н. Форензика — компьютерная криминалистика. — М. : Юридический мир, 2007. — 432 с.
29. Шухова Н. В., Снигирев А. Л. О роли форензики в криминалистическом обеспечении расследования преступлений // XX Международная научная конференция «Информатизация и информационная безопасность правоохранительных органов», Москва, 24—25 мая 2011 г. — М., 2011. — С. 331—333.

Материал поступил в редакцию 19 марта 2020 г.

REFERENCES

1. Belkin RS. Kriminalistika: problemy, tendentsii, perspektivy. Obshchaya i chastnye teorii [Criminalistics: problems, trends, prospects. General and particular theories]. Moscow: Yuridicheskaya literatura; 1987. (In Russ.)
2. Belkin RS. Kurs kriminalistiki: ucheb. posobie dlya vuzov: v 3 t. [Course of criminalistics: A textbook: in 3 vol.]. 3rd ed., suppl. Moscow: Yurist; 1997. (In Russ.)
3. Vekhov VB. Kriminalisticheskoe uchenie o kompyuternoy informatsii i sredstvakh ee obrabotki: dis. ... d-ra yurid. nauk [Criminalistic doctrine about the computer information and means of its treatment. Dr. Sci. (Law) Dissertation]. Volgograd; 2008. (In Russ.)
4. Vekhov VB. Osnovy kriminalisticheskogo ucheniya ob issledovanii i ispolzovanii kompyuternoy informatsii i sredstv ee obrabotki: monografiya [Bases of criminalistic doctrine on research and use of computer information and means of its processing: A monograph]. Volgograd: VA Ministry of Internal Affairs of Russia; 2008. (In Russ.)
5. Vekhov VB, Popova VV, Ilyushin DA. Takticheskie osobennosti rassledovaniya prestupleniy v sfere kompyuternoy informatsii: nauch.-prakt. posobie [Tactical features of crime investigation in the field of computer information: research and practice guide]. 2nd ed., suppl. and amended. Moscow: LeksEst; 2004. (In Russ.)
6. Deryugin RA. Kriminalistika v usloviyakh informatizatsii obshchestva [Criminalistics in the conditions of informatization of society]. *Akademicheskaya mysl [Academic thought]*. 2019;3(8):62-66. (In Russ.)

7. Deryugin RA, Zhizheleva AA. Perspektivy razvitiya tsifrovoy kriminalistiki v usloviyakh informatsionnogo obshchestva [Prospects for the development of digital criminology in the information society]. In: Bakhteev DV, editor. In: *Tekhnologii XXI veka v yurisprudentsii: materialy Vserossiyskoy nauchno-prakticheskoy konferentsii (Ekaterinburg, 24 maya 2019 g.) [Technologies of the 21 century in jurisprudence: materials of the All-Russian scientific and practical conference (Ekaterinburg, May 24, 2019)]*. Ekaterinburg: Ural State Law University; 2019. (In Russ.)
8. Domin KE. K voprosu o vydelenii kriminalisticheskogo issledovaniya elektronnykh nositeley informatsii kak novoy otrasli kriminalisticheskoy tekhniki [On the issue of identifying forensic research of electronic media as a new branch of forensic technology]. *Biblioteka kriminalista. Nauchnyy zhurnal [Criminalist's Library Scientific Journal]*. 2013;5(10):174-180. (In Russ.)
9. Drapkin LYa, Karagodin VN. Kriminalistika: uchebnik [Criminalistics: A textbook]. Moscow; 2007. (In Russ.)
10. Karagodin VN. Issledovaniya kompyuternykh informatsionnykh protsessov v strukture nauki kriminalistiki [Study of computer information processes in the structure of criminalistics science]. In: *Kriminalistika v usloviyakh razvitiya informatsionnogo obshchestva (59-e ezhegodnye kriminalisticheskie chteniya): sbornik statey Mezhdunarodnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii [Criminalistics in the conditions of information society development (59th annual criminalistics readings): Collection of papers of the International scientific and practical conference]*. Moscow: Management Academy of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation; 2018. (In Russ.)
11. Kopnin PV. Dialektika kak logika i teoriya poznaniya [Dialectics as logic and theory of knowledge]. Moscow: Nauka; 1973. (In Russ.)
12. Smagorinskiy BP, editor. Kriminalistika: uchebnik [Criminalistics: A textbook]. Volgograd: VSSh MVD of Russia; 1994. Vol. 2. (In Russ.)
13. Lavrov VP. Chastnye kriminalisticheskie teorii: sovremennoe sostoyanie i tendentsii razvitiya [Private criminalistic theories: current state and development trends]. *Izvestiya Tul'skogo gosudarstvennogo universiteta. Ekonomicheskie i yuridicheskie nauki [Proceedings of the TSU. Economic and Legal Sciences]*. 2016;3-2:85-90. (In Russ.)
14. Malykhina NI. Mesto ucheniya o litse, sovershivshem prestuplenie, v sisteme kriminalistiki [The place of doctrine on the person having committed a crime in the system of criminalistics]. *Leningradskiy yuridicheskiy zhurnal*. 2014;3(37):152-157. (In Russ.)
15. Meshcheryakov VA. Prestupleniya v sfere kompyuternoy informatsii: osnovy teorii i praktiki rassledovaniya [Crimes in the field of computer information: fundamentals of theory and practice of investigation]. Voronezh: Voronezh State University Publishing House; 2002. (In Russ.)
16. O'Connor J, McDermott I. Iskusstvo sistemnogo myshleniya: neobkhodimye znaniya o sistemakh i tvorcheskoy podkhode k resheniyu problem [The art of systems thinking: Necessary knowledge about systems and a creative approach to problem solving]. Moscow: Alpina Publisher; 2014. (In Russ.)
17. Pastukhov PS. O neobkhodimosti razvitiya kompyuternoy kriminalistiki [On the need to develop computer forensics]. *Permskiy yuridicheskiy almanakh*. 2018;1:479-488. (In Russ.)
18. Pastukhov PS, Losavio M. Ispolzovanie informatsionnykh tekhnologiy dlya obespecheniya bezopasnosti lichnosti, obshchestva i gosudarstva [Use of information technologies to ensure the security of individuals, society and the state]. *Vestnik Permskogo universiteta. Yuridicheskie nauki*. 2017;36:231-236. (In Russ.)
19. Rakhmatullin RR. Nekotorye tendentsii razvitiya chastnykh kriminalisticheskikh teoriy [Some trends in the development of private forensic theories]. In: *Problemy sovremennoy kriminalistiki i osnovnye napravleniya ee razvitiya v XXI veke: materialy Mezhdunarodnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii, posvyashchennoy 60-letnemu yubileyu kafedry kriminalistiki Uralskogo gosudarstvennogo yuridicheskogo universiteta (6 oktyabrya 2017 g.) [Issues of modern criminology and the main directions of its development in the 21st century: materials of International scientific-practical conference dedicated to the 60th anniversary of the Department of Criminal Law of the Ural State Law University (6 October 2017)]*. Ekaterinburg: Izdatelskiy dom uralskogo gos. yurid. universiteta; 2017. P. 285-291. (In Russ.)
20. Romanenko MA. Novyy podkhod k sodержaniyu sistemy kriminalisticheskoy tekhniki [A new approach to the content of forensic technology system]. *Vestnik Permskogo universiteta. Yuridicheskie nauki*. 2008;2(2):116-119. (In Russ.)
21. Romanenko MA. Sudebnaya digitologiya: sovremennyy vzglyad na sodержanie kriminalisticheskoy tekhniki [Forensic digitology: a modern view of the content of forensic technology]. *Vestnik Omskogo universiteta. Seriya: Pravo [Herald of Omsk University. Series: Law]*. 2007;1(10):147-155. (In Russ.)

22. Rossinskaya ER, Usov AI. Sudebnaya kompyuterno-tehnicheskaya ekspertiza [Forensic computer-technical expertise]. Moscow: Pravo i Zakon; 2001. (In Russ.)
23. Rossinskaya ER. K voprosu o chastnoy teorii informatsionno-kompyuternogo obespecheniya kriminalisticheskoy deyatel'nosti [On the question of the private theory of information and computer support of criminalistic activity]. *Izvestiya Tul'skogo gosudarstvennogo universiteta. Ekonomicheskie i yuridicheskie nauki [Proceedings of the TSU. Economic and Legal Sciences]*. 2016;3-2:109-117. (In Russ.)
24. Rossinskaya ER. Teoriya informatsionno-kompyuternogo obespecheniya kriminalisticheskoy deyatel'nosti: kontseptsiya, sistema, osnovnye zakonomernosti [Theory of information and computer support of criminalistic activity: concept, system, main regularities]. *Vestnik Vostochno-Sibirskogo instituta MVD Rossii*. 2019;2(89):193-202. (In Russ.)
25. Smushkin AB. K voprosu o naimenovanii teorii «Elektronnaya tsifrovaya kriminalistika» [To the question of the name of the theory "Electronic digital criminalistics"]. *Problemy ugolovnogo protsessa, kriminalistiki i sudebnoy ekspertizy*. 2019;1(13):15-21. (In Russ.)
26. Solov'ev LN. Vredonosnye programmy: rassledovanie i preduprezhdenie prestupleniy [Malware: Investigation and prevention of crimes]. Moscow: Sobranie; 2004. (In Russ.)
27. Baev OYa. Taktika ugolovnogo presledovaniya i professional'noy zashchity ot nego. Sledstvennaya taktika: nauch.-prakt. posobie [Tactics of criminal prosecution and professional protection against it. Investigative tactics: research and practice guide]. Moscow: Ekzamen; 2003. (In Russ.)
28. Fedotov NN. Forenzika — kompyuternaya kriminalistika [Forensics — computer criminalistics]. Moscow: Yuridicheskiy Mir; 2007. (In Russ.)
29. Shukhova NV, Snigirev AL. O roli forenziki v kriminalisticheskoy obespechenii rassledovaniya prestupleniy [On the role of forensic science in the criminalistic support of crime investigation]. In: *XX Mezhdunarodnaya nauchnaya konferentsiya «Informatizatsiya i informatsionnaya bezopasnost' pravookhranitel'nykh organov», Moskva, 24—25 maya 2011 g. [20th International scientific conference «Informatization and information security of law enforcement agencies», Moscow, May 24-25, 2011]*. Moscow; 2011. P. 331-333. (In Russ.)

Критические концепции государства и их значение для российской юриспруденции: введение в проблематику

Аннотация. Государство почти всегда является ключевым политическим понятием в сознании юристов. Часто оно «лишено» истории: древние и современные политические объединения (полис, республику, империю, национальное государство) именуют одним термином, не замечая принципиального различия между ними. В статье подчеркивается различие «универсалистских» и «критических» подходов к государству. Первые стремятся к тому, чтобы увидеть рождение государства во втором тысячелетии до н.э., пытаясь увязать возникновение права с появлением государства. Вторые подчеркивают историческую контекстуальность появления государства — уникального социального института, появившегося в Европе в период раннего Нового времени. Государство — современный (модерный) социальный конструкт, чья действительность обусловлена не только наличием определенной идеи в сознании людей, но и устойчивыми, типизированными социальными практиками. В современном мире право опосредовано государством, во многих случаях монополизировано им. В таком ракурсе история государства часто неотделима от истории права, теория права — от теории государства. Автор статьи придерживается второго подхода и согласен с тем, что право — явление, чье существование долгое время не определялось государством.

Автор резюмирует, что в силу многих причин государство продолжает быть априорной политической категорией в сознании юристов, наблюдающих ежедневные проявления властных механизмов. Для обличения этой «естественности» государства и необходимы критические подходы к понятию и происхождению государства. В статье представлены различные критические концепции государства: от радикального политического эволюционизма до критической концептуальной истории.

Ключевые слова: критические теории государства; понятие государства; признаки государства; политическая философия; философия права; теория государства; право; государственный интерес; политические формы; полития.

Для цитирования: Назмутдинов Б. В. Критические концепции государства и их значение для российской юриспруденции: введение в проблематику // *Lex russica*. — 2020. — Т. 73. — № 6. — С. 122—138. — DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.122-138.

© Назмутдинов Б. В., 2020

* Назмутдинов Булат Венерович, кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» Большой Трехсвятительский пер., д. 3, г. Москва, Россия, 123022
bnazmutdinov@hse.ru

Critical Concepts of the State and their Significance for Russian Jurisprudence: Introduction to the Problem

Bulat V. Nazmutdinov, Cand. Sci. (Law), Associate Professor of the Department of Theory and History of State and Law, National Research University "Higher School of Economics"
per. Bolshoy Trekhsvyatitskiy, d. 3, Moscow, Russia, 123022
bnazmutdinov@hse.ru

Abstract. The state is for the most part a key political concept in the minds of lawyers. It is often "devoid" of history: they use the same term to name ancient and modern political associations (Polis, Republic, Empire, national state), without noticing the fundamental difference between them. The paper emphasizes the difference between "universalist" and "critical" approaches to the state. The former seeks to see the birth of the state in the second Millennium BC, trying to link the emergence of law with the emergence of the state. The latter emphasizes the historical contextuality of the emergence of the state — a unique social institution that appeared in Europe during the early Modern period. The state is a modern (modern) social construct, and its reality is determined not only by the presence of a certain idea in the minds of people, but also by stable, typified social practices. In the modern world, law is mediated by the state, and in many cases, it is monopolized by it. In this perspective, the history of the state is often inseparable from the history of law, and the theory of law from the theory of the state. The author of the paper adheres to the second approach and agrees that law is a phenomenon whose existence has not been determined by the state for a long time.

The author presumes that for many reasons, the state continues to be a priori political category in the minds of lawyers who observe daily manifestations of power mechanisms. To denounce this "naturalness" of the state, critical approaches to the concept and origin of the state are necessary. The paper presents various critical concepts of the state: from radical political evolutionism to critical conceptual history.

Keywords: critical theories of the state; concept of the state; signs of the state; political philosophy; philosophy of law; theory of the state; law; state interest; political forms; polity.

Cite as: Nazmutdinov BV. Kriticheskie kontseptsii gosudarstva i ikh znachenie dlya rossiyskoy yurisprudentsii: vvedenie v problematiku [Critical Concepts of the State and their Significance for Russian Jurisprudence: Introduction to the Problems]. *Lex russica*. 2020;73:(6):122-138. DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.122-138. (In Russ., abstract in Eng.).

Введение

В российской юриспруденции государство — одно из фундаментальных понятий. Известна догма юридического позитивизма в его этатистской версии, что право — творение суверена, что вне государства права не существует¹. Да, в догосударственном состоянии были особые правила, монономы, обычаи, но их нельзя признавать правом, поскольку тогда еще не было привычного нам аппарата принуждения.

В современном мире право опосредовано государством, во многих случаях монополизировано им. В такой перспективе история государства часто неотделима от истории права, теория права — от теории государства. Там, где

находят правовые памятники, пытаются установить существование государства: в Египте и Месопотамии, Древнем Китае и Индии. Государство «находят» уже в III тысячелетии до н.э., называя номы на берегах Нила и Евфрата «городами-государствами». Этим же термином обозначались и греческие полисы². Посчитав государство универсальным понятием, объемлющим относительно централизованные политические объединения, государствоведы и антропологи пытались обнаружить государство там, где замечали устойчивые властные отношения³.

Важную роль в «огосударствлении» юриспруденции сыграла традиция перевода. Общеизвестны мнения, что Платон написал диалог

¹ Зорькин В. Д. Позитивистская теория права в России. М., 1978. С. 60—61, 70—71.

² Подробнее об этом см.: Феномен полиса в современной зарубежной историографии. М., 2011.

³ «Однажды начавшись, этот процесс объединения продолжался со все возрастающей скоростью и привел к формированию примерно за 4000 лет до н.э. первых в истории государств (говоря о государстве, я подразумеваю автономную политическую единицу, включающую многие общины в рамках своей

«Государство», а Цицерон, отдав дань греческой философии, назвал свою работу «О государстве», Аристотель в «Политике» писал также о «государстве».

Тем не менее в оригинале диалог Платона назывался «Полития» (греч. πολιτεία), Цицерона — «О республике» (лат. De re publica). Аристотель писал о полисе, а не государстве. Арабское слово «дауля» (دولة), присутствующее в том числе в аббревиатуре запрещенного в России ИГ, сегодня часто переводят как «государство», хотя изначально оно подразумевало скорее «режим», «династию», а не политико-правовую организацию населения⁴, тем более территориальную. Образованное от того же корня слово «дәүләт» обозначает во многих тюркских языках сходное явление, но опять же весьма примерно. Более того, сверхэтническая исламская «дауля» отрицает концепцию национального государства.

Возникает проблема — не столько языковая, сколько социологическая. Семантическая двусмысленность возникает во многом из-за существования различных явлений, обозначаемых смежными терминами. Важно осмыслить основания этой проблемы, отнестись к ней *недогматически*, представив *критические* концепции государства. При этом нельзя утверждать, что существует «критическая концепция государства» как целостное направление критики. Мы знаем о неомарксистских «критических правовых исследованиях» (CLS)⁵, трех «Критиках» Иммануила Канта, различных неапологетических воззрениях на природу возникновения государства. Для автора этой статьи многочисленные *критические* концепции государства представляют собой совокупность идей о *скрытых основаниях* государства как исторического понятия и общественного явления, а также об идеологических и о социальных *контекстах*, делающих возможным возникновение и оправ-

дание государства. Важно обозначить общее поле для рассмотрения этого вопроса: статья представляет собой введение в проблематику.

Понятия и определения государства

Основными для данной критики становятся вопросы: что такое государство, как оно стало возможно и когда появилось? Критическая теория государства здесь необходимо смыкается с критической историей государства. На каком основании мы различаем «полис», «политию» и «государство»? Какие социальные условия сделали возможным деперсонализированный и абстрактный образ государства, не сводимый ни к системе власти, ни к совокупности подвластных? Какая эпоха, какие идеи благоприятствовали этой деперсонализации?

Чтобы ответить на эти вопросы, нужно сформулировать определение государства. В учебниках и монографиях наиболее распространена «универсалистская» дефиниция, охватывающая правления от Древнего мира до современности⁶. При этом слово «государство» трактуется двояко. Существует *политико-юридическое* определение, делающее акцент на аппарате власти: государство — аппарат (организация) публичной власти, охватывающий население на определенной территории, устанавливающий правопорядок и обладающий суверенитетом, а также международным признанием. Примером этого можно считать классическое определение Макса Вебера: «Государство есть то человеческое сообщество, которое внутри определенной области... претендует (с успехом) на монополию легитимного физического насилия»⁷.

У других авторов можно встретить так называемое *социологическое* определение: государство — суверенный союз людей, занимающий определенную территорию, обладающий

территории и имеющую централизованное правительство с полномочиями сбора налогов, призыва людей на работу или войну, а также издания и исполнения законов» (*Карнейро Р.* Теория происхождения государства // Раннее государство, его альтернативы и аналоги. Волгоград, 2006. С. 55).

⁴ Грюнебаум Г. Э. фон. Классический ислам. Очерк истории (600—1258). М., 1988. С. 40.

⁵ К представителям CLS часто относят Данкана Кеннеди и Роберто Унгера, подвергавших сомнению основания национальных правовых систем. Большое значение для критики основ международного права имели труды Дэвида Кеннеди и его ученика Мартти Коскениеми (см., например: *Koskeniemi M.* The Politics of International Law // *European Journal of International Law*. 1990. № 4. Pp. 4—32). Среди британских критических теоретиков выделяют Костаса Дузинаса (см.: *Douzinas C.* The End of Human Rights: Critical Legal Thought at the Turn of the Century. Oxford, 2000).

⁶ *Еллинек Г.* Общее учение о государстве. СПб., 2004. С. 290—330.

⁷ *Вебер М.* Политика как призвание и профессия // Вебер М. Избранные произведения. М., 1990. С. 645.

публичным аппаратом власти, сплоченный правопорядком. Для Иммануила Канта ««государство» (civitas) — это объединение множества людей, подчиненных правовым законам»⁸. Российский государствовед Л. С. Мамут считал государством «агрегированное и устроенное общество»⁹.

Отдавая дань этому дуализму¹⁰, австрийский юрист Ганс Кельзен писал о «государстве» как об относительно централизованном правопорядке в двух значениях слова¹¹. В первом значении государством полагается пространственно, субъектно и хронологически ограниченный правопорядок, весь правопорядок определенной страны. Во втором государством считается лишь особым образом централизованная часть правопорядка, прежде всего публичное право, конституирующее аппарат государства, его органы, их полномочия¹².

Метонимия целого и части (государства-нации и государственного аппарата) — первая проблема «универсалистской» парадигмы, языковая по форме. Вторая проблема такой парадигмы в том, что признаки, приписываемые государству (суверенитет, наличие правопорядка и пр.), часто перечисляются механически, без осмысления их состава и системного взаимоотношения. Упоминая о «государстве», говорят об обособленной территории, о публично-властном аппарате, населении как субъектном составе, вызывая к жизни арифметический (классический) подход к государству¹³. Однако государство не состоит из территории, власти и населения, оно нечто большее, чем их сумма. Они скорее аспекты или моменты государ-

ства¹⁴, параметры его существования, подобные величине, скорости или температуре тела. В такой перспективе государственная граница лишь вторичный опознавательный признак государственной территории, как официальный язык — «населения». В отличие от территории и населения, подобные признаки именуют «факультативными», отличными от основных, хотя, в сущности, это индикаторы признаков, а не отдельные характеристики.

«Факультативность» ряда признаков справедливо ассоциируется с исторически изменчивыми признаками государства. Население не всегда платило налоги, у некоторых политических образований нет своей армии. Государственные границы появляются сравнительно поздно, с развитием топографии¹⁵. Все это скорее переменные среди признаков государства в его «универсалистском» значении. Почти то же самое можно сказать о суверенитете — понятии, чьи контуры наметили в раннее Новое время Жан Боден и Томас Гоббс.

Однако критику «государства» нужно проводить не путем осмысления его вариативных признаков, а более радикально. Важно усомниться в именовании государствами различных политических объединений (политий). Часто говорят о зарождении государства в Древнем Египте, упоминают о государствах Античности, Средних веков, Нового времени. При этом не все политии имели «обязательные» признаки государства, к которым в международном праве обычно относят: 1) постоянное население; 2) определенную территорию; 3) правительство; 4) способность вступать в отношения с

⁸ Кант И. Метафизика нравов в двух частях // Кант И. Критика практического разума. СПб., 2007. С. 354.

⁹ Мамут Л. С. Социальное государство с точки зрения права // Государство и право. 2001. № 7. С. 5. См. также: Он же. Государство в ценностном измерении. М., 1998; Он же. Государство как публично-властным образом организованный народ // Журнал российского права. 2000. № 3. С. 88—100.

¹⁰ Пьер Бурдьё считал, что именно «государство в смысле “совокупности служб и ведомств нации” создает государство в смысле “совокупности граждан с определенной границей”» (Бурдьё П. О государстве. М., 2016. С. 101).

¹¹ Чистое учение о праве Ганса Кельзена: сб. переводов. Вып. 2. М., 1988. С. 146.

¹² Б. Джессоп добавляет также четвертый, идеологический элемент — государственный дискурс, или политическое воображение (Джессоп Б. Государство: прошлое, настоящее и будущее. М., 2019. С. 112—116).

¹³ Еллинек Г. Указ. соч. С. 383—384.

¹⁴ Карсавин Л. П. Государство и кризис демократии // Новый мир. 1991. № 1. С. 183.

¹⁵ «Средневековье не знало территориальных границ между странами: существовали рубежи между феодалными владениями, которые, разумеется, были хорошо известны местным крестьянам и их сеньорам, но политического значения эти межы не имели. Никому не приходило наносить их на карту (географические карты также получили распространение в раннее Новое время!) и хранить ее в королевском архиве» (Кром М. М. Рождение государства: Московская Русь XV—XVI веков. М., 2018. С. 87).

другими государствами; 5) наличие членства в ООН (всеобщее признание)¹⁶.

