

Родительство как  
семейно-правовое явление:  
теоретический взгляд  
на действующие  
нормативные истоки

Правовая охрана  
интеллектуальной  
собственности при  
осуществлении  
международной космической  
деятельности

Системное единство  
государственного  
контроля (надзора)  
и общественного контроля  
как конституционно-правовой  
принцип

Сложности квалификации  
преступлений  
при установлении  
альтернативного  
и неопределенного  
видов умысла

## АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РОССИЙСКОГО ПРАВА



- ✓ Свидетельство о регистрации СМИ — ПИ № ФС77-25128 от 7 мая 2014 г., ISSN 1994-1471 (Print), ISSN 2782-1862 (Online);
- ✓ 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 (Print), ISSN 2782-6163 (Online);
- ✓ 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

**БЛАНДИНИ Антонио** — профессор предпринимательского права Университета Федерико II, г. Неаполь, Италия, и Свободного международного университета социальных наук Гвидо Карли, г. Рим, Италия

**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 Эрasmus, 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

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

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

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

**НОГО Срето** — профессор Университета Джона Нейсбита, 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 административного процессуального права Воронежского государственного университета, г. Воронеж, Россия

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

**ТУМАНОВА Лидия Владимировна** — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой судебной

власти и правоохранительной деятельности юридического факультета Тверского государственного университета, г. Тверь, Россия

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

**тер ХААР Берил** — профессор и директор Центра изучения международного и европейского трудового права (CIELLS), Варшавский университет; именной профессор Европейского и сравнительного права, Гронингенский университет

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

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

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

#### РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

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

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

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

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

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

Издается  
с 1948 года

LEX RUSSICA

Научный юридический журнал

Том 75  
№ 6 (187)  
июнь 2022

**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

**ЛЮТОВ Никита Леонидович** — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой трудового права и права социального обеспечения Московского государ-

ственного 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: 09.06.2022  
Объем 17,43 усл. печ. л. (14,65 а. л.), формат 60×84/8  
Тираж 150 экз. Печать цифровая. Бумага офсетная

#### Переводчики

*Н. М. Головина, А. Н. Митрущенкова*

#### Редактор

*М. В. Баукина, Е. В. Осикина, С. И. Ершова*

#### Корректор

*А. Б. Рыбакова*

#### Компьютерная верстка

*Д. А. Беляков*

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

**Antonio BLANDINI** — Professor of Corporate Law, University of Naples Federico II, Naples, Italy, and Free International University of Social Studies Guido Carli, Rome, Italy

**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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**Beryl ter HAAR** — Professor and Head of the Centre for International and European Labour Law Studies (CIELLS),

University of Warsaw, and Endowed Professor European and Comparative Labour Law, University of Groningens

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

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

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

#### EDITORIAL BOARD

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

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

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

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

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

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

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

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

Published  
in 1948

**LEX RUSSICA**

Scientific Journal of Law

Vol. 75  
№ 6 (187)  
June 2022

**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**

09.06.2022  
Volume: 17,43 conventional printer's sheets (14,65 author's sheets),  
format: 60×84/8  
An edition of 150 copies. Digital printing. Offset paper

**Translators**

*N. M. Golovina, A. N. Mitrushchenkova*

**Editor**

*M. V. Baukina, E. V. Osikina, S. I. Ershova*

**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

### ЧАСТНОЕ ПРАВО / JUS PRIVATUM

- Долганин А. А.** Малые формы торговли как стратегическое направление правового регулирования: от зарождения до пандемии COVID-19 и новой экономической реальности (на примере разносной торговли) . . . . . 9
- Комиссарова Е. Г.** Родительство как семейно-правовое явление: теоретический взгляд на действующие нормативные истоки . . . . . 20
- Шахназаров Б. А.** Правовая охрана интеллектуальной собственности при осуществлении международной космической деятельности . . . . . 36

### ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО / JUS PUBLICUM

- Спиридонов А. А.** Системное единство государственного контроля (надзора) и общественного контроля как конституционно-правовой принцип . . . . . 48

### НАУКИ КРИМИНАЛЬНОГО ЦИКЛА / JUS CRIMINALE

- Иванова А. А.** Эффективность уголовного наказания за коррупционные преступления . . . . . 59
- Мальшева О. А.** Процессуальные гарантии прав участников следственных действий, производимых с применением системы видео-конференц-связи . . . . . 74
- Поляков В. В.** Источники и принципы формирования частной методики расследования высокотехнологичных преступлений . . . . . 85
- Хилjuta В. В.** Сложности квалификации преступлений при установлении альтернативного и неопределенного видов умысла . . . . . 97

### СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ / COMPARATIVE STUDIES

- Плошкина Я. М., Кириллова Н. П.** Прекращение уголовного преследования с возложением на обвиняемого обязанностей, предписаний как альтернативный способ разрешения уголовно-правового конфликта в германском уголовном процессе . . . . . 109
- Халилов Н. Ш.** Кодификация гражданского права в Азербайджане: история, современное состояние и перспективы развития . . . . . 123
- Лю Сюэ.** Переосмысление и формирование механизма освобождения директора компании от ответственности в рамках пересмотренного Закона о компаниях Китая (на англ. языке) . . . . . 138

## CONTENTS

### PRIVATE LAW / JUS PRIVATUM

- Dolganin A. A.** Small Forms of Trade as a Strategic Direction of Legal Regulation: From the Origin to the COVID-19 Pandemic and the New Economic Reality (Peddling Trade Case Study) . . . . . 9
- Komissarova E. G.** Parenthood as a Family Law Phenomenon: A Theoretical Look at the Current Normative Origins . . . . . 20
- Shakhnazarov B. A.** Legal Protection of Intellectual Property in the Implementation of International Space Activities . . . . . 36

### PUBLIC LAW / JUS PUBLICUM

- Spiridonov A. A.** Systemic Unity of State Control (Supervision) and Public Control as a Constitutional Law Principle . . . . . 48

### CRIMINAL SCIENCES / JUS CRIMINALE

- Ivanova A. A.** Effectiveness of Criminal Punishment for Corruption Crimes . . . . . 59
- Malysheva O. A.** Procedural Guarantees of the Rights of Participants in Investigative Activities Carried out via a Video Conferencing System . . . . . 74
- Polyakov V. V.** Sources and Principles of Private Methods Development for High-Tech Crimes Investigation . . . . . 85
- Khilyuta V. V.** The Complexity of Crime Classification in Establishment of Alternative and Indefinite Types of Intent . . . . . 97

### COMPARATIVE LEGAL STUDIES / COMPARATIVE STUDIES

- Ploshkina Ya. M., Kirillova N. P.** Termination of Criminal Prosecution followed by the Imposition of Duties and Regulations on the Accused as an Alternative Way to Resolve a Criminal Law Conflict in the German Criminal Procedure . . . . . 109
- Khalilov N. Sh.** Codification of Civil Law in Azerbaijan: History, Current State and Prospects for Development . . . . . 123
- Liu Xue.** Rethinking and Constructing the Mechanism of Directors' Exemption from Liability under the Revision of the Chinese Company Law . . . . . 138

DOI: 10.17803/1729-5920.2022.187.6.009-019

А. А. Долганин\*

## Малые формы торговли как стратегическое направление правового регулирования: от зарождения до пандемии COVID-19 и новой экономической реальности (на примере разносной торговли)<sup>1</sup>

**Аннотация.** В статье исследуются проблемы формирования правовой политики в сфере регулирования нестационарных и несетевых форматов торговли (малых торговых форм) в России на примере проекта новой Стратегии развития торговли до 2025 года и разносной торговли. Раскрыта специфика реализации основных целей и задач Стратегии, связанных с обеспечением многообразия форм торговли и «дерегулированием», в условиях пандемии COVID-19. Описан исторический опыт российского правового регулирования мелочной торговли, проанализировано использование традиционной разрешительной регуляторной модели. Современные законодательные попытки «дерегулирования» разносной торговли в России критически оцениваются с точки зрения юридической техники и реального объема регуляторной нагрузки для коммерсантов. Федеральное «дерегулирование» не устраняет, а лишь усиливает административные барьеры на местном уровне регулирования, который, как показано в статье, зачастую отличается неадекватным и избыточным нормотворчеством, прямо противоречащим федеральному законодательству и правовой позиции Конституционного Суда РФ. В связи с этим доступность малых форм для частной торговой инициативы на практике ограничена не только общим требованием регистрации предпринимательской деятельности гражданина, не смягченным современными нормами о налоге на профессиональный доход, но и произвольным муниципальным регулированием. При этом традиционная разрешительная модель для разносной торговли, единообразно применяемая на территории всего государства, но со свободами для определенных видов товаров, представляется более уместной и благоприятной для коммерсантов, нежели кажущееся «дерегулирование», что подтверждается и зарубежным опытом. Таким образом, проект Стратегии развития торговли до 2025 года явно устарел и нуждается в серьезном обновлении, которое бы соответствовало новой экономической реальности, сформированной пандемией COVID-19 и экономическими санкциями, и учитывало характер и эффективность уже состоявшихся законодательных изменений.

**Ключевые слова:** торговля; торговый оборот; Стратегия развития торговли; правовое регулирование; COVID-19; разносная торговля; развозная торговля; нестационарная торговля; малые формы торговли; пандемия; санкции.

**Для цитирования:** Долганин А. А. Малые формы торговли как стратегическое направление правового регулирования: от зарождения до пандемии COVID-19 и новой экономической реальности (на при-

<sup>1</sup> Подготовлено при информационной поддержке СПС «КонсультантПлюс».

© Долганин А. А., 2022

\* Долганин Александр Александрович, кандидат юридических наук, ассистент кафедры коммерческого права и основ правоведения юридического факультета Московского государственного университета имени М.В.Ломоносова  
Ленинские горы, д. 1, стр. 13, г. Москва, Россия, 119991  
a\_dolganin@law.msu.ru

мере разностной торговли) // Lex russica. — 2022. — Т. 75. — № 6. — С. 9–19. — DOI: 10.17803/1729-5920.2022.187.6.009-019.

## Small Forms of Trade as a Strategic Direction of Legal Regulation: From the Origin to the COVID-19 Pandemic and the New Economic Reality (Peddling Trade Case Study)<sup>2</sup>

**Aleksandr A. Dolganin**, Cand. Sci. (Law), Teaching Assistant, Department of Commercial Law and Fundamentals of Jurisprudence, Faculty of Law, Lomonosov Moscow State University  
Leninskie gory, d. 1, str. 13, Moscow, Russia, 119991  
a\_dolganin@law.msu.ru

**Abstract.** The paper examines the problems of legal policy formation in the field of regulation of non-stationary and non-chain formats of trade (small trade forms) in Russia on the example of the draft Strategy for the Trade Development until 2025 and Peddling Trade. The paper describes specifics of the implementation of the main goals and objectives of the Strategy related to ensuring a variety of forms of trade and «deregulation» in the context of the COVID-19 pandemic. The author describes the historical experience of the Russian legal regulation of peddling trade and analyzes the use of the traditional permissive regulatory model. Modern legislative attempts to «deregulate» peddling trade in Russia are critically evaluated from the point of view of legal technique and the real volume of regulatory burden for salesmen. Federal «deregulation» does not eliminate, but only strengthens administrative barriers at the local level of regulation, which, as shown in the paper, is often characterized by inadequate and excessive rulemaking contradicting federal legislation and the legal standing of the Constitutional Court of the Russian Federation. In this regard, the availability of small forms for private trade initiatives in practice is limited not only by the general requirement to register a citizen's entrepreneurial activity, which is not mitigated by modern norms on professional income tax, but also by arbitrary municipal regulation. At the same time, the traditional permissive model for peddling trade, uniformly applied throughout the state, but with freedoms for certain types of goods, seems more appropriate and favorable for merchants than the apparent «deregulation», which is confirmed by foreign experience. Thus, the draft Strategy for trade development until 2025 is clearly outdated and needs a serious update that would correspond to the new economic reality formed by the COVID-19 pandemic and economic sanctions and take into account the nature and effectiveness of the legislative changes that have already taken place.

**Keywords:** trade; trade turnover; Strategy for Trade Development; legal regulation; COVID-19; peddling trade; delivery trade; non-stationary trade; small forms of trade; pandemic; sanctions.

**Cite as:** Dolganin AA. Malye formy torgovli kak strategicheskoe napravlenie pravovogo regulirovaniya: ot zarozhdeniya do pandemii COVID-19 i novoy ekonomicheskoy realnosti (na primere raznosnoy torgovli) [Small Forms of Trade as a Strategic Direction of Legal Regulation: From the Origin to the COVID-19 Pandemic and the New Economic Reality (Peddling Trade Case Study)]. *Lex russica*. 2022;75:6:9-19. DOI: 10.17803/1729-5920.2022.187.6.009-019. (In Russ., abstract in Eng.).

В сентябре 2019 г. Министерство промышленности и торговли Российской Федерации (Минпромторг) опубликовало проект Стратегии развития торговли в Российской Федерации до 2025 года<sup>3</sup> (далее — Стратегия), которая должна заменить предшествующую Стратегию развития торговли в Российской Федерации на 2015–2016 годы и период до 2020 года<sup>4</sup> (далее — Стратегия-2020). В качестве основной

цели новая Стратегия заявляет формирование комфортной среды в торговом обороте, максимально удовлетворяющей потребности потребителей, производителей и субъектов торговли. Тем самым новый документ практически дословно повторяет положения прежней Стратегии-2020 (утвержденной в 2014 г.), что не помешало представителям Минпромторга снова их провозгласить в официальном комментарии в

<sup>2</sup> Prepared with the information support of the SPS «ConsultantPlus».

<sup>3</sup> Официальный сайт ГАС «Управление». URL: <https://gasu.gov.ru/stratpassport> (дата обращения: 04.03.2021).

<sup>4</sup> Приказ Минпромторга России от 25.12.2014 № 2733 «Об утверждении Стратегии развития торговли в Российской Федерации на 2015–2016 годы и период до 2020 года» // СПС «КонсультантПлюс».

связи с публикацией Стратегии<sup>5</sup>. И хотя новый проект создавался до пандемии COVID-19, он практически в неизменном виде<sup>6</sup> был представлен Правительству РФ летом 2020 г.

При чтении Стратегии складывается впечатление, что авторы помнили о теории малых дел: проект не декларирует строительство «светлого будущего» торгового оборота, а пытается сосредоточиться на небольших и конкретных вопросах. Предполагается, что они в совокупности способны дать глобальный эффект для торгового оборота и потребителей. Поэтому основные акценты сделаны на «децентрализованные», несетевые формы розничной торговли, поддержку их многообразия и нормального существования. Среди них разносная, ярмарочная, мобильная, сезонная торговля и другие «малые» форматы<sup>7</sup>. Несмотря на достаточно явное копирование целей Стратегии-2020 без учета существенно изменившихся реалий, проект теперь содержит новые положения об основных стратегических задачах, которые, если убрать очевидные повторы, можно свести к следующим направлениям: 1) углубление дифференциации, «плюрализма» способов ведения торговли; 2) снижение регулятивного бремени для коммерсантов.

Примечательно, что оба направления в условиях пандемии приобретают совершенно новые смысловые оттенки и с точки зрения стратегического значения, и в плане возможности их реализации. С одной стороны, необходимость выполнения санитарно-эпидемиологических требований превращает показатели концентрации трафика (потока покупателей) в главную угрозу санитарной дистанции и прямо влияет на жизнеспособность торгового объекта. В этом контексте наиболее уязвимыми выгля-

дят торговые сети как основные места недопустимых скоплений людей в закрытых помещениях<sup>8</sup>. Данный факт любопытным образом коррелирует с ключевыми положениями Стратегии: несмотря на то что ритейлеры тактично отмечены в качестве элемента «многоформатной торговли», при анализе торговой отрасли России разработчики прямо указывают на высокую долю торговых сетей в качестве одной из причин ухудшения конкурентной среды, а дальнейшие их упоминания по тексту практически полностью исчерпываются взаимодействием с малым бизнесом в целях разумного сдерживания сетевых форматов и поиска баланса интересов. Условия «пандемийного» существования торговой деятельности, очевидно, не могут сводиться к ее цифровизации и исчезновению традиционных офлайн-форматов, что весьма неожиданно перекликается с первой задачей Стратегии. «Плюрализм» форм, в том числе нестационарных, на открытом воздухе может означать не только развитие конкуренции как изначальную идею авторов Стратегии, но и доступ потребителей к относительно безопасным торговым объектам, а также возможное снижение концентрации трафика в торговых сетях с соответствующим уменьшением эпидемиологических рисков.

С другой стороны, декларируемое «дерегулирование» торговой отрасли в реалиях распространения новой коронавирусной инфекции сталкивается с доселе невиданным административным давлением на торговую деятельность — бесспорно, вынужденным и зачастую необходимым, но от этого не менее тягостным для бизнеса. Без какой-либо адаптации к новым общественным отношениям, которые, как представляется, не будут прежними даже

<sup>5</sup> Опубликован проект Стратегии развития торговли до 2025 года // Официальный сайт Минпромторга РФ. 11 сентября 2019 г. URL: [https://www.minpromtorg.gov.ru/press-centre/news/#!opublikovan\\_projekt\\_strategii\\_razvitiya\\_torgovli\\_do\\_2025\\_goda](https://www.minpromtorg.gov.ru/press-centre/news/#!opublikovan_projekt_strategii_razvitiya_torgovli_do_2025_goda) (дата обращения: 04.03.2021).

<sup>6</sup> Если судить по результатам общественного обсуждения, завершено осенью 2019 г. (см.: официальный сайт ГАС «Управление». URL: <https://gasu.gov.ru/stratpassport> (дата обращения: 04.03.2021)).

<sup>7</sup> В Стратегии нет полноценного понятия малого торгового формата (формы), в п. 3 оно раскрывается простым перечислением («нестационарная и мобильная торговля, рынки и ярмарки»). Далее по тексту Стратегии к малым форматам отнесена и разносная торговля. В связи с этим для целей статьи будет предполагаться общее понимание термина «малый формат» (также — малая форма, мелочная торговля, мелочный торг), объединяющее все указанные виды (нестационарную, мобильную, разносную, розничные рынки и ярмарки) и связываемое с нестационарным и несетевым характером торговли.

<sup>8</sup> Так, например, в самом начале пандемии именно крупные ритейлеры получили от Роспотребнадзора первые рекомендации. См.: Торговые сети получили от Роспотребнадзора рекомендации по дезинфекции и маскам // ТАСС. 25 февраля 2020 г. URL: <https://tass.ru/ekonomika/7846311> (дата обращения: 12.03.2021).



по завершении пандемии, изначальный смысл такой стратегической регуляторной задачи безвозвратно утрачивается. Спектр административных мер, как известно, может быть весьма широким и зависит от субъекта Федерации: от системного, «секторального» приостановления деятельности до индивидуальных ограничений для конкретных субъектов ввиду нарушения санитарно-эпидемиологических требований. В ситуации, когда отказ от заключения публичного договора розничной купли-продажи в связи с отсутствием у потребителя маски или перчаток рекомендуется Минпромторгом<sup>9</sup> и обосновывается Роспотребнадзором весьма неоднозначным толкованием<sup>10</sup> абз. 2 п. 3 ст. 426 Гражданского кодекса РФ<sup>11</sup>, сложно вообразить реальность хоть сколько-нибудь заметного «де-регулирувания». И если позиция Роспотребнадзора о возможности «разумно обоснованного» уклонения от заключения публичного договора — крайне неубедительна, то множество других запретов и обязанностей для коммерсантов какого-либо частноправового обоснования не требуют вовсе в силу своей исключительно публично-правовой природы, что дополнительно осложняется рекомендательным характером значительного количества предписаний Роспотребнадзора и их неоднозначным восприятием уже на уровне нормативно-правового регулирования субъектов Федерации. Показательно, что наибольшую тяжесть издержек «пандемийных» ограничений ощущают именно субъекты малого торгового офлайн-бизнеса. Факт выживания некоторых из них после резкого падения продаж не отменяет острого недостатка финансовых ресурсов, необходимых в том числе для выполнения обязательных требований по

предотвращению распространения инфекции, что не может не сказаться и на первом базовом направлении Стратегии.

Одним из классических и старейших малых торговых форматов, упоминаемых в Стратегии, является разносная (лоточная) торговля. Есть достоверные сведения о многочисленных «бродячих» торговцах, не чинно восседавших в своих лавках, а «расхаживавших», и «сидевших на окнах», и «стоящих в воротах», что вызывало недовольство местных властей, в российской торговле еще первой половины XVII в.<sup>12</sup> К середине XVIII в. в России разносная торговля полноценно встраивается в основную трехзвенную классификацию видов торговли, вполне четко артикулированную в купеческом сообществе и на уровне местного управления: торговля делится на 1) валовую (оптовую), 2) лавочную (стационарную), 3) мелочную, т.е. разносную<sup>13</sup>. Ко второй половине XIX в. данная классификация признается уже на высшем государственном уровне, при этом разносная (и развозная) торговля как объект правового регулирования рассматривается в качестве подвида мелочной торговли, включающей также «раздробительную продажу товаров, поименованных в особых росписях, из определенных помещений», т.е. торговлю стационарную, лавочную (ст. 1 Положения о пошлинах за право торговли, принятого в 1863 г. (далее — Положение)<sup>14</sup>). В конце XIX в. П. П. Цитович, рассматривая признаки торговой деятельности, особо указывал на то, что она отличается по общему правилу оседлостью, или, другими словами, фиксированной привязкой к «грунту», свойственной всякому обычному торговому заведению<sup>15</sup>. Единственным же исключением он упоминал

<sup>9</sup> Письмо Минпромторга России от 11.05.2020 № ЕВ-32091/15 «О Методических рекомендациях Минпромторга России в случаях введения режима обязательного использования средств индивидуальной защиты в субъектах Российской Федерации» // Официальные документы. № 20. 26.05–01.06.2020.

<sup>10</sup> О правовых аспектах отказа потребителям в допуске на торговые объекты без средств индивидуальной защиты (масок) в случае введения режима их обязательного использования // Официальный сайт Роспотребнадзора. 20 мая 2020 г. URL: [https://www.rospotrebnadzor.ru/about/info/news/news\\_details.php?ELEMENT\\_ID=14496](https://www.rospotrebnadzor.ru/about/info/news/news_details.php?ELEMENT_ID=14496) (дата обращения: 17.03.2021).

<sup>11</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ // Российская газета. № 238–239. 08.12.1994.

<sup>12</sup> Кулишер И. М. Очерк истории русской торговли. СПб. : Атеней, 1923. С. 151.

<sup>13</sup> Киприянова Н. В. Социокультурный облик провинциального российского купечества второй половины XVIII в. (по материалам Уложенной комиссии Екатерины II). Т. 1 : дис. ... д-ра исторических наук. СПб., 2015. С. 323–324.

<sup>14</sup> Положение о пошлинах за право торговли и других промыслов со всеми позднейшими изменениями и дополнениями. Харьков : А. В. Скалон, 1869.

<sup>15</sup> Цитович П. П. Учебник торгового права. Киев : Издание книгопродавца Н. Я. Оглоблина, 1891. С. 59.

«бродячие промыслы», к которым относилась торговля «с лотков, с тротуаров, разносная, развозная» — по сути, всякая торговля, «не имеющая заведения»<sup>16</sup>.

Несмотря на то что разносная торговля появляется очень рано и быстро занимает прочное место в системе торговых форматов дореволюционной России, публичная власть всегда относилась к ней с сомнением и даже пренебрежением, что соответствующим образом выражалось и в правовом регулировании. Если в XVII в. должностные лица на местах только лишь выражают недовольство, то к концу XIX — началу XX в. разносная и развозная торговля испытывает на себе нормативно предусмотренный разрешительный принцип. Избранный публичной властью подход в Положении (в целом сохранившийся и в более позднем Положении о государственном промысловом налоге 1898 г.<sup>17</sup>) отличался не только жесткостью, но и весьма запутанной и сложной техникой регулирования. Только системное толкование разрозненных норм Положения позволяет сделать вывод о том, что разносная торговля дифференцировалась по двум критериям — необходимости 1) получения разрешений на торговлю (свидетельств) и 2) уплаты пошлин — и распадалась в связи с этим на несколько видов (для развозной торговли с лодок, возов и т.п. существовали в целом аналогичные нормы):

- 1) разносная торговля мануфактурными и другими товарами по общему правилу (с уплатой пошлин и получением свидетельств (ст. 45 Положения));
  - 2) беспошлинная разносная торговля некоторыми товарами, требующая получения свидетельств (например, «произведениями домашнего рукоделия», — такой вывод можно сделать из ст. 8 Положения);
  - 3) беспошлинная торговля специально поименованными в особом списке («росписи») товарами (конкретными наименованиями продуктов питания, посудой, обувью и др.), не требующая получения свидетельств (п. «б» ст. 4, приложение к ст. 4 Положения).
- Таким образом, государство устанавливает не абсолютное, но всё же довольно существен-

ное объектное ограничение: можно торговать вразнос любым товаром, но после административной регистрации и с уплатой пошлины (что для мелких торговцев бывает обременительно), либо товаром только прямо предписанным — свободно и без разрешений. Этот «властный» скепсис по отношению к нестационарному торговому формату традиционно связывался с тремя генеральными опасениями<sup>18</sup>: 1) коммерсант, «не имеющий заведения», якобы совершенно не беспокоится о своем честном имени и более склонен заниматься «подлогом»; 2) уменьшение объемов лавочной торговли снижает собираемые пошлины; 3) торговцы-лоточники плохо поддаются контролю и учету ввиду своего «скитающегося образа жизни», а потому могут заниматься сбытом краденого, опасных товаров и т.п. Явную несостоятельность этих опасений Н. Ф. Рождественский показал в своем труде еще в 1840 г., причем две его очевидных идеи о возможности сбора пошлин с торговцев вразнос и выдачи им свидетельств<sup>19</sup>, как уже отмечалось, были реализованы законодателем позднее. В свою очередь, в сформировавшейся потом доктрине торгового права сложно отыскать какое-либо принижение мелочного торга и необоснованную его критику.

Изменилось ли юридико-политическое отношение к малым торговым форматам в настоящее время? Новая Стратегия нарочито подчеркивает их значимость и даже противопоставляет традиционным большим формам, а сезонной и разносной торговле посвящен отдельный, хотя и небольшой пункт 5.1.8. В частности, в нем дается незамысловатое определение разносной торговли как торговли без использования торговых объектов, т.е. осуществляемой вне торговых объектов, и справедливо указывается на достаточно сильные традиции такой формы в России. В целом же Стратегия усложняет традиционную классификацию дореволюционного мелочного торга, отграничивая разносную торговлю не только от развозной (мобильной), но и от нестационарной (п. 5.1.4), под которой понимается торговля с использованием нестационарных торговых объектов

<sup>16</sup> Цитович П. П. Указ. соч. С. 50, 59.

<sup>17</sup> См.: Жолобова Г. А. Частная торговля в условиях российской модернизации 1881–1913 гг.: механизм правового регулирования отраслей : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2016. С. 117–118.

<sup>18</sup> Рождественский Н. Ф. Основания государственного благоустройства, с применением к российским законам. СПб. : тип. Н. Греча, 1840. С. 384–385.

<sup>19</sup> Рождественский Н. Ф. Указ. соч. С. 385–386.

(по всей видимости, имеются в виду нестационарные торговые объекты по смыслу п. 6 ст. 2 Федерального закона от 28.12.2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации»<sup>20</sup> (далее — Закон о торговле) — палатки, временные витрины и т.п.). Таким образом, малые торговые формы разделены на три вида по критерию, которым условно можно считать использование специального торгового имущества: с использованием нестационарных торговых объектов (нестационарная торговля), с использованием специализированных транспортных средств (мобильная или развозная торговля), без использования специального имущества (разносная торговля).

В пункте 5.1.8 также делается краткая отсылка к мерам поддержки, которые под эгидой общей необходимости «построения баланса между гарантиями прав предпринимателей и публичным интересом» в целом одинаковы для всех малых форм, что вызывает по меньшей мере недоумение. Так, например, по непонятным причинам указываются в качестве примера правила «по внешнему виду применяемого торгового оборудования, схемы размещения (дислокации, зоны допустимого осуществления)», по своему смыслу относящиеся прежде всего к нестационарной (п. 5.1.4), а не к разносной торговле. Абстрактность и туманность изложения, вполне объяснимая стратегическим и программным характером документа, в данном случае непозволительно перетекает в явную небрежность описания предлагаемых мер. Однако более серьезные вопросы к документу, как представляется, связаны даже не с небрежностью формулировок, а с их принципиальной направленностью. Во-первых, Стратегия слов-

но исходит из того, что в России малоформатная, в том числе разносная, торговля уже и так повсеместно распространена, нужно только ее поддержать, причем поддержать, судя по примерам, почему-то именно дополнительным административным регулированием. Во-вторых, такого рода регулирование должно осуществляться, по мнению авторов Стратегии, исключительно на региональном и местном уровнях.

Есть ли в российском правовом порядке нормы о разносной торговле на федеральном уровне? Еще недавно дефиниция и некоторые ограничения были предусмотрены утратившими силу с 1 января 2021 г. нормами п. 4 Правил продажи отдельных видов товаров, утвержденных постановлением Правительства РФ от 19.01.1998 № 55<sup>21</sup> (далее — Постановление № 55): разносная торговля определялась в качестве розничной торговли в месте нахождения покупателя вне торговых объектов путем непосредственного ознакомления покупателя с товаром, которым не могли являться большая часть продовольственных товаров, лекарственные средства, ювелирные изделия и др. Данное определение уже соответствовало новой Стратегии, тогда как до 2018 г.<sup>22</sup> оно объединяло и разносную, и нестационарную, и мобильную формы («торговля вне стационарных мест»), что представляется ошибочным пониманием, закономерно, но запоздало исправленным законодателем лишь спустя 16 лет после появления нормы и только благодаря определению Конституционного Суда РФ от 16.01.2018 № 10-О<sup>23</sup> (далее — Определение КС РФ № 10-О). Характерно, что всё это время данная ошибка налагала на «лоточников» общую для всей нестационарной торговли обязанность уведомлять о начале своей деятельности упол-

<sup>20</sup> Российская газета. № 253. 30.12.2009.

<sup>21</sup> Постановление Правительства РФ от 19.01.1998 № 55 «Об утверждении Правил продажи отдельных видов товаров, перечня товаров длительного пользования, на которые не распространяется требование покупателя о безвозмездном предоставлении ему на период ремонта или замены аналогичного товара, и перечня непродовольственных товаров надлежащего качества, не подлежащих возврату или обмену на аналогичный товар других размера, формы, габарита, фасона, расцветки или комплектации» // Российская газета. № 21. 04.02.1998.

<sup>22</sup> См.: постановление Правительства РФ от 30.05.2018 № 621 «О внесении изменения в пункт 4 Правил продажи отдельных видов товаров» // СЗ РФ. 2018. № 23. Ст. 3301.

<sup>23</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 16.01.2018 № 10-О «По жалобе граждан Лебедик Зои Олеговны, Мельникова Дмитрия Алексеевича и Шатшнайдера Владимира Ивановича на нарушение их конституционных прав статьями 2 и 10 Федерального закона «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» и пунктом 4 Указа Президента РФ «О свободе торговли»» // СПС «КонсультантПлюс».

номоченные органы субъектов Федерации<sup>24</sup>. Вместе с тем Постановление № 55 требовало от такого торговца наличия личной карточки с фотографией, Ф. И. О. и общими сведениями о продавце (п. 10), прейскуранта (п. 19), а также предусматривало обязанность выдачи покупателю товарного чека (п. 20). Новые Правила продажи отдельных видов товаров, утвержденные постановлением Правительства РФ от 31.12.2020 № 2463<sup>25</sup> (далее — Постановление № 2463), отличились весьма противоречивыми новеллами: с одной стороны, теперь отсутствуют требования о предоставлении информации, прейскуранта, товарного чека, а продавать можно любые продовольственные товары в потребительской упаковке (п. 7), с другой стороны, Постановление № 2463 полностью исключило термин «разносная торговля» или его аналоги, оставив в п. 7 прежнюю формулировку о «розничной торговле в месте нахождения потребителя вне торговых объектов путем непосредственного ознакомления потребителя с товаром». Таким образом, кажущееся уменьшение регуляторной нагрузки по неясным причинам сопровождается исчезновением легально закрепленной категории «разносная торговля», что явно не соответствует проекту новой Стратегии, сущностную основу которой составляют наименование и дифференциация малых форматов. В законодательстве при этом остается определение разносной торговли в Налоговом кодексе Российской Федерации<sup>26</sup> — некорректное в связи с использованием уже устаревшего критерия «вне стационарной торговой сети» и, очевидно, применимое исключительно для целей налогообложения (пп. 12 п. 3 ст. 346.43). Аналогичное ненормативное определение, необоснованно смешивающее разносную тор-

говлю и торговлю из нестационарных торговых объектов, предусмотрено в п. 74 национального стандарта ГОСТ Р 51303-2013 «Торговля. Термины и определения»<sup>27</sup>.

Позволяет ли частичное исчезновение разносной торговли из поля зрения федерального законодателя утверждать о достижении целей Стратегии? К сожалению, нет. Существующие проблемы можно условно разделить на две группы: 1) проблемы доступности торговой деятельности для физического лица; 2) проблемы регуляторной нагрузки на малоформатную торговлю, плавно смещенные с хорошо обозримого федерального уровня на хаотичный и далеко не всегда прозрачный местный уровень регулирования.

Проблема доступности разносной торговли (и в целом малых торговых форматов) как вида деятельности физических лиц не была решена ни изменением Постановления № 55, ни появлением нового Постановления № 2463, ни введением налога на профессиональный доход для самозанятых<sup>28</sup>. Благоприятное на первый взгляд отсутствие каких-либо требований о получении разрешений в федеральном законодательстве сводится на нет общей обязанностью регистрации в качестве индивидуального предпринимателя для осуществления любой торговой деятельности и усугубляется дополнительными барьерами на региональном и местном уровнях. Режим самозанятости не исправляет ситуацию, поскольку пункт 2 ч. 2 ст. 4 Федерального закона от 27.11.2018 № 422-ФЗ исключает применение специального налогового режима к лицам, осуществляющим перепродажу товаров. Таким образом, если в конце XIX в. в России вразнос торговать мог любой желающий (хотя и ограниченным перечнем товаров),

<sup>24</sup> См.: приложение № 1 к Правилам представления уведомлений о начале осуществления отдельных видов предпринимательской деятельности и учета указанных уведомлений, утв. постановлением Правительства РФ от 16.07.2009 № 584 // СЗ РФ. 2009. № 30. Ст. 3823.

<sup>25</sup> Постановление Правительства РФ от 31.12.2020 № 2463 «Об утверждении Правил продажи товаров по договору розничной купли-продажи, перечня товаров длительного пользования, на которые не распространяется требование потребителя о безвозмездном предоставлении ему товара, обладающего этими же основными потребительскими свойствами, на период ремонта или замены такого товара, и перечня непродовольственных товаров надлежащего качества, не подлежащих обмену, а также о внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации» // СЗ РФ. 2021. № 3. Ст. 593.

<sup>26</sup> Налоговый кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 05.08.2000 № 117-ФЗ // СЗ РФ. 2000. № 32. Ст. 3340.

<sup>27</sup> ГОСТ Р 51303-2013. Национальный стандарт Российской Федерации. Торговля. Термины и определения (утв. приказом Росстандарта от 28.08.2013 № 582-ст). М. : Стандартинформ, 2014.

<sup>28</sup> Федеральный закон от 27.11.2018 № 422-ФЗ «О проведении эксперимента по установлению специального налогового режима “Налог на профессиональный доход”» // СЗ РФ. 2018. № 49 (ч. 1). Ст. 7494.



то в настоящее время любой желающий без регистрации сталкивается с универсальным применением запретов незаконного предпринимательства (прежде всего ст. 14.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях), а его деятельность — пресекается. Характерно, что в своих попытках оспорить постановления мировых судей о привлечении к административной ответственности торговцы вразнос ссылаются, хотя и безуспешно, на то, что разносная торговля не предполагает получения обязательных разрешений<sup>29</sup>.

Во второй группе проблем, в свою очередь, можно выделить:

1. Отсутствие вообще какого-либо регулирования разносной и развозной торговли (в отличие от более известной местным нормотворцам торговли с использованием нестационарных торговых объектов) в некоторых субъектах Федерации и муниципальных образованиях, т.е. о ее существовании случайно или намеренно забыли.

В отсутствие каких-либо законных процедур согласования торговцы постоянно находятся под угрозой прекращения своей деятельности и привлечения к уже отмеченной выше административной ответственности. При этом на данном уровне регулирования иногда одновременно можно обнаружить и публичные призывы к регулированию малоформатной торговли в муниципалитетах с целью ее поощрения и стимулирования<sup>30</sup>, и, напротив, установление прямых запретов на разносную торговлю в определенных зонах<sup>31</sup>, что напрямую не проистекает из полномочий и компетенции муниципальных органов, предусмотренных в ст. 6 Закона о торговле и ст. 14 Федерального закона

от 06.10.2003 № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»<sup>32</sup>.

2. Неадекватные требования и чрезмерные обременения малых торговых форматов в рамках местного регулирования.

На примере отдельных российских муниципальных образований можно проанализировать весьма распространенные в очень многих муниципалитетах проблемы.

Во-первых, необъяснимо с точки зрения существа разносной и развозной торговли ограничиваются возможные места для такого торгога: например, подобные форматы отождествляют с нестационарной торговлей и искусственно привязывают к зонам разрешенной торговли в нестационарных торговых объектах (т.е. в палатках, на прилавках и т.д.)<sup>33</sup>. Тем самым элиминируется смысл разносной и «мобильной» (в терминологии Стратегии) торговли: коммерсанты привязываются к конкретным локациям (адресам), причем с императивно предписанным в муниципальных актах торговым оборудованием (ручными тележками и др.), и поэтому принудительно отождествляются с «нестационарным» форматом (в терминологии Стратегии). Более того, это сопровождается устаревшими нормативными определениями разносной торговли, которые почему-то до сих пор противоречат новому Постановлению № 2463<sup>34</sup>. В итоге выход за пределы установленной локации или просто смена оборудования уже является правонарушением, что серьезно ограничивает торговую деятельность, даже в отсутствие формального разрешительного порядка. Таким образом, местное регулирование, иногда безосновательно,

<sup>29</sup> См., например: решение Ленинградского районного суда города Калининграда от 19.06.2017 по делу № 12-507/2017 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>30</sup> Правила развозной торговли примут в муниципалитетах // Южноуральская панорама. 13 февраля 2021 г. URL: <https://up74.ru/articles/news/127798/> (дата обращения: 23.02.2022).

<sup>31</sup> Постановление администрации города Симферополя Республики Крым от 26.04.2017 № 1127 «Об утверждении зон осуществления развозной торговли и зон, в которых запрещается осуществление разносной торговли на территории муниципального образования городской округ Симферополь Республики Крым» // Южная столица Крым. № 17 (1285). 05.05.2017.

<sup>32</sup> СЗ РФ. 2003. № 40. Ст. 3822.

<sup>33</sup> Постановление администрации города Липецка Липецкой области от 26.12.2017 № 2514 «Об утверждении схемы размещения нестационарных торговых объектов разносной, развозной торговли на территории города Липецка» // Липецкая газета. № 33. 20.02.2018.

<sup>34</sup> См., например: п. 1.4 постановления администрации города Липецка Липецкой области от 10.06.2016 № 1006 «Об утверждении Порядка предоставления права размещения нестационарных торговых объектов на территории города Липецка» // Липецкая газета. № 128. 05.07.2016.



иногда со ссылкой на п. 4 Указа Президента РФ от 29.01.1992 № 65 «О свободе торговли»<sup>35</sup> (далее — Указ № 65), прямо противоречит не только немногочисленным федеральным нормам, но и Определению КС РФ № 10-О, которое эти современные федеральные нормы сформировало в контексте муниципального регулирования в Ленинградской области. Конституционный Суд РФ, по сути, впервые адекватно сформулировал определение разносной торговли, обозначив критерий «без использования любых торговых объектов», который позже был воспринят в Постановлении № 55 и новом Постановлении № 2463. С другой стороны, Суд пришел к выводу, что применение Указа № 65 в части полномочий органов исполнительной власти не может противоречить нормам о самостоятельности коммерсантов, предусмотренным в ст. 8 Закона о торговле, поэтому на сферу разносной торговли схемы размещения нестационарных торговых объектов не распространяются (абз. 3 п. 4 Определения КС РФ № 10-О). Более того, ряд конституционалистов считает мнение КС РФ излишне мягким, поскольку Суд хотя и сформулировал правовую позицию, но отказался от рассмотрения конституционности пункта 4 Указа № 65, который прямо нарушает ст. 8, 34 Конституции Российской Федерации<sup>36</sup>.

Во-вторых, местное регулирование допускает различного рода чрезмерные обременения торговцев вразнос, не связанные с установлением обязательных схем размещения, например, в плане обязательного наличия какого-то технического оборудования (опять же, очевидно путаница с нестационарными торговыми объектами) или неправомерного расширения запретов по товарам, установленных Постановлением № 55. Так, в г. Липецке, помимо уже отмечавшегося устаревшего определения разносной торговли, муниципальные акты не только транслируют неадекватное федеральному законодательству понятие «нестационарные объекты разносной торговли», но и устанавливают совершенно необоснованные, чрезмерные и противоречащие принципу правовой определенности требования к внешнему виду таких объектов. В подпункте «а» п. 4.2.1 постановления администрации города Липецка Липецкой

области от 10.06.2016 № 1006 указывается, что «нестационарные объекты разносной торговли» должны быть изготовлены исключительно «заводским (промышленным)» способом, из «современных» материалов, должны иметь среди прочего «качественную окраску» и использовать «современные средства рекламы и дизайна». Оценка соответствия коммерсантов требованиям, сформулированным таким образом, с очевидностью уходит из правового поля в казуистическое и ничем не ограниченное усмотрение местных правоприменителей.