Долгое время не существовало международного признания государств, поскольку не было единого или хотя бы общего международного пространства: греки в лице Аристотеля вообще не считали восточные общности полноценными политическими образованиями, именуя их деспотиями. Тем не менее они вели с ними не только войны, но и переговоры, заключали союзы, в том числе против других полисов, признавая их де-факто сторонами внешнеполитических отношений.

«Государство» и иные политии в призме истории: критическое осмысление

Основная проблема при определении понятия государства состоит не в отдельных признаках, которые ему приписывают, а в самом «универсалистском» подходе. Эллины рассуждали о полисе и политии, а не о государствах, всё остальное — «подвиг» интерпретаторов и переводчиков. Французский мыслитель Бертран Жувенель пишет, что в Античности не было государства в привычном для нас виде, не существовало единства публичной власти, власть была принципиально непрофессиональна, не было четких различий между управленцами и управляемыми, должности занимали в течение короткого срока, часто по жребию¹⁷.

Отличие «полисов» и «империй» от государств подчеркивает израильский историк Мартин ван Кревельд. Он радикализует тео-

рии политического эволюционизма¹⁸, усложняя схему американского антрополога Элмана Сервиса, описавшего эволюцию социополитических форм примерно так: «группа без правил» (band) — «племя» (tribe) — «вождество» (chiefdom) — «государство» (state). Кревельд расщепляет последнюю стадию на три части: «государству» предшествуют самоуправляемые гражданские общины (полисы) и империи.

В отличие от государств, полис — общество городское, локальное, небольшое по территории. По мнению Кревельда, в полисе, в отличие от иных форм негосударственных политий (вождества и племени), появляется различие частного и публичного, появляется политическая власть, отличная от других видов властей¹⁹, возникают магистраты, большинство из которых выборные. Судебная функция начинает исполняться теми, кто не отвечает за исполнительную власть, намечается очень далекий прообраз «разделения властей». Но в полисе нет отделения народа от государственного аппарата (денег за службу не получают, для отправления публичных функций часто используют личные возможности и имущество); нет профессиональной бюрократии и постоянной армии: перед лицом опасности сами граждане становились войском. Полисы могли обладать автономией («самозаконием») — правом самостоятельно устанавливать законы и чтить своих богов. Однако о суверенитете как о понятии не могло быть и речи, тем более что полисы часто не были самостоятельны.

Признаки полиса были восприняты Римской республикой, где не было растождествления

¹⁶ Копылова Е. Международный уголовный суд и Палестинская автономия: отказ в правосудии // Международное правосудие. 2012. № 2 (3). С. 88. (Автор статьи, упоминая первые четыре признака государства, ссылается на Конвенцию Монтевидео о правах и обязанностях государств от 26 декабря 1933 г.)

¹⁷ Жувенель Б. де. Власть. Естественная история ее возрастания. М., 2011. С. 141.

¹⁸ Современный политический эволюционизм с оговорками можно отнести к критическим концепциям государства, поскольку он предлагает новые масштабы сравнения, обозначает пределы распространения государства, нелинейность эволюции политических форм: «В наши дни не кажутся столь уж неопровержимыми, как несколько лет назад, постулаты о государстве как единственно возможной форме политической и социокультурной организации постпервобытных обществ, об a priori более высоком уровне развития государства по сравнению с любым негосударственным обществом. Стало очевидным, что негосударственные общества необязательно менее сложны и менее эффективны. Заслуживает внимания проблема существования негосударственных, но и непервобытных обществ (то есть главным образом негосударственных, но не догосударственных), альтернативных государству (как якобы неизбежной постпервобытной форме социально-политической организации)» (Бондаренко Д. М., Гринин Л. Е., Коротаев А. В. Альтернативы социальной эволюции // Раннее государство, его альтернативы и аналоги. Волгоград, 2006. С. 17). Из содержания сборника можно узнать о различных направлениях в политическом эволюционализме.

¹⁹ Кревельд М. ван. Расцвет и упадок государства. М., 2006. С. 38—45.

аппарата управления и гражданской общины (*civitas*), властвующей и одновременно подвластной: «Они [римляне] не нуждаются также в слове “государство”», поскольку не имеют понятия о существовании некоей трансцендентной вещи, существующей вне их и над ними, а осознают только свои общие интересы, составляющие *Res Publica*. <...> Именно данное конкретное объединение, *populus*, и его интересы *res publica* — вот то, к чему апеллируют, чтобы противопоставить целое частному лицу или чужому сообществу. О государстве не говорится совсем, нет никакого термина, обозначающего существование некоей моральной персоны, отличной от граждан <...> Республика — это отчетливое “мы”: мы римские граждане, рассматриваемые как общество, которое мы образуем ради наших общих целей»²⁰.

Кревельд подчеркивал, что «...ни греки, ни римляне никогда не воспринимали государство как абстрактную сущность, отделенную от его граждан. Там, где мы могли бы сказать “государство”, они писали “общество” или “народ”; наконец, именно историк Фукидид написал, что “город — это люди”»²¹.

В такой перспективе политическое общение перестает быть общением по поводу государственной жизни. Превращение переводчиком «полиса» и «политии» в «государство» делает «Политику» Аристотеля этатистским произведением, хотя в этом трактате говорится об общении в полисе, где полноправные и свободные граждане должны участвовать в политической жизни, а вовсе не о создании искусственной личности, в пользу которой отчуждаются свободы и полномочия. «Гражданство» элина, по Аристотелю, выражается не столько в правовом статусе, статичной связи с публичным целым, сколько в участии в общей жизни: отправлении правосудия и занятии должностей.

Большее сходство с «государством» имело древнеримское политическое устройство эпохи империи, когда возникла система специальных должностей, которую можно было бы сопоставить с «государством». Тем не менее немецкий

историк Рудольф Штарк подчеркивает: «...уже фон Виламовиц предупреждал: “Такая холодная абстракция, как государство, слабо соотносится с реальной жизнью; у римлян не было соответствующего термина, а мы пользуемся латинским словом, лишенным его первоначального смысла”. И действительно, изначально *res publica*, “общественное дело”, не могло быть термином для обозначения государственного сообщества»²².

Изначально даже деление на публичное и частное право не ставилось в зависимость от «государства». В знаменитом высказывании Ульпиана (которое, к слову, описывает не систему права, а структуру правовой науки) присутствует указание не на положение государства, с которым якобы связано публичное право, а на *status rei Romanae*, «положение дел» Рима²³. Штарк подчеркивает, что *res publica* все же начинает обозначать «государство», объемлющее другие публичные дела (*rei publicae*): «*Res publica* не ощущается больше как вещественная область наряду с другой вещественной сферой — *res privata*, но приобретает свойства личности и выступает по отношению к своим подданным... как лицо со своеобразными притязаниями»²⁴. Но, в отличие от государства, *res publica* «...никогда не воспринимали как действующее лицо, как носителя государственно-правовых функций; например, *res publica* *p. R. Qi.* никогда не заключает договоров, а всегда только *senatus populus que Romanus*. Это действие, согласно античным воззрениям, могли совершать лишь конкретные представители общины или сам народ»²⁵.

В отличие от республиканского Рима, Римская империя, особенно в эпоху домината, в большей степени напоминала «государство» из-за своих монархических признаков. Как и в других монархиях, здесь существовали различия между правящими и подвластными: «Неважно, что потом в результате политической революции царь исчезает, его дело остается: общество формируется вокруг аппарата, который над ним господствует и становится ему не-

²⁰ Жувенель Б. де. Указ. соч. С. 79, 141—142.

²¹ Кревельд М. ван. Указ. соч. С. 78.

²² Штарк Р. *Res Publica // Res Publica: история понятия*. СПб., 2009. С. 7.

²³ «...*Publicum ius est, quod ad statum rei Romana spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem* (публичное право — то, которое относится к положению *res Romana*, а частное — к пользе отдельных людей)» (Штарк Р. Указ. соч. С. 25).

²⁴ Штарк Р. Указ. соч. С. 34—35, 42—43.

²⁵ Штарк Р. Указ. соч. С. 46—47.

обходим. <...> Эра монархии, таким образом, создала тело, отличное от социального тела, — Власть, — которое живет собственной жизнью и имеет собственные интересы, характеристики и цели»²⁶.

Между тем отличие империи от «государства» Кревельд также подчеркивал. Если государства признают друг друга существующими, находясь в единой сетке координат, то империи, крупные территориальные образования, стремятся по-настоящему признавать только себя: «Все остальные лишь варвары». Имперское правление, по мнению Кревельда, поддерживали, помимо религии, два столпа — регулярная армия и бюрократия. Была важна также развитая система налогообложения, при этом собственность империи часто воспринималась как собственность императора. Словом *fiscus* именовалась частная императорская касса, которой правитель мог распоряжаться произвольно. Армия и чиновники служили императору — иногда как лицу публичному, иногда — частному, часто эти две формы служения не различались. Купцы могли заниматься не только торговлей, но и сбором налогов в пользу императора. «В отсутствие абстрактного института государства вся структура представляла собой гигантскую систему вымогательства, в рамках которой император вместе со своими слугами, каким бы ни был их точный статус, “стригли” все остальное население»²⁷. В отличие от государства, империя содержала сравнительно небольшой центральный бюрократический аппарат, многие функции были децентрализованы.

В период феодализма процесс централизации политической власти был приостановлен. «Тогда еще не было даже намека на идеи о том, что территории любого правителя должны быть объединены на основе национальности подданных, что у территорий должны быть естественные границы и даже о том, что они должны быть сосредоточены в одном месте, а не разбросаны. В этих обстоятельствах движение к централизованной власти могло проходить только медленно, и, более того, прогресс в

этом направлении мог быть только временным. Очень часто он вызывал обратную реакцию; с большой вероятностью рано или поздно подчинявшаяся королю местная знать восставала, объединяла силы с зарубежным захватчиком или делала и то и другое одновременно»²⁸. Важные изменения наступили в период позднего Средневековья.

Рождение и становление «государства»: критическая история понятия

Государство, по мнению Кревельда, возникло относительно недавно, в 1300—1648 гг. Основания для его возникновения появились в позднем Средневековье, они были связаны с усилением власти королей и ослаблением власти папы, императора Священной Римской империи. Борясь с церковью, аристократами и империей, королевская власть постепенно образовала «государство». Уже в XIV в. короли для поддержания войн учреждают постоянные налоги: «Подлинный итог Столетней войны — это утверждение постоянной тальи, идущей на содержание ордонансовых рот, т.е. постоянной оплачиваемой кавалерии (1444)»²⁹.

Важный вклад в критическое осмысление происхождения государства внес классик английской концептуальной истории Квентин Скиннер. В статье *The State*, опубликованной в сборнике под редакцией авторов, представляющих направление *Critical Conceptual History*, Скиннер связал возникновение «государства» в европейском политико-правовом дискурсе с ранним Новым временем, особо выделив роль Томаса Гоббса в этом процессе³⁰.

«Государству» в современной европейской традиции соответствуют *Stato*, *State*, *Etat*, *Staat* и др. Слово *lo stato* использовал Никколо Макиавелли в трактате «Государь» (1513), посвященном главе Флоренции Лоренцо Медичи. Итальянское *lo stato*, характеризовавшее какое-либо «правление», происходило от римского *status*, обозначавшего не только статус самоуправляемых сообществ, состояние наро-

²⁶ Жувенель Б. де. Указ. соч. С. 142—143.

²⁷ Кревельд М. ван. Указ. соч. С. 64.

²⁸ Кревельд М. ван. Указ. соч. С. 64.

²⁹ Жувенель Б. де. Указ. соч. С. 205.

³⁰ Skinner Q. *The State // Political Innovation and Conceptual Change* / Ed. by T. Ball, J. Farr and R. L. Hanson. Cambridge, 1989. Pp. 90—131.

да, *status rei publicae*, но и *status regis* — статус правящего, короля, монарха³¹.

Однако, введя *lo stato* в широкий политический лексикон, Макиавелли не сформулировал понятия государства. Русский перевод трактата «Государь» более чем условен. Оригинальное название трактата на итальянском — *Il principe* («принц», «принцепс»). В русской традиции эти слова используются в другом значении («наследник престола», «первый в сенате»), поэтому трактат переводили как «Князь» или «Государь». *Lo stato* у Макиавелли обозначало правление, престол, область властвования, но не государство³². Четкого определения *lo stato* Макиавелли не сформулировал. По мнению Олега Хархордина, основанному на высказывании Джека Хекстера, *lo stato* у Макиавелли — еще не субъект, а скорее объект власти³³. Его приобретают, удерживают, теряют: *mantenero lo stato* означает «сохранять правление».

Вместе с тем логика, используемая теоретиками немецкой «истории понятий», намекает на перспективную социальную роль исторических понятий: реальность текста вызывает к жизни реальность социальных явлений. *Lo stato* Макиавелли способствовало появлению феномена современного государства. Для полноценного рождения государства три знаменитые грани (слово — понятие — социальное явление) должны образовать нечто единое. Социальные понятия не могут быть полноценны вне общественных явлений: если явление как таковое не кристаллизовалось, не возникло и точного определения «государства». Для «сборки» государства были необходимы серьезные изменения в политико-правовом развитии стран Европы. Претендовать на роль особенного правления (*lo stato*) стала королевская власть, боровшаяся с иными публично-властными субъектами.

Долгое время в средневековой Европе монархии обозначали прежде всего личные, династические правления. Юст Липсий в своей работе «Шесть книг о политике или о гражданской доктрине» утверждал, что против монарха «восстание могло быть вызвано тем, что у правителя не было детей, что его лицо было

изуродовано или он страдал от неизлечимой болезни»³⁴.

Лояльность связывалась с сюзереном, династией, а не безличным публичным целым. Для того, чтобы *lo stato* начало обозначать какой-то четко определенный тип правления, важно было не просто отграничить его от других форм власти, но и утвердить его гегемонию. Как и государство, церковь и империя претендовали на статус универсальной власти; власть аристократии носила территориальный и личный характер. Государство же должно было и сохранить универсалистский характер, и воздействовать на локальные власти. В борьбе с папой, аристократией и императором Священной Римской империи короли добились права быть более сильными. Известен принцип, который был выгоден монархам: «Король — император в своем государстве» (*Rex est imperator in regno suo*).

Примат над другими властями стали называть суверенитетом. Изначально оно означало лишь первенство и только потом — верховенство королевской власти: никто, кроме того, кто говорит от имени *lo stato*, не может навязывать гражданам данной территории свой порядок. Изначально суверенитет обозначал не столько независимость и преимущество перед другими государствами, сколько первенство власти монарха по отношению к иным публичным властям³⁵.

Идеологом королевского суверенитета стал французский юрист и политический философ Жан Боден, издавший в 1576 г. работу «Шесть книг о государстве» (*Les six livres de la République*). Работа была написана в период религиозных войн во Франции, спустя четыре года после Варфоломеевской ночи. Боден считал, что «суверенитет есть абсолютная и постоянная власть Государства [*d'une République*], которую латиняне называют *Majestatem* (величием); <...> итальянцы — *seignoria* (сеньорией), — слово, которое они употребляют как по отношению к частным лицам, так и к тем, кто управляет государственными делами; евреи ее называют... [*tomadchavet*], то есть наивысшей властью распоряжаться»³⁶.

³¹ Скиннер Кв. *The State* // Понятие государства в четырех языках. СПб., 2002. С. 14.

³² Скиннер Кв. Указ. соч. С. 23.

³³ Хархордин О. Основные понятия российской политики. М., 2011. С. 11.

³⁴ Кревельд М. ван. Указ. соч. С. 160.

³⁵ Еллинек Г. Указ. соч. С. 421—471.

³⁶ Боден Ж. Шесть книг о государстве // Антология мировой политической мысли : в 5 т. М., 1999. Т. 2. С. 689—695.

В конце XVI в. итальянский мыслитель Джованни Ботеро ввел в оборот понятие «государственный интерес» в одноименной работе *Della Ragion di Stato* (1589). Многие знают это словосочетание в его французской версии: *raison d'État*. Отталкиваясь и отстраняясь от «аморальной» позиции Макиавелли, Ботеро пытался построить этическую теорию того, как правильно и добродетельно управлять тем, что теперь именовалось *lo stato*, направляя и контролируя жизнь своих подданных, в том числе в вопросе численности населения. Исследователи даже замечают у Ботеро «риторику благодетельного контроля»³⁷.

По мнению Карла Шмитта, эпоха суверенных государств берет начало с XVI в.³⁸ Образцовой моделью «государства» как суверенного образования становится Франция. Благодаря деятельности Ришелье и Мазарини, победе в борьбе с аристократией, Франция во время правления Людовика XIV стала самым могущественным государством Европы. Период расцвета абсолютистского государства во Франции именуют «Великим веком».

Как победило «государство»? Благодаря своим талантливым идеологам (Бодену, Ботеро, Гоббсу, Монтескье), а также поражению империи и папства в Тридцатилетней войне. Победу королевских государств закрепил Вестфальский мир 1648 г., утверждавший веротерпимость и ослаблявший церковь. Он санкционировал переход ряда церковных земель к светским феодалам, германским князьям было даровано территориальное господство, право самостоятельно заключать договоры, если они не направлены против императора, право содержать самостоятельные вооруженные силы. Правители получили право самостоятельно регулировать религиозные отношения на своей территории: установленный двумя договорами Вестфальский мир был раскритикован папой римским³⁹.

Эти соглашения были направлены не только против церкви, но и против империи: «Из ха-

оса войны возник и был готов занять ее [Вселенской *Res Publica Christiana*] место новый порядок, основанный на жестком балансе сил между великими государствами»⁴⁰. Постепенно короли перенимали титул и регалии императоров, придумывали себе имперскую историю.

Примерно в это же время возникают ключевые политические мыслители, обосновывавшие современное (модерное) государство. Первым из них был Томас Гоббс, чей «Левиафан» (1651) стал возможен в том числе благодаря английской революции и Тридцатилетней войне, завершившимся за несколько лет до издания этой книги. Гоббс считал государство единым лицом, «ответственность за действия которого взяло на себя — путем взаимного договора — огромное множество людей, с тем чтобы это лицо могло использовать силу и средства всех их так, как сочтет необходимым для их мира и общей защиты»⁴¹. В таком контексте Гоббс предстает не просто автором «одной из теорий происхождения государства», как пишут юристы, но тем, кто впервые обосновал и оправдал «государство» в точном смысле этого слова.

Хотя Гоббс и допускал наличие неотчуждаемого права человека на самосохранение, он был сторонником не конституционного, а абсолютного правления. Есть традиция называть государства XVII в. абсолютистскими, но, по сути, это и были первые «государства». Именно в это время королевские правления начали называть государствами.

Одной из черт огосударствления политической жизни стала постепенная монополизация судебной власти. Исполнение решений церковных судов находилось в ведении королевских представителей, в том числе по делам инквизиции⁴². Во Франции «ордонанс 1670 г. завершает процесс концентрации, который поступательно лишал церковь и сеньоров их юрисдикции в пользу королевской юрисдикции»⁴³.

³⁷ Иванова Ю. В., Соколов П. В. Кроме Макиавелли : Проблема метода в политических науках раннего Нового времени. М., 2014. С. 39.

³⁸ Шмитт К. Государство как конкретное понятие, связанное с определенной исторической эпохой // *Логос*. 2012. № 5 (89). С. 207.

³⁹ Кревельд М. ван. Указ. соч. С. 113.

⁴⁰ Кревельд М. ван. Указ. соч. С. 114.

⁴¹ Гоббс Т. *Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского*. М., 2001. С. 119.

⁴² Кревельд М. ван. Указ. соч. С. 90.

⁴³ Бурдьё П. Дух государства: генезис и структура бюрократического поля // *Поэтика и политика. Альманах Российско-французского центра социологии и философии Института социологии Российской академии наук*. СПб., 1999. С. 145—146.

Карл Шмитт указывает, что в XIX в. «государство» распространилось «на все исторические эпохи и стало политической парадигмой... истории вообще»⁴⁴. Однако для того, чтобы это произошло, необходимо было избавиться от привязки суверенитета к королевской власти. Государство из объекта власти короля, того, чем король распорядился как своей собственностью, стало субъектом власти.

Здесь важно упомянуть о сформулированной историком Эрнстом Канторовичем концепции «двух тел короля» — юридической фикции, сделавшей возможной обезличенность государства. По Канторовичу, король есть не только физическое, но и юридическое тело: если физически король умирает, то юридически — нет. Новая физическая личность (например, королевский наследник) продолжает воплощать в себе неуывающую юридическую личность короля. Однако, когда происходит расхождение физического тела и тела юридического, когда физическое лицо становится узурпатором, юридическая личность покидает физическое тело⁴⁵ и подданные могут свергнуть конкретного короля, оставшись верными настоящему Королю, — так восставшие объясняли низвержение и казнь Карла I. Его казнили как физического узурпатора юридической личности. В таком объяснении проявлялся триумф нового «государства», не привязанного к конкретному человеку. Из суверенного монарха английский король постепенно стал «королем в парламенте». Из владельца государства он превратился в его элемент: монарх стал государственным органом, точнее даже его частью.

Растождествление государства и правящей личности, деперсонализация правления стали возможны благодаря бюрократизации власти, мыслимой прежде всего в рамках организационных форм, в первую очередь правовых. Бертран де Жувенель пишет об утверждении статократии, бюрократической власти, противопоставляемой аристократии. В рамках статократии «могущество» статократа «обусловлено

лишь его положением и функцией в государственной структуре»⁴⁶, а не лидирующей ролью в конкретной социальной группе.

Поначалу бюрократия укрепилась в централизованных королевских государствах, позже — и в республиках: «Повсюду этот процесс имел сходные черты (различаясь, разумеется, в деталях), повсюду происходила бюрократизация управления и его деперсонализация: от “государства” как воплощения власти и достоинства государя происходил переход к государству как политической организации и “телу” формирующейся нации»⁴⁷.

Бюрократия представляла собой не только пресловутое «столоначальство», равнодушие к людям и внимательность к формулировкам. То была своеобразно организованная власть, более упорядоченная и по сравнению с прежними личными правлениями — более эффективная.

Социальная и идейная критика «государства» и феномена бюрократии представлена в работах французского философа и социолога Пьера Бурдьё. Автор отмечал, что бюрократия как система повторяемых практик сильнее оригинальной случайности. «Чтобы была какая-то регулярность, повторяемость, нужно создать автоматизмы, бюрократические функции»⁴⁸. Бурдьё приводит в пример беседу агента по продаже недвижимости и покупателя. Агент задает последнему типичные вопросы, покупатель думает, что его ответы оригинальны и он властен над ситуацией, однако и его случай уже помещен бюрократом в систему, классифицирован и типизован.

Благодаря автоматизмам государственная бюрократия начинает влиять на то, что впоследствии будет объявлено «источником власти и носителем суверенитета». В отличие от агента по продаже недвижимости, у государственного чиновника есть полномочия, он действует от имени публичной власти. Это делает власть государства более витальной, даже «телесной»: «Беспорность государственных предписаний

⁴⁴ Шмитт К. Указ. соч. С. 206.

⁴⁵ Канторович Э. Два тела короля. М., 2013. С. 109—111.

⁴⁶ Жувенель Б. де. Указ. соч. С. 221.

Отметим, сам термин «бюрократия» появился в середине XVIII в. — он обозначал новое, весьма неприятное правление. «Бюрократии» обличал Венсан де Гурне, защитник свободной конкуренции и автор знаменитого принципа *laissez faire* (невмешательства).

⁴⁷ Кром М. М. Рождение государства Нового времени в России и Западной Европе: сравнительно-историческая перспектива // Труды кафедры истории России с древнейших времен до XX века. СПб., 2006. С. 34.

⁴⁸ Бурдьё П. О государстве. С. 110.

заставляет признать себя с тем большей силой, что оно [государство] навязывает когнитивные структуры, в соответствии с которыми его нужно воспринимать»⁴⁹.

При этом Бурдые подчеркивает: «...чтобы действительно понять, как достигается непосредственное подчинение государственному порядку, нужно порвать с интеллектуализмом неокантианской традиции и понять, что когнитивные структуры являются не формами сознания, а телесными предрасположенностями и что подчинение, которое мы выказываем государственным предписаниям, нельзя понимать ни как механическое подчинение силе, ни как сознательное принятие порядка (во всех смыслах этого слова)»⁵⁰.