Следует отметить, что в зарубежных правовых порядках несложно отыскать иные модели регулирования малых торговых форматов, в том числе примеры взаимодействия централизованного государственного регулирования и местного управления. Например, в Великобритании действующий сейчас специальный Акт о коробейниках (Pedlars Act<sup>37</sup>) был принят еще в 1871 г. Под коробейником (англ. — pedlar) документ понимает любого торговца вразнос любыми товарами, который торгует пешком, без использования какого-либо транспорта (ст. 3). Для того чтобы заниматься разносной торговлей, нужно получить специальный сертификат, действующий не более года, и уплатить пошлину в размере 12,25 фунтов (ст. 5). Сертификат выдается местным начальником полиции, основные требования достаточно конкретные и необременительные: 1) достижение лицом возраста 18 лет; 2) проживание в том муниципалитете, где выдается сертификат, не менее месяца (ст. 5). Сертификаты запрещено каким-либо образом передавать другим лицам (ст. 10–11), отказ в выдаче сертификата можно обжаловать в судебном порядке (ст. 15). Такой сертификат по первому требованию необходимо предъявлять констеблям, покупателям или владельцам земельных участков, где идет торговля вразнос (ст. 17). Любопытно, что при наличии ярмарочных сертификатов, выданных в соответствии с еще одним специальным статутом о малых торговых форматах — Актом о рынках и ярмарках 1847 г. (Markets And Fairs Clauses Act<sup>38</sup>), отдельные сертификаты для разносной торговли уже не нужны, при этом никакие сертификаты в любом случае не требуются торговцам овощами,

<sup>35</sup> Ведомости СНД и ВС РФ. 06.02.1992. № 6. Ст. 290.

<sup>36</sup> Костюков А. Н., Маслов К. В. Конституционно-правовые ограничения разносной торговли // Журнал конституционного правосудия. 2018. № 4. С. 29–30.

<sup>37</sup> URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/34-35/96> (дата обращения: 20.03.2022).

<sup>38</sup> URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/10-11/14> (дата обращения: 21.03.2022).

рыбой и другими продуктами питания (ст. 9, 23). Опыт Великобритании удивительным образом совпадает с рассмотренным ранее российским дореволюционным подходом: для малого торгового формата на общегосударственном уровне предусмотрена единая и достаточно простая разрешительная процедура с уплатой пошлины, при этом торговля отдельными видами товаров (прежде всего продуктами питания) вообще не предполагает никаких ограничений.

В современной же России принятие Постановления № 2463 и отмена ряда ограничений для разносной торговли, к сожалению, не стали серьезным движением к достижению целей Стратегии — поддержки разнообразных малых торговых форм и дерегулирования. Гражданину, желающему заняться мелочным торгом, придется столкнуться хотя и не со специальным разрешительным порядком, но с общей регистрацией предпринимательской деятельности, а в дальнейшем — со значительными и непредсказуемыми осложнениями на местном уровне регулирования. Несмотря на возможности, предусмотренные после 2017 г. абзацем 2 п. 1 ст. 23 ГК РФ, законодатель не пытается смягчить общий регистрационный подход к предпринимательству физических лиц ни для одного вида мелочной торговли в Федеральном законе от 27.11.2018 № 422-ФЗ или другом акте, а регуляторная нагрузка, как уже было показано, сохранилась на местном уровне. Парадоксально, что даже введение дополнительного разрешительного порядка (помимо регистрации в качестве индивидуального предпринимателя) на федеральном уровне, сопровождаемого едиными правилами торговли, могло бы значительно упростить жизнь коммерсантов, ограничив произвольное нормотворчество органов местного самоуправления, на которое вынужден

обращать внимание даже КС РФ. Более того, федеральные государственные органы после принятия Постановления № 2463 отнюдь не стремятся развивать и поддерживать цели Стратегии — не обновляют информацию о требованиях к разносной торговле на официальных сайтах<sup>39</sup>, а иногда и вовсе выступают за локальные запреты в связи с пандемией<sup>40</sup>.

Можно констатировать, что еще не утвержденная Стратегия после своего создания в 2019 г. неизбежно столкнулась с новой реальностью, к которой обсуждаемый проект совершенно не готов. В этой реальности законодатель уже предпринял попытку «дерегулирования» разносной торговли, однако не довел ее до внятной модели регулирования (чего стоит только исчезновение легального термина «разносная торговля») и не приложил усилия к упорядочиванию муниципального нормотворчества и правоприменения. В этой же реальности пандемия COVID-19 привела, с одной стороны, к невиданному административному бремени для торговой деятельности и, с другой стороны, к новым аспектам значимости торговли на открытом воздухе и малых торговых форм с невысокой концентрацией трафика. Наконец, не имеющий исторических аналогов санкционный режим в отношении России, введенный в феврале — марте 2022 г., с очевидностью превращает «дерегулирование» в целом и, например, расширение видов деятельности самозанятых граждан не в декларативную стратегическую цель правовой политики, а в вынужденную необходимость и оперативную правотворческую меру сегодняшнего дня<sup>41</sup>. Всяческое регуляторное содействие «плюрализму» торговых форматов становится в условиях действующих санкций уже не инструментом формирования конкурентной среды и ограничения

<sup>39</sup> См., например: официальный сайт Управления Роспотребнадзора по Калужской области // URL: [http://40.rospotrebnadzor.ru/Business/Obusc123\\_123/147958/](http://40.rospotrebnadzor.ru/Business/Obusc123_123/147958/) (дата обращения: 25.03.2022); официальный сайт Управления Роспотребнадзора по Республике Алтай // URL: <http://www.04.rospotrebnadzor.ru/index.php/consumer-information/faq/11034-12072019.html> (дата обращения: 25.03.2022).

<sup>40</sup> См.: Временные рекомендации по профилактическим мерам для обеспечения противоэпидемической безопасности пассажирских перевозок железнодорожным транспортом, направленные на снижение риска возникновения и распространения коронавирусной инфекции (COVID-19) (утв. Минтранс России 25.05.2020) // URL: [https://www.rospotrebnadzor.ru/files/news/recomend\\_railway\\_transport.pdf](https://www.rospotrebnadzor.ru/files/news/recomend_railway_transport.pdf) (дата обращения: 25.03.2022).

<sup>41</sup> См., в частности: *Крючкова Е., Галиева Д., Бутрин Д.* Экономике спасают свободами // Коммерсантъ. № 44. 16.03.2022. С. 2; Предложения по мерам социальной политики в условиях комплексных санкций // Институт исследований и экспертизы ВЭБ. 22.03.2022. URL: <http://www.inveb.ru/ru/articles-menu/796-predlozheniya-po-meram-sotsialnoj-politiki-v-usloviyakh-kompleksnykh-sanktsij> (дата обращения: 27.03.2022).

доли торговых сетей — по смыслу Стратегии, а единственно приемлемым способом сохранения целых секторов торгового оборота. Так или иначе, неуместной представляется ситуация, когда статутное право Великобритании, несмотря на специфику источников права в англосаксонской правовой семье, способно «снизойти» до единообразных базовых правил для ярмарок и разносной торговли, а в России традиционно и часто избыточно «плодовитое» законодательство полагается исключительно на

адекватность и профессионализм региональных и местных властей. В итоге, вопреки единой системе публичной власти в постреформенной Конституции РФ, создается «феодалная раздробленность» регулирования во многих важных вопросах торгового оборота. Остается лишь надеяться, что Стратегия все-таки получит существенно переработанную редакцию к моменту своего утверждения и сможет сформировать направления правотворчества, соответствующие вызовам новой экономической реальности.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Жолобова Г. А. Частная торговля в условиях российской модернизации 1881–1913 гг.: механизм правового регулирования отраслей : дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2016.
2. Киприанова Н. В. Социокультурный облик провинциального российского купечества второй половины XVIII в. (по материалам Уложенной комиссии Екатерины II). Т. 1 : дис. ... д-ра ист. наук. — СПб., 2015.
3. Костюков А. Н., Маслов К. В. Конституционно-правовые ограничения разносной торговли // Журнал конституционного правосудия. — 2018. — № 4. — С. 26–30.
4. Кулишер И. М. Очерк истории русской торговли. — СПб. : Атеней, 1923.
5. Рождественский Н. Ф. Основания государственного благоустройства, с применением к российским законам. — СПб. : тип. Н. Греча, 1840.
6. Цитович П. П. Учебник торгового права. — Киев : Издание книгопродавца Н. Я. Оглоблина, 1891.

*Материал поступил в редакцию 1 апреля 2022 г.*

## REFERENCES

1. Zholobova GA. Chastnaya trgovlya v usloviyakh rossiyskoy modernizatsii 1881–1913 gg.: mekhanizm pravovogo regulirovaniya otrasley: dis. ... d-ra yurid. nauk [Private trade in the conditions of Russian modernization 1881–1913: the mechanism of legal regulation of industries: Doctoral Dissertation]. Moscow; 2016. (In Russ.).
2. Kiprianova NV. Sotsiokulturnyy oblik provintsialnogo rossiyskogo kupechestva vtoroy poloviny XVIII v. (po materialam Ulozhennoy komissii Ekateriny II). T. I: dis. ... d-ra ist. nauk [The socio-cultural image of the provincial Russian merchants of the second half of the 18th century (based on the materials of the Laid Commission of Catherine II). Vol. I: Doctoral Dissertation]. St. Petersburg; 2015. (In Russ.).
3. Kostyukov AN, Maslov KV. Konstitutsionno-pravovye ogranicheniya raznosnoy trgovli [Constitutional Legal Restrictions of Peddling Trade]. *Journal of Constitutional Justice*. 2018;4:26-30. (In Russ.).
4. Kulisher IM. Ocherk istorii russkoy trgovli [An essay on the history of Russian trade]. St. Petersburg: Atenei Publ.; 1923. (In Russ.).
5. Rozhdestvensky NF. Osnovaniya gosudarstvennogo blagoustroystva, s primeneniem k rossiyskim zakonom [Grounds for state improvement, with application to Russian laws]. St. Petersburg: Publishing house of N. Grecha; 1840. (In Russ.).
6. Tsitovich PP. Uchebnik trgovogo prava [Textbook of Commercial Law]. Kiev: Publishing house of the bookseller N.Ya. Ogloblin; 1891. (In Russ.).

DOI: 10.17803/1729-5920.2022.187.6.020-035

Е. Г. Комиссарова\*

## Родительство как семейно-правовое явление: теоретический взгляд на действующие нормативные истоки

**Аннотация.** Целостной и полноразмерной теории родительства, которая бы заключала в себе интегрированные знания о правилах признания лиц родителями и родительских правах и обязанностях, происходящих от такого признания, в семейно-правовой науке нет. Есть сегменты научного знания о происхождении детей и во многом дистанцированные от них знания о родительских правах и обязанностях. Такое восприятие родительства стало одной из причин «безбарьерного», некритичного привнесения в правовой дискурс социобиологического и других эволюционных подходов, продвигаемых за пределами права. Это не только искажает корпус юридических знаний о родительстве, но и не обеспечивает их эвристического развития. Отставание юриспруденции в научном описании родительства и продвижении тех базовых идей, на которых оно устроено в праве, становится все более заметным. Цель статьи — в научном стремлении автора сформулировать теоретическую конструкцию родительства в праве и дать ей юридически квалифицированное научное описание. Авторские суждения подчинены юридико-догматическому подходу, позволяющему исследовать право в виде внутренне непротиворечивой системы логических категорий и юридических конструкций, обеспечивая сопряжение теоретических выводов с действующим законодательством. Ведущими методами являются формально-логический анализ и метод дедукции, позволяющий устремить научную мысль автора от общего к частному. Результаты исследования выражены в следующих авторских выводах. Отсутствие доктрины родительства в праве является серьезным препятствием на пути совершенствования семейного законодательства. Юридическая проблема родительства является двухсоставной, включая нормы о родительском признании и правообязывании лиц, имеющих законный родительский статус. Акцент на этом исключает приписывание родительского статуса лицам, «как бы» выполняющим родительские функции, но не прошедшим нормативные процедуры родительского признания. Структурировать детско-родительские отношения и давать им научное описание методологически верно вокруг той нормативной основы, которая заключает в себе законные правила родительского признания.

**Ключевые слова:** биологический подход; супружеская презумпция; естественное родительство; закрытое усыновление; родительство по итогам репродукции; гестационная мать; нормативное правообязывание родителей; де-факто родители; социальное родительство.

**Для цитирования:** Комиссарова Е. Г. Родительство как семейно-правовое явление: теоретический взгляд на действующие нормативные истоки // Lex russica. — 2022. — Т. 75. — № 6. — С. 20–35. — DOI: 10.17803/1729-5920.2022.187.6.020-035.

© Комиссарова Е. Г., 2022

\* Комиссарова Елена Генриховна, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского права Пермского государственного национального исследовательского университета, профессор кафедры гражданского права и процесса Тюменского государственного университета  
ул. Букирева, д. 15, г. Пермь, Россия, 614919  
eg-komissarova@yandex.ru

## Parenthood as a Family Law Phenomenon: A Theoretical Look at the Current Normative Origins

**Elena G. Komissarova**, Dr. Sci. (Law), Professor, Department of Civil Law, Perm State National Research University; Professor, Department of Civil Law and Procedure, Tyumen State University  
ul. Bukireva, d. 15, Perm, Russia, 614919  
eg-komissarova@yandex.ru

**Abstract.** There is no holistic and full-scale theory of parenthood that would include integrated knowledge about recognition of persons by parents and parental rights and obligations arising from such recognition, in the science of family law. There are segments of scientific knowledge about the origin of children and largely distanced from them knowledge about parental rights and responsibilities. This perception of parenthood has become one of the reasons for the «barrier-free», uncritical introduction of sociobiological and other evolutionary approaches promoted beyond the law into the legal discourse. This not only distorts the body of legal knowledge about parenthood, but also does not ensure their heuristic development. The lag of jurisprudence in the scientific description of parenthood and the promotion of the basic ideas on which it is based in law is becoming more and more noticeable. The purpose of the paper is in the scientific desire of the author to formulate the theoretical construction of parenthood in law and give it a legally qualified scientific description. The author's judgments are subordinated to a legal-dogmatic approach that allows to study law in the form of an internally consistent system of logical categories and legal constructions, ensuring unification of theoretical conclusions with the current legislation. Leading methods are the method of formal logical analysis and the method of deduction, which allows to direct the scientific thought of the author from the general to the particular. The results of the study are expressed in the following author's conclusions. The absence of the doctrine of parenthood in law is a serious obstacle to the improvement of family legislation. The legal problem of parenthood is twofold. It includes the norms on parental recognition and the norms on legal obligation of persons with legal parental status. The emphasis on this excludes attribution of parental status to persons performing parental functions, but who have not passed the regulatory procedures of parental recognition. It is methodologically correct to structure child-parent relations and give them a scientific description around the normative framework that embodies the legitimate rules of parental recognition.

**Keywords:** biological approach; marital presumption; natural parenthood; closed adoption; parenting based on the results of reproduction; gestational mother; normative legal obligation of parents; de facto parents; social parenthood.

**Cite as:** Komissarova EG. Roditelstvo kak semeyno-pravovoe yavlenie: teoreticheskiy vzglyad na deystvuyushchie normativnye istoki [Parenthood as a Family Law Phenomenon: A Theoretical Look at the Current Normative Origins]. *Lex russica*. 2022;75(6):20-35. DOI: 10.17803/1729-5920.2022.187.6.020-035 (In Russ., abstract in Eng.).

Введение. Тема родительства как часть гуманитарного дискурса становится всё более сложной и извилистой. Юриспруденция занимается ее осмыслением фрагментарно, фактически остановившись на той ступени научной интерпретации явлений, его составляющих, которая зафиксирована в словарях периода раннего постмодерна<sup>1</sup>. Полноразмерной научно-теоретической конструкции, способной наиболее полно и интегрированно отразить надстатусные характеристики родительства, в праве нет. Отсутствие этой научной странички в современном правовом дискурсе — достаточно серьезное препятствие для движения по пути совершенствования семейного законодательства.

Нормы о родительском признании и его последствиях — неотъемлемая часть любого правопорядка, а потому нет оснований для утверждения о том, что родительская модель законодателем не сформирована. Она, безусловно, существует, поскольку имеет свои доминантные основания в нормах о происхождении ребенка и приоритетах семейного воспитания. Однако при этом нельзя не признать, что ее доктринальное описание представлено крайне блекло, нечетко, логически не системно и чаще всего без тех нормативных акцентов, на которых законодатель устроил конструкцию родительства. Отсюда парадокс: с одной стороны, праву всегда есть что сказать о родительстве, с другой — в ключевой семейно-правовой

<sup>1</sup> Хазова О. Материнство. Отцовство. Происхождение детей. Правопреемство // Юридическая энциклопедия / под ред. акад. Б. Н. Топорнина. М. : Юрист, 2001.



триаде «супружество — родительство — ребенок» понятие «родительство» оказалось самым «немым», о котором обычно говорится или вообще, или по частям.

Такой стиль работы исследовательской мысли в родительской проблематике последнего двадцатипятилетия не только не отвечает «потребностям правоотношений внешних»<sup>2</sup>, но и уводит в сторону от тех ядерных нормативных идей, что выкованы историческим прошлым и не утратили в части базовых подходов своей актуальности в междисциплинарном, технологическом и глобальном юридическом мире.

Научная вера в то, что российской фамилистике все же удастся создать целостное правовое учение о родительстве, в структуре которого «будет система, взаимосвязь, а во всех деталях — выражение великого фундаментального закона»<sup>3</sup>, побудила автора обратиться к данной теме. Автор излагает в статье вводные суждения дедуктивного свойства, способные послужить созданию этого учения. Требования к формату статьи и ее объему позволили сделать это в достаточно сжатой форме, в виде теоретических обобщений, имеющих методологическую направленность.

**Родительство как правовое явление: значение и интерпретация.** В современном мире рядом с родительством неизбежно стоит централизованная государственная сила, которая нормативно фиксирует основания для признания лица родителем и создает его должный образ, рассчитанный на государственно значимый идеологический, демографический, нормативный, социальный и позитивный эмоционально-психологический потенциал. Отсюда три вида законодательно установленного порядка родительского признания: естественное (или биологическое) родительство, родительство вследствие закрытого усыновления и относительно новый вид родительства, дополнивший традиционные пути родительского призна-

ния, — родительство по итогам применения репродуктивных технологий.

Сам термин «родительство» в его гендеризированном значении (мать, отец) введен в научный оборот зарубежья в середине XX в. для целей описания психологии детско-родительских отношений<sup>4</sup>. Для российских гуманитарных наук его многогранность открылась лишь в 1990-е гг. По итогам этого открытия в предметном пространстве социологии, психологии, этнологии, культурологии, политологии и педагогики были созданы внутридисциплинарные концепции родительства. Их общим знаменателем стал факт употребления термина «родительство» в качестве существительного, обозначающего социальное состояние, которое может быть как присвоено лицу законом, так и достигнуто им при выполнении родительской роли. Маркером дисциплинарной специфики стали прилагательные, которыми нагружается термин «родительство» в соответствии со стратегией внутридисциплинарного исследования: социальное, функциональное, непосредственное, неродственное, дисперсное, расколотое, нерезидентное, интенциональное, психологическое, вовлеченное, дистантное, ответственное и др.

Засмотревшись на это межотраслевое разнообразие и не оценив его истоки, юриспруденция не устояла и откликнулась на него не самыми методологически подготовленными суждениями о социальном родительстве, которое есть там, где родитель «не связан с ребенком биологическими узлами, но повседневно занимается воспитанием и содержанием ребенка»<sup>5</sup>. Однако совсем неожиданной оказалась реакция одного из региональных законодателей, который принял закон «Об ответственном родительстве»<sup>6</sup>, по которому в число ответственных родителей вошли отец, мать, усыновители, опекуны и попечители. В обход существующей законодательной стратегии, ориентированной на правоустановленные

<sup>2</sup> Михеева Л. Ю. Перспективы развития семейного права на рубеже десятилетий // Семейное и жилищное право. 2020. № 3. С. 3–5.

<sup>3</sup> Баховен И. Я. Материнское право / пер. с англ., нем., фр., сост. и общ. ред. А. Н. Красникова // Классики мирового религиоведения. М. : Канон+, 1996. С. 224.

<sup>4</sup> Benedekt Th. Parenthood as a developmental phase: A contribution to the libido theory // Journal of the American Psychoanalytic Association. 1959. № 7. P. 389–417.

<sup>5</sup> Ерохина Е. В. Семейно-правовые ценности в российском и европейском семейном праве: Оренбург : Агентство «Пресса», 2018. С. 33.

<sup>6</sup> Закон Республики Саха (Якутия) от 14.03.2016 1604-3 № 737-V «Об ответственном родительстве» // СПС «КонсультантПлюс».

виды родительства, в пояснительной записке к законопроекту была анонсирована «долгосрочная перспектива дальнейшей реализации ответственного родительства в федеральном статусе».