Нормативная типизация и контроль над идеями и телесностью приводят к тому, что раннемодерное, «раннебюрократическое» государство создает основания для будущих сверхцентрализованных систем. Победив иные политические объединения, правители и их помощники объявляют государство единственным полноправным политическим субъектом, способным на истинную, «нейтральную» точку зрения: «Докса есть частная точка зрения, точка зрения доминирующих... тех, кто господствует, подчиняя себе государство, кто сделал из своей точки зрения всеобщую, создавая государство»⁵¹.

Возвышение государственной бюрократии было бы невозможно без роста документооборота. Увеличение количества актов королевской канцелярии во Франции, стремившейся к централизации, можно наблюдать еще с XII в. Французский король Роберт Благочестивый (996—1031) оставил после себя 108 актов или их упоминаний. Филипп Август (1180—1204), при котором и начался активный рост документации, — около 2 500 актов. Филипп Красивый (1285—1315) — уже 50 тыс. актов⁵². В Московском княжестве в XV в. было около 2 тыс. актов. Больше всего — при Иване III, при котором число актов сопоставимо с количеством документов при Филиппе Августе.

Объем делопроизводства тесно связан с численностью правительственной бюрократии.

При французском короле Франциске I (1515—1547) королевских чиновников было около 4 тыс., в 1573 г. — уже 20 тыс. При его современнике Василии III (1505—1543) в Московской Руси был лишь 121 дьяк.

Подобные наблюдения позволяют российскому историку М. М. Кромю говорить о рассинхронизации политического развития между Францией и Московским княжеством. При этом последовательность стадий сохраняется: Франция рубежа XIII—XIV вв. и Московское княжество на стыке XV—XVI вв. находились на начальной стадии становления государства Нового времени⁵³.

Рождающееся государство было классовым. В позднее Средневековье и раннее Новое время монархи искали поддержку буржуазии в борьбе с аристократией. Энгельс считал, что города и буржуазия были заинтересованы в развитии денежной экономики, в отсутствии войны и в порядке. Защиту они пытались найти в королевском государстве, стремившемся балансировать между дворянами и буржуа⁵⁴. Однако во второй половине XVIII в. связь между французским королем и буржуазией была ослаблена. И хотя лояльная королю буржуазия назначалась на ключевые административные должности, это происходило на фоне упразднения привилегий городов и городских собраний⁵⁵. Деятельность городов контролировалась королевскими чиновниками, особенно это было заметно в сфере налоговой политики. С ослаблением аристократии интересы монарха и третьего сословия стали все более различаться. Началась борьба между королем и третьим сословием, говорившим уже от имени не горожан, а всей «нации».

Становление национального государства: критический конструктивизм

Новая борьба с королевской властью привела к тому, что после падения многих монархий государство стало восприниматься как политический институт нации. В брошюре «Что такое

⁴⁹ Бурдые П. Дух государства: генезис и структура бюрократического поля. С. 152.

⁵⁰ Бурдые П. Дух государства: генезис и структура бюрократического поля. С. 110.

⁵¹ Бурдые П. Дух государства: генезис и структура бюрократического поля. С. 158.

⁵² Кром М. М. Рождение государства Нового времени в России и Западной Европе. С. 30.

⁵³ Кром М. М. Рождение государства Нового времени в России и Западной Европе. С. 33.

⁵⁴ Энгельс Ф. Происхождение семьи, частной собственности и государства. М., 2010. С. 192—193.

⁵⁵ Токвиль А. де. Старый порядок и революция. М., Челябинск, 2016. С. 68—78.

третье сословие?» (1789) Эммануэль Сийес заявил, что нация «есть общество людей, живущих под общим законом и представленное одним законодательным учреждением»⁵⁶. Привилегированные сословия (аристократия, духовенство) оказываются вне такой нации. Последнюю должны представлять государственные органы: король и Национальное собрание.

После 1789 г. начали воплощаться идеи Сийеса и Руссо о национальном и народном суверенитете. Началась эпоха нациестроительства, государство уже не отождествлялось с персоной правителя: оно искало опору в актуальной нации, а также в ее истории. Если династические монархии ассоциировались со стилем барокко, его сложными, изящными формами, смешением интимного и публичного, то более современный тип правления начал ассоциироваться с рационализмом и эстетикой классицизма⁵⁷ — стиля, пытавшегося оправдать собственное господство строгостью форм и отсылкой к древности⁵⁸.

При этом национальные демократии не менее тотальны, чем монархии и аристократии. Жувенель пишет о том, что они крепче связывают властвующих и подвластных; демократические национальные государства ничуть не менее милитаризованы, чем монархические⁵⁹: «...воинскую обязанность, к которой несмело продвигались монархии, учреждает революционная Франция. <...> В 1798 г. закон Журдана оформляет систему мобилизации людских ресурсов. Мужчины от двадцати до двадцати пяти лет — пять разрядов, всего около миллиона человек — признаются военнообязанными...»⁶⁰.

Происходила цепная реакция: «Как только система постоянной армии была принята одной цивилизованной нацией, необходимость ввести ее возникла и у всех соседних наций; этого

требовала безопасность, ибо их войска были совершенно неспособны противостоять такой армии», — цитирует Адама Смита Бертран де Жувенель⁶¹.

Городские стены намеренно разрушались, население постепенно обезоруживалось. Слово «ополчение» (*militia*) в Пруссии было запрещено, в других областях оно стало предметом насмешки⁶². Государство, сформировавшее сильную армию, смогло без угрозы реального сопротивления устанавливать произвольные налоги. Именно с этого времени налоговая система и регулярная армия, набираемая за счет граждан, считаются одними из важных признаков государства.

Установление налогов оправдывалось тем, что это происходит «по воле нации». Сходным образом впоследствии говорили об институтах, создаваемых в соответствии с принципом национального суверенитета: выборах, плебисцитах, делегировании полномочий.

Постепенно республик с парламентским представительством стало больше, чем монархий. «Общее благо», установление которого приписывалось монарху⁶³, перестало им определяться. Секуляризация и «демократизация» мышления привели к изменению содержания понятий «закон» и «суверенитет».

Важнейшая задача того, кто облечен высшей властью, — издание правил, в том числе в форме закона. И если законом в средневековой Руси именовали незыблемое правило, имевшее отношение к Богу и религии, то позднее законотворцем начали считать монарха⁶⁴, а потом и парламент. Если Бога не существует, то правила на земле могут устанавливать смертные люди. Происходила трансляция суверенитета: от «Бога» — к парламенту и нации: «Созданная Руссо теория народного суверенитета являет

⁵⁶ Сийес Э. Ж. Что такое третье сословие // Аббат Сийес: от Бурбонов к Бонапарту. СПб., 2003. С. 160.

⁵⁷ Бахтин М. М. Творчество Франсуа Рабле и народная культура Средневековья и Ренессанса. М., 1965. С. 112—113.

⁵⁸ Об изобретении традиций, в том числе «древних», см.: Hobsbawm E. Introduction: The Invention of Tradition // The Invention of Tradition / Edited by E. Hobsbawm and T. Ranger. Cambridge, 1983. Pp. 1—14.

⁵⁹ Жувенель Б. де. Указ. соч. С. 197—198.

⁶⁰ Жувенель Б. де. Указ. соч. С. 203, 210.

⁶¹ Жувенель Б. де. Указ. соч. С. 203.

⁶² Кревельд М. ван. Указ. соч. С. 148.

⁶³ Хархордин О. Указ. соч. С. 32—33, 49.

⁶⁴ См. об этом: Киселев М. А. Правда и закон во второй половине XVII — первой четверти XVIII века: от монарха-судьи к монарху-законодателю // «Понятия о России»: к исторической семантике имперского периода. М., 2012. Т. 1. С. 49—65; Шахматов М. В. Подвиг власти: опыт по истории государственных идеалов России // Шахматов М. В. Государство правды. М., 2008. С. 13—14.

поразительный параллелизм со средневековой теорией божественного суверенитета. Та и другая допускают неограниченное право повелевания, которое, однако, не присуще правителям. Это право принадлежит верховной власти — Богу или народу, — которая по своей природе сама препятствует его осуществлению. И которая, таким образом, должна предоставлять полномочие на реальную Власть»⁶⁵. Жувенель упоминает орган, ограждающий «Власть» от узурпации полномочий: «В системе божественного суверенитета таким организмом неизбежно будет церковь. В системе народного суверенитета это будет парламент»⁶⁶.

Национальные государства, освобожденные от уз религии, начинают принимать всё большее количество законов: XIX век — век кодификации и век национализма. Выражаясь терминами политического конструктивизма, имело место интенсивное нациестроительство (nation-building): нация создавалась путем начального и среднего образования, влияния СМИ, службы в армии, создания новой символики, гражданской религии. Абсолютное большинство изменений в различных сферах общества было внесено законодательным путем. При издании кодексов законодатели оставили универсалистские попытки создать единое для всей Европы «разумное» право и начали действовать в собственных, национальных интересах⁶⁷.

Нация отличается от полиса или сельской общины тем, что абсолютное большинство ее членов не знает друг друга, связь между людьми прежде всего воображаемая. Именно поэтому Бенедикт Андерсон считал, что нация — «воображенное политическое сообщество, и воображается оно как что-то неизбежно ограниченное, но в то же время суверенное»⁶⁸. Ограниченность нации состоит в том, что она неизбежно отделяет своих от чужих, среди «своих» застав-

ляя себя считать первичной ценностью, сувереном. Заявляя о себе как о верховной власти внутри определенной территории, национальное государство признает аналогичные политические объединения.

Современные нации видятся Андерсону созданными путем воображения и конструктивной деятельности, они не существовали изначально. Из большой четверки исследователей национализма — Эрнста Геллнера, Эрика Хобсбаума, Бенедикта Андерсона, Энтони Смита — только последнего можно с оговорками назвать противником конструктивистских концепций нации.

Конструктивистское видение национального государства, его истоков, рукотворности, пластичности, искусственности наций как конструкторов и воображаемых сообществ можно отнести к *критическим* концепциям государства. В такой оптике государство и нация видятся не изначальными (примордиальными) сущностями, а социальными институтами, создаваемыми людьми на определенном этапе своего развития, по сути — сравнительно поздно, в Новое время.

При этом нацию как воображенную, созданную, искусственную реальность не стоит отождествлять с иллюзорной, несуществующей. Протез выполняет некоторые функции руки, хотя сконструирован и создан. Искусственная личность государства также может быть действительной. Наибольшую силу, по мнению Кревельда, она обретает в социалистическом государстве, которое старается регулировать все ключевые сферы общественной жизни, в том числе экономическую. Неолиберальные идеи и подходы в конце 1990 гг. ограничили роль государства, приблизили упадок социального государства.

Подобное наблюдение можно соотнести с мнением Жувенеля, считавшего, что разные

⁶⁵ Жувенель Б. де. Указ. соч. С. 71.

⁶⁶ Жувенель Б. де. Указ. соч. С. 72.

⁶⁷ «...Школа естественного права знаменует поворот в истории; впервые появляется желание сделать действующим правом идеальное право, преподаваемое в университетах. Можно сказать, что впервые возник интерес к позитивному праву. Впервые также стало допускаться, что суверен может создавать право и пересматривать его в целом. Правда, считалось, что эти полномочия даются суверену для закрепления принципов естественного права. Как говорил Комбасерес, речь идет о “создании кодекса, соответствующего природе, санкционированного разумом и гарантированного свободой”. Однако, получив соответствующие полномочия, власть может уклониться от названной цели; законодатель может использовать ее для изменения основ общества, не заботясь о “естественных правах”» (Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 2009. С. 57—58).

⁶⁸ Андерсон Б. Воображаемые сообщества. Размышления об истоках и распространении национализма. М., 2016. С. 47.

общества доходили в своем развитии до стадии всемогущества «государства» (Древний Египет, Рим, Западная Европа и др.). После этого государство, разрушив косвенные власти в виде сословий и установив нужное ему формальное равенство, начинает само подчиняться «статократии». Верхи чиновничества, занявшись перераспределением, захватывают власть и превращаются в феодалов — государство как власть снова разрушается⁶⁹. В отличие от Кревельда, увязывавшего рождение государства с XIV—XVII вв., Жувенель считает государство заключительной, наиболее бюрократизированной стадией развития «Власти», существовавшей в разные эпохи. Достижение стадии государства одновременно символизирует закат и упадок «Власти».

Заключение

Сегодня государство становится не столько ключевым объектом политической рефлексии, сколько субъектом политики и законотворчества. Лица, действующие от имени государства, создают видимость государства как реального, естественного субъекта, нейтрального и внепартийного, существующего вне идеологий и точек зрения. Государство, по Бурдье, пытается представить себя «точкой зрения на точки зрения», спрятать себя за нейтральностью⁷⁰, стать «центральным банком символического капитала».

В таком контексте принцип народного суверенитета становится фикцией: «...строю эту беспрецедентную организацию, эту необычную вещь, которой стало государство, создавая всю совокупность организационных ресурсов, одновременно материальных и символических, социальные агенты, отвечающие за эту работу, построили государство в смысле единого населения, которое мы обычно наделяем ролью причины»⁷¹.

При анализе государства как социального понятия и явления легко впасть в соблазн гипостазирования, наделения сущностью пустоты. Государство, в отличие от общины или монарха, есть не субъект, а поле социального взаи-

модействия и идея, обретшая свою телесность. С общественной точки зрения государство — нечто вполне реальное, однако его реальность наличествует прежде всего в сознании людей, а потом и в их практиках. У государства есть определенные признаки в силу социальных конвенций, в том числе юридических. Попадая в поле взаимодействия, называемое государством, некоторые люди или коллективы начинают действовать от его имени так, как если бы само государство действовало через них: «государство издало законы», «государство наказывает за преступления». Это решительно отличает «государство» от древних и средневековых «монархий», где монарх сочетал в себе единство физической и символической личностей.

Ключевая ткань государства — управление, причем в рамках определенных, бюрократических процедур, нивелирующих оригинальность мышления, разномыслие. Государство строится на нормировании и типизации. Способствуют этому различные институты, в том числе юридическое образование, идеологически не нейтральное. Оно чаще всего прогосударственное — не в смысле защиты конкретных лиц, но в смысле воспроизведения социальной иерархии в государстве⁷². В постсоветской России даже марксистский по происхождению исторический канон изучения государства (догосударственный строй — рабовладельческое — феодальное — буржуазное государство), лишившись своего критического заряда, становится апологией государства, чье происхождение ищут на берегах Нила. Логическим исходом политической эволюции становится не упразднение государства и классового насилия, а укрепление некоего неолиберального государства, отменяющего классовое деление и руководствующегося принципами права и демократии. Гегель здесь возобладал над Марксом: упразднение государства отменяется.

Мутировавший исторический материализм подкреплен общими постулатами юридического позитивизма. Последний не только привязывает право к государству, видя в государстве основание юридических норм, но и подчеркивает тысячелетний характер его существования.

⁶⁹ Жувенель Б. де. Указ. соч. С. 239—240.

⁷⁰ Бурдье П. О государстве. С. 93.

⁷¹ Бурдье П. О государстве. С. 102.

⁷² Важную роль в осмыслении юридического образования сыграл представитель критических правовых исследований (CLS) Данкан Кеннеди (см.: Kennedy D. Legal Education and the Reproduction of Hierarchy. A Polemic Against the System. New York, 1983).

Везде, где есть право, должно быть государство или хотя бы что-то, его напоминающее (город-государство, союз государств, межгосударственное объединение). На рубеже XIX и XX вв. О. Эрлих, П. Г. Виноградов, Л. И. Петражицкий и другие пытались переосмыслить роль государства в создании права. Однако их радикальные тезисы были успешно нейтрализованы мейнстримом правовой мысли⁷³.

В силу многих причин государство продолжает быть априорной политической категорией в сознании юристов, наблюдающих ежедневные проявления властных механизмов: «Реализуясь

в социальных структурах и в адаптированных к ним ментальных структурах, учрежденный институт заставляет забыть, что он является результатом долгого ряда действий по институционализации, и представляется со всеми его внешними признаками естественности»⁷⁴.

Для обличения этой «естественности» государства и необходимы критические подходы к понятию и происхождению государства. В этой статье были представлены различные критические концепции государства: от радикального политического эволюционизма до критической концептуальной истории.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Андерсон Б. Воображаемые сообщества. Размышления об истоках и распространении национализма. — М., 2016.
2. Бурдые П. О государстве. — М., 2016.
3. Гоббс Т. Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского. — М., 2001.
4. Грюнебаум Г. Э. фон. Классический ислам. Очерк истории (600—1258). — М., 1988.
5. Давид Р. Основные правовые системы современности. — М., 2009.
6. Джессоп Б. Государство: прошлое, настоящее и будущее. — М., 2019.
7. Еллинек Г. Общее учение о государстве. — СПб., 2004.
8. Жувенель Б. де. Власть. Естественная история ее возрастания. — М., 2011.
9. Зорькин В. Д. Позитивистская теория права в России. — М., 1978.
10. Иванова Ю. В., Соколов П. В. Кроме Макиавелли: Проблема метода в политических науках раннего Нового времени. — М., 2014.
11. Кант И. Метафизика нравов в двух частях // Кант И. Критика практического разума. — СПб., 2007.
12. Карнейро Р. Теория происхождения государства // Раннее государство, его альтернативы и аналоги. — Волгоград, 2006.
13. Карсавин Л. П. Государство и кризис демократии // Новый мир. — 1991. — № 1.
14. Киселев М. А. Правда и закон во второй половине XVII — первой четверти XVIII века: от монарха-судьи к монарху-законодателю // «Понятия о России»: к исторической семантике имперского периода. — М., 2012. — Т. 1.
15. Копылова Е. Международный уголовный суд и Палестинская автономия: отказ в правосудии // Международное правосудие. — 2012. — № 2 (3).
16. Коттеррелл Р. Эрлих на окраине Империи: центры и периферии в правовых исследованиях // Эрлих О. Основоположение социологии права. — СПб., 2011.
17. Кром М. Рождение государства: Московская Русь XV—XVI веков. — М., 2018.
18. Кром М. М. Рождение государства Нового времени в России и Западной Европе: сравнительно-историческая перспектива // Труды кафедры истории России с древнейших времен до XX века. — СПб., 2006.
19. Мамут Л. С. Государство как публично-властным образом организованный народ // Журнал российского права. — 2000. — № 3.
20. Мамут Л. С. Социальное государство с точки зрения права // Государство и право. — 2001. — № 7.
21. Сийес Э. Ж. Что такое третье сословие // Аббат Сийес: от Бурбонов к Бонапарту. — СПб., 2003.
22. Токвиль А. де. Старый порядок и революция. — М., Челябинск, 2016.
23. Феномен полиса в современной зарубежной историографии. — М., 2011.

⁷³ Коттеррелл Р. Эрлих на окраине Империи: центры и периферии в правовых исследованиях // Эрлих О. Основоположение социологии права. СПб., 2011. С. 673—700.

⁷⁴ Бурдые П. Дух государства: генезис и структура бюрократического поля. С. 130.

24. Хархордин О. Основные понятия российской политики. — М., 2011.
25. Чистое учение о праве Ганса Кельзена : сб. переводов. — Вып. 2. — М., 1988.
26. Шахматов М. В. Подвиг власти: опыт по истории государственных идеалов России // Шахматов М. В. Государство правды. — М., 2008.
27. Шмитт К. Государство как конкретное понятие, связанное с определенной исторической эпохой // Логос. — 2012. — № 5 (89).
28. Штарк Р. Res Publica // Res Publica: история понятия. — СПб., 2009.
29. Энгельс Ф. Происхождение семьи, частной собственности и государства. — М., 2010.
30. Hobsbawm E. Introduction: The Invention of Tradition // The Invention of Tradition / Ed. by E. Hobsbawm and T. Ranger. — Cambridge, 1983.
31. Kennedy D. Legal Education and the Reproduction of Hierarchy. — New York, 1983.

Материал поступил в редакцию 15 ноября 2019 г.

REFERENCES

1. Anderson B. Voobrazhaemye soobshchestva. Razmyshleniya ob istokakh i rasprostraneni natsionalizma [Imagined community. Reflections on the origins and spread of nationalism]. Moscow; 2016. (In Russ.)
2. Bourdieu P. O gosudarstve [On the state]. Moscow; 2016. (In Russ.)
3. Hobbes T. Leviatan, ili materiya, forma i vlast gosudarstva tserkovnogo i grazhdanskogo [Leviathan, or the Matter, Forme and Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civil]. Moscow; 2001. (In Russ.)
4. Grunebaum GE von. Klassicheskiy islam. Ocherk istorii (600—1258) [Classic Islam. A history 600-1258]. Moscow; 1988. (In Russ.)
5. David R. Osnovnye pravovye sistemy sovremennosti [The main legal systems of our time]. Moscow; 2009. (In Russ.)
6. Jessop B. Gosudarstvo: proshloe, nastoyashchee i budushchee [The State: Past, Present, Future]. Moscow; 2019. (In Russ.)
7. Jellinek G. Obshchee uchenie o gosudarstve [General Theory of the State]. Saint Petersburg; 2004. (In Russ.)
8. Jouvenel B. de. Vlast. Estestvennaya istoriya ee vozrastaniya [On Power: The Natural History of its Growth]. Moscow; 2011. (In Russ.)
9. Zorkin VD. Pozitivistskaya teoriya prava v Rossii [Positivist theory of law in Russia]. Moscow; 1978. (In Russ.)
10. Ivanova YuV, Sokolov PV. Krome Makiavelli: problema metoda v politicheskikh naukakh rannego novogo vremeni [In addition to Machiavelli: The Problem of method in political Sciences in early modern times]. Moscow; 2014. (In Russ.)
11. Kant I. Kritika prakticheskogo razuma [The Critique of Practical Reason] In: Kant I. Metafizika npravov, v dvukh chastyakh [The Metaphysics of Morals, in two parts]. Saint Petersburg; 2007. (In Russ.)
12. Carneiro R. Teoriya proiskhozhdeniya gosudarstva [Theory of the origin of the state]. Rannee gosudarstvo, ego alternativy i analogi [The early state, its alternatives and analogues]. Volgograd; 2006. (In Russ.)
13. Karsavin LP. Gosudarstvo i krizis demokratii [The state and the crisis of democracy]. Noviy mir [A new world]. 1991;1. (In Russ.)
14. Kiselev MA. Pravda i zakon vo vtoroy polovine XVII-pervoy chetverti XVIII veka: ot monarkha-sudi k monarkhu-zakonodatel'ny [Truth and the law in the second half of the 17th-first quarter of the 18th century: from the monarch-judge to the monarch-legislator]. In: «Ponyatiya o Rossii»: k istoricheskoy semantike imperskogo perioda [«Concepts of Russia»: to the historical semantics of the Imperial period]. Moscow; 2012. Vol. 1. (In Russ.)
15. Kopylova E. Mezhdunarodnyy ugovorny sud i palestinskaya avtonomiya: otkaz v pravosudii [The international criminal court and the Palestinian authority: denial of justice]. *Mezhdunarodnoe pravosudie [International justice]*. 2012;2(3). (In Russ.)
16. Cotterrell R. Erlikh na okraine imperii: tsentry i periferii v pravovykh issledovaniyakh [Ehrlich at the Edge of Empire: Centers and Peripheries in Legal Studies]. In: Erlikh O. Osnovopolozhenie sotsiologii prava [The Sociology of Law: An Introduction]. Saint Petersburg; 2011. (In Russ.)
17. Krom M. Rozhdenie gosudarstva: Moskovskaya Rus XV-XVI vekov [Birth of the State: Moscow Rus of the 15-16th Centuries]. Moscow; 2018. (In Russ.)

18. Krom M. Rozhdenie gosudarstva novogo vremeni v Rossii i Zapadnoy Evrope: sravnitel'no-istoricheskaya perspektiva [The Birth of the Modern State in Russia and Western Europe: A Comparative Historical Perspective]. In: Trudy kafedry istorii Rossii s drevneyshikh vremen do XX veka [Proceedings of the Department of Russian History from ancient times to the 20th century]. Saint Petersburg; 2006. (In Russ.)
19. Mamut LS. Gosudarstvo kak publichnovlastnym obrazom organizovannyi narod [The state as a publicly organized people]. *Zhurnal Rossiyskogo prava [Journal of Russian Law]*. 2000;3. (In Russ.)
20. Mamut LS. Sotsialnoe gosudarstvo s tochki zreniya prava [The social state from the point of view of law]. *Gosudarstvo i Pravo [State and Law]*. 2001;7. (In Russ.)
21. Sieyes EZh. Chto takoe trete soslovie [What is the Third Estate?]. In: Abbat Siyes: ot Burbonov k Bonapartu [L'abbé Sieyes: From the Bourbons to Bonaparte]. Saint Petersburg; 2003. (In Russ.)
22. Tocqueville A. de. Staryy poryadok i revolyutsiya [The Old Regime and the Revolution]. Moscow, Chelyabinsk; 2016. (In Russ.)
23. Fenomen polisa v sovremennoy zarubezhnoy istoriografii [The phenomenon of the Polis in modern foreign historiography]. Moscow; 2011. (In Russ.)
24. Kharkhordin O. Osnovnye ponyatiya rossiyskoy politiki [Basic concepts of Russian politics]. Moscow; 2011. (In Russ.)
25. Chistoe uchenie o prave Gansa Kelzena: sb. perevodov [Pure doctrine of law by Hans Kelsen: collection of translations]. Issue 2. Moscow; 1988. (In Russ.)
26. Shakhmatov MV. Podvig vlasti: opyt po istorii gosudarstvennykh idealov Rossii [Grest deed of power: experience in the history of Russian state ideals]. In: Shakhmatov MV. Gosudarstvo pravdy [State of truth]. Moscow; 2008. (In Russ.)
27. Schmitt K. Gosudarstvo kak konkretnoe ponyatie, svyazannoe s opredelennoy istoricheskoy epokhoi [The state as a concrete concept associated with a certain historical epoch]. *Logos*. 2012;5(89). (In Russ.)
28. Stark R. Res Publica. In: Res Publica: istoriya ponyatiya [Res Publica: History of the concept]. Saint Petersburg; 2009. (In Russ.)
29. Engels F. Proiskhozhdenie semi, chastnoy sobstvennosti i gosudarstva [The Origin of the Family, Private Property, and the State]. Moscow; 2010. (In Russ.)
30. Hobsbawm E. Introduction: The Invention of Tradition. In: Hobsbawm E, Ranger T. The Invention of Tradition. Cambridge; 1983. (In Eng.)
31. Kennedy D. Legal Education and the Reproduction of Hierarchy. New York, 1983. (In Eng.)

Д. Л. Кутейников*,
О. А. Ижаев**,
С. С. Зенин***,
В. А. Лебедев****

Алгоритмическая прозрачность и подотчетность: правовые подходы к разрешению проблемы «черного ящика»¹

Аннотация. В статье изучены правовые подходы Европы и Соединенных Штатов Америки, на которых основывается законодательство, регулирующее использование компьютерных алгоритмов, т.е. систем автоматизированного принятия юридически значимых решений. Установлено, что в указанных юрисдикциях применяются существенно разные концепции.

Европейский подход предусматривает регулирование применения систем автоматизированного принятия решений посредством законодательства о персональных данных. Авторы приходят к выводу о том, что Общий регламент по защите данных не возлагает юридической обязанности на контролеров раскрывать техническую информацию, т.е. открывать «черный ящик», субъекту персональных данных, в отношении которого алгоритм принимает решение. Это может случиться в перспективе, когда законодатель-

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-16193.

© Кутейников Д. Л., Ижаев О. А., Зенин С. С., Лебедев В. А., 2020

* *Кутейников Дмитрий Леонидович*, кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры конституционного и муниципального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
kuteynikov@me.com

** *Ижаев Осман Аликович*, кандидат юридических наук, консультант юридического отдела Московской городской избирательной комиссии
Моховая ул., д. 11, стр. 8, г. Москва, Россия, 125009
izhaev.osman@gmail.com

*** *Зенин Сергей Сергеевич*, кандидат юридических наук, директор Научно-исследовательского института, доцент кафедры конституционного и муниципального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), ведущий научный сотрудник кафедры теории государства и права, конституционного и административного права Южно-Уральского государственного университета (национального исследовательского университета)
Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
zeninsergei@mail.ru

**** *Лебедев Валериан Алексеевич*, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры конституционного и муниципального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
lebedev_va@bk.ru

ные органы конкретизируют положения названного Регламента, в соответствии с которыми контролер должен предоставлять субъекту персональных данных значимую информацию о логике принимаемых в его отношении решений.

В США вопросы прозрачности и подотчетности алгоритмов регламентируются при помощи различных антидискриминационных актов, регулирующих отдельные сферы жизнедеятельности человека. При этом они носят фрагментарный характер и их совокупность не представляет собой комплексную, связанную между собой систему нормативных правовых актов. На практике правовое регулирование осуществляется ad hoc со ссылкой на отдельные законодательные положения, запрещающие обработку чувствительных видов персональных данных.

В статье утверждается, что в России правовое регулирование алгоритмической прозрачности и подотчетности находится на этапе становления. Имеющееся законодательство о персональных данных позволяет предположить, что отечественный подход к разрешению проблемы «черного ящика» близок к европейскому. При разработке и принятии соответствующих нормативных правовых актов необходимо исходить из того, что субъект персональных данных должен обладать правом на получение информации, объясняющей в доступной форме логику принятого в его отношении решения.

Ключевые слова: алгоритмы; машинное обучение; искусственный интеллект; большие данные; алгоритмическая подотчетность; алгоритмическая прозрачность; «черный ящик»; персональные данные; приватность.

Для цитирования: Кутейников Д. Л., Ижаев О. А., Зенин С. С., Лебедев В. А. Алгоритмическая прозрачность и подотчетность: правовые подходы к разрешению проблемы «черного ящика» // Lex russica. — 2020. — Т. 73. — № 6. — С. 139—148. — DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.139-148.

Algorithmic Transparency and Accountability: Legal Approaches to Solving the "Black Box" Problem²

Dmitriy L. Kuteynikov, Cand. Sci. (Law), Senior Lecturer of the Department of Constitutional and Municipal Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
kuteynikov@me.com

Osman A. Izhaev, Cand. Sci. (Law), Consultant of the Legal Department of the Moscow City Election Commission
ul. Mokhovaya, d. 11, str. 8, Moscow, Russia, 125009
izhaev.osman@gmail.com

Sergey S. Zenin, Cand. Sci. (Law), Head of the Research Institute, Associate Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Leading Researcher of the Department of Theory of the State and Law, Constitutional and Administrative Law of the South Ural State University (National Research University)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
zeninsergei@mail.ru

Valerian A. Lebedev, Dr. Sci. (Law), Professor, Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
lebedev_va@bk.ru

Abstract. The paper examines the European and American legal approaches based on legislation regulating the use of computer algorithms, i.e. systems for automated decision-making of legally significant decisions. It is established that these jurisdictions apply essentially different concepts.

The European approach provides for regulating the use of automated decision-making systems through legislation on personal data. The authors conclude that the general data protection regulation does not impose

² The reported study was funded by RFBR according to the research project № 18-29-16193.

a legal obligation on the controllers to disclose technical information, i.e. to open a "black box", to the subject of personal data, in respect of which the algorithm makes a decision. This may happen in the future, when the legislative authorities specify the provisions of this Regulation, according to which the controller must provide the subject of personal data with meaningful information about the logic of decisions taken in relation to it.

In the United States, issues of transparency and accountability of algorithms are regulated by various anti-discrimination acts that regulate certain areas of human activity. At the same time, they are fragmentary and their totality does not represent a complex, interconnected system of regulatory legal acts. In practice, legal regulation is carried out ad hoc with reference to certain legal provisions prohibiting the processing of sensitive types of personal data.

The paper states that the legal regulation of algorithmic transparency and accountability is in its infancy in Russia. The existing legislation on personal data suggests that the domestic approach to solving the "black box" problem is close to the European one. When developing and adopting relevant regulatory legal acts, it is necessary to proceed from the fact that the subject of personal data should have the right to receive information explaining the logic of the decision made in relation to it in an accessible form.

Keywords: algorithms; machine learning; artificial intelligence; big data; algorithmic accountability; algorithmic transparency; "black box"; personal data; privacy.

Cite as: Kuteynikov DL, Izhaev OA, Zenin SS, Lebedev VA. Algoritmicheskaya prozrachnost i podotchetnost: pravovye podkhody k razresheniyu problemy «chernogo yashchika» [Algorithmic Transparency and Accountability: Legal Approaches to Solving the "Black Box" Problem]. *Lex russica*. 2020;73(6):139-148. DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.139-148. (In Russ., abstract in Eng.).

Введение

В современном мире наблюдается устойчивая тенденция развития и массового внедрения компьютерных алгоритмов. Они способны воспринимать окружающую среду, анализировать полученную из нее информацию и на этой основе принимать рациональные решения с разной степенью автономности. Особенностью данных алгоритмов является то, что в некоторых случаях невозможно с высокой степенью достоверности восстановить ход принятия им того или иного решения³. Таким образом, функционирование алгоритмов является непрозрачным и неподотчетным, что в литературе принято называть проблемой «черного ящика».

Данная проблема приобретает особое для права значение в случае использования таких

алгоритмов в общественной сфере. Принимаемые ими решения могут иметь юридическое значение или являться основой для принятия человеком решений, порождающих правовые последствия. При таких условиях субъекты соответствующих правоотношений не имеют возможности оценить обоснованность и справедливость принятых алгоритмом решений и тем самым де-факто лишаются права на их обжалование. Между тем за этой тайной принятия решений могут скрываться высокие риски нарушения прав личности.

К настоящему времени накоплен достаточный опыт применения алгоритмов. В частности, широко известны случаи их отрицательного воздействия на гражданские⁴, политические⁵, экономические⁶ и социальные⁷ права и свободы человека. В мировой

³ Burrell J. How the machine «thinks». Understanding opacity in machine learning algorithms // *Big Data & Society*. 2016. № 1-12 (January — June).

⁴ В некоторых штатах США судьи в ходе рассмотрения дел использовали алгоритм, который определял степень риска совершения обвиняемыми повторных преступлений. Независимая проверка алгоритма показала, что он присваивал лицам с темной кожей заведомо более высокую степень риска (почти в два раза) по сравнению с другими. Интересно, что коммерческая организация, которая разработала и применяла данный алгоритм, не пожелала раскрывать информацию относительно логики присваивания программным обеспечением той или иной степени риска. См.: Machine Bias There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against black // ProPublica. URL: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing> (дата обращения: 30.03.2020).

⁵ Известен печальный опыт компании Cambridge Analytica, которая при помощи алгоритма анализировала данные пользователей Facebook и на основании полученных результатов влияла через агрессивную таргетированную рекламу на политические предпочтения граждан, в частности в ходе избиратель-

практике существуют различные правовые подходы, направленные на избежание негативных последствий массового использования алгоритмов. В связи с этим представляет научный и практический интерес исследование двух качественно отличающихся друг от друга концепций правового регулирования прозрачности и подотчетности алгоритмов.

I. Европейский подход к раскрытию информации о логике работы систем принятия автоматизированных решений

В Европейском Союзе функционирование алгоритмов регулирует Общий регламент по защите данных (далее — Регламент)⁸. Требования Регламента, предъявляемые к контролерам, по раскрытию информации в целях объяснения субъектам данных логики принятого алгоритмом в их отношении решения исследованы в ряде научных работ⁹. Непосредственно к вопросам прозрачности и подотчетности алгоритмов относятся положения Регламента, в соответствии с которыми контролер в случаях получения персональных данных от субъекта данных, а также от третьей

стороны должен предоставлять, а субъект вправе получать информацию «о наличии системы автоматизированного принятия решения, включая профилирование, указанное в пунктах 1 и 4 статьи 22 Регламента, и по крайней мере в этих случаях полноценную информацию о логике работы этой системы, а также о значимости и предполагаемых последствиях такой обработки для субъекта данных» (ст. 13—15 Регламента). При этом пункт 1 ст. 22 Регламента устанавливает, что «субъект данных имеет право не быть субъектом такого решения, которое основано исключительно на автоматической обработке, в том числе профилировании, которое в отношении субъекта данных создает правовые последствия или которое подобным образом существенно воздействует на субъект данных».

Вышеизложенные нормативные положения ученые интерпретируют по-разному.

Одни утверждают, что из этих положений вытекает обязанность контролеров при использовании алгоритмов, принимающих юридически значимые решения, раскрывать субъекту данных полную информацию о логике принятия решения, в том числе техническую, что, по сути, означает раскрытие «черного ящика»¹⁰.

ной кампании по выборам президента США в 2016 г. См.: *The Cambridge Analytica Files* // Guardian. URL: <https://www.theguardian.com/news/series/cambridge-analytica-files> (дата обращения: 30.03.2020).

⁶ Все более популярным становится так называемое персонализированное ценообразование. Многие интернет-компании используют различные переменные для определения цены на товар или услугу, к примеру геолокацию покупателя, принадлежность к каким-либо меньшинствам. См.: *Uber's New Pricing Idea Is Good Theory, Risky Business* // Perma. URL: <https://perma.cc/2T8E-J5K8> (дата обращения: 30.03.2020); *Amazon Doesn't Consider the Race of Its Customers. Should It?* // Bloomberg. URL: <https://www.bloomberg.com/graphics/2016-amazon-same-day/> (дата обращения: 30.03.2020).

⁷ Исследователи из Университета Карнеги — Мэллона, изучив алгоритм таргетированной рекламы Google, обнаружили, что пользователям Интернета мужского пола в шесть раз чаще, чем пользователям женского пола, показывали рекламу высокооплачиваемой работы. См.: *Datta A., Tschantz M. C., Datta A. Automated Experiments on Ad Privacy Settings: A Tale of Opacity, Choice, and Discrimination* // *Proceedings on Privacy Enhancing Technologies*. 2015. № 1. Pp. 92—112.

⁸ *General Data Protection Regulation (GDPR)* // URL: <http://www.gdpr.eu/doc/gdpr%20reglament.odt> (дата обращения: 30.03.2020).

⁹ *Malgieri G., Comandé G. Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation* // *International Data Privacy Law*. 2017. Vol. 7, Iss. 4. Pp. 243—265; *Selbst A. D., Powles J. Meaningful information and the right to explanation* // *International Data Privacy Law*. 2017. Vol. 7, Iss. 4. Pp. 233—242; *Wachter S., Mittelstadt B., Floridi L. Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation* // *International Data Privacy Law*. 2017. Vol. 7, Iss. 2. Pp. 76—99; *Isak M., Lee A. B. The Right Not to Be Subject to Automated Decisions Based on Profiling* // *EU Internet Law: Regulation and Enforcement* / ed. T. Synodinou, P. Jougoux, C. Markou, T. Prastitou. Springer, 2017. Pp. 77—98; *Tae Wan Kim, Routledge B. Algorithmic Transparency, a Right to Explanation, and Placing Trust* // *Carnegie Mellon University*. URL: <https://static1.squarespace.com/static/592ee286d482e908d35b8494/t/59552415579fb30c014cd06c/1498752022120/Algorithmic+transparency%2C+a+right+to+explanation+and+trust+%28TWK%26BR%29.pdf> (дата обращения: 30.03.2020).

¹⁰ *Malgieri G., Comandé G. Op. cit.*; *Selbst A. D., Powles J. Op. cit.*

Такой подход предполагает расширительное толкование норм Регламента.

Другие считают, что контролеры не обязаны предоставлять подробную информацию, а должны лишь уведомить субъекта персональных данных (не *ex-post*, а *ex-ante*) о том, как в общих чертах (абстрактно) алгоритм принимает решение¹¹. Основание такого ограничительного толкования заключается в том, что Регламент не конкретизирует то, какую именно информацию необходимо предоставить субъекту персональных данных. Кроме того, важным аргументом здесь является то, что в ст. 22 Регламента имеется уточнение, что положения применяются в случаях, когда система приняла решение исключительно самостоятельно, т.е. без всякого вмешательства человека. На практике человек часто принимает формальное участие в принятии алгоритмом решения, что позволяет контролеру избегать соблюдения соответствующих положений Регламента.

С одной стороны, из практики имплементации в национальное законодательство данных положений странами — членами Европейского Союза следует, что подавляющее их большинство не стали использовать расширительный подход, лишь небольшая часть стран приняла дополнительные акты, обязывающие предоставлять субъектам данных подробную информацию о функционировании алгоритмов¹². С другой стороны, есть также позиция Рабочей группы по защите прав человека в сфере обработки персональных данных, функционирующей под эгидой Европейской комиссии. В соответствии с ней из формулировки «решения,

основанные исключительно на автоматизированной обработке», не следует, что в случае, если человек принимает формальное участие, контролер освобождается от обязанности предоставлять соответствующую информацию субъектам персональных данных¹³.

Представляется, что из буквального прочтения положений Регламента действительно не вытекает наличие у контролеров обязанности раскрывать подробную информацию об алгоритме. Вместе с тем данный вопрос остается открытым и будет разрешен в дальнейшем правоприменительной практикой.

Несмотря на то что действующие на уровне Европейского Союза нормативные положения все еще не регулируют подробно данные вопросы, в научно-практической сфере наблюдается тенденция поиска сбалансированной правовой модели, которая будет содержать все необходимые юридические требования к контролерам и предоставлять достаточный перечень правовых средств защиты субъектам персональных данных, т.е. лицам, в отношении которых алгоритм будет принимать юридически значимые решения. В частности, об этом свидетельствует значительное количество научных исследований, осуществляемых под эгидой органов Европейского Союза и Совета Европы¹⁴.

В одном из таких исследований изучены социальные, технические и нормативные проблемы, связанные с алгоритмической прозрачностью и подотчетностью. В докладе, опубликованном по его результатам, отмечается, что целесообразно говорить о прозрачности в семи сферах машинного обучения:

¹¹ Wachter S., Mittelstadt B., Floridi L. Op. cit. ; Isak M., Lee A. B. Op. cit. ; Tae Wan Kim, Routledge B. Op. cit.

¹² Malgieri G. Automated decision-making in the EU Member States: The right to explanation and other «suitable safeguards» in the national legislations // Computer law & security review. 2019. № 35. P. 6.

¹³ Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679 (wp251rev.01) // European Commission. URL: https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612053 (дата обращения: 30.03.2020).

¹⁴ См., например: White Paper on Artificial Intelligence — A European approach to excellence and trust (2020) // European Commission. URL: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf (дата обращения: 30.03.2020) ; A governance framework for algorithmic accountability and transparency (2019) // European Parliament. URL: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/624262/EPRS_STU\(2019\)624262_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/624262/EPRS_STU(2019)624262_EN.pdf) (дата обращения: 30.03.2020) ; Understanding algorithmic decision-making: Opportunities and challenges (2019) // European Parliament. URL: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/624261/EPRS_STU\(2019\)624261_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/624261/EPRS_STU(2019)624261_EN.pdf) (дата обращения: 30.03.2020) ; Addressing the impacts of Algorithms on Human Rights (2018) // Council of Europe. URL: <https://rm.coe.int/draft-recommendation-of-the-committee-of-ministers-to-states-on-the-hu/168095eefc> (дата обращения: 30.03.2020) ; Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making (2018) // Council of Europe. URL: <https://rm.coe.int/discrimination-artificial-intelligence-and-algorithmic-decision-making/1680925d73> (дата обращения: 30.03.2020).

- 1) данные (раскрытие источника данных, методов, с помощью которых они были проверены как непредвзятые и репрезентативные, информация о процессах самостоятельного обновления и обучения);
- 2) непосредственно алгоритм (раскрытие сведений о разработке программного обеспечения, кода и порядка его работы);
- 3) цели (прозрачность в отношении задач и приоритетов алгоритма);
- 4) результаты (требование от производителей или операторов открытости информации об эксплуатации алгоритмических систем и последствий);
- 5) комплаенс (регулярная проверка алгоритма самими операторами и информирование о ее результатах);
- 6) влияние (сведения о наличии субъектов, в интересах которых используется алгоритм);
- 7) использование (информация о том, какие именно персональные данные и в каком объеме использует алгоритм).

При этом авторы утверждают, что прозрачность может иметь отношение либо в целом к системе, либо к принятию отдельных решений. Они приходят к выводу, что требовать открытости всего алгоритма нецелесообразно, поскольку это очень ресурсоемкий процесс и не ведет к значимому объяснению логики принятых решений. Авторы настаивают на том, что более разумным способом является установление мер, направленных на раскрытие сведений о логике принятия индивидуальных решений. В качестве таких мер предлагается анализ входных данных, статистическое объяснение, проверка конструкции/кода и статистический анализ, определение чувствительности отдельных данных (какие именно переменные определяют результат)¹⁵.

Таким образом, для европейского подхода характерна нацеленность на раскрытие информации относительно функционирования алгоритма, с тем чтобы субъекты имели полноценную возможность получить исчерпывающее обоснование принятого в их отношении решения. Вместе с тем данный подход не обязательно ведет к раскрытию «черного ящика», он базируется на тезисе, что в случае реальной необходимости и целесообразности, в отсутствие

альтернативных способов объяснения логики принятия решений возможно установление требований по раскрытию технических особенностей (кода) соответствующего алгоритма.

II. Алгоритмическая подотчетность и прозрачность в Соединенных Штатах Америки

В Соединенных Штатах Америки на данный момент на федеральном уровне отсутствует закон, который регламентировал бы вопросы, связанные с прозрачностью и подотчетностью алгоритмов. Это обусловлено многочисленными факторами, в том числе особенностями правовой системы США.

Европейский Регламент по защите данных является сквозным нормативным правовым актом и потому затрагивает вопросы алгоритмической прозрачности и подотчетности в разных сферах. В США, напротив, оборот персональных данных регламентируется концептуально иным образом. В Европе применяется известное правило «всё, что прямо не разрешено, то запрещено», в то время как в США руководствуются принципом «всё, что прямо не запрещено, разрешено». Отдельные нормативные правовые положения, применение которых становится возможным в спорах, касающихся использования систем автоматизированного принятия решений, содержатся в не связанных между собой различных антидискриминационных законах на уровне федерации и штатов.

К примеру, федеральный закон Fair Housing Act¹⁶ требует от кредиторов в специальном уведомлении заявителя на получение кредита указывать факторы, ведущие к отказу в его выдаче и иным негативным последствиям. Equal Credit Opportunity Act¹⁷ предписывает, что кредиторы обеспечивают «изложение причин» отрицательных решений. В соответствии с аналогичными актами запрещается учитывать при принятии решений характеристики, обработка которых находится под запретом (например, пол, раса). Вместе с тем данный подход разрабатывался для предотвращения дискриминации, вытекающей из решений, принимаемых человеком, и потому не предоставляет исчерпывающего набора средств правовой защиты

¹⁵ A governance framework for algorithmic accountability and transparency (2019).

¹⁶ Pub L No 90-284, 82 Stat 81 (1968), codified as amended at 42 USC § 3601 et seq.

¹⁷ Pub L No 94-239, 90 Stat 251 (1976), codified as amended at 15 USC § 1691 et seq.

от дискриминации со стороны систем автоматизированного принятия решений¹⁸.

Одной из попыток урегулировать данный вопрос на федеральном уровне является внесение в 2019 г. в Конгресс США законопроекта «Об алгоритмической подотчетности»¹⁹. Этот акт предусматривает обязанность ряда лиц, использующих в своей деятельности системы автоматизированного принятия решений, проводить оценку их воздействия в ходе ее разработки и использования, в том числе данные проектирования и обучения, на соответствие требованиям точности, справедливости, непредвзятости, недискриминационности, конфиденциальности и безопасности. Кроме того, в надзорный орган необходимо предоставлять подробное описание системы автоматизированного принятия решений, ее конструкции, обучения, данных и ее назначения. В то же время неизвестно, что имеется в виду под подробным описанием. Результаты проведенной оценки публикуются по усмотрению оператора.