Нет спора в том, что в ответственном родителстве заинтересованы не только регионы, но и государство в целом. Однако очевидно и то, что не дело законодателя (в данном случае регионального) рассуждать о неюридических качествах родительства, определяя одно юридически неизвестное через другое столь же неизвестное. Определение ответственного родительства через неведомую «совокупность основополагающих правил, установленных в нормативном правовом акте, который определяет родительство как ответственное, следующее элементам правовых норм и юридической ответственности» (курсив мой. — Е. К.), ничего, кроме «хаотичного реагирования на отдельные вызовы времени»<sup>7</sup>, не несет. Термин, уместный в политических стратегиях<sup>8</sup>, опирающихся не только на юридические инструменты при следовании им, не может определяться на уровне закона, претендуя на правовое регулирование того, что существует на уровне культуры, морали и эмоциональности. Культура родительства, отраженная в психологической концепции ответственного родительства, и правоустановленное родительство «по закону» — это далеко не одно и то же.

В правовом пространстве родительство — это прежде всего биологическая данность, обеспечивающая качество последующего родительского воспитания, эмоциональную и эконо-

мическую связанность родителей и детей. Во всех странах мира это исходное установление встроено в нормы семейного законодательства и семейную политику. Его обеспечению служат юридические инструменты нормирования отношений родства, происхождения и семейного воспитания ребенка. В праве эти нормы составляют монолит, в структуре которого все части взаимосвязаны, что соответствует антропологическим канонам, согласно которым «ни одна культура не сможет выжить, если рождение детей не будет связано как с матерью, так и с отцом в законном родителстве»<sup>9</sup>.

Не самые удачные попытки определить родительство в праве как «процесс идентификации конкретных взрослых (родителей), которые признаны имеющими особые связи с конкретными детьми, предполагающий родительскую заботу и соответствующее социальное позиционирование»<sup>10</sup>, уже предпринимались в юриспруденции. Нужны ли такие определения в условиях неизвестности того методологического подхода, на котором они устроены, вопрос спорный. Однако маркеры того, что доктрина проявляет некую чувствительность к недостатку предпонимания того, что представляет собой родительство в праве как цельное явление, они все же несут, побуждая ее представителей задуматься о том, существует ли право родительства как таковое и что оно собой представляет<sup>11</sup>.

**Естественное родительство.** Заботясь о детском благополучии, каждая правовая система сама решает, кого можно назвать родителем ребенка<sup>12</sup>. Но биологическое происхождение ребенка от конкретных родителей составляет

<sup>7</sup> Михеева Л. Ю. Развитие российского семейного законодательства // Кодификация российского частного права / под ред. Д. А. Медведева ; Исследовательский центр частного права имени С.С. Алексеева при Президенте РФ. М. : Статут, 2019. С. 384.

<sup>8</sup> Об ответственном родителстве говорится в распоряжении Правительства РФ от 25.08.2014 № 1618-р «Об утверждении Концепции государственной семейной политики в Российской Федерации на период до 2025 года» // СЗ РФ. 2014. № 35. Ст. 4811.

<sup>9</sup> Малиновский Р. Семья среди австралийских аборигенов: социологическое исследование. Лондон : Изд-во Лондонского университета, 1913. С. 12. См. также: *Levi-Strauss C. The Elementary Structures of Kinship.* Boston : Beacon Press, 1969.

<sup>10</sup> Смирновская С. И. Ограничение родительских прав по семейному законодательству Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 171.

<sup>11</sup> Елисеева А. А. О совершенствовании семейного законодательства в области правового регулирования личных неимущественных отношений // Журнал российского права. 2010. № 3 (159). С. 82–89.

<sup>12</sup> Наиболее широким нормативное понятие родительства является в странах общего права, что предопределено тесным сопряжением юридических теорий с социологическим и прецедентно-казуистическим правом. Законодательства этих стран помимо ведущего и основополагающего биологического родительства называют фостерное, приемное, социальное, фактическое родительство. Ближе к законодательству этих стран стоит законодательство Нидерландов, указывающее на приемное и социальное

естественную основу родительства во всех странах, законодательно регламентирующих статус родителей. В этом основная причина того, что нормы о ребенке вошли в семейное законодательство всех стран в тесном сопряжении с нормами о родителях<sup>13</sup>, и это свидетельствует о том, что ребенок рассматривается нормами права не иначе как продолжение биологических родителей, ребенок вправе их знать и воспитываться ими.

Для законодателя такой подход является перспективным со всех позиций: кровная связь между родителем и ребенком выступает важным фактором внутрисемейной гармонии и семейного воспитания ребенка<sup>14</sup>; политика демографического воспроизводства населения является нормативно заданной; социально-экономическое развитие страны, основанное на благоприятном демографическом режиме, стабильно и предсказуемо.

Поддержание строгого разделения между теми, кто может быть обладателем правоустановленного родительского статуса и кто нет, является традицией всех европейских стран, которая соблюдается с целью придания лицам, получившим родительское признание, исключительного статуса. Эту исключительность поддерживает биологический подход в совокупности с презумпцией брака (ст. 48 СК РФ), находя свое отражение в систематике действующего семейного законодательства.

Презумпция брака возглавляет и направляет систему естественного родительского призна-

ния. На этом базируются семейная политика государства и законодательство, хранящие идею должного образа детско-родительских отношений, в которых родовое и социальное происхождение принадлежат одним и тем же лицам.

Несмотря на то что в таком законодательном решении скрываются возможные отклонения от биологического родительства со стороны отца, которое, в отличие от материнства, «чи биологические и юридические родительские связи всегда путешествовали вместе как внутри, так и вне брака»<sup>15</sup>, может и в браке оказаться небологическим<sup>16</sup>, закон не закрывает пути к родительскому признанию для отца, с которым мать не состоит в браке (п. 3 ст. 48, ст. 49, 50 СК РФ). В этом видится стремление законодателя поддержать привилегию кровного происхождения за счет согласия матери на отцовство ребенка, рожденного вне брака, или посредством заявления отца ребенка о факте признания отцовства с возможностью его судебного признания (п. 3 ст. 48 СК РФ).

Базовые родительские схемы, связанные с отношениями, возникающими при естественном происхождении ребенка от кровных родителей, давно описаны во множестве междисциплинарных и юридических исследований, в которых подробно изложены эволюционная история норм о происхождении ребенка и правила родительского признания. Переписывать эти схемы в рамках статьи нет ни смысла, ни оснований — все они отражают исходную идею об уважении гендерно-дифференцированного

---

родительство. Дополнения к нормам о биологическом родчестве есть в законодательстве Германии и Франции, где указывается на случаи социального родительства.

<sup>13</sup> В российском СК РФ это гл. 10, 11, 12.

<sup>14</sup> В рамках теории родственного отбора науки о поведении человека продолжает обосновываться тот факт, что инклюзивная пригодность естественного родительства, при котором один человек поделился с другим своим биологическим материалом, имеет большее стремление к гуманному поведению, более эффективным и плодотворным отношениям. А биологическая близость играет также решающую роль в альтруистическом поведении, давая больше шансов для филантропической предрасположенности друг к другу лицами, ею связанными. См.: *Hamilton W. D. Genetic evolution of social behavior // Journal of Theoretical Biology. 1964. № 7 (1/2). P. 1–52 ; Hamilton L., Cheng S. and Powell B. Foster parents, adaptive parents: assessing the importance of biological connections for parental investments // American Sociological Review. 2007. № 72. P. 95–116 ; Акинкина Я. М. Принципы «естественного родительства» в современных семьях // Современная зарубежная психология. 2020. Т. 9. № 4. С. 103–109.*

<sup>15</sup> *NeJaime D. The Nature of Parenthood // Law Journal. 2260 (2017). Yale Law School, Public Law Research Paper. № 604. URL: <https://ssrn.com/abstract=2990640>.*

<sup>16</sup> См. об этом более подробно: *Ильина О. Ю. Права отцов: де-юре и де-факто. М. : Городец, 2007 ; Краснова Т. В., Алексеева Е. В. Отцы и дети: проблемы приобретения родительских прав мужчинами (на примере законодательства России) // Вестник Пермского государственного университета. Юридические науки. 2016. Вып. 34. С. 426–439 ; Черепанин Е. Ю. Презумпция отцовства: постановка проблемы // Вопросы науки и образования. 2018. № 29 (41). С. 58–60.*

брачного союза и биологически-кровного, или естественного, происхождения ребенка. Краткая остановка на этих заглавных, ключевых и системообразующих аспектах является доктринально необходимой по причине участвовавших случаев их пролистывания или даже перешагивания при построении научных суждений, ориентированных на другие основания родительского признания.

**Усыновление ребенка как основание для признания законного родительства.** Волеизъявительные основания приобретения права родительства исторически не новы. Элементы волеизъявительности не раз вмешивались в историю родительства на его длительном историческом пути, обеспечивая тем самым определенную подвижность строгой канонической системы родительского признания «в государственных интересах». Изначально они были скрыты в теме незаконнорожденности и крайне запутанном дореволюционном порядке усыновления детей представителями разных сословий, это создавало прецеденты, подтверждающие возможность не только стать родителем по естественному происхождению, но и быть приравненным к родителю «по происхождению» именем церкви, а позднее государства.

Современный российский законодатель, твердо придерживающийся правила двух родителей, признает исключительно закрытое (полное, конфиденциальное, секретное) усыновление. Только в этом случае у усыновителей ребенка может возникнуть такой же статус, который изначально зафиксирован для естественных родителей с их совпадающими биологическими, генетическими и социальными признаками.

Ориентир на аналог кровного родства и воспроизведение естественной семьи при усыновлении получил поддержку за счет юридических фикций, которые обеспечили создание системы правил о родительском признании для усыновителей: возможности перемены имени усыновляемого, изменения даты и места рождения

ребенка, недоступность подлинных записей о его рождении, отказ законодателя поддерживать право на общение усыновленного с родственниками «из прошлого» и недоступность информации об их статусе, наконец, сокрытие самого факта усыновления. Последним поддерживается сила юридических последствий закрытого усыновления в виде приравнивания усыновленного и усыновителей в личных неимущественных и имущественных отношениях к родственникам по происхождению (ст. 137 СК РФ).

До недавнего времени эти фикционные приемы, имеющие целью «перерегулировать» первичное происхождение ребенка, считались как необходимыми, так и достаточными. Поддержанию их достаточности служило предположение о том, что неизбежный при усыновлении факт родительской раздвоенности, скрытый от ребенка и окружающих, способствует детскому благополучию и ничьих прав не ущемляет. А право ребенка «знать своих родителей» (п. 2 ст. 54 СК РФ) как его неотъемлемое личное право — это только для детей, произошедших от биологических родителей.

Все изменилось с принятием Европейской конвенции об усыновлении детей 2008 г. (пересмотренной)<sup>17</sup>, привнесшей понимание того, что в фикциях, обеспечивающих закрытое усыновление, есть не только статические (фиксирующие) аспекты, но и динамические, имеющие отношение к долгосрочным пожизненным последствиям в судьбе усыновленного ребенка. Пункт 3 ст. 22 Конвенции о том, что «у суда есть право отменить тайну усыновления, даже если национальные законы допускают анонимность», стал прорывным. Россия не является участником этой Конвенции, но указанная норма все-таки послужила неформальным ориентиром для российской практики конституционного правоприменения и практики Верховного Суда РФ, шагнувших дальше фикций, наполняющих тайну усыновления<sup>18</sup>. На данном этапе этот шаг ограничен так называемой слабой версией детской идентичности, но то неприкасаемое

<sup>17</sup> Принята Комитетом министров Совета Европы на 118-й сессии 7 мая 2008 г. (ЕТС № 58). Открыта для подписания 27 ноября 2008 г. Ратифицирована Данией, Финляндией, Нидерландами, Норвегией, Румынией, Испанией, Украиной. Вступила в силу 1 сентября 2011 г. (доступ из СПС «КонсультантПлюс»).

<sup>18</sup> См.: п. 4 постановления Конституционного Суда РФ от 16.06.2015 № 15-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 139 Семейного кодекса Российской Федерации и статьи 47 Федерального закона «Об актах гражданского состояния» в связи с жалобой граждан Г. Ф. Грубич и Т. Г. Гущиной» // URL: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_181188/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_181188/) (дата обращения: 10.12.2021) ; определение Верховного Суда РФ № 48-КГ18-16 // Обзор судебной практики Верховного Суда РФ. 2018. № 3.



положение, согласно которому от тайны усыновления немыслимо было отклониться, если ее не раскрыли сами усыновители или «добрые люди» (с непредсказуемыми последствиями), впервые оценено с другой точки зрения.

Эти правоприменительные тенденции стали для семейно-правовой науки сигналом о том, что вечность юридических фикций, безвозвратно отсекающих биологическое родство усыновленного ребенка и формально заменяющих его на родство юридическое, в XXI в. оказалась небесспорной. Но при этом сама идея о приоритете биологического подхода и возможности его распространения с помощью фикций на усыновителей оказалась непоколебимой. А мелькнувшая было политическая<sup>19</sup> и доктринальная идея о переходе к открытому усыновлению<sup>20</sup>, вызвав поток вторичного и методологически облегченного знания в виде мнений за или против тайны усыновления<sup>21</sup>, угасла, так и не воплотившись.

Исключить научную и законодательную жизнеспособность идеи открытого усыновления нельзя. Однако крайне важно, чтобы любые рассуждения в пользу ее развития получили не только простое сопряжение с универсальным аргументом о наилучших интересах ребенка

и его праве знать свое происхождение, но и с учением о родительстве в целом и системой оснований родительского признания в частности. Пока таких подходов в науке семейного права нет.

**Родительство по итогам репродукции**<sup>22</sup>. Как заметил исследователь материнского права, внесший значительный вклад в развитие науки о родстве и семье, швейцарский этнограф и юрист И. Я. Баховен (1815–1887 г.), «там, где нельзя рассчитывать на познания предшественников, следует прежде всего проверять конкретные детали. Только богатство деталей позволяет отличать существенное от случайного, а закономерное и всеобщее — от локального»<sup>23</sup>. Тема гестационного суррогатного материнства оказалась из таких: предшественников нет, юридические детали, касающиеся законодательной приверженности к биологическому подходу, проанализированы не особенно тщательно.

Появление в пространстве права таких лиц, как «гестационный трудник», или гестационная (принимающая) суррогатная мать, и собственники репродуктивного материала — потенциальные родители<sup>24</sup>, привело к утрате такого качества родительского признания со сторо-

<sup>19</sup> Тезис о переходе к открытому усыновлению был зафиксирован в разд. 5 п. 3 ч. 9 Национальной стратегии действий в интересах детей на 2012–2017 годы (принята Указом Президента РФ от 01.06.2012 № 761; СЗ РФ. 2012. № 23. Ст. 2994).

<sup>20</sup> Темникова Н. А. Государственная регистрация усыновления (удочерения) в свете перехода к открытому усыновлению // Вестник Омского государственного университета. Серия «Право». 2013. № 2 (35). С. 92–97.

<sup>21</sup> Более подробно об этом см.: Комиссарова Е. Г. Тайна усыновления в семейном праве постмодерна: новые подходы к старым канонам // Lex russica. 2022. Т. 75. № 3. С. 19–33.

<sup>22</sup> Термин «вспомогательные репродуктивные технологии», как известно, относится ко множеству различных видов вспомогательных репродуктивных методов лечения, начиная от таких форм обработки репродуктивного материала, как искусственное оплодотворение, экстракорпоральное оплодотворение, суррогатное простое и полное (гестационное) материнство, до отбора и манипулирования генетическим материалом. В силу ограниченного объема статьи в этом подразделе автор останавливается на таком наиболее спорном и рисковом в смысле последствий для биоэтики, политики, права, религии, этики и культуры в виде репродуктивного лечения, как гестационное суррогатное материнство, исключая из сферы внимания случаи лечения, основанные на генетическом донорстве, при котором заинтересованность носителей донорских гамет в родительском признании отсутствует. О таких случаях родительского признания см.: Белова Д. А. Согласие на применение метода искусственной репродукции и его правовое значение для установления происхождения ребенка // Lex russica. 2020. Т. 73. № 8. С. 21–31.

<sup>23</sup> Баховен И. Я. Материнское право. С. 226.

<sup>24</sup> Термин «потенциальные родители» (в литературе применяются также термины «преднамеренные родители», «заказчики», «генетические родители») здесь и далее по тексту используется в соответствии с Федеральным законом от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в РФ» (ред. от 29.12.2017; СЗ РФ. 2011. № 29. Ст. 1). Более дробная социальная терминология для целей вспомогательной репродукции была выработана еще в 1983 г. Робертом Сноуденом и его коллегами: «генетиче-



ны матери, как его бесспорность. Правила о материнском признании, которое по большей части не является тайной по причине очевидности фактов беременности и родов, обрели определенную подвижность. Женщина (потенциальная мать ребенка) может быть признана законной матерью, когда она генетически связана с ребенком, рожденным гестационной суррогатной матерью (абз. 1 п. 4 ст. 51 СК РФ). И женщина (гестационная суррогатная мать) может стать законной матерью, когда она рождает ребенка, генетически связанного с другой женщиной (абз. 2 п. 4 ст. 51 СК РФ).

Если прежде потерять статус матери можно было лишь вследствие собственного отказа или лишения его по непригодности, то с появлением нормы, заключенной в абз. 2 п. 4 ст. 51 СК РФ, не получить этот статус стало возможным в случае согласия гестационной суррогатной матери на запись в качестве родителей ребенка лиц, состоящих в браке и письменно согласившихся на имплантацию эмбриона. При отсутствии такого согласия родительское признание получает суррогатная мать.

Несмотря на то что случаи, фиксирующие факт отказа суррогатной матери дать согласие потенциальным родителям ребенка на запись в качестве законных родителей, не самые частые в практике суррогатного материнства, доктрина погрузилась в нескончаемый спор с законодателем. Для этого проведено несметное число исследований о природе договора суррогатного материнства, в «теле» которого фиксируется согласие суррогатной матери передать ребенка, высказана масса не всегда методологически верных суждений о несогласии с законодателем, «даровавшим привилегированное право суррогатной матери быть родителем»<sup>25</sup>. Вопрос же о том, как соотносится правило п. 4 ст. 51 СК РФ с биологическим подходом, на котором традиционно основано законное родительское

признание, из доктринальной аналитики фактически выпал.

Не стоит отрицать, что появление нормы об альтернативном материнстве поколебало законодательные представления о цельности и универсальной значимости биологического родительства. Поколебало, но, несмотря на то, что родительский статус гестационной матери возникает не без участия третьих лиц, все же не отменило юридический приоритет и социальную значимость такого родительства. Принципиально новой нормативной схемы родительского признания, в которой отсутствует биологический подход или ракурс внимания однозначно смещен в пользу подхода генетического, не возникло. Изменения произошли за счет удлинения уже известной «чистой линии биологического происхождения» в связи с законодательным допущением того, что материнство может быть не только биологически и генетически совпадающим, но и раздельным.

При этом удлинение совсем не означает того, что логика репродуктивного вмешательства на уровне гестационного суррогатного материнства оказалась не связанной с биологическим критерием родительского признания, хотя на самый первый и не особо внимательный взгляд этот критерий и выглядит легко подавляемым аргументом в пользу суждения о преднамеренности генетических родителей обрести родительское признание.

Если правильно интерпретировать п. 4 ст. 51 СК РФ, то очевидно, что в нем приоритет родительства отдан суррогатной матери, но с альтернативой его законного признания за потенциальными родителями при наличии согласия суррогатной матери<sup>26</sup>. Тем самым концепция законного родительства, основанная на биологическом происхождении, осталась практически в нетронутом состоянии, сохраняя два необходимых измерения: «порядок природы»

---

ская мать», «вынашивающая мать», «кормящая мать», «обобщенная мать» (сочетающая все эти функции), «генетический отец», «социальный отец» и «обобщенный отец». См.: Snowden R., Mitchell G. D., Snowden E. *Artificial Reproduction: a social investigation*. London ; Boston : G. Allen & Unwin, 1983.

<sup>25</sup> Лаврентьева Т. В. Трудности применения суррогатного материнства как одного из методов вспомогательных репродуктивных технологий // *Право и государство: теория и практика*. 2018. № 9. С. 102.

<sup>26</sup> Согласно п. 5 ст. 16 Федерального закона от 15.11.1997 № 143-ФЗ «Об актах гражданского состояния», при государственной регистрации рождения ребенка по заявлению супругов, давших согласие на имплантацию эмбриона другой женщине в целях его вынашивания, одновременно с документом, подтверждающим факт рождения ребенка, должен быть представлен документ, выданный медицинской организацией и подтверждающий получение согласия женщины, родившей ребенка (суррогатной матери), на запись указанных супругов его родителями.

и «порядок закона»<sup>27</sup>. Законодатель лишь учел интересы третьих лиц — потенциальных родителей, помогающих процессу репродукции. Однако эта нормативная идея оказалась скрытой за технико-юридическими упущениями.

Поскольку законодатель не лишил биологическую мать родительского признания, в пункте 4 ст. 51 СК РФ абзац первый надлежало посвятить ее праву на родительское признание, в то время как следующий абзац отвести потенциальным родителям, чье родительское признание зависит от согласия этой матери и наступления/ненаступления многообразных рисков гестационной беременности. В случае отказа суррогатной матери передать ребенка генетическим родителям происходит не что иное, как признание за ней обычного традиционного биологического родительства. Потенциальные же родители остаются в роли фактических родителей с выводом их за рамки юридического признания.