Сходный законопроект предлагается принять в штате Калифорния²⁰. В законопроекте содержится понятие системы автоматизированного принятия решений, представляющей собой вычислительный процесс, в том числе процесс, основанный на машинном обучении, статистике или других методах обработки данных, техниках искусственного интеллекта, который способен принимать решения или облегчает принятие человеком решений, воздействующих на людей. Наряду с этим предлагается ввести термин «оценка воздействия автоматизированной системы принятия решений», что означает

исследование, оценивающее систему автоматизированного принятия решений и процесс ее разработки, включая, но не ограничиваясь данными о дизайне и об обучении системы, на предмет влияния на точность, справедливость, предвзятость, недискриминационность, конфиденциальность и безопасность.

До 1 марта 2022 г. предлагается также создать консультативную целевую группу по системам автоматизированного принятия решений с целью рассмотрения и предоставления рекомендаций по их использованию в бизнесе, правительстве и других сферах.

В штатах Нью-Йорк²¹ и Вашингтон²² разрабатывается законодательство в сфере применения систем автоматизированного принятия решений в государственном секторе (государственные решения и судопроизводство).

III. Проблема «черного ящика»: состояние правового регулирования в Российской Федерации

В ряде программных документов, посвященных развитию искусственного интеллекта в Российской Федерации, непрозрачность и неподотчетность алгоритмов упоминается в качестве проблемы, требующей своего нормативного правового разрешения²³. Вместе с тем действующее российское законодательство фактически не содержит нормативных положений, регулирующих в достаточной мере вопросы прозрачности и подотчетности алгоритмов. Это обстоятельство не позволяет говорить о сформировавшемся оте-

¹⁸ См., например: *Talia B. G., Jann S.* Big Data and Discrimination // *University of Chicago Law Review*. 2019. № 459. P. 462; *Bruckner M. A.* Promise and Perils of Algorithmic Lenders' Use of Big Data // *Chicago-Kent Law Review*. 2019. Vol. 93. Iss. 1. Pp. 56—57.

¹⁹ H.R.2231 — Algorithmic Accountability Act of 2019 // *Congress.gov*. URL: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/2231/text> (дата обращения: 30.03.2020).

²⁰ AB-2269 Personal rights: automated decision systems (2019—2020) // *California Legislative Information*. URL: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201920200AB2269&search_keywords=algorithm (дата обращения: 30.03.2020).

²¹ Automated decision systems used by agencies // *New York City Council*. URL: <https://legistar.council.nyc.gov/LegislationDetail.aspx?ID=3137815&GUID=437A6A6D-62E1-47E2-9C42-461253F9C6D0> (дата обращения: 30.03.2020).

²² Senate Bill 5527 // *Lawfilesex*. URL: <http://lawfilesex.leg.wa.gov/biennium/2019-20/Pdf/Bills/Senate%20Bills/5527.pdf?q=20200215114844> (дата обращения: 30.03.2020).

²³ Указ Президента РФ от 10.10.2019 № 490 «О развитии искусственного интеллекта в Российской Федерации» (вместе с Национальной стратегией развития искусственного интеллекта на период до 2030 года) // Президент России. URL: <http://www.kremlin.ru/acts/bank/44731> (дата обращения: 02.04.2020); Концепция регулирования технологий искусственного интеллекта и робототехники до 2023 года // Сколково. URL: <https://sk.ru/foundation/legal/m/sklegal11/23859/download.aspx> (дата обращения: 02.04.2020).

чественном подходе к разрешению проблемы «черного ящика».

Однако некоторые нормы, имеющие отношение к системам автоматизированного принятия решений, установлены в законодательстве, регулирующем оборот персональных данных. Так, в соответствии со ст. 16 Федерального закона «О персональных данных»²⁴ в Российской Федерации запрещается принимать решения, порождающие правовые последствия, на основании исключительно автоматизированной обработки персональных данных. Эта статья сформулирована таким образом, что, несмотря на общий запрет, разрешается принятие соответствующих решений, во-первых, при наличии согласия субъекта персональных данных, выраженного в письменной форме, во-вторых, в случаях, предусмотренных федеральными законами. Иными словами, законодательство о персональных данных не содержит исчерпывающего перечня случаев, при которых разрешается принимать решения на основании автоматизированной обработки персональных данных.

На наш взгляд, правовое регулирование использования алгоритмов должно оперировать термином, однозначно определяющим технологию принятия юридически значимых решений. В Федеральном законе «О персональных данных» таким понятием является «автоматизированная обработка персональных данных», что предполагает обработку персональных данных с помощью средств вычислительной техники. Этот термин, когда он используется применительно к принятию решений посредством вычислительных средств, имеет ряд недостатков. Во-первых, он определяет не саму технологию, а процесс, т.е. означает только определенную деятельность. Алгоритмы же представляют собой не процесс, а технологию, применение которой и требует правового регулирования. С этой точки зрения целесообразнее использовать термин, не только описывающий процесс, но и конкретизирующий саму технологию. Во-вторых, названный термин касается обработки только персональных данных, в то время как системы принятия решений анализируют в том числе и иные данные, не имеющие статуса персональных. В-третьих, сама по себе обработка данных не предполагает принятия конечного решения, такое понимание способно ввести

в заблуждение, поскольку может показаться, что решение принимает сам человек.

Таким образом, понятие «автоматизированная обработка персональных данных» при его использовании в контексте принятия юридически значимых решений не является релевантным и не отражает степени проникновения в общественную жизнь алгоритмов. Представляется, что для создания правовых условий, обеспечивающих подотчетность и прозрачность алгоритмов в Российской Федерации, следует использовать термин «система автоматизированного принятия решений». Это понятие лишено вышеописанных недостатков, является достаточно объемным и в то же время однозначным. Кроме того, оно доказало свою эффективность в зарубежных юрисдикциях, рассмотренных в настоящей статье.

Относительно прозрачности алгоритмов в Федеральном законе «О персональных данных» указано, что оператор обязан разъяснить субъекту персональных данных порядок принятия решения на основании автоматизированной обработки персональных данных, возможные юридические последствия, а также предоставить возможность заявить возражение против такого решения.

Однако разъяснение субъекту персональных данных порядка принятия решения на основании автоматизированной обработки персональных данных не означает, что субъекту персональных данных должна быть предоставлена информация относительно логики принятого решения. Рассматриваемые положения касаются не того, как именно принято решение, к примеру что положено в его основу, а, скорее, процедуры его принятия. Из указанного следует, что субъект персональных данных, несмотря на то что наделен правом подать возражение на решение, фактически им воспользоваться не сможет, поскольку не будет знать, как именно было принято решение. В то же время основополагающей задачей правового регулирования должно являться создание условий, при которых человек имеет право на получение исчерпывающей информации относительно логики принятого в его отношении решения. Достижение указанной цели не обязательно ведет к раскрытию «черного ящика», речь идет о реализации мер, направленных на

²⁴ Федеральный закон от 27.07.2006 № 152-ФЗ (ред. от 31.12.2017) «О персональных данных» // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru>. 31.12.2017.

объяснение человеку причинно-следственной связи соответствующего решения.

Таким образом, можно утверждать, что в настоящее время законодательство, разрешающее проблему «черного ящика», фактически отсутствует. Вместе с тем в Российской Федерации существует законодательство о персональных данных, имеющее сквозной характер и распространяющееся на все сферы общественных отношений. С этой точки зрения для нашего государства, по нашему мнению, будет более целесообразно применять рассмотренный в настоящей статье европейский подход.

Заключение

На уровне Европейского Союза нормативные требования к алгоритмической прозрачности и подотчетности инкорпорированы в законодательство, регулирующее оборот персональных данных. На контролеров возлагается обязанность предоставлять субъекту персональных данных определенный объем информации, связанной с процессом принятия алгоритмом в его отношении решения.

Европейский правовой подход основывается на примате прав человека над интересами субъектов, получающих экономическую и иную выгоду от использования алгоритмов. Вместе с тем такой подход еще не реализован в полной мере, поскольку отсутствует конкретизация положений Регламента по защите данных, касающихся работы алгоритмов. Так, из буквального понимания действующих положений Регламента следует, что они не возлагают на контролеров юридическую обязанность раскрывать техническую информацию (по сути, открывать «черный ящик») о работе алгоритма субъекту персональных данных.

Ключевой особенностью правового подхода Соединенных Штатов Америки является то,

что у них отсутствует сквозной нормативный правовой акт, устанавливающий какие-либо требования к алгоритмической прозрачности и подотчетности. На практике правовое регулирование осуществляется ad hoc со ссылкой на отдельные положения различных антидискриминационных актов, запрещающих обработку чувствительных видов персональных данных.

В то же время в США на уровне федерации и штатов парламентарии выступают с законодательными инициативами, в которых предлагается установление «обязательной оценки воздействия системы автоматизированного принятия решений», которая ведет к раскрытию определенного перечня сведений относительно работы алгоритма, а также регламентируются права и обязанности субъектов соответствующих правоотношений.

Относительно состояния правового регулирования в Российской Федерации вопросов алгоритмической прозрачности и подотчетности следует сказать, что оно находится на этапе становления. Имеющееся законодательство о персональных данных позволяет предположить, что отечественный подход близок к европейскому, которому присуще разрешение проблемы «черного ящика» через регулирование оборота персональных данных. В центре такого подхода находится право субъекта персональных данных на получение информации относительно логики принятого в его отношении решения. Разработка соответствующей нормативной правовой базы, которая обеспечит гарантии реализации этого права, является актуальной и необходимой задачей нашего государства. В противном случае существенно возрастут риски нарушения прав и свобод человека в эпоху массового внедрения в общественную практику технологий четвертой промышленной революции.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Bruckner M. A.* Promise and Perils of Algorithmic Lenders' Use of Big Data // *Chicago-Kent Law Abstract*. — 2019. — Vol. 93. — Iss. 1.
2. *Burrell J.* How the machine «thinks». Understanding opacity in machine learning algorithms // *Big Data & Society*. — 2016. — № 1-12 (January — June).
3. *Isak M., Lee A. B.* The Right Not to Be Subject to Automated Decisions Based on Profiling // *EU Internet Law: Regulation and Enforcement* / ed. T. Synodinou, P. Jougleux, C. Markou, T. Prastitou. — Springer, 2017.
4. *Malgieri G.* Automated decision-making in the EU Member States: The right to explanation and other «suitable safeguards» in the national legislations // *Computer law & security review*. — 2019. — № 35.

5. *Malgieri G., Comandé G.* Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation // *International Data Privacy Law*. — 2017. — Vol. 7, Iss. 4.
6. *Selbst A. D., Powles J.* Meaningful information and the right to explanation // *International Data Privacy Law*. — 2017. — Vol. 7, Iss. 4.
7. *Talia B. G., Jann S.* Big Data and Discrimination // *University of Chicago Law Abstract*. — 2019. — № 459.
8. *Wachter S., Mittelstadt B., Floridi L.* Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation // *International Data Privacy Law*. — 2017. — Vol. 7, Iss. 2.

Материал поступил в редакцию 17 апреля 2020 г.

REFERENCES

1. Bruckner MA. Promise and Perils of Algorithmic Lenders' Use of Big Data. *Chicago-Kent Law Abstract*. 2019;93(1). (In Eng.)
2. Burrell J. How the machine «thinks». Understanding opacity in machine learning algorithms. *Big Data & Society*. 2016;1-12. (In Eng.)
3. Isak M, Lee AB. The Right Not to Be Subject to Automated Decisions Based on Profiling. In: Synodinou T, Jogleux P, Markou C, Prastitou T, editors. *EU Internet Law: Regulation and Enforcement*. Springer; 2017. (In Eng.)
4. Malgieri G. Automated decision-making in the EU Member States: The right to explanation and other «suitable safeguards» in the national legislations. *Computer law & security review*. 2019;35. (In Eng.)
5. Malgieri G, Comandé G. Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation. *International Data Privacy Law*. 2017;7(4). (In Eng.)
6. Selbst AD, Powles J. Meaningful information and the right to explanation. *International Data Privacy Law*. 2017;7(4). (In Eng.)
7. Talia BG, Jann S. Big Data and Discrimination. *University of Chicago Law Abstract*. 2019;459. (In Eng.)
8. Wachter S, Mittelstadt B, Luciano Floridi L. Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation. *International Data Privacy Law*. 2017;7(2). (In Eng.)

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ COMPARATIVE STUDIES

DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.149-159

М. А. Кокотова*

Критерии подбора членов муниципальных общественных палат и советов в России и экономических, социальных и экологических советов во Франции

Аннотация. В статье рассматриваются цели, реализуемые в правовом регулировании формирования общественных палат (советов) Архангельска, Барнаула, Волгограда, Екатеринбурга, Сургута (Россия) и социальных, экономических и экологических советов регионов Овернь-Рона-Альпы, О-де-Франс, Новая Аквитания, Бретань, Нормандия (Франция). Высказывается предположение о том, что основными возможными целями являются обеспечение представления гражданами своих интересов и получение от граждан помощи городским властям в решении их задач.

Отмечается сходство требований, предъявляемых к кандидатам в члены российских общественных палат и французских социальных, экономических и экологических советов (необходимость представительства тех, чья жизнь зависит от уровня развития территориальной единицы, в которой действует консультативный орган; запрет на членство тех, кто был замешан в правонарушениях; необходимость представительства общественных организаций). Требования, как совпадающие, так и отличающиеся, направлены прежде всего на обеспечение представительства местного населения. При этом французский законодатель устанавливает требование об обязательном представительстве не любых местных жителей, а выделяемых в их составе по различным основаниям групп и об определенном численном соотношении представителей этих групп.

Что касается порядка формирования, то состав рассмотренных российских консультативных органов определяется органами местного самоуправления, а французских — органами государственной власти, причем и в России, и во Франции задействованы местные организации. Такая процедура (как и часть требований к кандидатам) направлена прежде всего на отбор лиц, способных квалифицированно помогать органам местного самоуправления в осуществлении их функций, разумеется, при наличии гарантий того, что данные лица будут представителями местного сообщества. В то же время оговаривается, что выборы не являются единственным способом обеспечить представительство граждан; к числу альтернативных способов можно отнести, в частности, предусмотренное французским законодательством разделение членов консультативного органа на группы исходя из представляемых ими категорий населения.

Ключевые слова: местное самоуправление; участие в осуществлении местного самоуправления; местные консультативные органы; общественные палаты; экономические, социальные и экологические советы; общественные организации; подбор членов; порядок формирования; требования к кандидатам; представительство интересов граждан; знания граждан; французские регионы; российские городские округа.

Для цитирования: Кокотова М. А. Критерии подбора членов муниципальных общественных палат и советов в России и экономических, социальных и экологических советов во Франции // Lex russica. — 2020. — Т. 73. — № 6. — С. 149—159. — DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.149-159.

© Кокотова М. А., 2020

* Кокотова Мария Александровна, кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного права Уральского государственного юридического университета
Комсомольская ул., д. 21, г. Екатеринбург, Россия, 620137
km231089@yandex.ru

Criteria for Selecting Members of Municipal Public Chambers and Councils in Russia and Economic, Social and Environmental Councils in France

Mariya A. Kokotova, Cand. Sci. (Law), Associate Professor of the Department of Constitutional Law, the Ural State Law University
ul. Komsomolskaya, d. 21, Ekaterinburg, Russia, 620137
km231089@yandex.ru

Abstract. The paper considers the goals implemented in the legal regulation of the formation of public chambers (councils) in Arkhangelsk, Barnaul, Volgograd, Yekaterinburg, Surgut (Russia) and social, economic and environmental councils of the Auvergne-Rhone-Alpes, Hauts-de-France, New Aquitaine, Brittany, Normandy regions (France). It is suggested that the main possible goals are to ensure that citizens represent their interests and the city authorities receive assistance from citizens when solving their tasks.

There is a similarity between the requirements for candidates for membership in Russian public chambers and French social, economic and environmental councils (the need for representation of those whose lives depend on the level of development of the territorial unit in which the Advisory body operates; the ban on membership for those having been involved in offenses; the need for representation of public organizations). The requirements, both identical and different, are primarily aimed at ensuring the representation of the local population. At the same time, the French legislature sets a requirement for mandatory representation not of any local resident, but of particular groups defined for various reasons and a certain numerical ratio of representatives of these groups. As for the formation procedure, the composition of the considered Russian Advisory bodies is determined by local self-government bodies, while the French ones are determined by state authorities, besides local organizations are involved both in Russia and France. This procedure (as well as part of the requirements for candidates) is aimed at selecting individuals who are qualified enough to help local governments in the implementation of their functions, in case there are guarantees that these individuals will be representatives of the local community. At the same time, it is stipulated that elections are not the only way to ensure the representation of citizens; alternative methods include, in particular, the division of members of the Advisory body into groups based on the categories of the population they represent, provided for in the French law.

Keywords: local self-government; participation in the implementation of local self-government; local advisory bodies; public chambers; economic, social and environmental councils; public organizations; selection of members; formation procedure; requirements for candidates; representation of citizens' interests; knowledge of citizens; French regions; Russian city districts.

Cite as: Kokotova MA. Kriterii podbora chlenov munitsipalnykh obshchestvennykh palat i sovetov v Rossii i ekonomicheskikh, sotsialnykh i ekologicheskikh sovetov vo Frantsii [Criteria for Selecting Members of Municipal Public Chambers and Councils in Russia and Economic, Social and Environmental Councils in France]. *Lex russica*. 2020;73(6):149-159. DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.149-159. (In Russ., abstract in Eng.).

Постановка проблемы

В статье исследуется институт совещательных органов при городских органах местного самоуправления в России и во Франции.

В России на местном уровне создаются консультативные органы по образу и подобию федеральной общественной палаты. Данные органы, не входя в систему органов местного самоуправления, работают при главе и/или представительном органе муниципального образования. Их можно определить как форму участия граждан в осуществлении местного самоуправления, не поименованную в Федеральном за-

коне от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»¹. В России нет ограничения для создания общественных палат в любых муниципалитетах. В настоящей статье взяты примеры городских округов, которые также являются муниципалитетами высшего уровня: Архангельск, Барнаул, Волгоград, Екатеринбург, Surgut. Это крупные городские округа, информация о которых более доступна (причем все эти округа, кроме Surgut, также являются административными центрами субъектов РФ).

Французским аналогом Общественной палаты РФ называют Экономический, социальный

¹ СЗ РФ. 2003. № 40. Ст. 3822.

и экологический совет Франции². Исходя из этого, логично считать аналогом муниципальных общественных палат муниципальные экономические, социальные и экологические советы. Во Франции существует три уровня муниципалитетов: низший — коммуны, средний — департаменты и высший — регионы. Экономические, социальные и экологические советы создаются на верхнем уровне — в регионах. Для анализа были выбраны консультативные органы при пяти муниципалитетах: Овернь-Рона-Альпы, О-де-Франс, Новая Аквитания, Бретань, Нормандия.

Нормативная база: в России создание общественных палат (советов) не предписано государством, а является инициативой самих муниципалитетов, поэтому нет единого акта, регулирующего их статус, только положения и регламенты, принимаемые для каждой палаты (совета). Возможность создания таких общественных советов упоминается также в ч. 7 ст. 29 Устава муниципального образования «Город Архангельск» (принят решением Архангельского городского Совета депутатов от 25.11.1997 № 117) и в п. 10 ст. 33 Устава городского округа город Сургут Ханты-Мансийского автономного округа — Югры (принят решением городской Думы от 18.02.2005 № 425-III ГД). Общественной палате посвящена статья 23-1 Устава муниципального образования «город Екатеринбург» (принят решением Екатеринбургской городской Думы четвертого созыва от 30.06.2005 № 8/1).

Статус экономического, социального и экологического совета закрепляется гл. 4 разд. 3 четвертой части Кодекса территориальных коллективов Французской Республики³. Сами со-

веты принимают для регулирования своей деятельности регламенты (ст. L4134-4 указанного Кодекса).

Цель: можно предполагать наличие такой цели создания консультативных органов, как предоставление местным жителям возможности участвовать в решении большего количества вопросов — не только тех, которые законодатель готов доверить им самим, но и тех, которые решаются органами местного самоуправления. Здесь акцент может быть сделан: — на обеспечении представления гражданами своих интересов⁴, превращении их в настоящих участников принятия властных решений⁵; — получении от граждан интересных предложений, помощи городским властям в решении их задач.

Несмотря на то что в каждой стране рассматривалось по пять органов, текст актов, регулирующих их статус, хотя и не идентичен, но все же настолько сходен, что можно выделить общие схемы, описывающие сразу все изучаемые органы в пределах одного государства.

Общественные палаты (советы) как представители населения

Базовые идеи, которые реализуются во всех рассмотренных актах:

1. Территориальная привязка — необходимость представительства тех, чья жизнь зависит от уровня развития территориальной единицы, в которой действует консультативный орган. В актах рассмотренных российских городских округов закреплено требование о проживании

² Бондарева Е. А. Общественная палата Российской Федерации — институт или «министерство» гражданского общества? // Вестник Воронежского государственного университета. Серия : Право. 2006. № 1. С. 28 ; Панов А. А. Общественная палата Российской Федерации как новый субъект гражданского общества // Право и государство: теория и практика. 2005. № 6. С. 29.

³ Code général des collectivités territoriales. Version consolidée au 22 février 2020 // URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070633&dateTexte=20200302> (дата обращения: 01.03.2020).

⁴ Bherer L. Les relations ambiguës entre participation et politiques publiques P. 7 // URL: <https://www.cairn.info/revue-participations-2011-1-page-105.htm> (дата обращения: 25.10.2019) ; Огнева Е. А. Общественная палата как правозащитный институт в системе общественного контроля современной России // Среднерусский вестник общественных наук. 2014. № 1 (31). С. 146 ; Фесечко Т. А., Ивлиев П. В. Оптимизация роли Общественной палаты Российской Федерации в законотворческом процессе // Юридическая мысль. 2008. № 6 (50). С. 137—142.

⁵ Blondiaux L., Fourniau J.-M. Un bilan des recherches sur la participation du public en démocratie : beaucoup de bruit pour rien? P. 17 // URL: <https://www.cairn.info/revue-participations-2011-1-page-8.htm> (дата обращения: 25.10.2019).

члена консультативного органа в муниципалитете⁶, а во французском Кодексе территориальных коллективов — об осуществлении деятельности на его территории или членстве в местной организации (ст. R4134-1).

2. Требование о вовлечении в работу этого органа членов функционирующих на этой территории общественных организаций. Данная идея в разных формулировках встречается во всех рассмотренных актах⁷.

3. Запрет на членство в консультативном органе тех, кто был замешан в правонарушениях. Членом экономических, социальных и экологических советов Франции не может стать лицо, лишенное избирательных прав (ст. R4134-5 Кодекса территориальных коллективов). Временное лишение избирательных прав назначается, в соответствии с Уголовным кодексом Французской Республики, в качестве дополнительного наказания за ряд правонарушений (террористические (ст. 422-3), посягающие на тайну личной жизни (ст. 226-32), имущественные преступления, связанные с нарушением доверия (ст. 314-10) и т.д.).

Членство в российских общественных палатах запрещено не только лицам, отбывающим наказание, как во Франции, но также имеющим непогашенную или неснятую судимость⁸. Положениями об общественных палатах Барнаула и Волгограда в формировании общественных

палат (советов) запрещено участвовать также организациям, деятельность которых признана экстремистской⁹.

Российская Федерация: в актах рассмотренных городских округов воспроизводятся приведенные выше идеи, но с определенными оговорками, которые различаются в разных муниципальных образованиях.

Во-первых, помимо проживания в городском округе, где действует консультативный орган, необходимо наличие у претендента российского гражданства¹⁰, а в двух из рассмотренных актов также отсутствие двойного гражданства¹¹. К организациям требование о регистрации в России, а не за рубежом не предъявляется, но думается, что это подразумевается.

Во-вторых, в части рассмотренных актов установлены ограничения на круг общественных организаций, которые вправе выдвигать своих представителей в общественные палаты (советы). В Барнауле и Волгограде не могут участвовать в формировании общественной палаты политические партии, которые были зарегистрированы менее чем за 1 год до подбора кандидатов¹².