Понимание того, что риски суррогатного материнства во многом реальны для всех его участников и их возможные (медицинские, морально-этические, экономические) последствия нельзя оставлять без судебной поддержки, обеспечило принятие акта обобщения судебной практики<sup>28</sup>. По понятным причинам цель его не в переопределении законодательных ориентиров в теме родительского признания, а в предоставлении состязательных возможностей разным лицам, притязающим на родительство в отношении одного и того же ребенка. Исходной идеи естественного происхождения ребенка, согласно которой законодатель искал и продолжает искать связь с биологической реальностью, оно не отменяет, но позволяет суду, рассматривающему спор, выслушать всех участников и учесть все его обстоятельства.

Моральная небеспроблемность возможных последствий гестационного материнства

для потенциальных родителей стала предметом многочисленных теоретических споров, которые были бы более продуктивными, если бы юристы не столько опирались на эмпирику и эмоции, сколько учитывали логику законодательного решения, связанного с биологическим подходом к правилам родительского признания. Игнорирование этой логики со смещением методологических рамок дискуссии в сторону целей и задач вспомогательного репродуктивного лечения и нескрываемого на уровне мнений сочувствия к рискованной участи потенциальных родителей придало ей в большей степени физиологическую направленность. Юридические критерии родительского признания с его биологическими приоритетами оказались вторичными, привнеся в доктрину не столько научные взгляды на проблему, сколько поток прагматики и утилитаризма о том, «как должно быть».

Осязаемый результат конфликта правового и «физиологического» мышления по проблеме распределения родительского признания вылился в законопроект<sup>29</sup>, инициаторы которого прямо указали на то, что «решение, предложенное в законе, является неверным, так как не отвечает интересам всех участников процесса суррогатного материнства, и прежде всего интересам лиц, ожидающих ребенка»<sup>30</sup>.

Понятие «интерес лиц, ожидающих ребенка» еще менее юридически ясное, чем понятие «намерение», на которое в цепочке причинно-следственных связей опираются сторонники безусловного признания законного родительства за потенциальными родителями. Оба понятия, являясь частью интенционального подхода, в котором ведущую роль играет исходная заинтересованность потенциальных родителей в виде их рискованного положения, всего лишь «выполняют исключительно моральную работу»<sup>31</sup> и никак не влияют на законодатель-

<sup>27</sup> Воронина О. А. «Новое материнство»: философско-антропологический взгляд // Философская школа. 2018. № 6. С. 104–109.

<sup>28</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 16.05.2017 № 16 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел, связанных с установлением происхождения детей» // СПС «Консультант-Плюс».

<sup>29</sup> Проект федерального закона № 1177252-6 «О внесении изменений в Семейный кодекс Российской Федерации и статью 16 Федерального закона “Об актах гражданского состояния” в части применения вспомогательных репродуктивных технологий» (внесен в Государственную Думу 19.09.2016) // URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/1177252-6>.

<sup>30</sup> См.: Пояснительная записка к законопроекту № 1177252-6. С. 4 // URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/1177252-6>.

<sup>31</sup> Bayne T. A. Toward a Pluralist Account of Parenthood // Bioethics. 2003. Vol. 17. № 3. P. 221–242.

ную позицию в части сохранения родительского приоритета за биологической матерью.

Без какого-либо преувеличения можно сказать, что научная ситуация сегодня выглядит так, как будто норма абз. 1 п. 1 ст. 51 СК РФ и договор о суррогатном материнстве уже вытеснили биологический критерий, отдав первенство подходу генетическому. Взвешенные научные контраргументы о том, что вне зависимости от того, каким образом произошло зачатие ребенка, чей генетический материал использован при зачатии, каковы были мотивы заключения договора суррогатного материнства, женщину, родившую ребенка, нельзя лишать естественного права материнства<sup>32</sup>, остаются неслышимыми.

Не помогает и сила цивилистических аргументов о том, что договор о суррогатном материнстве по многим критериям «не втискивается в прокрустово ложе обязательств», не отвечает теории и тем последствиям, которые они порождают<sup>33</sup>. Количественное богатство уже высказанных квалификационных суждений о данном договоре<sup>34</sup> никак не развернется в сторону накопления богатства качественного. Без этого ход дискуссии о данном договоре не скорректировать, а значит, не привнести в науку понимание о том, что по шаблону коммерческой сделки, которому неведомы юридические каноны родительского признания, такие договоры рассматривать нельзя.

Известность имеющихся и новых аргументов в пользу биологического подхода<sup>35</sup> не умень-

шила числа законодательных оппонентов. Они редко задаются вопросом о том, стоит ли отвергать биологический подход как законодательно базовый, в котором заложен не только политический, но и демографический, социально-культурный и психологический потенциал родительства. Этот важнейший вопрос сегодня как никогда заслуживает внимания со стороны семейно-правовой науки. Но, увлекшись медицинской терминологией в угоду целям репродуктивного лечения с параллельной ее выгрузкой в пространство гражданского и семейного права, юриспруденция (может быть, не замечая того) работает совсем не на цели права, а на узкую группу политических и медицинских защитников коммерческого суррогатного материнства. Понятно, что желаемой юридической поучительности и эвристической перспективы такие труды, коих несть числа, не обеспечивают. Зато они вносят серьезную помеху в понимание родительства как юридического явления, которое для юриста должно выглядеть не как набор автономных правил о том или ином случае родительства, а исключительно как их система.

**Социальное родительство в пространстве права: пределы легализации.** В попытке закрыть теоретические и нормативные лакуны, все чаще открывающиеся в традиционных родительских схемах, юриспруденция время от времени упоминает о родительстве социальном<sup>36</sup>, утверждая, что этот вид родительства «для российского права не совсем чуждое явле-

<sup>32</sup> Косова О. Ю. О концептуальной основе развития российского семейного законодательства // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 5. С. 35–40.

<sup>33</sup> Останина Е. А. Обязательства в сфере семейных отношений, отношений опеки и суррогатного материнства // Исполнение и прекращение обязательства: комментарий к статьям 307–328 и 407–419 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А. Г. Карапетов. М. : М-Логос, 2022. С. 182, 187.

<sup>34</sup> Обзор многочисленных взглядов о том, какие гражданско-правовые квалификации присвоены договору о суррогатном материнстве, см.: Алборов С. В. Правоотношения в сфере суррогатного материнства // Актуальные проблемы российского права. 2017. № 5. С. 142–146.

<sup>35</sup> См.: Момотов В. В. Биоэтика в контексте законодательства и правоприменения (суррогатное материнство) // Lex russica. 2019. № 1. С. 29–39.

<sup>36</sup> Кириченко К. А. Эволюция доктринальных подходов к институту родства в отечественном семейном праве // Вестник НГУ. Серия «Право». 2007. Т. 3. Вып. 2. С. 18–27; Нижник Н. С., Бурданова Н. А. Критерии определения субъектов родительских правоотношений: биологический и социальные подходы // Правовой статус и правосубъектность лица: теория, история, компаративистика : материалы VIII Международной научно-теоретической конференции : в 2 ч. СПб. : Санкт-Петербургский университет МВД России, 2007. Ч. 1; Некрасова Е. Некоторые особенности возникновения родительских прав и обязанностей в странах Европы // Ученые записки Крымского федерального университета имени В.И. Вернадского. Юридические науки. 2019. № 4. С. 298–303; Гусев М. А. Институт отцовства в Республике Казахстан: проблемы правового обеспечения : дис. ... д-ра философии (PhD) / Казахский национальный университет имени Аль-Фараби. Алматы, 2020.

ние»<sup>37</sup>. Но поскольку методология исследования явления, стоящего за ним, и соотношения его с родительством законным остается непознанной, то и семантика термина, его обозначающего, оставаясь блуждающей, не несет в себе той логической ясности, которая необходима праву.

Юридические попытки совместить логику законного родительства и логику вычленения родительства социального, в основе которого нет презумпции брака, биолого-генетического или юридического происхождения ребенка, — трудно формализуемая задача. Как и любое сопоставление того, что формализовано правом, имеет характер нормативного, и того, что находится за его пределами, оно не безбарьерно. Как это сделать, не разрушив существующие приоритеты биологического происхождения и не столкнув родительство законное, в которое уже встроены качества социальности, и родительство социальное, — тема для отдельных научных размышлений.

Определенная их часть уже высказана автором настоящей статьи<sup>38</sup>. Поэтому в рамках данного исследования автор ограничится лишь суждениями методологического толка, позволяющими обосновать условия введения понятия «социальное родительство» в доктринальный словарь юриспруденции, не навредив при этом концепции законного родительства.

Причины проникновения терминов «социальные родители», «социальный отец», «социальная мать» в пространство права в основном связываются с технологиями вспомогательного репродуктивного лечения<sup>39</sup>. Но, как оказалось, оглашение этих причин не облегчило понимания сущности социального

родительства, которое могло бы стать ключом к определению его места в юриспруденции. Поэтому представляется уместным сформулировать необходимые логико-теоретические посылы, значимые для перспективы будущих исследований темы социального родительства в правовом контексте.

Понятие «социальное родительство» не имеет связи с такими пороговыми конструкциями родительского права, как родство и его ответвление в виде происхождения (детей). В этом смысле формально-логическая концепция законного родительства остается неприкосновенной, что свидетельствует о том, что «бытовое понимание социального родительства расходится с юридическими отношениями родительства»<sup>40</sup>.

В основе вычленения термина «социальное родительство» лежит не юридическое, а фактическое положение взрослого лица в его отношениях с ребенком. На языке социологии такое положение является синонимом социальной роли, которая в рамках семьи носит исключительно воспитательный характер. Праву такие де-факто статусы или роли известны под именами отчима/мачехи (ст. 97 СК РФ) и фактического воспитателя (ст. 96 СК РФ)<sup>41</sup>. Понимание этих границ исключает восприятие социального родительства как явления, подменяющего законное родительство. Не связано это понятие и с фактами дестабилизации детско-родительских отношений, для нейтрализации которых необходим связующий властный элемент социального обеспечения, поставляемый государством. Но такие ошибки есть как в доктрине, так и на уровне не самой удачной законотворческой практики<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> Усачева Е. А. Социальное отцовство (материнство): постановка проблемы // Российский юридический журнал. 2019. № 6. С. 116.

<sup>38</sup> См.: Комиссарова Е. Г. Социальные понятия в науке семейного права (на примере понятия «социальные родители») // *Ex jure*. 2021. № 4. С. 21–33.

<sup>39</sup> Антокольская М. В. Семейное право : учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Юрист, 2002.

<sup>40</sup> Edwards R., McCarthy J., Gillies V. Biological parents and social families: Legal discourses and everyday understandings of the position of stepparents // *International Journal of Law, Policy and the Family*. 1999. № 13. P. 92. URL: <https://socresonline.org.uk/7/1/edwards.html>.

<sup>41</sup> Как отмечается в обзорах судебной практики, обычно такими лицами являются бабушки (дедушки), старшие брат или сестра, тетя (дядя), друзья, соседи. См.: информационное письмо Свердловского областного суда «Об актуальных вопросах рассмотрения споров о взыскании алиментов» (утв. Президиумом Свердловского областного суда 23 окт. 2019 г.) // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>42</sup> Законопроект № 649634-6 «О внесении изменений в Семейный кодекс Российской Федерации и Трудовой кодекс Российской Федерации в части передачи детей на социальное воспитание» // URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/649934-6>.



Термин «социальное родительство» является зонтичным. Это следствие того, что под ним «скрывается не одна, а множество социальных реалий»<sup>43</sup>, не охваченных правом. Перечень таких реалий достаточно обширен. Кроме отчима, мачехи и фактических воспитателей к ним можно отнести: потенциальных родителей, не получивших законного родительского признания из-за несогласия суррогатной матери передать ребенка (абз. 2 п. 4 ст. 51 СК РФ); фактических отца и мать, имеющих право оспорить отцовство (материнство) других лиц (п. 1 ст. 52 СК РФ); мать, отказавшуюся от ребенка при его рождении; родителей, лишенных родительских прав и перешедших в разряд фактических родителей; законного родителя, потерявшего этот статус по итогам генетического тестирования; сожителей или спутников жизни матерей/отцов, не состоящих в браке и не являющихся биологическими/генетическими родителями ребенка.

Пока правовое постижение темы социального родительства в большей степени напоминает теоретические вылазки представителей юриспруденции в пространство социологической науки, охотно обсуждающей этот феномен, с нежеланием вспоминать о том, что каждая предметная область применяет собственные методы исследования. Отказ учитывать это грозит серьезными методологическими ошибками, каких в семейно-правовой науке уже хватает. Для теоретического прорыва в разработке этой темы на данном этапе необходимо тщательно исследовать совсем не познанный проблематику личных неимущественных отношений отчима/мачехи и пасынка/падчерицы, а также фактических воспитателей и фактических воспитанников. В ней лежит ключ к адекватному

юридическому пониманию проблемы социального родительства.

Эти темы стабильно имеют маркер второстепенных, в них мало законодательных подсказок, они трудны для юридического познания в силу слабой уловимости правом сущностной стороны таких отношений. Долгое пребывание в разряде «малых» тем сделало их менее уважаемыми доктриной, они воспринимаются как те, которые можно исследовать на бегу, косвенно или не исследовать совсем<sup>44</sup>. Но, как оказалось, традиционно считаясь «малыми», эти темы способны демонстрировать свой истинный теоретический ресурс там, где в условиях внешних и внутренних вызовов на первое место выходят адаптивные законодательные стратегии. Проблема социального родительства, опирающаяся на данный ресурс, как раз из разряда таких стратегий.

**Заключение.** От того, как понимается родительство в праве, зависит очень многое: понимание семьи, на которое ориентируется законодатель, границы категории «семейная правосубъектность ребенка», основания признания лица законным родителем и множество иных правовых конструкций, которые предприняли систематику действующего семейного законодательства. Традиционная модель законного родительского признания организована вокруг биологической матери и супружеской презумпции. Но этот факт часто выпадает из исследовательских взглядов, основанных на узкотематических задачах. Исключить такое положение можно и нужно, создав теоретически полноразмерную модель законного родительства. Постановочный шаг сделан, дело за научным диалогом.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Акинкина Я. М. Принципы «естественного родительства» в современных семьях // Современная зарубежная психология. — 2020. — Т. 9. — № 4. — С. 103–109.
2. Алборов С. В. Правоотношения в сфере суррогатного материнства // Актуальные проблемы российского права. — 2017. — № 5. — С. 142–146.
3. Антокольская М. В. Семейное право : учебник. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Юрист, 2002. — 336 с.
4. Баховен И. Я. Материнское право / пер. с англ., нем., фр., сост. и общ. ред. А. Н. Красникова // Классики мирового религиоведения. — М. : Канон+, 1996. — 270 с.

<sup>43</sup> Vaskovics L. Soziale Elternschaft // The Editors of the Journal. 2020. № 23. P. 270.

<sup>44</sup> Подробнее о фактическом воспитании ребенка как одном из видов социального родительства см.: Комиссарова Е. Г. Отношения по фактическому воспитанию ребенка: проблемы семейно-правовой институционализации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 1. С. 130–153.



5. Белова Д. А. Согласие на применение метода искусственной репродукции и его правовое значение для установления происхождения ребенка // *Lex russica*. — 2020. — Т. 73. — № 8. — С. 21–31.
6. Воронина О. А. «Новое материнство»: философско-антропологический взгляд // *Философская школа*. — 2018. — № 6. — С. 104–109.
7. Гусев М. А. Институт отцовства в Республике Казахстан: проблемы правового обеспечения : дис. ... д-ра философии (PhD) / Казахский национальный университет имени Аль-Фараби. — Алматы, 2020. — 146 с.
8. Елисеева А. А. О совершенствовании семейного законодательства в области правового регулирования личных неимущественных отношений // *Журнал российского права*. — 2010. — № 3 (159). — С. 82–89.
9. Ерохина Е. В. Семейно-правовые ценности в российском и европейском семейном праве. — Оренбург : Агентство «Пресса», 2018. — 118 с.
10. Ильина О. Ю. Права отцов: де-юре и де-факто. — М. : Городец, 2007. — 189 с.
11. Кириченко К. А. Эволюция доктринальных подходов к институту родства в отечественном семейном праве // *Вестник НГУ. Серия «Право»*. — 2007. — Т. 3. — Вып. 2. — С. 18–27.
12. Комиссарова Е. Г. Отношения по фактическому воспитанию ребенка: проблемы семейно-правовой институционализации // *Право. Журнал Высшей школы экономики*. — 2021. — № 1. — С. 130–153.
13. Комиссарова Е. Г. Социальные понятия в науке семейного права (на примере понятия «социальные родители») // *Ex jure*. — 2021. — № 4. — С. 21–33.
14. Комиссарова Е. Г. Тайна усыновления в семейном праве постмодерна: новые подходы к старым канонам // *Lex russica*. — 2022. — Т. 75. — № 3. — С. 19–33.
15. Косова О. Ю. О концептуальной основе развития российского семейного законодательства // *Актуальные проблемы российского права*. — 2017. — № 5. — С. 35–40.
16. Краснова Т. В., Алексеева Е. В. Отцы и дети: проблемы приобретения родительских прав мужчинами (на примере законодательства России) // *Вестник Пермского государственного университета. Юридические науки*. — 2016. — Вып. 34. — С. 426–439.
17. Лаврентьева Т. В. Трудности применения суррогатного материнства как одного из методов вспомогательных репродуктивных технологий // *Право и государство: теория и практика*. — 2018. — № 9. — С. 100–104.
18. Малиновский Р. Семья среди австралийских аборигенов: социологическое исследование. — Лондон : Изд-во Лондонского университета, 1913. — 358 с.
19. Михеева Л. Ю. Перспективы развития семейного права на рубеже десятилетий // *Семейное и жилищное право*. — 2020. — № 3. — С. 3–5.
20. Михеева Л. Ю. Развитие российского семейного законодательства. Кодификация российского частного права / под ред. Д. А. Медведева ; Исследовательский центр частного права имени С.С. Алексеева при Президенте РФ. — М. : Статут, 2019. — 492 с.
21. Момотов В. В. Биоэтика в контексте законодательства и правоприменения (суррогатное материнство) // *Lex russica*. — 2019. — № 1. — С. 29–39.
22. Некрасова Е. Некоторые особенности возникновения родительских прав и обязанностей в странах Европы // *Ученые записки Крымского федерального университета имени В.И. Вернадского. Юридические науки*. — 2019. — № 4. — С. 298–303.
23. Нижник Н. С., Бурданова Н. А. Критерии определения субъектов родительских правоотношений: биологический и социальные подходы // *Правовой статус и правосубъектность лица: теория, история, компаративистика : материалы VIII Международной научно-теоретической конференции : в 2 ч.* — СПб. : Санкт-Петербургский университет МВД России, 2007. — Ч. 1. — 411 с.
24. Останина Е. А. Обязательства в сфере семейных отношений, отношений опеки и суррогатного материнства // *Исполнение и прекращение обязательства : комментарий к статьям 307–328 и 407–419 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А. Г. Карапетов*. — М. : М-Логос, 2022. — 1494 с.
25. Смирновская С. И. Ограничение родительских прав по семейному законодательству Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2007. — 176 с.
26. Темникова Н. А. Государственная регистрация усыновления (удочерения) в свете перехода к открытому усыновлению // *Вестник Омского государственного университета. Серия «Право»*. — 2013. — № 2 (35). — С. 92–97.
27. Хазова О. Материнство. Отцовство. Происхождение детей. Правопреемство // *Юридическая энциклопедия / под ред. акад. Б. Н. Топорнина*. — М. : Юрист, 2001. — 1267 с.

28. Черепанин Е. Ю. Презумпция отцовства: постановка проблемы // Вопросы науки и образования. — 2018. — № 29 (41). — С. 58–60.
29. Bayne T. A. Toward a Pluralist Account of Parenthood // *Bioethics*. — 2003. — Vol. 17. — № 3. — P. 221–242.
30. Benedekt Th. Parenthood as a developmental phase: A contribution to the libido theory // *Journal of the American Psychoanalytic Association*. — 1959. — № 7. — P. 389–417.
31. Edwards R., McCarthy J., Gillies V. Biological parents and social families: Legal discourses and everyday understandings of the position of stepparents // *International Journal of Law, Policy and the Family*. — 1999. — № 13. — P. 78–105. — URL: <https://socresonline.org.uk/7/1/edwards.html>.
32. Hamilton L., Cheng S. and Powell B. Foster parents, adaptive parents: assessing the importance of biological connections for parental investments // *American Sociological Review*. — 2007. — № 72. — P. 95–116.
33. Hamilton W. D. Genetic evolution of social behavior // *Journal of Theoretical Biology*. — 1964. — № 7 (1/2). — P. 1–52.
34. Levi-Strauss C. *The Elementary Structures of Kinship*. — Boston : Beacon Press, 1969. — 524 p.
35. NeJaime D. The Nature of Parenthood // *Law Journal*. — 2260 (2017). — Yale Law School, Public Law Research Paper. — № 604. — URL: <https://ssrn.com/abstract=2990640> (20.01.2022).
36. Snowden R., Mitchell G. D., Snowden E. *Artificial Reproduction: a social investigation*. — London ; Boston : G. Allen & Unwin, 1983. — 188 p.
37. Vaskovics L. Soziale Elternschaft // *The Editors of the Journal*. — 2020. — № 23. — P. 269–293.