Следует отметить, что, помимо этих ограничений, в некоторых рассмотренных актах дается примерный перечень организаций, которые могут участвовать в работе консультативных ор-

⁶ См.: п. 3.1 Положения об общественной палате Барнаула // URL: <http://palata.brn22.ru/o-palate/normativnyie-dokumentyi/polozhenie-ob-obshhestvennoj-palate-goroda-barnaula/> (дата обращения: 09.11.2019); п. 6.1 Положения об общественной палате Волгограда // URL: <http://www.volgadmin.ru/d/public/documents> (дата обращения: 09.11.2019); п. 1 ст. 4 Положения об общественной палате Екатеринбурга // URL: <https://палата.екатеринбург.рф/палата/положение> (дата обращения: 09.11.2019); п. 3.1 Положения об общественном совете Сургута // URL: <http://admsurgut.ru/rubric/22496/Normativnyie-dokumenty> (дата обращения: 09.11.2019).

⁷ См.: ст. R4134-1 Кодекса территориальных коллективов Французской Республики; п. 3.1 Положения об общественной палате Барнаула; п. 7.4 Положения об общественной палате Волгограда; п. 1 ст. 4 Положения об общественной палате Екатеринбурга; п. 3.1 Положения об общественном совете Сургута.

⁸ См.: п. 6.1 Положения об общественной палате Барнаула; п. 4.3 Положения об общественном совете Архангельска // URL: <https://www.arhcity.ru/?page=1920/0> (дата обращения: 09.11.2019); пп. 3 п. 6.4 Положения об общественной палате Волгограда; пп. 4 п. 4 ст. 4 Положения об общественной палате Екатеринбурга.

⁹ Пункт 3.11 Положения об общественной палате Барнаула; п. 6.3 Положения об общественной палате Волгограда.

¹⁰ См.: п. 4.1, 4.2 Положения об общественном совете Архангельска; п. 6.1 Положения об общественной палате Барнаула; п. 8.1 Положения об общественной палате Волгограда; п. 1 ст. 4 Положения об общественной палате Екатеринбурга; п. 3.1 Положения об общественном совете Сургута.

¹¹ См.: п. 6.1 Положения об общественной палате Барнаула; п. 4.3 Положения об общественном совете Архангельска.

¹² См.: п. 3.11 Положения об общественной палате Барнаула; п. 6.3 Положения об общественной палате Волгограда.

ганов. Однако, поскольку данный перечень является открытым, он не ограничивает права организаций на участие в совете, а, скорее, играет чисто вспомогательную роль, поясняя норму¹³.

В-третьих, в данных актах ограничивается и степень влияния организаций. В принципе, при отборе членов рассматриваемых консультативных органов предполагается настолько активное участие общественных организаций, что теоретически в органе может не оказаться ни одного человека, не входящего в какую-либо организацию. Поскольку общественные организации объединяют людей по какому-то признаку: их взглядам на тот или иной вопрос, принадлежности к определенной социальной группе, их увлечениям и т.д., то, работая в общественной палате (совете), они в той или иной степени будут защищать позицию своей группы как наиболее близкую им. В то же время понятно, что интересы расположенных на территории города общественных организаций не обязательно должны во всем совпадать с интересами граждан, в деятельности этих организаций не участвующих.

Вероятно, из таких соображений активное участие организаций в трех из пяти рассмотренных актов нивелируется указанием на то, что граждане действуют от своего имени, а не от имени организации, членами которой они являются¹⁴, т.е. принадлежность к организации нужна лишь как признак активной жизненной позиции или наличия у человека других качеств, необходимых для общественной работы. Правда, эта норма, по сути, является декларативной, и не установлен механизм ее реализации (что делать, если организация будет оказывать давление на своего члена?).

Интересно также, что в ст. 3.12 Положения об общественной палате Барнаула содержится запрет на включение в состав этих органов более чем одного члена от одной общественной организации. Конечно, данное правило прежде всего позволяет обеспечить справедливое распределение мест в ситуациях, когда мест не хватает, но оно также способствует представи-

тельству в консультативном органе большего числа организаций.

В-четвертых, установлен запрет на участие лиц, замещающих должности государственной, муниципальной службы, государственные, муниципальные должности.

Франция: критерии отбора членов экономических, социальных и экологических советов направлены на обеспечение разнородности их состава. Законодательно установлено требование о равном представительстве в их составе мужчин и женщин. Предусмотрено 4 категории: — представители предприятий региона; — профсоюзов региона; — организаций, участвующих в жизни региона; — лиц, содействующих развитию региона (ст. R4134-1 Кодекса территориальных коллективов).

Число членов в каждой категории также определяется на государственном уровне (приложение XI к Кодексу территориальных коллективов).

Требования к гражданству кандидатов и запрет на совмещение членства в экономическом, социальном и экологическом совете с занятием государственных и муниципальных должностей не установлены. Вероятно, участие должностных лиц не рассматривается как желательный вариант, но и не видится настолько вероятным, чтобы его прямо запрещать.

Итог: во всех рассмотренных актах цель обеспечить представительство местного населения достигается путем закрепления требований к кандидатам в члены консультативного органа. При этом французский законодатель устанавливает требование об обязательном представительстве не любых местных жителей, а выделяемых в их составе по различным основаниям групп и об определенном численном соотношении представителей этих групп.

Иные названные выше различия в требованиях к членам консультативных органов вряд ли связаны с природой данных органов. Скорее, можно сказать, что в каждом государстве есть свой «набор» цензов, общий для различ-

¹³ См.: п. 4.1 Положения об общественном совете Архангельска; п. 3.1 Положения об общественной палате Барнаула; п. 1 ст. 4 Положения об общественной палате Екатеринбурга; п. 3.1 Положения об общественном совете Сургута.

¹⁴ Пункты 6.4, 6.5 Положения об общественной палате Барнаула; п. 3 ч. 2 ст. 28 Регламента общественной палаты Екатеринбурга // URL: <https://палата.екатеринбург.рф/палата/регламент> (дата обращения: 09.11.2019); пп. 2.3 п. 2 ст. 5 Регламента общественного совета Сургута // URL: <http://admsurgut.ru/rubric/22496/Normativnye-dokumenty> (дата обращения: 09.11.2019).

ных случаев, который применяют и к данным органам.

Общественные палаты (советы) как помощники органов местного самоуправления

Российская Федерация: правовые акты не столько закрепляют «портрет» идеального помощника, сколько предоставляют его выбор самим органам местного самоуправления.

На обобщении материала о порядке формирования палат субъектов выделяют три модели:

- 1) органы местного самоуправления сами подбирают членов общественных палат персонально;
- 2) подбор ведется по формально закрепленным критериям с использованием технологии выдвижения кандидатов и выбора из них лучших на конкурсной основе;
- 3) ассоциативная — представительство от организаций, в том числе по квотам¹⁵.

Во всех рассмотренных актах реализован первый вариант.

1. Основной способ: глава¹⁶ или глава и представительный орган¹⁷ определяют, кому предложить должность члена палаты (совета), а гражданин может принять предложение или отказаться. Интересно, что граждане даже не выдвигают свои кандидатуры — это делают органы местного самоуправления. Впрочем, предлагать кандидатуры вправе местные общественные организации. В Барнауле для кандидатов от организаций отведена треть от общего количества мест¹⁸.

2. Дополнительный способ: во всех городах, кроме Архангельска, утвержденные члены консультативного органа могут выбирать своих коллег¹⁹. Избрание части членов их ранее выбранными коллегами позволяет предположить, что приоритет состоит в том, чтобы члены обще-

ственной палаты (совета) были знакомы друг с другом и с должностными лицами местного самоуправления (хотя бы заочно). Это заведомо не способствует представлению в палате (совете) широкого спектра интересов и мнений, но, вероятно, должно обеспечивать в ней рабочую атмосферу.

В целом описанная процедура не похожа на традиционные (и наиболее обсуждаемые) способы формирования представительных органов, что делает интересным рассмотрение вопроса о ее предназначении, в частности о том, почему обязательным условием является участие общественных организаций. Если бы цель состояла в том, чтобы обеспечить присутствие в составе палаты (совета) лиц с разными интересами и мировоззрением, логично было бы требовать именно представительства определенных социальных групп (как, например, равное число представителей каждого из субъектов РФ в Совете Федерации ФС РФ, паритет работников и работодателей в российских комиссиях по разрешению трудовых споров и во французских советах прюдомов и т.д.). Если бы акцент делался на предоставлении общественным организациям возможности участия в работе органов местного самоуправления, то, вероятно, такое право было бы предоставлено всем организациям, отвечающим определенным критериям (как, например, участие профсоюзов и организаций работодателей в Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений). Поэтому логично сделать вывод, что участие общественных организаций способствует поиску кадров, по каким-то параметрам полезных для органов местного самоуправления.

Прежде всего, представители общественных организаций могут рассматриваться как носители знаний о различных сферах человеческой жизнедеятельности. В большинстве актов в качестве целей деятельности общественных

¹⁵ Гриб В. В. Модели и принципы формирования общественных палат в субъектах Российской Федерации // URL: <https://wiselawyer.ru/poleznoe/47518-modeli-principy-formirovaniya-obshhestvennykh-palat-subektakh-rossijskoj> (дата обращения: 09.11.2019).

¹⁶ См.: п. 7.1 Положения об общественной палате Волгограда; п. 4.4 Положения об общественном совете Архангельска.

¹⁷ См.: п. 3.1 Положения об общественной палате Барнаула; ст. 5 Положения об общественной палате Екатеринбурга; п. 3.1 Положения об общественном совете Сургута.

¹⁸ Пункт 3.9 Положения об общественной палате Барнаула.

¹⁹ См.: п. 3.13 Положения об общественной палате Барнаула; п. 7.6 Положения об общественной палате Волгограда; п. 6 ст. 5 Положения об общественной палате Екатеринбурга; п. 3.5, 3.6 Положения об общественном совете Сургута.

палат указаны помощь органам местного самоуправления в обеспечении социально-экономического развития города²⁰ и разработка предложений для них²¹. Для достижения этих целей необходимы специалисты в различных сферах.

Наиболее строгая проверка качеств кандидата предусмотрена в Положении об общественной палате г. Волгограда — кандидат должен направить главе муниципального образования проект, содержащий «предложения по общественному либо экономическому развитию Волгограда и эффективные способы их реализации». Причем подробно расписаны требования к оформлению и содержанию этого документа: его автор должен подумать о «конечных и промежуточных результатах проекта, сроках выполнения», описать «требуемые объемы и источники финансирования... показатели его эффективности, содержание конкретных мероприятий, конечные результаты реализации проекта»²².

Прямое подтверждение наличия у членов общественной палаты роли эксперта можно увидеть в Екатеринбурге, где избранные кандидаты исходно подразделяются по сферам деятельности: политика и общество, ЖКХ, здравоохранение, образование и наука, культура и т.д.²³

Кроме того, можно предположить, что сотрудничество с общественными организация-

ми представляет интерес потому, что они объединяют людей, мотивированных на участие в общественной работе, — именно таких, какие нужны и в общественных палатах и советах. Благодаря этому общественные организации выполняют функцию «отбора активных индивидуумов»²⁴.

Таким образом, предусмотренный в данных актах порядок формирования общественных палат направлен прежде всего на обеспечение отбора лиц, с которыми будет удобно работать органам местного самоуправления. К данному порядку в полной мере можно отнести предъявляемые к Общественной палате РФ замечания об отсутствии гарантии независимости от публичной власти, которыми могли бы стать нормативно закрепленные более конкретные требования к членам палаты (совета²⁵), сохранение влияния в палате (совете) общественных организаций²⁶.

Донабор членов органа ранее назначенными членами, используемый для общественных палат (советов) как дополнительный способ, в принципе, также называют в определенной степени изолирующим орган от населения²⁷. В то же время следует отметить, что в зарубежных странах есть примеры его использования даже для формирования национального парламента (так назначается часть членов Сената — верхней палаты парламента Бельгии (п. 3—7 ч. 1 ст. 67 Конституции Бельгии²⁸)).

²⁰ Пункт 2.2.1 Положения об общественном совете Архангельска; ст. 2.2 Положения об общественной палате Барнаула; абз. 6 разд. 3 Положения об общественной палате Волгограда; п. 4, 5 ст. 3 Положения об общественной палате Екатеринбурга.

²¹ Пункт 1.1 Положения об общественной палате Барнаула; п. 2.2.7 Положения об общественном совете Архангельска, абз. 2, 5 разд. 3 Положения об общественной палате Волгограда, п. 3 ст. 2 Положения об общественной палате Екатеринбурга.

²² Пункт 7.8 Положения об общественной палате Волгограда.

²³ Доклады о деятельности Общественной палаты муниципального образования «город Екатеринбург» в 2017 г. (протокол заседания Общественной палаты муниципального образования «город Екатеринбург» от 29.03.2018 № 2) и в 2018 г. (протокол заседания Общественной палаты муниципального образования «город Екатеринбург» от 28.02.2019 № 6) // URL: <https://палата.екатеринбург.рф/деятельность/доклады> (дата обращения: 08.12.2019).

²⁴ Попов А. А. Программа взаимодействия общественных организаций в сфере повышения эффективности и развития органов местного самоуправления // Социология и право. 2013. № 3 (20). С. 20.

²⁵ Коломытцева О. Н., Коломытцева Л. Н. Деятельность Общественной палаты РФ по ограничению государственной власти // Вестник Владимирского юридического института. 2008. № 3 (8). С. 150.

²⁶ Тиховодова А. В. Эволюция Общественной палаты РФ как института гражданского общества // Вестник Волжской государственной академии водного транспорта. 2013. № 35. С. 139—140.

²⁷ Боровков П. С. От кооптации к выборам: реформирование способа избрания понтификов в Римской республике в III—II вв. до н.э. (политико-правовой аспект) // Вестник древней истории. 2011. № 2 (277). С. 111.

²⁸ La Constitution de la Belgique fédérale coordonnée le 17 février 1994 // URL: <https://www.const-court.be/> (дата обращения: 08.02.2020).

Ограничение круга организаций, которые вправе направлять представителей в общественную палату, также отчасти можно объяснить стремлением допускать к участию только тех, чьи цели деятельности не слишком сильно расходятся с целями, которые преследуют органы местного самоуправления. Ведь запрету (помимо организаций, признанных экстремистскими, и тех, которые зарегистрированы недавно) подлежат также любые политические партии. В отличие от двух других попавших под запрет категорий, их вряд ли можно упрекнуть в нарушении закона или в том, что они не имеют представления о жизни города и опыта работы в нем. Скорее, их отводят потому, что их нацеленность на участие в политической жизни не сочетается с ролью общественных палат как советчиков власти, к самой власти не стремящихся. Политизация общественных палат рассматривается как нежелательный вариант.

Франция: экономические, социальные и экологические советы, как и российские общественные палаты, формируются органами публичной власти по правилам, устанавливаемым самими этими органами. Причем здесь речь идет даже не о местном самоуправлении, а о территориальных органах государственной власти. Члены экономических, социальных и экологических советов назначаются префектом — представителем Правительства Французской Республики на уровне местных коллективов, в частности регионов (ч. 2 ст. R4134-4 Кодекса территориальных коллективов).

В их формировании также участвуют общественные организации, и даже более активно, чем в Российской Федерации: 3 из 4 категорий членов совета, о которых говорилось выше, — это представители организаций.

Цель деятельности экономического, социального и экологического совета определена как предоставление региональному совету (представительному органу местного самоуправления) информации об экономических, социальных и экологических рисках и последствиях региональной политики (абз. 2 ст. L4134-1 Кодекса территориальных коллективов). Поэтому к экономическим, социальным и экологическим советам в полной мере можно отнести сказанное выше про приглашение представителей общественных организаций как

носителей полезных для органов местного самоуправления знаний.

Французские социологи выделяют три типа знаний граждан, которые могут быть задействованы в муниципальном управлении посредством партисипативной демократии: пользовательские, профессиональные и политические. Пользовательские знания основаны на личном опыте, к ним относят информацию о местных особенностях и об интересах и о нуждах жителей. Использовать свои профессиональные знания для нужд местного сообщества могут те, чья работа связана с архитектурой, экологией и т.д. Политические знания, называемые также умением вести борьбу, включают навыки публичной речи, проведения собраний, знания об избирательном процессе и другие подобные знания и навыки, обычно используемые в политической деятельности²⁹.

Правовое регулирование формирования экономических, социальных и экологических советов (как и российских общественных палат (советов)) позволяет предположить цель задействовать разные типы знаний. Требование проживать на территории муниципалитета или участвовать в его жизнедеятельности обеспечивает наличие у кандидатов пользовательских знаний. Члены общественных организаций, чье участие обязательно, должны, очевидно, обладать политическими знаниями. Применительно к экономическим, социальным и экологическим советам можно сказать, что представители профсоюзов и объединений работодателей (т.е. первые две категории членов совета) являются и носителями знаний об интересах представляемых ими социальных групп.

Идея подбора мотивированных людей также реализована здесь: и фактом приглашения членов общественных организаций, которые, как говорилось выше, с высокой степенью вероятности имеют активную гражданскую позицию, и тем, что, помимо представителей общественных организаций, к участию приглашаются лица, содействующие развитию региона (ст. R4134-1 Кодекса территориальных коллективов).

Политические партии также не включены в перечень организаций, способных участвовать в формировании советов. Это можно объяснить необходимостью «разделения управ-

²⁹ Nez H. Nature et légitimités des savoirs citoyens dans l'urbanisme participatif. Une enquête ethnographique à Paris, 2011 // URL: <https://www.cairn.info/revue-sociologie-2011-4-page-387.htm> (дата обращения: 28.12.2019).

ления и политики»³⁰ на местном уровне, т.е. замены политиков на управленцев-профессионалов. Конечно, партисипативная демократия предполагает замену уже самих профессионалов местными жителями, но в части признания нежелательным участия политиков в осуществлении местного самоуправления данные концепции совпадают.

Итог: если требования к кандидатам обеспечивают как представительство населения, так и поиск граждан, готовых оказывать помощь муниципальным властям в их деятельности и обладающих необходимыми для этого знаниями, то процедура отбора кандидатов обеспечивает именно поиск «помощников» местных властей. Различие между российскими общественными палатами (советами) и французскими экономическими, социальными и экологическими советами состоит в том, что первые формируются местными властями, а вторые — представителями государственной власти на местах.

Вывод

Процедура подбора кандидатов в члены как общественных палат (советов), так и экономических, социальных и экологических советов выстроена таким образом, чтобы предоставить органам публичной власти возможность найти себе хороших помощников, хотя, конечно, данные лица должны быть представителями местного сообщества. Эти выводы в отношении российского опыта основаны на анализе лишь части общественных палат, но есть основания полагать, что принцип их формирования является общепринятым, т.к. он закреплен в законодательстве для Общественной палаты РФ. Вряд ли именно данные муниципалитеты восприняли федеральное регулирование за образец, а все остальные не стали этого делать.

Это интересно и тем, что, хотя статус экономических, социальных и экологических советов во Франции регулируется единым общенациональным актом, а статус рассмотренных рос-

сийских общественных палат (советов) определяется различными актами муниципальных образований, тем не менее порядок формирования у них один — назначение представителем власти с учетом мнения общественных организаций.

Порядок формирования общественных палат, исключая голосование горожан, критикуют в российской литературе за недемократичность. Следует заметить, что, рассматривая с этих позиций экономические, социальные и экологические советы Франции, можно найти реализацию идеи представительства населения, которое принято считать одной из целей голосования³¹, хотя само голосование тут тоже не предусмотрено. Если не рассматривать население как «совокупность индивидов или выделенных по произвольным признакам общественных организаций»³², а считать, что оно четко поделено на устойчивые группы со своими интересами, представительство будет обеспечено только при наличии в органе власти членов каждой из этих групп. Здесь оно обеспечивается присутствием в составе совета коллегий предпринимателей (т.е. работодателей) и профсоюзов.

Не умаляя значения выборов как наиболее демократичного способа формирования органов власти, можно сказать, что их вряд ли следует считать оптимальными для всех ситуаций, особенно учитывая стоимость проведения голосования. Конечно, орган, члены которого назначаются главой муниципального образования, вряд ли может ограничивать власть органов местного самоуправления или быть для них независимым контролером (если только речь не идет о контроле за деятельностью подчиненных главе органов). Но если цель состоит просто в том, чтобы предоставить возможность участвовать в работе органов власти представителям граждан, чтобы использовать их знания и навыки или узнать их мнение, то вряд ли обязательно избирать их. Даже будучи назначенными должностным лицом, они не перестают быть членами местного сообщества, т.е. отвечают своему предназначению.

³⁰ Bacqué M.-H., Gauthier M. Participation, urbanisme et études urbaines. Quatre décennies de débats et d'expériences depuis «A ladder of citizen participation» de S. R. Arnstein // URL: <https://www.cairn.info/revue-participations-2011-1-page-36.htm> (дата обращения: 28.12.2019).

³¹ См., например: Выборы в механизме народовластия в Российской Федерации / М. И. Кукушкин [и др.]. Екатеринбург, 2000. С. 17.

³² Барабашев Г. В., Старовойтов Н. Г., Шеремет К. Ф. Советы народных депутатов на этапе совершенствования социализма. М., 1987. С. 67.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Барабашев Г. В., Старовойтов Н. Г., Шеремет К. Ф. Советы народных депутатов на этапе совершенствования социализма. — М. : Юрид. лит., 1987. — 366 с.
2. Бондарева Е. А. Общественная палата Российской Федерации — институт или «министерство» гражданского общества? // Вестник Воронежского государственного университета. Серия : Право. — 2006. — № 1. — С. 26—38.
3. Боровков П. С. От кооптации к выборам: реформирование способа избрания понтификов в Римской республике в III—II вв. до н.э. (политико-правовой аспект) // Вестник древней истории. — 2011. — № 2 (277). — С. 109—122.
4. Выборы в механизме народовластия в Российской Федерации / М. И. Кукушкин [и др.]. — Екатеринбург, 2000. — 212 с.
5. Гриб В. В. Модели и принципы формирования общественных палат в субъектах Российской Федерации // URL: <https://wiselawyer.ru/poleznoe/47518-modeli-principy-formirovaniya-obshhestvennykh-palat-subektakh-rossijskoj> (дата обращения: 09.11.2019).
6. Коломытцева О. Н., Коломытцева Л. Н. Деятельность Общественной палаты РФ по ограничению государственной власти // Вестник Владимирского юридического института. — 2008. — № 3 (8). — С. 148—151.
7. Огнева Е. А. Общественная палата как правозащитный институт в системе общественного контроля современной России // Среднерусский вестник общественных наук. — 2014. — № 1 (31). — С. 146—151.
8. Панов А. А. Общественная палата Российской Федерации как новый субъект гражданского общества // Право и государство: теория и практика. — 2005. — № 6. — С. 22—30.
9. Попов А. А. Программа взаимодействия общественных организаций в сфере повышения эффективности и развития органов местного самоуправления // Социология и право. — 2013. — № 3 (20). — С. 19—23.
10. Тиховодова А. В. Эволюция Общественной палаты РФ как института гражданского общества // Вестник Волжской государственной академии водного транспорта. — 2013. — № 35. — С. 138—144.
11. Фесечко Т. А., Ивлиев П. В. Оптимизация роли Общественной палаты Российской Федерации в законотворческом процессе // Юридическая мысль. — 2008. — № 6 (50). — С. 137—142.
12. Vacqué M.-H., Gauthier M. Participation, urbanisme et études urbaines. Quatre décennies de débats et d'expériences depuis «A ladder of citizen participation» de S. R. Arnstein // URL: <https://www.cairn.info/revue-participations-2011-1-page-36.htm> (дата обращения: 28.12.2019).
13. Bherer L. Les relations ambiguës entre participation et politiques publiques // URL: <https://www.cairn.info/revue-participations-2011-1-page-105.htm> (дата обращения: 25.10.2019).
14. Blondiaux L., Fourniau J.-M. Un bilan des recherches sur la participation du public en démocratie : beaucoup de bruit pour rien? // URL: <https://www.cairn.info/revue-participations-2011-1-page-8.htm> (дата обращения: 25.10.2019).
15. Nez H. Nature et légitimités des savoirs citoyens dans l'urbanisme participatif. Une enquête ethnographique à Paris, 2011 // URL: <https://www.cairn.info/revue-sociologie-2011-4-page-387.htm> (дата обращения: 28.12.2019).