*Материал поступил в редакцию 30 марта 2022 г.*

## REFERENCES

1. Akinkina YaM. Printsipy «estestvennogo roditelstva» v sovremennykh semyakh [Principles of «natural parenthood» in modern families]. *Journal of Modern Foreign Psychology*. 2020;9(4):103-109. (In Russ.).
2. Alborov SV. Pravootnosheniya v sfere surrogatnogo materinstva [Legal relations in the sphere of surrogacy]. *Actual'nye problemy rossijskogo prava*. 2017;5:142-146. (In Russ.).
3. Antokolskaya MV. *Semeynoe pravo: uchebnik* [Family Law: textbook]. 2nd ed. Moscow: Jurist; 2002. (In Russ.).
4. Bahoven IYa. Materinskoe pravo [Maternity law]. Trans. from English, German, French. In: Krasnikov AN, editor. *Classics of World Religious Studies*. Moscow: Canon + Publ.; 1996. (In Russ.).
5. Belova DA. Soglasie na primenenie metoda iskusstvennoy reprodukcii i ego pravovoe znachenie dlya ustanovleniya proiskhozhdeniya rebenka [Consent to the Use of Artificial Reproduction and its Legal Significance for Establishing the Origin of the Child]. *Lex russica*. 2020;73(8):21-31. (In Russ.).
6. Voronina OA. «Novoe materinstvo»: filosofsko-antropologicheskii vzglyad [«New motherhood»: philosophical and anthropological view]. *Filosofskaya shkola*. 2018;6:104-109. (In Russ.).
7. Gusev MA. Institut ottsovstva v Respublike Kazakhstan: problemy pravovogo obespecheniya: dis. ... d-ra filosofii (PhD) [Institute of Fatherhood in the Republic of Kazakhstan: problems of legal support: Doctor of Philosophy Dissertation (PhD)]. Al-Farabi Kazakh National University: Almaty; 2020.
8. Eliseeva AA. O sovershenstvovanii semeynogo zakonodatelstva v oblasti pravovogo regulirovaniya lichnykh neimushchestvennykh otnosheniy [Improvement of Family Legislation of the Russian Federation in the Field of Regulation of Personal Nonmaterial Relations]. *Journal of Russian Law*. 2010;3(159):82-89. (In Russ.).
9. Erokhina EV. Semeyno-pravovye tsennosti v rossiyskom i evropeyskom semeynom prave [Family law values in Russian and European family law]. Orenburg: Press Agency Publ.; 2018. (In Russ.).
10. Ilyina OYu. Prava ottsov: de-yure i de-fakto [The rights of fathers: de jure and de facto]. Moscow: Gorodets Publ.; 2007. (In Russ.).
11. Kirichenko KA. Evolyutsiya doktrinalnykh podkhodov k institutu rodstva v otechestvennom semeynom prave [Evolution of doctrinal approaches to the institution of kinship in domestic family law]. *Vestnik NSU. Series «Law»*. 2007;3(2):18-27. (In Russ.).
12. Komissarova EG. Otnosheniya po fakticheskomu vospitaniyu rebenka: problemy semeyno-pravovoy institutsionalizatsii [Relations on Actual Upbringing of a Child: Family and Legal Institutionalization]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*. 2021;1:130-153. (In Russ.).

13. Komissarova EG. Sotsialnye ponyatiya v nauke semeynogo prava (na primere ponyatiya «sotsialnye roditeli») [Social Concepts in the Science of Family Law (On the Example of the Concept of “Social Parents”).] *Ex jure*. 2021;4:21-33. (In Russ.).
14. Komissarova EG. Tayna usynovleniya v semeynom prave postmoderna: novye podkhody k starym kanonom [The Adoption Secret in Postmodern Family Law: New Approaches to the Old Canons]. *Lex russica*. 2022;75(3):19-33. (In Russ.).
15. Kosova OYu. O kontseptualnoy osnove razvitiya rossiyskogo semeynogo zakonodatelstva [A Conceptual Framework of the Russian Family Law development]. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*. 2017;5:35-40. (In Russ.).
16. Krasnova TV, Alekseeva EV. Ottsy i deti: problem priobreteniya roditel'skikh prav muzhchinami (na primere zakonodatel'stva Rossii) [Fathers and Sons: Problems of Acquiring Parental Rights by Men (a Case Study of the Russian Legislation)]. *Perm University Herald. Juridical Sciences*. 2016;34:426-439. DOI: 10.17072/1995-4190-2016-34-426-439. (In Russ.).
17. Lavrentieva TV. Trudnosti primeneniya surrogatnogo materinstva kak odnogo iz metodov vspomogatelnykh reproduktivnykh tekhnologiy [Difficulties of using surrogate motherhood as one of the methods of assisted reproductive technologies]. *Pravo i gosudarstvo: teoriya i praktika*. 2018;9:100-104. (In Russ.).
18. Malinovsky R. Semya sredi avstraliyskikh aborigenov: sotsiologicheskoe issledovanie [Family among Australian Aborigines: A Sociological Study]. London: Publishing House of the University of London; 1913. (In Russ.).
19. Mikheeva LYu. Perspektivy razvitiya semeynogo prava na rubezhe desyatiletii [Prospects of Family Law Development at the Turn of Decades]. *Family and Housing Law*. 2020;3:3-5. (In Russ.).
20. Mikheeva LYu. Razvitie rossiyskogo semeynogo zakonodatelstva. Kodifikatsiya rossiyskogo chastnogo prava [Development of Russian Family Legislation. Codification of Russian private law]. Medvedev DA, editor. Research Center of Private Law named after S.S. Alekseev under the President of the Russian Federation. Moscow: Statute Publ.; 2019. (In Russ.).
21. Momotov VV. Bioetika v kontekste zakonodatelstva i pravoprimeneniya (surrogatnoe materinstvo) [Bioethics in the Context of Law-Making and Law Enforcement (Surrogate Motherhood)]. *Lex Russica*. 2019;(1):29-39. DOI: 10.17803/1729-5920.2019.146.1.029-039. (In Russ.).
22. Nekrasova E. Nekotorye osobennosti vzniknoveniya roditel'skikh prav i obyazannostey v stranakh Evropy [Some Features of the Emergence of Parental Rights and Duties in Europe]. *Scientific Notes of V.I. Vernadsky Crimean Federal University. Legal sciences*. 2019;4:298-303. (In Russ.).
23. Nizhnik NS, Burdanova NA. Kriterii opredeleniya subektov roditel'skikh pravootnosheniy: biologicheskii i sotsialnye podkhody [Criteria for determining the subjects of parental legal relations: biological and social approaches]. In: Legal status and legal personality of an individual: theory, history, comparative studies: *Proceedings of the 8th International Scientific and Theoretical Conference: in 2 vols. Part 1*. St. Petersburg: St. Petersburg University of the Ministry of Internal Affairs of Russia Publ.; 2007. (In Russ.).
24. Ostanina EA. Obyazatelstva v sfere semeynykh otnosheniy, otnosheniy opeki i surrogatnogo materinstva [Obligations in the field of family relations, guardianship and surrogacy]. In: Karapetov AG, editor. Fulfillment and Termination of the Obligation: Commentary on Articles 307–328 and 407–419 of the Civil Code of the Russian Federation. Moscow: M-Logos Publ.; 2022. (In Russ.).
25. Smirnovskaya SI. Ogranichenie roditel'skikh prav po semeynomu zakonodatelstvu Rossiyskoy Federatsii: dis. ... kand. yurid. nauk [Restriction of parental rights under the family legislation of the Russian Federation: Cand. Sci. (Law) Thesis. Moscow; 2007. (In Russ.).
26. Temnikova NA. Gosudarstvennaya registratsiya usynovleniya (udochereniya) v svete perekhoda k otkrytomu usynovleniyu [State registration of adoption in the light of the transition to open adoption]. *Herald of Omsk University. Series «Law»* 2013;2(35):92-97. (In Russ.).
27. Khazova O. Materinstvo. Otsovstvo. Proiskhozhdenie detey. Pravopremstvo [Motherhood. Fatherhood. The Origin of Children. Succession]. In: Topornin BN, editor. Moscow: Jurist Publ.; 2001. (In Russ.).
28. Cherepanin EYu. Prezumptsiya otsovstva: postanovka problemy [Presumption of paternity: problem statement]. *Questions of Science and Education*. 2018;29(41):58-60. (In Russ.).
29. Bayne TA. Toward a Pluralist Account of Parenthood. *Bioethics*. 2003;17(3):221-242.
30. Benedekt Th. Parenthood as a developmental phase: A contribution to the libido theory. *Journal of the American Psychoanalytic Association*. 1959;7:389-417.

31. Edwards R, McCarthy J, Gillies V. Biological parents and social families: Legal diskourses and everyday understandings of the position of stepparents. *International Journal of Law, Policy and the Family*. 1999;13:78-105. Available at: <https://socresonline.org.uk/7/1/edwards.html>.
32. Hamilton L, Cheng S, Powell B. Foster parents, adaptive parents: assessing the importance of biological connections for parental investments. *American Sociological Review*. 2007;72:95-116.
33. Hamilton WD. Genetic evolution of social behavior. *Journal of Theoretical Biology*. 1964;7(1/2):1-52.
34. Levi-Strauss C. *The Elementary Structures of Kinship*. Boston: Beacon Press; 1969.
35. NeJaime D. The Nature of Parenthood. *Law Journal* 2260 (2017). Yale Law School, Public Law Research Paper. № 604. Available at: <https://ssrn.com/abstract=2990640> [Accessed: 20 Jan 2022].
36. Snowden R, Mitchell GD, Snowden E. *Artificial Reproduction: a social investigation*. London; Boston: G. Allen & Unwin; 1983.
37. Vaskovics L. Soziale Elternschaft. *The Editors of the Journal*. 2020;23:269-293.

DOI: 10.17803/1729-5920.2022.187.6.036-047

Б. А. Шахназаров\*

# Правовая охрана интеллектуальной собственности при осуществлении международной космической деятельности<sup>1</sup>

**Аннотация.** Несмотря на широкое освоение глобальных пространств, к которым можно отнести и космическое пространство, действующие международные договоры не преодолели территориальный принцип охраны интеллектуальной собственности. Возможно возникновение правовых коллизий, когда интеллектуальные права рассматриваются с точки зрения их реализации в космическом пространстве, где ограничено предъявление претензий на суверенитет. Защита прав интеллектуальной собственности формально может вступать в противоречие с основополагающими принципами международного космического права. В частности, реализация территориального принципа охраны интеллектуальной собственности в космическом пространстве сталкивается с ограничениями, вызванными европейскими интеграционными процессами (например, принцип очередности предъявления исковых требований). Региональное и двустороннее сотрудничество государств, в рамках которого регулируются вопросы учета, оценки, использования, распределения прав интеллектуальной собственности, а также истребования соответствующей охраны, представляется основным вектором регламентации охраны интеллектуальной собственности в космосе. Совместная проектная деятельность, приводящая и к созданию результатов интеллектуальной деятельности, в данном случае может быть упорядочена в соглашениях участников, в актах иного рода, например в планах оценки и использования результатов интеллектуальной деятельности, при условии соблюдения действующих международно-правовых норм. Представляется необходимой разработка единых методик оценки, учета вклада участников совместной деятельности в создание объектов интеллектуальной собственности, распределения исключительных прав. В этом контексте целесообразно предусмотреть на международно-правовом и национально-правовом уровне возможность выделения доли в исключительном праве на объект интеллектуальной собственности. Экстерриториальный потенциал регулирования отношений в сфере охраны интеллектуальной собственности в космическом пространстве позволяет говорить о возможности разработки и использования условно именуемого «международного режима» охраны интеллектуальной собственности, который на данном этапе развития мог бы выражаться в универсальном характере, взаимном признании и трансграничном использовании интеллектуальных прав — как минимум на совместные результаты интеллектуальной деятельности, созданные при освоении космического пространства.

**Ключевые слова:** космическое пространство; исследование и использование; интеллектуальная собственность; правовая охрана; территориальный принцип охраны; суверенитет; экстерриториальность; международный режим; глобальный характер; совместные результаты интеллектуальной деятельности; международные космические проекты; международная космическая станция; частные субъекты.

**Для цитирования:** Шахназаров Б. А. Правовая охрана интеллектуальной собственности при осуществлении международной космической деятельности // Lex russica. — 2022. — Т. 75. — № 6. — С. 36–47. — DOI: 10.17803/1729-5920.2022.187.6.036-047.

<sup>1</sup> Исследование выполнено в рамках программы стратегического академического лидерства «Приоритет-2030».

© Шахназаров Б. А., 2022

\* Шахназаров Бениамин Александрович, доктор 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

ben\_raf@mail.ru



## Legal Protection of Intellectual Property in the Implementation of International Space Activities<sup>2</sup>

**Benjamin A. Shakhnazarov**, Dr. Sci. (Law), Associate Professor, Department of International Private Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)  
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993  
ben\_raf@mail.ru

**Abstract.** Despite a widespread development of global spaces, which include the outer space, the existing international agreements have not overcome the territorial principle of intellectual property protection. Legal conflicts may arise when intellectual rights are considered from the point of view of their implementation in outer space, where filing claims to sovereignty is limited. Intellectual property rights protection may formally conflict with the fundamental principles of international space law. In particular, the implementation of the territorial principle of intellectual property protection in outer space faces limitations caused by European integration processes (for example, the principle of order of precedence). Regional and bilateral cooperation of States, within the framework of which issues of accounting, evaluation, use, distribution of intellectual property rights, as well as the claim of appropriate protection, are regulated, is the main vector of regulation of intellectual property protection in outer space. Joint project activities that lead to the creation of the results of intellectual activity, in this case, can be regulated in the agreements between the participants, in instruments of a different kind, for example, in plans for the evaluation and the use of results of intellectual work, in compliance with the applicable international law rules. It seems necessary to develop uniform methods of assessment, accounting for the contribution of participants in joint activities in creation of intellectual property objects, distribution of exclusive rights. In this context, it is advisable to provide at the international and national levels the possibility of allocating a share in the exclusive right to an intellectual property object. The extraterritorial potential of regulating relations in the field of intellectual property protection in outer space allows us to talk about the possibility of developing and using the conventional «international regime» of intellectual property protection, which at this stage of development could be expressed in the universal nature, mutual recognition and cross-border use of intellectual rights — at least for joint results of intellectual activity created during the development of outer space.

**Keywords:** outer space; research and use; intellectual property; legal protection; territorial principle of protection; sovereignty; extraterritoriality; international regime; global character; joint results of intellectual activity; international space projects; international space station; private entities.

**Cite as:** Shakhnazarov BA. Pravovaya okhrana intellektualnoy sobstvennosti pri osushchestvlenii mezhdunarodnoy kosmicheskoy deyatel'nosti [Legal Protection of Intellectual Property in the Implementation of International Space Activities]. *Lex russica*. 2022;75(6):36-47. DOI: 10.17803/1729-5920.2022.187.6.036-047. (In Russ., abstract in Eng.).

Институт интеллектуальной собственности в современном мире играет важнейшую роль в культурном и инновационном развитии общества. Очевидно, что правовая охрана объектов интеллектуальной собственности, возможность их коммерциализации является стимулом для изобретательской и иной творческой деятельности во всем мире. При этом сохраняется территориальный принцип охраны интеллектуальной собственности, традиционно предполагающий независимость правовой охраны объекта интеллектуальной собственности в разных странах, самостоятельное внутригосударственное определение

объектов и предоставляемого объема охраны субъектам права интеллектуальной собственности, средств защиты.

Несмотря на широкое освоение глобальных пространств, к которым можно отнести, в частности, цифровое (сеть Интернет), космическое пространство, действующие международные договоры не преодолели территориальный принцип охраны, а государственный суверенитет реализуется здесь с учетом особенностей определения территориальной сферы его действия в таких глобальных пространствах<sup>3</sup>.

По причине зависимости от ранее выбранного пути, принципа государственного сувере-

<sup>2</sup> The research was carried out within the framework of the strategic academic leadership program «Priority-2030».

<sup>3</sup> См.: Шахназаров Б. А. Территориальный принцип охраны интеллектуальной собственности и действие государственного суверенитета в цифровом пространстве // *Lex russica* (Русский закон). 2018. № 12 (145). С. 132–144.

нитета и институциональных интересов государства трудно преодолеть территориальный характер действия исключительных прав<sup>4</sup>. При этом именно поступательная замена территориального принципа охраны глобальной системой охраны интеллектуальной собственности или же международным принципом ее охраны позволит обеспечить максимально эффективную защиту исключительных прав в условиях глобализации рынков товаров и услуг, прав потребителей, а также прав производителей от недобросовестной конкуренции. Обозначенное приобретает особую актуальность именно применительно к космическому пространству ввиду необходимости и целесообразности международной кооперации по его освоению.

В случае с объектами промышленной собственности, которые в большинстве своем подлежат государственной регистрации, территориальный принцип охраны проявляется наиболее выражено. Так, например, если изобретение зарегистрировано в одном государстве, права на него возникают именно в этом государстве и по общему правилу не имеют экстерриториального действия (т.е. действия в других юрисдикциях).

При этом действует целый ряд универсальных международных договоров, устанавливающих действенные механизмы истребования правовой охраны в различных юрисдикциях на основе единой международной заявки.

В зарубежной науке в обозначенном контексте отмечается следующее: «не будет ошибкой подчеркнуть, что в настоящее время развитая многосторонняя договорная база, касающаяся прав на объекты интеллектуальной собственности, защиты таких прав, носит практически глобальный характер, поскольку государство — участник договора может предоставлять национальный режим иностранным субъектам прав интеллектуальной собственности и обеспечить соблюдение таких прав в соответствии со своими внутригосударственными нормами, принятыми на национально-правовом уровне»<sup>5</sup>.

На данном этапе развития законодательства в сфере интеллектуальной собственности в мире представляется преобладающим тезис о том, что суверенная юрисдикция государства и его внутригосударственные нормы играют центральную роль в защите и обеспечении соблюдения интеллектуальных прав. Проблемы могут возникнуть, когда права на объекты интеллектуальной собственности рассматриваются с точки зрения их реализации в космическом пространстве, где ограничено предъявление претензий на суверенитет.

В обозначенном контексте первостепенное значение имеют положения основополагающего международного договора в сфере международного космического права — Договора о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела<sup>6</sup>, который был принят резолюцией 2222 (XXI) Генеральной Ассамблеи от 19.12.1966. Договор был подписан Советским Союзом уже 27 января 1967 г. и вступил в силу 10 октября 1967 г.

Так, в ст. 2 Договора установлено положение, ограничивающее суверенитет государств в космическом пространстве и присвоение последнего отдельными государствами, согласно которому космическое пространство не подлежит национальному присвоению ни путем провозглашения на него суверенитета, ни путем использования или оккупации, ни любыми другими средствами.

В то же время отдельно регламентируются и вопросы исследования и использования космического пространства, включая Луну и другие небесные тела. Такие исследования и использование должны осуществляться на благо и в интересах всех стран, независимо от степени их экономического или научного развития. При этом декларируется статус космического пространства как достояния всего человечества (ст. 1 Договора). В качестве принципов исследования и использования космического про-

<sup>4</sup> См.: *Friedmann D.* The uniqueness of the trade mark: a critical analysis of the specificity and territoriality principles // *European Intellectual Property Review*. 2016. № 38 (11). P. 678–679.

<sup>5</sup> См.: *Ritesh Mehra.* Intellectual property protection in outer space — an overview // *ILI Law Review*. Vol. II. Winter Iss. 2019. P. 144. URL: <https://www.ili.ac.in/pdf/rm.pdf> (дата обращения: 01.03.2022). См. об этом также: *Шахназаров Б. А.* Особенности реализации принципа национального режима на современном этапе развития охраны промышленной собственности // *Вестник Саратовской государственной юридической академии*. 2019. № 4 (129). С. 149.

<sup>6</sup> URL: <https://base.garant.ru/2540462/>.

странства устанавливаются принципы открытости, недискриминации, равенства, соответствия международному праву и свободного доступа во все районы небесных тел.

Таким образом, космическое пространство, включая Луну и другие небесные тела, свободно для научных исследований, а государства — участники Договора, согласно положениям ст. 1, обязуются содействовать и поощрять международное сотрудничество при проведении соответствующих исследований космического пространства.

Что примечательно, отдельный акцент сделан на требовании о том, чтобы, по сути, деятельность по освоению космического пространства соответствовала международному праву, включая Устав ООН. Ввиду неизведанности космоса и непрогнозируемого характера результатов научных исследований в соответствующем пространстве такая корреляция с международным правом, его принципами представляется необходимой, в том числе и для целей, как сказано в Договоре, поддержания международного мира и безопасности, а также развития международного сотрудничества и взаимопонимания.

Представляется, что в рассматриваемом Договоре был задан потенциал и заложены основы для дальнейшего правового регулирования исследований, в том числе и охраняемых результатов интеллектуальной деятельности, являющихся в ряде случаев результатами таких исследований. При этом речь в Договоре все же идет в первую очередь о статусе космического пространства, которое не должно подлежать национальному присвоению какими-либо средствами. Международное право, в соответствии с которым должно осуществляться исследование и использование космического пространства на основе международного сотрудничества, здесь представляется общим понятием, судя по всему, включающим и международные договоры в сфере интеллектуальной собственности. Действительно, на момент принятия Договора уже были заключены основополагающие международные договоры в сфере охраны интеллектуальной собственности, включая Парижскую конвенцию по охране промышленной собственности 1883 г.

Позже в развитие положений Договора был подписан целый ряд международных документов, среди которых и Декларация о между-

народном сотрудничестве в исследовании и использовании космического пространства на благо и в интересах всех государств, с особым учетом потребностей развивающихся стран<sup>7</sup>. Декларация была принята резолюцией Генеральной Ассамблеи от 13.12.1996 № 51/122.

В тексте Декларации подчеркивалось, что международное сотрудничество в исследовании и использовании космического пространства в мирных целях осуществляется в соответствии с положениями международного права, включая Договор.

При этом во второй статье Декларации уже встречается отсылка и к правам интеллектуальной собственности. Так, отмечается, что государства свободны определять все аспекты своего участия в международном сотрудничестве в исследовании и использовании космического пространства на справедливой и взаимоприемлемой основе, а договорные условия таких совместных проектов должны быть справедливыми, разумными и полностью согласовываться с законными правами и интересами соответствующих участников, такими, например, как права на интеллектуальную собственность.

Здесь представляется небезосновательным сделать акцент на правах интеллектуальной собственности. Именно в контексте договорных основ международного сотрудничества обеспечение прав третьих лиц — частных субъектов при освоении космического пространства крайне важно, поскольку защита самих интересов частных субъектов при достижении баланса публичных и частных интересов может быть эффективным инструментом оптимизации международной космической деятельности.

В Декларации также подчеркивается важность учета интересов развивающихся стран при осуществлении международного сотрудничества в рассматриваемой сфере. Последнее должно ориентироваться на поощрение развития и применения результатов космической науки и техники; содействие реализации космического потенциала; упрощение обмена специальными знаниями и технологиями между государствами на взаимоприемлемой основе.

Представляется, что обозначенные положения и цели международного сотрудничества направлены на развитие инновационного потенциала освоения космического пространства. Реализация соответствующих целей практически невозможна без учета прав интеллектуаль-

<sup>7</sup> URL: <https://base.garant.ru/3953883/53f89421bbdaf741eb2d1ecc4ddb4c33/>.

ной собственности, внедрения эффективных механизмов предоставления и защиты прав на результаты интеллектуальной деятельности в сфере освоения космического пространства, а также инструментов передачи технологий, оптимальных договорных конструкций, опосредующих передачу прав на объекты интеллектуальной собственности в сфере освоения космического пространства при осуществлении международной космической деятельности.

В Дубайской декларации 2016 г., представляющей собой заключительный документ пятнадцатидневной международной конференции по вопросам освоения космоса, утверждается, что освоение космоса является долгосрочным фундаментом, движущей силой продвижения инноваций, укрепления международного сотрудничества на всеобъемлющей основе и создания новых возможностей для решения глобальных проблем. Обозначенная область знаний могла бы способствовать извлечению выгоды из создания механизма координации исследований и инноваций на глобальном уровне.

Исходя из положений Договора, который провозглашает свободу деятельности в космическом пространстве, отдельные страны должны создавать в соответствии с возлагаемыми на них обязанностями и возможностями, предполагаемыми всеобъемлющей системой международного космического права, регулирующего публичные отношения, правовой климат, благоприятствующий участию частных субъектов в космической деятельности<sup>8</sup>.

Действительно, крайне важным представляется анализ характера отношений в сфере освоения космического пространства. Несмотря на то обстоятельство, что участие частных субъектов в космической деятельности становится все более значимым, сегодня по-прежнему сохраняют актуальность отмеченные выше принципы международного сотрудничества и коллективного развития космического пространства. Признавая важность интеллектуальной собственности для исследования космического пространства и дальнейшего развития науки и техники, следует отметить, что актуальным остается вопрос о том, может ли защита прав интеллектуальной собственности вступать в противоречие с основополагающими принципами, изложенными в Договоре о принци-

пах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела<sup>9</sup>.

Прежде всего речь идет о таких основополагающих принципах Договора, как исследование и использование космического пространства, включая Луну и другие небесные тела, на благо и в интересах всех стран, независимо от степени их экономического или научного развития, а также невозможность национального присвоения космического пространства, включая Луну и другие небесные тела, в том числе путем провозглашения в отношении него суверенитета какого-либо государства.

С учетом действия территориального принципа охраны интеллектуальной собственности обозначенный вопрос представляется действительно своевременным и сохраняющим свою важность до сих пор. Очевидно предоставление охраны объектам интеллектуальной в целом, и в первую очередь промышленной, собственности, которое осуществляется преимущественно посредством государственных регистрационных процедур строго территориально и имеет территориальную сферу действия — территорию конкретного государства в рамках официально признанных границ. Такое положение сохраняется и с учетом современного уровня развития международного права интеллектуальной собственности, и с учетом закрепления территориального принципа охраны интеллектуальной собственности на внутригосударственном уровне.

Распространение территориальной сферы действия интеллектуальных прав на космическое пространство означало бы в определенном смысле национальное присвоение последнего и вступало бы в противоречие с принципами, установленными в рассмотренном выше Договоре.

В контексте международного сотрудничества в сфере освоения космического пространства, таким образом, особую актуальность приобретает проблематика охраны результатов интеллектуальной деятельности, достигнутых в процессе реализации космических проектов. В науке в обозначенном контексте отмечается отсутствие на международно-правовом уровне отдельного регулирования отношений интеллектуальной собственности в космическом пространстве и единого механизма обеспечения

<sup>8</sup> См.: *Traa-Engelman H. Van. The Commercial Exploitation of Outer Space: Issues of Intellectual Property Rights and Liability // LJIL. 1991. № 4. P. 303.*

<sup>9</sup> См.: *Ritesh Mehra. Op. cit.*



интеллектуальных прав, и обосновывается это тем, что отношения, касающиеся интеллектуальной собственности, уникальны, «каждый случай имеет свои специфические особенности и, вероятно, именно по этой причине достаточно сложно составить единый правовой документ, который бы в полной мере учитывал все нюансы таких отношений»<sup>10</sup>.

Регулирование отношений в сфере интеллектуальной собственности, так или иначе связанных с освоением космического пространства, в частности решение вопросов о закреплении, распределении и осуществлении прав и обязанностей в отношении результатов интеллектуальной деятельности, достигнутых в рамках деятельности по освоению космического пространства, находят решение в двусторонних и многосторонних соглашениях по реализации конкретных космических проектов<sup>11</sup>. Действительно, в рамках отдельных международных инициатив могут приниматься отдельные документы, соглашения, в том числе регулирующие и вопросы охраны прав на объекты интеллектуальной собственности.

Если говорить о двустороннем сотрудничестве, то в качестве примера можно привести Соглашение 2013 г. между Правительством РФ и Правительством Республики Куба о сотрудничестве в исследовании и использовании космического пространства в мирных целях<sup>12</sup>. В обозначенном Соглашении вопросам интеллектуальной собственности посвящены положения ст. 9. Примечательно, что с точки зрения терминологии Соглашение при определении понятия интеллектуальной собственности отсылает к ст. 2 Стокгольмской конвенции, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности 1967 г.<sup>13</sup>, определяющей интеллектуальную собственность через права, относящиеся к интеллектуальной деятельности в производственной, научной, литературной и художественной областях, при этом приводится конкретный открытый перечень объектов интеллектуальной собственности. Таким образом, очевидно, что Соглашение регулирует отношения интеллектуальной собственности для целей сотрудничества в исследовании и использовании космического пространства, не

ограничивая и не сужая ее объем (в частности, не исключаются из объема понятия интеллектуальной собственности авторские и смежные права). Безусловно, при освоении космического пространства с учетом сложности и комплексного характера таких исследований можно допустить создание и использование всевозможных объектов интеллектуальной собственности (при освоении космического пространства помимо собственно технических решений, опосредующих инноваций возможно создание и использование объектов авторских прав, например научных и литературных произведений, средств индивидуализации, например товарных знаков, и др.).

Соглашение обязывает стороны (Правительство РФ и Правительство Республики Куба) и участников совместной деятельности (в том числе частных субъектов) обеспечивать охрану интеллектуальной собственности, создаваемой, предоставляемой в рамках данного Соглашения, по правилам внутреннего законодательства данных государств, рассматриваемого Соглашения и международных договоров, участниками которых они являются.

При этом положения, касающиеся интеллектуальной собственности, в рамках космических программ и проектов сотрудничества между Россией и Кубой определяются ими и участниками совместной деятельности в дополнительных соглашениях при необходимом соблюдении принципов и норм, установленных в приложении № 1 к Соглашению, которое представляет собой его неотъемлемую часть. Приложение № 1, именуемое «Интеллектуальная собственность и деловая информация ограниченного доступа», применяется в единственном случае — если отсутствуют соответствующие положения в дополнительных соглашениях. В этом приложении устанавливается обязанность России и Кубы обеспечивать охрану результатов интеллектуальной деятельности, полученных и (или) используемых в рамках сотрудничества по Соглашению, в соответствии с их внутренним законодательством и международными договорами.

Специфика соответствующего регулирования заключается в том, что объекты интеллек-

<sup>10</sup> См.: Гасанов Н. Ф. Обеспечение правовой охраны интеллектуальной собственности в контексте международного космического права // Экономика. Право. Общество. 2017. № 4. С. 26.

<sup>11</sup> См.: Гасанов Н. Ф. Указ. соч.

<sup>12</sup> URL: <https://base.garant.ru/70358114/>.

<sup>13</sup> URL: <https://base.garant.ru/2540354/>.



туальной собственности создаются в рамках совместной деятельности, а положения приложения № 1 к Соглашению обязывают участников такой совместной деятельности в максимально короткие сроки выполнять формальные процедуры по охране интеллектуальной собственности, тем самым стимулируя такую деятельность.

Важными положениями приложения № 1 представляются принципы распределения и реализации прав интеллектуальной собственности, среди которых можно выделить принципы: надлежащей охраны результатов интеллектуальной деятельности; надлежащей защиты предшествующей интеллектуальной собственности; фиксации факта совместного создания результатов интеллектуальной деятельности (с указанием исследователей и иных специалистов, осуществивших совместную деятельность); должного учета соответствующих вкладов сторон и участников совместной деятельности; эффективного использования совместно созданной интеллектуальной собственности; недискриминационного обращения с участниками совместной деятельности; защиты деловой информации ограниченного доступа и др. Обозначенные принципы все же являются слишком общими векторами охраны интеллектуальной собственности.

Для конкретизации отношений в сфере интеллектуальной собственности субъекты совместной деятельности совместно разрабатывают планы оценки и использования объектов интеллектуальной собственности с учетом вклада каждого субъекта в рассматриваемую деятельность. В планах детализируются: виды и объем использования интеллектуальной собственности; условия подачи заявок на получение охранных документов на результаты интеллектуальной деятельности в третьих странах; условия и порядок осуществления прав на результаты интеллектуальной деятельности на территории государств сторон и на территории других государств (с сохранением права каждого субъекта использовать совместно созданный результат для собственных нужд); очередность подачи заявок на получение охранных документов с учетом территориальной привязки к месту создания объекта интеллектуальной собственности.

Таким образом, несмотря на ключевые положения Соглашения о возможности использова-

ния соответствующих объектов интеллектуальной собственности, созданных совместно, в том числе для «своих собственных потребностей», предоставление охраны интеллектуальной собственности осуществляется строго территориально и поочередно. Причем, как представляется, очередность подачи заявок в патентные ведомства здесь не должна и не может иметь принципиального значения с точки зрения фиксации прав с учетом международно-правовых норм о конвенционном приоритете (согласно Парижской конвенции).

За последние годы РФ продолжила заключать подобные соглашения с другими государствами. В частности, можно отметить Соглашение между правительствами РФ и Республики Индии о мерах по охране технологий в связи с сотрудничеством в области исследования и использования космического пространства в мирных целях и в создании и эксплуатации средств выведения и наземной космической инфраструктуры, подписанное в 2021 г. Уже в названии этого Соглашения акцент сделан на охране технологий.

Говоря о крупных международных космических проектах, стоит отметить международную космическую станцию, представляющую совместный международный проект, в котором активное участие принимает РФ.

В рамках проекта реализована трехуровневая система обязательств, принимаемых на себя странами в процессе осуществления космической деятельности, связанной непосредственно с созданием и обслуживанием Международной космической станции (МКС). В первую очередь это Соглашение между Правительством Канады, правительствами государств — членов Европейского космического агентства, Правительством Японии, Правительством РФ и Правительством Соединенных Штатов Америки относительно сотрудничества по международной космической станции гражданского назначения от 1998 г. (вступило в силу для Российской Федерации 27 марта 2001 г.)<sup>14</sup>, в ст. 21 которого установлены общие положения об охране интеллектуальной собственности в контексте функционирования МКС.

Термин «интеллектуальная собственность» в Соглашении также определяется через права, относящиеся к объектам, перечисленным в ст. 2 Стокгольмской конвенции 1967 г., учреждающей ВОИС, а также все другие права, отно-

<sup>14</sup> URL: <https://docs.cntd.ru/document/901778188>.

сящиеся к интеллектуальной деятельности в производственной, научной, литературной и художественной областях.

С точки зрения территориальной привязки деятельности на МКС к целям права интеллектуальной собственности Соглашение содержит важное положение о том, что любая такая деятельность, осуществляемая внутри или на орбитальном элементе космической станции, рассматривается как деятельность, осуществляемая только на территории государства-партнера, зарегистрировавшего этот элемент, за тем исключением, что для элементов, зарегистрированных Европейским космическим агентством (ЕКА), любое государство Европейского партнера может рассматривать такую деятельность как деятельность, имевшую место на его территории.

Таким образом, несмотря на общий характер космического пространства, Соглашение «приземляет» деятельность на МКС, связывая ее с территорией того или иного государства для целей права интеллектуальной собственности с учетом территориального принципа ее охраны. Безусловно, новые технологии позволяют человечеству продвинуться в освоении космического пространства, при этом территориальный характер интеллектуальных прав на МКС дифференцирует вклад и деятельность на МКС по отдельным юрисдикциям. В то же время Международная космическая станция, изначально задуманная и функционирующая как совместный международный проект, — многоцелевой космический исследовательский комплекс, она нацелена на совместное освоение космоса, получение новых знаний, которые по логике должны быть общедоступны.

Обозначенное позволяет допустить возможность установления некоего международного экстерриториального режима прав интеллектуальной собственности, созданной при осуществлении деятельности на МКС, который позволил бы авторам соответствующих результатов интеллектуальной деятельности одинаково распространять и охранять свои разработки на территории различных государств, как минимум участвующих в совместной работе, осуществляемой в рамках МКС.

Осложняет реализацию предложенного подхода наличие в национальном законодательстве государств положений о проверке заявок на наличие секретной информации.

Соглашение также не решает этот вопрос, устанавливая положение о том, что «государ-

ство-партнер не применяет свои законы о секретности изобретений по отношению к изобретению, сделанному внутри или на любом орбитальном элементе космической станции лишь лицом, не являющимся его гражданином или не проживающим в нем».

При этом сохраняется право любого государства-партнера, в котором первоначально подана заявка на патент, регулировать секретность такой заявки на патент или ограничивать ее дальнейшую подачу, а также право любого другого государства-партнера, в котором в последующем подается заявка, ограничивать в соответствии с любым международным обязательством разглашение заявки.

Помимо этого, в Соглашении устанавливается уникальный принцип исключения двойной ответственности в определенных случаях, что никак не корреспондирует установленному в действующих международных договорах в сфере интеллектуальной собственности современному правовому режиму охраны интеллектуальных прав в нескольких странах, основанному на территориальном принципе охраны интеллектуальной собственности, который выражается, в частности, в независимости патентов и патентных прав, равно как и в независимом характере нарушений в разных юрисдикциях. Так, в случаях, когда правообладатель имеет интеллектуальные права на объект, охраняемый в более чем одном из государств Европейского партнера, такой правообладатель не может получать возмещение более чем в одном таком государстве за одно и то же нарушение тех же прав на такую интеллектуальную собственность, которое имеет место внутри или на элементе, зарегистрированном Европейским космическим агентством. Если одно и то же нарушение внутри или на зарегистрированном ЕКА элементе приводит к искам со стороны разных владельцев интеллектуальной собственности, в силу того что более одного государства Европейского партнера считают, что эта деятельность произошла на их территории, суд может временно приостановить разбирательство по более позднему иску до получения результатов судебного разбирательства предшествующего иска. В случаях, когда возбуждается более одного иска, исполнение решения о возмещении ущерба по любому иску исключает дальнейшее возмещение ущерба по любому рассматриваемому или последующему иску, основанному на одном и том же нарушении.

Таким образом, изначальная реализация территориального принципа охраны интеллектуальной собственности в космическом пространстве в данном случае сталкивается с ограничениями, вызванными европейскими интеграционными процессами, которые нивелируют тем самым классическую концепцию территориального принципа охраны интеллектуальной собственности. Такое решение, вынесенное на основе принципа очередности предъявления исковых требований, представляется весьма спорным ввиду изначально независимого и, по сути, равного характера прав на один и тот же объект интеллектуальной собственности с разными правообладателями в разных странах.

Кроме того, рассматривая результаты интеллектуальной деятельности, созданные при освоении космического пространства, можно выделить еще одну проблему. Так, авторы патентуемых изобретений, так или иначе связанных с космической деятельностью, могут в ряде случаев столкнуться с вопросами, касающимися соблюдения критериев патентоспособности с учетом «пространственного характера» применения изобретения в сфере космических технологий. Конкретное техническое решение действительно может быть реализуемо лишь в условиях микрогравитации, что будет осложнять доказательство его содержания и демонстрацию его промышленной применимости, изобретательского уровня и даже новизны на земле<sup>15</sup>.

При этом актуальной для целей освоения космического пространства является и проблема охраны товарных знаков, поскольку развитие космического туризма, равно как и космической промышленности, рано или поздно приведет к ситуации, когда торговля товарами и оказание услуг в космосе станут важными направлениями деятельности производителей и рекламодателей. В космосе могут использоваться рекламные баннеры на элементах космических станций, товарные знаки могут быть нанесены или выставлены на борт или на космические объекты. Такие товарные знаки, как представляется, подлежат охране в рамках государства, регистрации в контексте территориального принципа охраны.

Кроме того, данные дистанционного зондирования, представляющие собой спутниковые снимки, обработанные и представленные в

виде растровых изображений планеты и файлов с геопространственными данными о каждом снимке, подлежат анализу, и такие проанализированные и систематизированные данные могут охраняться в качестве объектов авторских и смежных прав (включая базы данных).

Территориальный принцип охраны трансформируется также в контексте лицензионных отношений, реализуемых в рамках МКС. Так, в государствах — членах ЕКА признаются лицензии на осуществление какого-либо права на интеллектуальную собственность, если исполнение такой лицензии обеспечивается законами любого государства ЕКА, а соблюдение положений такой лицензии исключает возмещение ущерба за нарушение в любом государстве — члене ЕКА. Обозначенное правило применимо к деятельности, проводимой внутри или на зарегистрированном ЕКА элементе.

То есть в нескольких государствах, по сути, признаются отношения по передаче прав пользования на объект интеллектуальной собственности, который изначально, может быть, и не охраняется в этих странах. Таким образом, с точки зрения современной концепции права интеллектуальной собственности, экстра-территориальное признание лицензионных отношений выглядит весьма неординарно и предполагает, по сути, признание иностранных интеллектуальных прав. Данное положение опосредовано совместной деятельностью в рамках МКС, консолидацией европейских государств в рамках Европейского космического агентства и их желанием установить единое региональное пространство охраны интеллектуальной собственности, что свидетельствует о возможности реализации особого подхода к охране интеллектуальной собственности в рамках отдельного проекта по освоению космического пространства.

Региональная интеграция, таким образом, позволяет устанавливать особые правовые режимы охраны интеллектуальной собственности в рамках международной деятельности по освоению космического пространства.

Релевантным актом такой региональной интеграции и даже унификации в рассматриваемой сфере представляется Конвенция Содружества Независимых Государств о сотрудничестве в области исследования и использования космического пространства в мирных целях,

<sup>15</sup> Doldirina C. Intellectual property rights in the context of space activities // Handbook of Space Law / F. Von der Dunk and F. Tronchetti (eds.). Edward Elgar, UK, 2015. P. 980.

которая была подписана 28 сентября 2018 г. в г. Душанбе в рамках заседания Совета глав государств Содружества Независимых Государств (Конвенция подписана Россией, Арменией, Беларусью, Казахстаном, Таджикистаном и Узбекистаном)<sup>16</sup>. Конвенция представляет собой рамочный межгосударственный договор, открытый для присоединения любого государства — участника СНГ.