Материал поступил в редакцию 3 марта 2020 г.

REFERENCES

1. Barabashev GV, Starovoytov NG, Sheremet KF. Sovety narodnykh deputatov na etape sovershenstvovaniya sotsializma [Soviets of people's deputies at the stage of improving socialism]. Moscow: Yuridicheskaya literatura; 1987. (In Russ.)
2. Bondareva EA. Obshchestvennaya palata Rossiyskoy Federatsii — institut ili «ministerstvo» grazhdanskogo obshchestva? [Public chamber of the Russian Federation — Institute or "Ministry" of civil society?]. *Vestnik voronezhskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya: Pravo [Proceedings of Voronezh State University Series: Law]*. 2006;1:26-38. (In Russ.)

3. Borovkov PS. Ot kooptatsii k vyboram: reformirovanie sposoba izbraniya pontifikov v rimskoy respublike v III-II vv. do n.e. (politiko-pravovoy aspekt) [From co-optation to elections: reforming the method of electing pontiffs in the Roman Republic in the 3-2 centuries BC (political and legal aspect)]. *Vestnik drevney istorii*. 2011;2(277):109-122. (In Russ.)
4. Kukushkin MI, et al. Vyборы v mekhanizme narodovlastiya v Rossiyskoy Federatsii [Elections in the mechanism of democracy in the Russian Federation]. Ekaterinburg; 2000. (In Russ.)
5. Grib VV. Modeli i printsipy formirovaniya obshchestvennykh palat v subektakh Rossiyskoy Federatsii [Models and principles of formation of public chambers in the subjects of the Russian Federation]. URL: <https://wiselawyer.ru/poleznoe/47518-modeli-principy-formirovaniya-obshchestvennykh-palat-subektakh-rossijskoj> [cited 2019 Nov 09]. (In Russ.)
6. Kolomyttseva ON, Kolomyttseva LN. Deyatel'nost obshchestvennoy palaty RF po ogranicheniyu gosudarstvennoy vlasti [Activities of the Public chamber of the Russian Federation to restrict state power]. *Vestnik Vladimirskogo yuridicheskogo instituta [Bulletin of the Vladimir Law Institute]*. 2008;3(8):148-151. (In Russ.)
7. Ogneva EA. Obshchestvennaya palata kak pravozashchitnyy institut v sisteme obshchestvennogo kontrolya sovremennoy Rossii [Public chamber as a human rights institution in the system of public control in modern Russia]. *Srednerusskiy vestnik obshchestvennykh nauk [Central Russian Journal of Social Sciences]*. 2014;1(31):146-151. (In Russ.)
8. Panov AA. Obshchestvennaya palata Rossiyskoy Federatsii kak novyy subekt grazhdanskogo obshchestva [Public chamber of the Russian Federation as a new subject of civil society]. *Pravo i gosudarstvo: teoriya i praktika*. 2005;6:22-30. (In Russ.)
9. Popov AA. Programma vzaimodeystviya obshchestvennykh organizatsiy v sfere povysheniya effektivnosti i razvitiya organov mestnogo samoupravleniya [Program of interaction of public organizations in the field of improving the efficiency and development of local government]. *Sotsiologiya i pravo [Sociology and law]*. 2013;3(20):19-23. (In Russ.)
10. Tikhovodova AV. Evolyutsiya obshchestvennoy palaty RF kak instituta grazhdanskogo obshchestva [Evolution of the Public chamber of the Russian Federation as an institution of civil society]. *Vestnik Volzhskoy gosudarstvennoy akademii vodnogo transporta*. 2013;35:138-144. (In Russ.)
11. Fesechko TA, Ivliev PV. Optimizatsiya roli Obshchestvennoy palaty Rossiyskoy Federatsii v zakonotvorcheskom protsesse [Optimization of the role of the Public chamber of the Russian Federation in the legislative process]. *Yuridicheskaya mysl [Legal thought]*. 2008;6(50):137-142. (In Russ.)
12. Bacqué M-H, Gauthier M. Participation, urbanisme et études urbaines. Quatre décennies de débats et d'expériences depuis "a ladder of citizen participation" de S. R. Arnstein. URL: <https://www.cairn.info/revue-participations-2011-1-page-36.htm> [cited 2019 Dec 28]. (In Fr.)
13. Bherer L. Les relations ambiguës entre participation et politiques publiques. URL: <https://www.cairn.info/revue-participations-2011-1-page-105.htm> [cited 2019 Oct 25]. (In Fr.)
14. Blondiaux L, Fourniau J-M. Un bilan des recherches sur la participation du public en démocratie: beaucoup de bruit pour rien? URL: <https://www.cairn.info/revue-participations-2011-1-page-8.htm> [cited 2019 Oct 25]. (In Fr.)
15. Nez H. Nature et légitimités des savoirs citoyens dans l'urbanisme participatif. Une enquête ethnographique à Paris, 2011. URL: <https://www.cairn.info/revue-sociologie-2011-4-page-387.htm> [cited 2019 Dec 28]. (In Fr.)

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА NOVUS LEX

DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.160-169

Д. А. Пархоменко*

Совершение преступления впервые: обоснованность введения в уголовный закон и значение среди других обстоятельств

Аннотация. Факт совершения преступления впервые в российском уголовном законодательстве определяет действие основополагающих институтов: ответственности и наказания. Определение понятия лица, впервые совершившего преступление, является крайне важной задачей не только для дальнейшего правильного акцентирования внимания правоприменителя на вопросах индивидуализации наказания и уголовной ответственности, но и в целом более четкого восприятия охранительного уголовного правоотношения, вызванного совершением преступного деяния. При всей важности данного понятия ему если и уделяется внимание в теоретических исследованиях, то в основном с точки зрения выяснения юридического содержания. Вопросы же целесообразности введения понятия лица, впервые совершившего преступление, в текст уголовного закона, уголовно-правовой значимости данного обстоятельства среди других влияющих на принятие того или иного уголовно-правового решения до настоящего времени остаются малоисследованными. Любое понятие, которое применяется на практике и имеет реальную значимость для квалификации преступлений, определения основания и пределов уголовной ответственности, а также для назначения наказания, несомненно, требует уголовно-правового закрепления. Отсутствие любого понятия подобной значимости в законе означает наличие пробела в уголовном праве. Тем временем понятие лица, совершившего преступление, усложнено еще и тем фактом, что в реальном правоприменении оно наполнено специфическим юридическим содержанием, отличным от бытового понимания данного явления. Это вызывает такие проблемы, как объединение таких лиц с «юридически несудимыми лицами». Полное отождествление данных понятий не позволяет законодателю предусмотреть достаточно избирательный, индивидуализированный и адекватный подход к разным категориям таких лиц. Кроме того, вызывает вопросы дифференциация ответственности лица, совершившего впервые неосторожное преступление с лицом, виновным в совершении умышленного преступного деяния. В статье предпринята попытка ответить на поставленные вопросы на примере конкретных уголовно-правовых норм с учетом опыта их правоприменения.

Ключевые слова: совершение преступления впервые; условия; обстоятельства; уголовно-правовое значение; уголовный закон; судебная практика; преступление; ответственность.

Для цитирования: Пархоменко Д. А. Совершение преступления впервые: обоснованность введения в уголовный закон и значение среди других обстоятельств // Lex russica. — 2020. — Т. 73. — № 6. — С. 160—169. — DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.160-169.

© Пархоменко Д. А., 2020

* Пархоменко Дмитрий Александрович, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного права и криминологии Иркутского института (филиала) Всероссийского государственного университета юстиции (РПА Минюста России)
ул. Некрасова, д. 4, г. Иркутск, Россия, 664011
parkhomenkoda@mail.ru

Committing a Crime for the First Time: Validity of the Introduction of the Criminal Law and the Significance of other Circumstances

Dmitriy A. Parkhomenko, Cand. Sci. (Law), Docent, Associate Professor of the Department of Criminal Law and Criminology, Irkutsk Institute (Branch) of the All-Russian State University of Justice (RLA of the Ministry of Justice of Russia)
ul. Nekrasova, d. 4, Irkutsk, Russia, 664011
parkhomenkoda@mail.ru

Abstract. In Russian criminal law the fact of committing a crime for the first time determines the operation of the fundamental institutions: responsibility and punishment. The identification of the person having committed a crime for the first time is an extremely important task not only for the further proper focus for law enforcement officials on the individualization of punishment and criminal responsibility, but in general, for a more clear perception of the enforcement of the criminal legal relations caused by the criminal act. Despite the importance of this concept, if attention is given thereto in theoretical research, it is mainly from the point of view of clarifying the legal content. The questions of expediency of introducing the concept of a person who has committed a crime for the first time into the text of the criminal law, the criminal legal significance of this circumstance among others affecting the adoption of a criminal legal decision remain little explored to date. Any concept that is applied in practice and has real significance for the qualification of crimes, determining the grounds and limits of criminal liability, as well as for the imposition of punishment, undoubtedly requires criminal law consolidation. The absence of any concept of such significance in the law means that there is a gap in criminal law. Meanwhile, the concept of a person who has committed a crime is complicated by the fact that in real law enforcement it is filled with specific legal content, different from the everyday understanding of this phenomenon. This causes problems such as the association of such persons with "legally non-indictable persons". Full identification of these concepts does not allow the legislator to provide a sufficiently selective, individualized and adequate approach to different categories of such persons. In addition, questions are raised about the differentiation of responsibility of a person who committed a first-time careless crime with a person guilty of committing an intentional criminal act. The paper attempts to answer these questions by the example of specific criminal legal norms, taking into account the experience of their enforcement.

Keywords: committing a crime for the first time; conditions; circumstances; criminal law significance; criminal law; judicial practice; crime; responsibility.

Cite as: Parkhomenko DA. Sovershenie prestupleniya v pervye: obosnovannost vvedeniya v ugovolnyy zakon i znachenie sredi drugikh obstoyatelstv [Committing a Crime for the First Time: Validity of the Introduction of the Criminal Law and the Significance of other Circumstances]. *Lex russica*. 2020;73(6):160-169. DOI: 10.17803/1729-5920.2020.163.6.160-169. (In Russ., abstract in Eng.).

В настоящее время факт совершения преступления впервые определяет действие норм, предусмотренных в ч. 1 ст. 53.1, ч. 1 ст. 56, п. «а» ч. 1 ст. 61, ч. 1 ст. 75, ч. 2 ст. 75 (и примечания к ст. 127.1, 145.1, 198, 199, 199.1, 199.3, 199.4, 205.5, 208, 282.1, 282.2, 282.3, 337, 338), ст. 76, ч. 1, 2 ст. 76.1, ст. 76.2, ст. 80.1, ч. 6 ст. 88 УК РФ. Другими словами, в той или иной степени названное обстоятельство имеет значение для функционирования институтов освобождения от уголовной ответственности, наказания и его назначения, освобождения от наказания.

Анализ уголовно-правовых норм, «рассчитанных» на лицо, впервые совершившее преступление, показывает, что данное обстоятельство само по себе, как правило, не имеет самостоятельного уголовно-правового значения — требуется наличие дополнительных ус-

ловий. Причем в ряде случаев, предусмотренных в уголовном законе, такие условия имеют значение основания применения той или иной меры уголовно-правового характера (например, деятельное раскаяние, примирение с потерпевшим). В этой связи попробуем выяснить уголовно-правовую значимость данного обстоятельства среди других обстоятельств, определяющих принятие того или иного уголовно-правового решения. Рассмотрим поставленный вопрос, следуя хронологии текста УК РФ, хотя очевидно, что в этой хронологии есть и свои закономерности, определяющие суть той или иной стадии уголовного преследования.

В части 1 ст. 53.1 УК РФ предусмотрена возможность назначения наказания в виде принудительных работ как альтернативы лишению свободы. Уголовно-правовая значимость факта

совершения преступления впервые здесь осложняется дополнительными условиями: 1) категорией совершенного преступления (тяжкое преступление); 2) назначением наказания в виде лишения свободы; 3) назначением наказания в виде лишения свободы на срок не более пяти лет; 4) выводом суда о возможности исправления осужденного без реального отбывания наказания в местах лишения свободы. Обоснованность такой замены лишения свободы принудительными работами на стадии назначения наказания в зависимости от факта совершения преступления впервые сомнительна потому, что подобный механизм «замены наказания», причем не только лишения свободы, но и других видов наказания, уже предусмотрен при регламентации условного осуждения (ст. 73, 74 УК РФ)¹. К тому же в последнем случае отсутствует обусловленность условного осуждения категорией преступления, да и максимальный срок наказания в виде лишения свободы (восемь лет) охватывает тот, который установлен в ст. 53.1 УК РФ. Показательно, что с началом реального применения наказания в виде принудительных работ, с 1 января 2017 г., число условно осужденных к лишению свободы принципиально не изменилось. Если в 2015 г. этот показатель составлял 172 942 осужденных, то по итогам 2018 г. — 172 820 осужденных². Как представляется, отмеченное обстоятельство дополнительно усиливает сомнения в целесообразности наказания в виде принудительных

работ в том виде, как они регламентированы в ст. 53.1 УК РФ³, хотя нельзя не отметить и рост показателя осужденных к этому виду наказания в последние два года (2017 г. — 587, 2018 г. — 1 038, первое полугодие 2019 г. — 836).

Что касается формальной значимости факта совершения преступления впервые в назначении наказания в виде принудительных работ, то, согласно данным судебной статистики, при осуждении за тяжкое преступление этот вид наказания назначается примерно 20 % осужденных. Об эффективности такой практики трудно говорить потому, что в данных судебной статистики показатель замены принудительных работ (ч. 6 ст. 53.1 УК РФ), который, например, по итогам 2018 г. составил 35 %⁴, не дифференцируется по категориям преступлений, за совершение которых лицо, их совершившее, осуждено к принудительным работам.

В части 1 ст. 56 УК РФ предусмотрено положение, согласно которому наказание в виде лишения свободы не должно назначаться осужденному, совершившему впервые преступление небольшой тяжести. Это правило, которое сам Верховный Суд РФ называет «общим»⁵, может не соблюдаться при наличииотягчающих обстоятельств, предусмотренных ст. 63 УК РФ, за исключением преступлений, предусмотренных ч. 1 ст. 228, ч. 1 ст. 231 и ст. 233 УК РФ, или только если соответствующей статьей Особенной части УК РФ лишение свободы предусмотрено как единственный вид наказания.

¹ На сходство регламентации принудительных работ и условного осуждения уже обращалось внимание в литературе (см., например: *Габараев А. Ш., Дикопольцев Д. Е.* Принудительные работы в системе наказаний, альтернативных лишению свободы: проблемы теории и практики // Уголовно-исполнительная система: право, экономика, управление. 2019. № 2. С. 25—27).

² Сводные статистические сведения о состоянии судимости в России за 2015—2019 (первое полугодие) годы // URL: mvd.ru (дата обращения: 22.02.2020).

В дальнейшем в рамках данного раздела показатели, характеризующие состояние судимости в России, приводятся из названного источника.

³ О замечаниях по поводу законодательной регламентации ст. 53.1 УК РФ см., например: *Рарог А. И.* Ошибка законодателя: виды, причины, пути исправления // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 4. С. 95—103; *Торговченков В. И., Плужников Д. Ю.* Принудительные работы — самостоятельный вид наказания или только альтернатива лишению свободы? // Законность. 2018. № 12. С. 32—35; *Якубина Ю. П.* Проблемы исполнения уголовного наказания в виде принудительных работ и пути их решения // Современное право. 2018. № 4. С. 114—116.

⁴ Рассчитан как результат соотношения между числом осужденных к принудительным работам за 2018 г. (1 038) и числом осужденных, которым данный вид наказания заменен наказанием в виде лишения свободы (359) (см.: Отчет о работе судов общей юрисдикции по рассмотрению уголовных дел по первой инстанции Сводных статистических сведений о деятельности федеральных судов общей юрисдикции и мировых судей за 2018 г. // URL: www.cdep.ru (дата обращения: 22.02.2020)).

⁵ См.: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за четвертый квартал 2013 года (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 4 июня 2014 г.). П. 5 // БВС РФ. 2014. № 9.

Оценивая уголовно-правовую значимость факта совершения преступления впервые, следует отметить, что она в данном случае достаточно серьезна и ограничивается только одним дополнительным условием: одной категорией преступлений — небольшой тяжести. Вместе с тем возможно, что в силу предусмотренных в законе изъятий либо в силу высокого удельного веса лиц, не подпадающих под признаки впервые совершивших преступление, на практике удельный вес лиц, осуждаемых за преступления небольшой тяжести к наказанию в виде лишения свободы, весьма значителен. Так, по итогам 2018 г. из 334 712 осужденных за преступления небольшой тяжести 44 136 лиц были осуждены к реальному и еще 47 982 — к условному лишению свободы, что составило около 28 %.

Общее правило, предусмотренное в ч. 1 ст. 56 УК РФ, несомненно, заслуживает одобрения, даже несмотря на то, что ответ на вопрос о понятии осужденного, совершившего впервые преступление небольшой тяжести, до настоящего времени в судебной практике остается открытым. В этой связи, например, в одном случае Верховный Суд РФ исходит из того, что к лицам, впервые совершившим преступление небольшой тяжести, следует относить ранее не судимых осужденных⁶. В другом случае Верховный Суд РФ допускает признание таковым лица, осужденного по совокупности преступлений, включающей в себя два особо тяжких преступления и одно небольшой тяжести⁷.

Однако в целом позиция законодателя в рассматриваемом вопросе, на наш взгляд, не лишена противоречия. Если по общему правилу лишение свободы не назначается за впервые совершенное преступление небольшой тяжести, то непонятно, почему этот вид наказания в ряде санкций статей Особенной части УК РФ вообще предусмотрен за такое преступление. Если это обусловлено названными в ч. 1 ст. 56 УК РФ исключениями, то логично было

бы учесть уголовно-правовое значение таких обстоятельств либо в разнообразии видов наказания, не связанных с лишением свободы, в сроках и размерах отдельных из них, либо в сочетании того и другого. Если это обусловлено совершением преступления небольшой тяжести не в первый раз, то, может быть, следовало бы данное обстоятельство отразить в квалифицированном составе преступления, как это имело место в Положении о воинских преступлениях от 31 октября 1924 г. в отношении уголовной ответственности за побег (ст. 6, 7). В противном случае мы имеем ситуацию, при которой «частности», по сути, поглощают значимость общего правила, «невидимость» которого в статьях (частях статей) Особенной части УК РФ приводит к выводу о том, что, например, норма, предусмотренная в ч. 1 ст. 158 УК РФ, изначально ориентирована на лицо, совершившее кражу не в первый раз.

Небеспочвенность высказанных нами сомнений подтверждается ответом Верховного Суда РФ на вопрос, поступивший из судов по применению амнистии в связи с 70-летием Победы в Великой Отечественной войне 1941—1945 годов:

«6. Вопрос: Подлежит ли прекращению уголовное дело на основании подпункта 3 пункта 6 постановления об амнистии в отношении лица, совершившего преступление небольшой тяжести, *если санкция статьи предусматривает наказание в виде лишения свободы*, однако данный вид наказания не может быть применен к лицу в соответствии с положениями ч. 1 ст. 56 УК РФ?

Ответ: Нет, не подлежит, поскольку подпункт 3 пункта 6 Постановления об амнистии предполагает прекращение уголовных дел в отношении подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений, за которые *санкцией статьи Особенной части УК РФ не предусмотрено наказание, связанное с лишением свободы*»⁸ (курсив наш. — Д. П.).

⁶ См., например: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 1 (2017) (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 16 февраля 2017 г.) (ред. от 26 апреля 2017 г.). П. 2 // БВС РФ. 2018. № 1-3.

⁷ См., например: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за четвертый квартал 2013 года (утв. Президиумом Верховного Суда РФ от 4 июня 2014 г.). П. 5 // БВС РФ. 2014. № 9.

⁸ Ответы на вопросы, поступившие из судов, по применению постановлений Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации от 24 апреля 2015 г. № 6576-6 ГД «Об объявлении амнистии в связи с 70-летием Победы в Великой Отечественной войне 1941—1945 годов» и от 24 апреля 2015 г. № 6578-6 ГД «О порядке применения постановления Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации «Об объявлении амнистии в связи с 70-летием Победы в Великой Отечественной войне 1941—1945 годов»» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 29 июля 2015 г.) // БВС РФ. 2015. № 12.

Согласно п. «а» ч. 1 ст. 61 УК РФ, совершение впервые преступления небольшой или средней тяжести вследствие случайного стечения обстоятельств признается смягчающим наказанием обстоятельством. Уголовно-правовая значимость факта совершения преступления впервые здесь осложняется двумя дополнительными условиями: 1) категорией совершенного преступления (небольшой или средней тяжести) и 2) совершением преступления одной из названных категорий вследствие случайного стечения обстоятельств.

Согласно ч. 2 ст. 61 УК РФ, при назначении наказания в качестве смягчающих его обстоятельств могут учитываться и такие, которые не предусмотрены в ч. 1 этой статьи. Это означает, что суд, во-первых, может признать смягчающим наказанием обстоятельством факт совершения впервые преступления любой категории тяжести, а не только небольшой или средней тяжести, а во-вторых, признать уголовно-правовую значимость такого факта безотносительно случайного стечения обстоятельств. Сделанные выводы находят свое подтверждение и в практике Верховного Суда РФ. Так, по одному из дел в определении Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ прямо говорится о том, что в соответствии с ч. 2 ст. 61 УК РФ признание совершения преступления впервые смягчающим обстоятельством не исключается и при других условиях, помимо указанных в п. «а» ч. 1 данной статьи⁹. В такой ситуации представляется излишним осложнение факта совершения преступления впервые какими-либо иными требованиями, да и указание на совершение преступления впервые — не более чем ориентир уголовно-правовой политики на стадии назначения наказания.

Нельзя, однако, не отметить, что в судебной практике Верховного Суда РФ есть примеры и прямо противоположного толкования ч. 1, 2 ст. 61 УК РФ. По одному из дел в определении Верховного Суда РФ отмечается, что «совершение 3. преступлений впервые согласно п. “а” ч. 1 ст. 61 УК РФ не является обстоятельством, смягчающим его наказание, поскольку им совершены преступления, не относящиеся к пре-

ступлениям небольшой тяжести, и совершены они не вследствие случайного стечения обстоятельств»¹⁰. При этом суд оставил без внимания положения ч. 2 ст. 61 УК РФ.

Статья 80.1 УК РФ предусматривает правило, согласно которому «лицо, впервые совершившее преступление небольшой или средней тяжести, освобождается судом от наказания, если будет установлено, что вследствие изменения обстановки это лицо или совершенное им преступление перестали быть общественно опасными». Заметим, что до 2003 г.¹¹ рассматриваемое правило, но с другим уголовно-правовым последствием было предусмотрено в ст. 77 УК РФ, в которой речь шла об освобождении от уголовной ответственности. Прежняя и действующая нормы об уголовно-правовом значении изменения обстановки отличаются еще и двумя менее заметными обстоятельствами. Во-первых, норма, предусмотренная в ст. 77 УК РФ, имела диспозитивный характер (в ней шла речь о возможности освобождения от уголовной ответственности), а норма, предусмотренная сегодня в ст. 80.1 УК РФ, имеет императивный характер («освобождается судом от наказания»). Следует заметить, что при наличии и в том и в другом случае оговорки «если будет установлено» обе нормы применялись и применяются в режиме усмотрения, и в этой связи содержание ст. 80.1 УК РФ лишь более корректно с точки зрения юридической техники. Во-вторых, замена уголовно-правового последствия изменения обстановки с освобождения от уголовной ответственности на освобождение от наказания, скорее всего, обусловила и замену слова «деяние» на слово «преступление» в словосочетании «совершенное им...».

Если до 2003 г. проблемы применения ст. 77 УК РФ в основном были связаны с неоднозначностью формулировок изменения обстановки и ее влияния на утрату общественной опасности, то после этого к ним добавились проблемы иного рода. Так, очевидно, что изменение обстановки, обусловившее утрату общественной опасности преступления или лица, его совершившего, может иметь ме-

⁹ Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 14 марта 2017 г. № 78-АПУ17-5 // Документ опубликован не был. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

¹⁰ Кассационное определение Верховного Суда РФ от 28 октября 2010 г. № 66-О10-156сп // Документ опубликован не был. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

¹¹ Федеральный закон от 8 декабря 2003 г. № 162-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации» (ред. от 7 декабря 2011 г.) // СЗ РФ. 2003. № 50. Ст. 4848.

сто еще на стадиях возбуждения уголовного дела и предварительного расследования, но освободить лицо, впервые совершившее преступление небольшой или средней тяжести, в такой ситуации невозможно и требуется рассмотрение дела по существу в судебном порядке. В этой связи возникает вопрос: должно ли такое рассмотрение завершаться постановлением обвинительного приговора с назначением наказания или без назначения наказания? Из трех видов обвинительного приговора, предусмотренных уголовно-процессуальным законодательством, в данном случае, скорее всего, речь может идти только о двух: об обвинительном приговоре с назначением наказания и освобождением от его отбывания (п. 2 ч. 5 ст. 302 УПК РФ) либо об обвинительном приговоре без назначения наказания (п. 3 ч. 5 ст. 302 УПК РФ). Однако в ст. 80.1 УК РФ речь идет об освобождении от наказания, а не от его отбывания — здесь речь должна идти о постановлении последнего вида обвинительного приговора¹².

На практике судебные решения со ссылкой на ст. 80.1 УК РФ принимаются не только на стадии назначения наказания, но и в процессе его исполнения, когда уголовно-правовым последствием названного обстоятельства может быть только акт освобождения от отбывания наказания. Между тем таковой не предусмотрен в данной статье, а в рамках гл. 12 УК РФ отличия между актами освобождения от наказания и от отбывания наказания просматри-

ваются достаточно четко, и, например, только в случае освобождения от наказания, а не от его отбывания лицо считается несудимым (ч. 2 ст. 86 УК РФ). Наглядным примером того, как суды не замечают данное обстоятельство, может служить кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ по делу С., согласно которому осужденная была освобождена от наказания на основании ст. 80.1 УК РФ в период реального отбывания наказания в виде исправительных работ¹³. Подтверждением того, что такая практика носит не единичный характер, являются и другие подобные решения, а в одном из них прямо говорится о том, что «по усмотрению суда подсудимому с учетом положений ст. 64, 73 и 80.1 УК РФ могут быть назначены более мягкое наказание, чем предусмотрено за данное преступление, условное осуждение или он может быть освобожден от отбывания наказания»¹⁴ (курсив наш. — Д. П.). Противоречащей закону представляется и обратная ситуация, когда, например, в одном из постановлений Государственной Думы Федерального Собрания РФ предлагается освободить от наказания лиц, условно-досрочно освобожденных от оставшейся неотбытой части наказания. Более того, в этом же постановлении предусмотрен императив о том, чтобы «снять судимость с лиц, освобожденных от наказания на основании настоящего Постановления»¹⁵, что применительно к ст. 79 УК РФ прямо противоречит ч. 2, 4 ст. 86 УК РФ. Названные замечания, к сожалению, актуальны

¹² В судебной практике обвинительный приговор без назначения наказания нередко постановляется в связи с истечением срока давности уголовного преследования (см., например: апелляционные определения Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 5 ноября 2019 г. № 44-АПУ 19-14; 5 сентября 2019 г. № 82-АПУ 19-9 (документы опубликованы не были, доступ из СПС «КонсультантПлюс»). Такая практика представляется небесспорной в тех случаях, когда речь идет об освобождении от наказания со ссылкой еще и на ст. 78 УК РФ (см., например: постановление Президиума Верховного Суда РФ от 19 июня 2019 г. № 66-П 19пр; апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 19 июля 2017 г. № 11-АПУ 17-16 (документы опубликованы не были, доступ из СПС «КонсультантПлюс»). Постановление обвинительного приговора без назначения наказания, по мнению Верховного Суда РФ, должно иметь место и при освобождении от наказания несовершеннолетнего на основании ч. 1 ст. 92 УК РФ (см.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 1 февраля 2011 г. № 1 «О судебной практике применения законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних» (в ред. от 29 ноября 2016 г.). П. 35 // БВС РФ. 2011. № 4).

¹³ Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 17 сентября 2019 г. № 74-УД19-4 // Документ опубликован не был. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

¹⁴ Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 18 июля 2018 г. № 46-АПУ18-5 // Документ опубликован не был. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

¹⁵ Постановление Государственной Думы ФС РФ от 2 июля 2013 г. № 2559-6 ГД «Об объявлении амнистии» // СЗ РФ. 2013. № 27. Ст. 3558.

в отношении и других подобных актов, принятых Государственной Думой Федерального Собрания РФ¹⁶.

Что же касается уголовно-правовой значимости факта совершения преступления впервые, то она осложняется здесь как минимум двумя дополнительными условиями: 1) категорией совершенного преступления (небольшой или средней тяжести) и 2) изменением обстановки, повлекшей утрату общественной опасности либо лица, либо совершенного им преступления.

Среди специалистов уголовного права общепризнано положение о том, что решающим условием для принятия решения об освобождении от наказания (ранее — уголовной ответственности) в данном случае выступает утрата общественной опасности. В такой ситуации, как представляется, указание на факт совершения преступления впервые утрачивает свое значение, поскольку такая утрата может состояться при совершении преступления любой категории тяжести, а с учетом сложившейся практики применения этого института — и безотносительно кратности преступлений, по крайней мере в части утраты общественной опасности преступления¹⁷. Интересно, что в наиболее «свежих» УК на постсоветском пространстве указание на факт совершения преступления впервые при регламентации рассматриваемого института в частности (ч. 1 ст. 70 УК Республики Казахстан, ст. 87 УК Республики Беларусь) и института освобождения от уголовной ответствен-

ности в целом (гл. 10 УК Кыргызской Республики) отсутствует¹⁸.

Согласно ч. 6 ст. 88 УК РФ, наказание в виде лишения свободы не назначается а) несовершеннолетним осужденным, совершившим преступления небольшой тяжести впервые, а также б) несовершеннолетним осужденным, совершившим в возрасте до 16 лет преступление средней тяжести впервые.

В данном случае уголовно-правовое значение факта совершения преступления впервые определяется категорией преступления и возрастом осужденного. Применение рассматриваемого правила, в отличие от правила, предусмотренного ч. 1 ст. 56 УК РФ, никакими иными условиями не ограничивается, что, очевидно, объясняется принципиально меньшим потенциалом репрессивности уголовной политики в отношении несовершеннолетних¹⁹. Что, однако, объединяет законодательную регламентацию рассматриваемого правила в ч. 1 ст. 56 и ч. 6 ст. 86 УК РФ, так это нарушение логики построения норм, определяющих порядок назначения наказания в виде лишения свободы. Выше мы не случайно по-своему сформулировали правило о неприменении лишения свободы к несовершеннолетним. Сделали мы это потому, что, во-первых, в отличие от всех рассмотренных выше случаев регламентации факта совершения преступления впервые на стадии назначения наказания, в данном случае этот факт в законе практически невидим, а во-вторых, он трудно соотносим с дифференциа-

¹⁶ Постановление Государственной Думы ФС РФ от 24 апреля 2015 г. № 6576-6 ГД «Об объявлении амнистии в связи с 70-летием Победы в Великой Отечественной войне 1941—1945 годов» // СЗ РФ. 2015. № 17 (ч. 4). Ст. 2542.

¹⁷ Вместе с тем мы не разделяем мнение Е. В. Благова о том, что отпадение или существенное снижение общественной опасности виновного следует считать основанием освобождения от уголовной ответственности для всех его разновидностей, за исключением ст. 90 УК РФ. В этой связи автор сожалеет о перемещении института изменения обстановки из ст. 77 в ст. 80.1 УК РФ (Благов Е. В. Основание освобождения от уголовной ответственности // Актуальные проблемы российского права. 2018. № 17. С. 166—167).

¹⁸ Уголовный кодекс Кыргызской Республики от 2 февраля 2017 г. № 19 (с изм. и доп. по сост. на 15 мая 2019 г.) ; Уголовный кодекс Республики Казахстан от 3 июля 2014 г. № 226-V (с изм. и доп. по сост. на 1 января 2020 г.). См. также: Уголовный кодекс Республики Беларусь от 9 июля 1999 г. № 275-3 (с изм. и доп. по сост. на 11 ноября 2019 г.) // URL: online.zakon.kz (дата обращения: 22.02.2020).

¹⁹ Хотя в современных исследованиях, в том числе посвященных воздействию на преступность несовершеннолетних, эта закономерность нередко остается без внимания (см., например: Демидова-Петрова Е. В. Преступность несовершеннолетних в современной России: теоретико-методологические и прикладные проблемы ее познания и предупреждения : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Казань, 2019. 52 с. ; Степашин В. М. Экономия репрессии как принцип уголовного права и его реализация в назначении мер уголовной ответственности : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Омск, 2019. 39 с.).

цией возраста несовершеннолетнего и категорией совершенного им преступления²⁰. С точки зрения юридической техники представляется не совсем правильным и объединение в одном абзаце общего и специального правил назначения лишения свободы, то есть определение случаев его применения и неприменения. К тому же эти правила неудачно оформлены редакционно.

Единообразному применению положений ст. 86 УК РФ о лице, впервые совершившем преступление, несомненно, способствует имеющееся разъяснение этого понятия Пленумом Верховного Суда РФ: «Впервые совершившим преступление небольшой или средней тяжести следует считать лицо, совершившее одно или несколько преступлений, ни за одно из которых оно ранее не было осуждено, либо когда предыдущий приговор в отношении него не вступил в законную силу или судимости за ранее совершенные преступления сняты и погашены в установленном законом порядке»²¹. Как уже отмечалось ранее, такое разъяснение не во всем согласуется с тем, которое Верховный Суд РФ дал применительно к институту освобождения от уголовной ответственности в 2013 г. Напомним, что в нем лицом, впервые совершившим преступление, признавалось и лицо, которое ранее было освобождено от уголовной ответственности (пп. «д» п. 2). Однако не менее важен и другой вопрос: можно ли разъяснением понятия лица, впервые совершившего преступление, данным применительно к ч. 6 ст. 86 УК РФ, руководствоваться в случае применения ч. 1 ст. 56, п. «а» ч. 1 ст. 61, ст. 80.1 УК РФ? Анализ правоприменительной практики, в том числе приведенной выше, дает основание ответить на этот вопрос безоговорочно положительно. Но тогда следует еще раз подчеркнуть, что в применении различных институтов уголовного права — освобождения от уголовной ответственности и назначения наказания — правоприменитель в лице Верховного Суда РФ по-разному трактует одно и то же за-

конодательное понятие: понятие лица, впервые совершившего преступление.

Во всех рассмотренных выше случаях отражения в уголовном законе факта совершения преступления впервые, случаях, связанных со стадией назначения наказания, в документах судебной практики Верховного Суда РФ (разъяснениях, определениях, обзорах), за исключением ситуации, предусмотренной ч. 6 ст. 88 УК РФ, мы не встретили определения понятия лица, впервые совершившего преступление. Описание данного обстоятельства в названных документах, как правило, ограничивается ссылкой «ранее не судим (не судима)» или, что крайне редко, — «к уголовной ответственности привлекается впервые», «совершил преступление впервые».

В судебном порядке также применимы нормы об освобождении от уголовной ответственности. Действие значительного числа таких норм, особенно предусмотренных в Общей части УК РФ, обусловлено фактом совершения преступления впервые. Отметим, что такие нормы применимы и на более ранних стадиях уголовного преследования — стадиях досудебного производства (возбуждения уголовного дела и предварительного расследования).

В случаях освобождения от уголовной ответственности по нормам Общей части УК РФ факт совершения преступления впервые определяет действие четырех из семи видов такого освобождения — в связи с деятельным раскаянием (ч. 1 ст. 75 УК РФ), в связи с примирением с потерпевшим (ст. 76 УК РФ), в связи с возмещением ущерба (ст. 76.1 УК РФ), с назначением судебного штрафа (ст. 76.2 УК РФ). В названных случаях, а также тех, которые предусмотрены в нормах-примечаниях Особенной части УК РФ, уголовно-правовое значение факта совершения преступления впервые наиболее весомо, поскольку он, во-первых, может влечь за собой освобождение от уголовной ответственности, а соответственно, и прекращение уголовного правоотношения, порожденного фактом совер-

²⁰ Корреляция между фактом совершения преступления впервые и несовершеннолетним возрастом выступает обязательным условием неназначения лишения свободы несовершеннолетнему осужденному либо назначения его в льготном режиме. В этой связи в судебных решениях зачастую встречаются словосочетания «преступление совершено впервые в несовершеннолетнем возрасте» (см., например: определение Верховного Суда РФ от 17 сентября 2013 г. № 46-Д13-24 // Документ опубликован не был. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»).

²¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 1 февраля 2011 г. № 1 «О судебной практике применения законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних» (ред. от 29 ноября 2016 г.). Абз. 2 п. 26 // БВС РФ. 2011. № 4.

шения преступления, во-вторых, как правило, дополняется только одним требованием — о деятельном раскаянии.

Отсутствие указания на факт совершения преступления впервые в ст. 78 УК РФ вполне естественно и объяснимо принципиально иной природой действия института давности в праве вообще и уголовном праве в частности. Факт совершения преступления одним и тем же лицом в первый раз или неоднократно не влияет на установленные безотносительно этого обстоятельства сроки, в пределах которых лицо, совершившее преступление, «интересует» уголовный закон в таком статусе. И хотя порой освобождение от уголовной ответственности по данному основанию принято объяснять утратой общественной опасности лица, совершившего преступление²², это все-таки, во-первых, далеко не обязательное следствие истечения определенного периода времени с момента совершения преступления²³, а во-вторых, такая зависимость не предусмотрена в уголовном законе, вместо нее здесь обозначена связь между категорией преступления, обусловленной степенью общественной опасности деяния, и сроком, по мысли законодателя, этой категории соответствующим.

Освобождение от уголовной ответственности может выступать и одним из уголовно-правовых последствий издания акта амнистии (ст. 84 УК РФ). Однако с учетом юридической природы, социально-правового значения и многообразия уголовно-правовых последствий акта амнистии вполне естественно, что при регламентации в уголовном законе эта возможность смягчения уголовно-правовой «участи» лиц, совершивших преступление, не ставится в зависимость от факта совершения преступления впервые. Вместе с тем в рамках конкретных актов амнистии наступление уголовно-правовых последствий, указанных в ст. 84 УК РФ, всегда обуславливается отдель-

ными обстоятельствами, характеризующими как лицо, совершившее преступление, так и само преступление. Среди них вполне может быть указание и на лиц, совершивших преступление впервые. Так, например, в пп. 1 п. 16 постановления Государственной Думы ФС РФ от 24 апреля 2015 г. № 6578-6 ГД²⁴ прямо говорилось о том, что «при применении акта амнистии не учитываются... судимости, снятые или погашенные в установленном законом порядке. Лица, у которых снята или погашена судимость, считаются впервые совершившими преступление». Ранее, в постановлении Государственной Думы ФС РФ от 2 июля 2013 г. № 2559-6 ГД «Об объявлении амнистии»²⁵, слово «впервые» характеризовало факт не совершения преступления, а осуждения за преступление. В этой связи, в частности, предусматривалось освобождение от наказания в виде лишения свободы независимо от назначенного срока лиц, впервые осужденных за преступления, предусмотренные в п. 1 данного постановления.

В свете сказанного выше нельзя не обратить внимание на отсутствие указания на факт совершения преступления впервые в ч. 1 ст. 90 УК РФ, где речь идет об освобождении от уголовной ответственности несовершеннолетнего, а также в ст. 92 УК РФ, предусматривающей освобождение несовершеннолетнего от наказания. Как представляется, дополнение уголовного закона в последнем случае указанием на факт совершения преступления впервые хоть как-то оправдывало бы применение различных мер уголовно-правового характера практически при одинаковых условиях. К тому же нельзя забывать о том, что и в том и в другом случае итогом освобождения от уголовной ответственности и наказания выступает применение принудительных мер воспитательного воздействия, субъект применения которых также един — суд (ст. 427 УПК РФ).

²² См., например: Уголовное право Российской Федерации. Общая часть : учебник / под ред. Ю. В. Грачевой. М., 2019. С. 334.

²³ Маликов С. В. Сроки в уголовном праве России: понятие, виды, характеристика. М., 2009. С. 55.

²⁴ Постановление Государственной Думы ФС РФ от 24 апреля 2015 г. № 6578-6 ГД «О порядке применения постановления Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации “Об объявлении амнистии в связи с 70-летием Победы в Великой Отечественной войне 1941—1945 годов”» // СЗ РФ. 2015. № 17 (ч. IV). Ст. 2544.

²⁵ СЗ РФ. 2013. № 27. Ст. 3558.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Благов Е. В. Основание освобождения от уголовной ответственности // Актуальные проблемы российского права. — 2018. — № 17. — С. 161—168.
2. Габараев А. Ш., Дикопольцев Д. Е. Принудительные работы в системе наказаний, альтернативных лишению свободы: проблемы теории и практики // Уголовно-исполнительная система: право, экономика, управление. — 2019. — № 2. — С. 25—27.
3. Демидова-Петрова Е. В. Преступность несовершеннолетних в современной России: теоретико-методологические и прикладные проблемы ее познания и предупреждения : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — Казань, 2019. — 52 с.
4. Маликов С. В. Сроки в уголовном праве России: понятие, виды, характеристика. — М., 2009. — 168 с.
5. Рарог А. И. Ошибка законодателя: виды, причины, пути исправления // Актуальные проблемы российского права. — 2019. — № 4. — С. 95—103.
6. Степашин В. М. Экономия репрессии как принцип уголовного права и его реализация в назначении мер уголовной ответственности : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — Омск, 2019. — 39 с.
7. Торговченков В. И., Плужников Д. Ю. Принудительные работы — самостоятельный вид наказания или только альтернатива лишению свободы? // Законность. — 2018. — № 12. — С. 32—35.
8. Уголовное право Российской Федерации. Общая часть : учебник / под ред. Ю. В. Грачевой. — М., 2019. — 416 с.
9. Якубина Ю. П. Проблемы исполнения уголовного наказания в виде принудительных работ и пути их решения // Современное право. — 2018. — № 4. — С. 114—116.

Материал поступил в редакцию 23 февраля 2020 г.

REFERENCES

1. Blagov EV. Osnovanie osvobozhdeniya ot ugolovnoy otvetstvennosti [The Basis for Exemption from Criminal Responsibility]. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava*. 2018;17:161-168. (In Russ.)
2. Gabaraev ASH, Dikopoltsev DE. Prinuditelnye raboty v sisteme nakazaniy, alternativnykh lisheniyu svobody: problemy teorii i praktiki [Forced labor in the system of punishments alternative to imprisonment: problems of theory and practice]. *Ugolovno-ispolnitelnaya sistema: pravo, ekonomika, upravlenie*. 2019;2:25-27. (In Russ.)
3. Demidova-Petrova EV. Prestupnost nesovershennoletnikh v sovremennoy Rossii: teoretiko-metodologicheskie i prikladnye problemy ee poznaniya i preduprezhdeniya: avtoref. dis. ... d-ra yurid. nauk [Juvenile delinquency in modern Russia: theoretical, methodological and applied problems of its cognition and prevention. Author's abstract of Dr. Sci. (Law) Dissertation]. Kazan; 2019. (In Russ.)
4. Malikov SV. Sroki v ugolovnom prave Rossii: ponyatie, vidy, kharakteristika [Terms in Russian criminal law: concept, types, characteristics]. Moscow; 2009. (In Russ.)
5. Rarog AI. Oshibka zakonodatelya: vidy, prichiny, puti ispravleniya [Legislator's error: types, reasons, ways of correction]. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava*. 2019;4:95-103. (In Russ.)
6. Stepashin VM. Ekonomiya repressii kak printsip ugolovnogo prava i ego realizatsiya v naznachenii mer ugolovnoy otvetstvennosti: avtoref. dis. ... d-ra yurid. nauk [Economy of repression as a principle of criminal law and its implementation in the appointment of criminal liability measures. Author's abstract of Dr. Sci. (Law) Dissertation]. Omsk; 2019. (In Russ.)
7. Torgovchenkov VI, Pluzhnikov DYu. Prinuditelnye raboty — samostoyatelnyy vid nakazaniya ili tolko alternativa lisheniyu svobody? [Is forced labor an independent form of punishment or just an alternative to imprisonment?]. *Zakonnost [Legality]*. 2018;12:32-35. (In Russ.)
8. Gracheva YuV, editor. Ugolovnoe pravo Rossiyskoy Federatsii. Obshchaya chast: uchebnik [Criminal law of the Russian Federation. General part: A textbook]. Moscow; 2019. (In Russ.)
9. Yakubina YuP. Problemy ispolneniya ugolovnogo nakazaniya v vide prinuditelnykh rabot i puti ikh resheniya [Problems of execution of criminal punishment in the form of forced labor and ways to solve them]. *Sovremennoe pravo [Modern law]*. 2018;4:114-116. (In Russ.)

ПРАВО И ЦИФРОВАЯ ЭКОНОМИКА

- ✓ Свидетельство о регистрации СМИ — ПИ № ФС77-72703 от 23 апреля 2018 г.;
- ✓ издается с 2018 г., выходит 4 раза в год;
- ✓ основные языки журнала: русский, английский;
- ✓ включен в Российский индекс научного цитирования (РИНЦ);
- ✓ каждой статье присваивается индивидуальный международный индекс DOI;
- ✓ материалы размещаются в СПС «КонсультантПлюс» и «ГАРАНТ».

«Право и цифровая экономика» — международное научное и научно-практическое издание. Журнал посвящен рассмотрению проблем правового регулирования цифровой экономики России и иностранных государств.

Круг читателей журнала: государственные служащие, практикующие юристы в сфере правового регулирования цифровой экономики, предпринимательского и конкурентного права, малого и среднего бизнеса, предприниматели, научные работники, преподаватели, аспиранты, магистранты и студенты юридических факультетов вузов, а также читатели, интересующиеся проблемами и актуальными вопросами развития правового регулирования цифровой экономики России и иностранных государств.

Основные рубрики журнала:

- ✓ Государственное регулирование цифровой экономики.
- ✓ Правовое регулирование криптовалюты и майнинга.
- ✓ Краудфандинг (проблемы и перспективы).
- ✓ Правовое регулирование больших данных.
- ✓ Технология блокчейн и криптовалют (bitcoin, Copernicus, Ethereum и т.д.).
- ✓ Интересы и противоречия, связанные с применением блокчейна в финансовой сфере.
- ✓ Финансовые технологии в действующем российском и международном правовом поле.
- ✓ Цифровые технологии в сфере интеллектуальной собственности и инноваций.
- ✓ Правовой статус смарт-контрактов.
- ✓ Защита прав и законных интересов участников цифровых рынков.
- ✓ Информационная безопасность.
- ✓ Консорциумы промышленного Интернета: правовая природа и особенности регулирования.



KUTAFIN UNIVERSITY LAW REVIEW

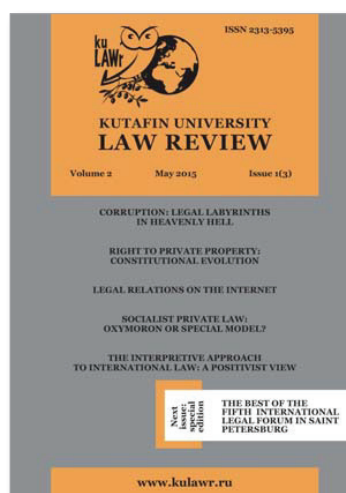
Мультиотраслевой научный юридический журнал, который издается на английском языке с сентября 2014 г. и выходит два раза в год. Журнал нацелен на интеграцию российской правовой науки в мировое юридическое сообщество, организацию диалога правоведов по актуальным проблемам теоретической и практической юриспруденции, 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, «Право и цифровая экономика» – 39492.

Будем рады видеть Вас в числе подписчиков!

ISSN 1729-5920



9 771729 592008