Непосредственно порядок осуществления совместной деятельности в Конвенции не устанавливается, а регулируется отдельным межправительственным документом — Соглашением об осуществлении совместной деятельности государств — участников Содружества Независимых Государств в области исследования и использования космического пространства в мирных целях от 02.11.2018<sup>17</sup>. В Соглашении рассматриваются вопросы охраны технологий, прав интеллектуальной собственности, обмена информацией, экспортного контроля, таможенного регулирования, ответственности сторон, деятельности Межгосударственного совета по космосу и др.

Согласно статье 9 Соглашения, именуемой «Интеллектуальная собственность», презюмируется обеспечение сторонами адекватной и эффективной охраны прав на объекты интеллектуальной собственности, создаваемые или используемые в рамках Соглашения, на основе территориального принципа, определенного в соответствии с законодательством своего государства, его международными обязательствами, в частности положениями Соглашения.

Приложение № 2 к указанному Соглашению в основном посвящено распределению прав на совместно созданные результаты интеллектуальной деятельности и порядку использования интеллектуальной собственности, которые должны реализовываться на основе следующих принципов: надлежащей правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности; должного учета соответствующих вкладов субъектов совместной деятельности; эффективного использования интеллектуальной собственности; недискриминационного отношения к участникам совместной деятельности; защиты деловой конфиденциальной информации; использования предшествующей интеллектуальной собственности только после обеспечения

ее правовой охраны на территории государства использования; пресечения нарушений законных прав третьих сторон на объекты интеллектуальной собственности, полученные и используемые в рамках Соглашения, и др.

Среди прочих обозначенных положений обращает на себя внимание возможность использования предшествующей интеллектуальной собственности лишь после обеспечения ее правовой охраны на территории того государства, где планируется использовать эту интеллектуальную собственность, что корреспондирует территориальному принципу охраны интеллектуальной собственности даже в совместных проектах по исследованию и использованию космического пространства в мирных целях.

Как и в случае с двусторонними соглашениями, рассматриваемое Соглашение, а именно его приложение № 2, устанавливает положение о том, что стороны и (или) участники совместной деятельности разрабатывают на совместной основе планы оценки и использования результатов интеллектуальной деятельности. Значение таких планов сложно переоценить, поскольку они подготавливаются с учетом соответствующих вкладов сторон или участников совместной деятельности в рассматриваемую деятельность, включая предшествующую интеллектуальную собственность, переданную в рамках совместной деятельности, и определяют виды и объемы использования интеллектуальной собственности, а также условия и порядок осуществления прав на объекты интеллектуальной собственности на территориях государств-сторон и, в случае необходимости, на территориях третьих государств. При этом сама правовая природа таких планов представляется неоднозначной ввиду положения Соглашения о том, что приложение № 2 не изменяет национального порядка регулирования прав на объекты интеллектуальной собственности в государствах-участниках, а также не противоречит их международным обязательствам. Таким образом, план оценки и использования результатов интеллектуальной деятельности представляется организационным документом, который при этом может содержать элементы договора об использовании (передаче прав использования) объектов интеллектуальной собственности.

<sup>16</sup> URL: <https://docs.cntd.ru/document/554608978>.

<sup>17</sup> Ратифицировано Федеральным законом от 04.11.2019 № 349-ФЗ // URL: <https://docs.cntd.ru/document/542658480>.



При этом важно понимать, что участники совместной деятельности имеют право использовать совместно созданные объекты интеллектуальной собственности для удовлетворения собственных потребностей. Это общее правило может быть изменено планом оценки и использования. Условия совместной деятельности в контексте распределения прав на совместно созданные объекты интеллектуальной собственности могут быть регламентированы и в отдельных соглашениях.

Крайне важным положением Соглашения представляется возможность выбора и согласования на паритетных началах сторонами и участниками совместной деятельности формы охраны того или иного результата интеллектуальной деятельности, созданного совместно. Обозначены три варианта: патентование, регистрация или сохранение в тайне. Судя по всему, в последнем случае речь идет об охране релевантных объектов посредством ноу-хау путем установления режимов конфиденциальности, коммерческой тайны. При этом стороны и участники совместной деятельности гарантируют неразглашение сведений о совместно созданных результатах интеллектуальной деятельности до принятия решения сохранить их в тайне либо до публикации информации о результатах, которые должны быть зарегистрированы или запатентованы в качестве объектов интеллектуальной собственности. Это положение логично, но в то же время обращает на себя внимание отсутствие условий об ответственности за такое разглашение. Как представляется, было бы целесообразным включить в приложение № 2 положение, отсылающее к соответствующей гражданско-правовой ответственности по законодательству государства, где предоставляется и испрашивается охрана. Действительно, территориальный принцип охраны здесь представляется сохраняющим актуальность. Это подтверждается и территориально ориентированным положением приложения № 2 о том, что заявки на выдачу патентов на совместно созданные результаты интеллектуальной деятельности в первую очередь подаются в патентное ведомство той страны, на территории которой созданы такие результаты.

Таким образом, в отсутствие единого международного договора об охране объектов интеллектуальной собственности, в том числе совместно созданных в рамках совместной деятельности государств и частных субъектов по освоению (исследованию и использованию)

космического пространства, а также в отсутствие отдельных международных норм в основных международных договорах в сфере охраны интеллектуальной собственности региональное и двустороннее сотрудничество государств, приводящее к региональным и двусторонним международным договорам (соглашениям) о сотрудничестве в сфере освоения космического пространства, в которых регламентируются и вопросы учета, оценки, использования, распределения прав интеллектуальной собственности, а также истребования соответствующей охраны, представляется основным вектором регламентации охраны интеллектуальной собственности в космосе. Совместная проектная деятельность, приводящая и к созданию результатов интеллектуальной деятельности, может в данном случае быть упорядочена в соглашениях участников, в актах иного рода, например в планах оценки и использования результатов интеллектуальной деятельности, однако международно-правовые основы, принципы такого специального регулирования должны быть установлены в обозначенных выше международных договорах (региональных и двусторонних). Здесь важно учитывать вклад участников в создание объектов интеллектуальной собственности при распределении прав. Представляется необходимой разработка единых методик оценки, учета вклада участников совместной деятельности в создание объектов интеллектуальной собственности, распределения исключительных прав. В этом контексте целесообразно предусмотреть на международно-правовом и национально-правовом уровне возможность выделения доли в исключительном праве на объект интеллектуальной собственности. При этом экстерриториальный потенциал возможного регулирования отношений в сфере охраны интеллектуальной собственности в космическом пространстве, ввиду его глобального характера, запрета на его присвоение и нераспространения государственного суверенитета той или иной страны, представляется довольно высоким. Обозначенное позволяет говорить о возможности разработки и использования условно именуемого «международного режима» охраны интеллектуальной собственности, который на данном этапе развития мог бы выражаться в универсальном характере, взаимном признании и трансграничном использовании интеллектуальных прав как минимум на совместные результаты интеллектуальной деятельности, созданные при освоении космического пространства.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Гасанов Н. Ф. Обеспечение правовой охраны интеллектуальной собственности в контексте международного космического права // Экономика. Право. Общество. — 2017. — № 4. — С. 25–30.
2. Шахназаров Б. А. Особенности реализации принципа национального режима на современном этапе развития охраны промышленной собственности // Вестник Саратовской государственной юридической академии. — 2019. — № 4 (129). — С. 136–150.
3. Шахназаров Б. А. Территориальный принцип охраны интеллектуальной собственности и действие государственного суверенитета в цифровом пространстве // Lex russica (Русский закон). — 2018. — № 12 (145). — С. 132–144.
4. Doldirina C. Intellectual property rights in the context of space activities // Handbook of Space Law / F. Von der Dunk and F. Tronchetti (eds.). — Edward Elgar, UK, 2015.
5. Friedmann D. The uniqueness of the trade mark: a critical analysis of the specificity and territoriality principles // European Intellectual Property Review. — 2016. — № 38 (11). — P. 678–679.
6. Ritesh Mehra. Intellectual property protection in outer space — an overview // ILI Law Review. — Vol. II. Winter Iss. 2019. — URL: <https://www.ili.ac.in/pdf/rm.pdf> (дата обращения: 01.03.2022).
7. Traa-Engelman H. Van. The Commercial Exploitation of Outer Space: Issues of Intellectual Property Rights and Liability // LJIL. — 1991. — № 4.

Материал поступил в редакцию 13 марта 2022 г.

## REFERENCES

1. Hasanov NF. Obespechenie pravovoy okhrany intellektualnoy sobstvennosti v kontekste mezhdunarodnogo kosmicheskogo prava [Legal Protection of Intellectual Property in context of International Space Law]. *Economics. Law. Society*. 2017;4:25-30. (In Russ.).
2. Shakhnazarov BA. Osobennosti realizatsii printsipa natsionalnogo rezhima na sovremennom etape razvitiya okhrany promyshlennoy sobstvennosti [Peculiarities of Implementation of the National Regime Principle at the Present Stage of Industrial Property Protection Development]. *Saratov State Law Academy Bulletin*. 2019;4(129). (In Russ.).
3. Shakhnazarov BA. Territorialnyy printsip okhrany intellektualnoy sobstvennosti i deystvie gosudarstvennogo suvereniteta v tsifrovom prostranstve [Territorial Principle of Intellectual Property Protection and the Effect of State Sovereignty in the Digital Space]. *Lex russica*. 2018;12(145):132-144. (In Russ.).
4. Doldirina C. Intellectual property rights in the context of space activities. In: Von Dunk F, Tronchetti F, editors. *Handbook of Space Law*. Edward Elgar Publ.: UK; 2015.
5. Friedmann D. The uniqueness of the trade mark: a critical analysis of the specificity and territoriality principles. *European Intellectual Property Review*. 2016;38(11):678-679.
6. Van Traa-Engelman H. The Commercial Exploitation of Outer Space: Issues of Intellectual Property Rights and Liability. *Leiden Journal of International Law*. 1991;4.
7. Ritesh Mehra. Intellectual property protection in outer space — an overview. *ILI Law Review*. Vol. II. Winter. 2019. Availavle at: <https://www.ili.ac.in/pdf/rm.pdf> [Accessed: 01.03.2022].

## Системное единство государственного контроля (надзора) и общественного контроля как конституционно-правовой принцип

**Аннотация.** В статье с позиций конституционно-правовой науки предлагается к рассмотрению принцип системного единства государственного контроля (надзора) и общественного контроля, который, по мнению автора, обусловлен логикой развития российского законодательства о контрольно-надзорной деятельности и дает необходимую конституционно-теоретическую точку опоры для дальнейшего повышения сплоченности государства и гражданского общества. На основе системного анализа базовых положений законодательных актов о видах контроля в статье показано, что данный конституционно-правовой принцип проявляет себя в следующих аспектах: единый концептуальный подход законодателя к ориентированию всех видов контроля на достижение конституционно значимых целей и защиту конституционно значимых ценностей; ориентированность всех видов контроля на всестороннее обеспечение законности в подлежащих контролю сферах общественных отношений; скоррелированность содержания видов контроля с точки зрения сочетания как собственно проверочных мероприятий (или наблюдения), так и аналитико-прогностических составляющих, направленных на противодействие формированию условий, способствующих совершению нарушений; корреспондированность ожидаемых результатов контрольной деятельности в рамках всех видов контроля — устранение нарушений и восстановление состояния защищенности прав и свобод физических и юридических лиц, общественных интересов; единство конструктивного характера контрольной деятельности. Практическое внедрение в доктрину и законотворчество предложенного конституционно-правового принципа системного единства государственного контроля (надзора) и общественного контроля позволит в большей степени обеспечить нацеленность всей контрольно-надзорной деятельности на достижение состояния защищенности конституционно значимых ценностей, в том числе на всестороннее соблюдение гарантий прав и свобод человека и гражданина, укрепление законности и правопорядка, а также на повышение эффективности государственного и муниципального управления.

**Ключевые слова:** государственный контроль; надзор; муниципальный контроль; общественный контроль; ответственный общественный контроль; правовое государство; обеспечение законности; совершенствование государственного и муниципального управления; единство государственного и общественного контроля; консолидация общества.

**Для цитирования:** Спиридонов А. А. Системное единство государственного контроля (надзора) и общественного контроля как конституционно-правовой принцип // *Lex russica*. — 2022. — Т. 75. — № 6. — С. 48–58. — DOI: 10.17803/1729-5920.2022.187.6.048-058.

---

© Спиридонов А. А., 2022

\* Спиридонов Андрей Алексеевич, кандидат юридических наук, доцент, заместитель директора департамента обеспечения регуляторной политики Правительства Российской Федерации  
Краснопресненская наб., д. 2, стр. 2, г. Москва, Россия, 103274  
spiridonov\_aa@aprf.gov.ru

## Systemic Unity of State Control (Supervision) and Public Control as a Constitutional Law Principle

**Andrey A. Spiridonov**, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Deputy Director, Regulatory Policy Department of the Government of the Russian Federation  
nab. Krasnopresnenskaya, d. 2, str. 2, Moscow, Russia, 103274  
spiridonov\_aa@aprf.gov.ru

**Abstract.** The paper examines the principle of systemic unity of state control (supervision) and public control in the context of constitutional law science that, according to the author, is conditioned by the logic of the development of Russian legislation concerning control and supervisory activities and provides the necessary constitutional and theoretical support point for further increasing of cohesion between the state and civil society. Based on a systematic analysis of the basic provisions of legislative acts concerning types of control, the paper shows that this constitutional law principle manifests itself in the following aspects: as a uniform conceptual approach of the law-maker to aim all types of control to achieve constitutionally significant goals and protect constitutionally significant values; orientation of all types of control to comprehensively ensure the rule of law in the areas of controlled public relations; the correlation of the content of the types of control in terms of a combination of both verification measures (or supervision) and analytical and prognostic components aimed at countering the formation of conditions conducive to violations; the correlation of the expected results of control activities within all types of control, namely, the elimination of violations and restoration of the state of protection of the rights and freedoms of individuals and legal entities and public interests; unity of the constructive nature of control activities. The practical introduction into the doctrine and law-making of the proposed constitutional law principle of the systemic unity of state control (supervision) and public control will make it possible to ensure to a greater extent that all control and supervisory activities are aimed at achieving a state of protection of constitutionally significant values, including full compliance with safeguards of human and civil rights and freedoms, strengthening the rule of law, and improving the efficiency of the state and municipal administration.

**Keywords:** state control; supervision; municipal control; public control; responsible public control; rule of law; ensuring the rule of law; improvement of state and municipal administration; unity of state and public control; consolidation of society.

**Cite as:** Spiridonov AA. Sistemnoe edinstvo gosudarstvennogo kontrolya (nadzora) i obshchestvennogo kontrolya kak konstitucionno-pravovoy printsip [Systemic Unity of State Control (Supervision) and Public Control as a Constitutional Law Principle]. *Lex russica*. 2022;75(6):48-58. DOI: 10.17803/1729-5920.2022.187.6.048-058. (In Russ., abstract in Eng.).

Конституционно-правовое исследование тех или иных комплексных явлений общественно-политической и правовой действительности, имеющих важное значение для государственного и общественного развития, должно быть ориентировано на максимально широкий охват сути этих явлений с позиций основополагающих конституционно значимых идей и ценностей. Ввиду этого рассмотрение контрольно-надзорной деятельности, представляющей собой важный элемент и даже гарантию правового государства и народовластия, необходимо вести через призму базовых идей, лежащих в ее основе, то есть принципов<sup>1</sup>. По нашему мнению, особо значимым конституционно-правовым

принципом, лежащим в основе построения современной системы контроля в Российской Федерации, является принцип органичного системного единства государственного контроля (надзора) и общественного контроля.

Контроль, осуществляемый различными уполномоченными на то субъектами, как публично-властными (органами и должностными лицами, реализующими государственный и муниципальный контроль), так и общественными (обозначенными в законе объединениями граждан — субъектами общественного контроля), является неизменным спутником как такового осуществления государственного и муниципального управления, функционирования

<sup>1</sup> Для отечественной теории права характерно понимание принципов именно через базовые правовые идеи. Например, отмечается, что «принцип (латин. *principium* — первоначало, начало) как таковой — это определенная основополагающая идея, исходное идейное положение, установление» (см.: Чернобель Г. Т. Правовые принципы как идеологическая парадигма // Журнал российского права. 2010. № 1. С. 87).



государственного механизма и общественно-государственных коммуникаций. Невозможно пустить реализацию государственно-властных предписаний, правовых установлений «на самотек», не контролируя, чтобы соответствующие процессы протекали в обществе надлежащим образом. В этом смысле контрольная деятельность имеет конституционное звучание, обеспечивая сам конституционный строй государства, реализацию власти в обществе сообразно принципам правового демократического государства, как на федеральном и региональном, так и на муниципальном уровнях.

Оговоримся, что в рамках настоящего исследования мы условно (с той лишь целью, чтобы повсеместно не обозначать его в перечислении) включаем в объем понятия государственного контроля также муниципальный контроль ввиду принципиального единства их правовой природы и отправного субъекта, их осуществляющего, — публичной власти, образующей единую систему.

Таким образом, речь следует вести о системной взаимосвязи государственного контроля, государственного надзора, муниципального контроля, общественного контроля.

Безусловно, они несводимы друг к другу и обладают существенной спецификой<sup>2</sup>, однако общие идеи и цели позволяют рассматривать их в рамках общей системы.

Определимся с тем, что мы понимаем под конституционно-правовым принципом для целей настоящего исследования.

В научной литературе приводится позиция, согласно которой «Конституция Российской Федерации как акт высшей юридической силы позволяет сформулировать конституционно-правовые принципы, которые, следуя из Основного Закона страны, оказывают воздействие на всю систему правового регулирования, придавая ей необходимые единство, стройность и едино-

образии. Как отмечают исследователи, конституционные принципы применяются самостоятельно, а также во взаимодействии с другими конституционными установлениями. Они имеют особое значение в понимании, толковании и реализации иных установлений Конституции, так как выступают в качестве основы, исходной нормативной базы системы права Российской Федерации — ведущего правового начала отраслей права»<sup>34</sup>. Ученые также отмечают, что «системное единство норм права в первую очередь обеспечивается конституционно-правовыми принципами, на которые Конституционный Суд РФ ссылается в своих решениях. Это принципы правовой определенности, соразмерности, баланса частных и публичных интересов, справедливости. Из анализа решений Конституционного Суда РФ можно сделать выводы, что указанные принципы суд рассматривает как имеющие универсальный характер, то есть они оказывают регулирующее воздействие на все сферы жизни общества, и как обладающие высшей степенью нормативной обобщенности»<sup>5</sup>.

Следует согласиться с тем, что конституционно-правовой принцип является своего рода упорядочивающим началом, позволяющим приводить к «общему знаменателю» регулирование разных отраслей и институтов права, разных законодательных актов.

Собственно, под конституционно-правовым принципом мыслится следующая из конституционных норм и признаваемая в конституционно-правовой доктрине основополагающая, руководящая идея, на которой базируется научно-теоретическое понимание определенного общественно-правового феномена и конкретное правовое регулирование соответствующей сферы общественных отношений.

Именно в таком ключе мы понимаем принцип системного единства государственного контроля (надзора) и общественного контро-

<sup>2</sup> См. подробнее, например: *Спектор А. А.* К вопросу о соотношении понятий «государственный надзор» и «государственный контроль» // Вестник Московского университета МВД России. 2011. № 8. С. 148–151 ; *Селиванова Е. С.* К вопросу о различии в понятиях «народный», «общественный», «гражданский» контроль в научном и прикладном дискурсах // Вестник ТГУ. 2013. Вып. 5 (121). С. 203–208 ; *Плотников А. А.* Соотношение государственного и общественного контроля в условиях формирования гражданского общества // Философия права. 2013. № 1. С. 105–109.

<sup>3</sup> См.: *Общая теория права* / под ред. А. С. Пиголкина. М., 1997. С. 180.

<sup>4</sup> *Коршунова Т. Ю., Каменская С. В.* Отражение конституционно-правовых принципов регулирования оплаты труда в решениях Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. 2021. № 4. С. 103.

<sup>5</sup> *Таева Н. Е.* Конституционно-правовые принципы обеспечения системного единства норм // Государственная власть и местное самоуправление. 2014. № 12. С. 17.

ля, который проявляет себя в идейной, аксиологической (с точки зрения защищаемых ценностей), телеологической (с точки зрения провозглашаемых и подразумеваемых целей), системно-структурной и конкретно-регулятивной взаимосвязи всего правового регулирования отношений в сфере осуществления названных видов контроля.

Этот принцип следует из основ конституционного строя Российской Федерации, системное понимание которых дает осознание необходимости наличия как государственного, так и общественного контроля, а также сущностного единства их правовой природы (какое ни в какой степени не страдает от того факта, что разные виды контроля осуществляют разные субъекты с различным набором функций и полномочий, поскольку сохраняется общность целей и защищаемых ценностей).

Государственный контроль как обязательная функция государства следует, помимо положений гл. 1 Конституции РФ, также из п. «а» ее статьи 71, согласно которому в ведении Российской Федерации находится контроль за соблюдением Конституции и федеральных законов. Относительно же общественного контроля исследователи пишут о том, что конституционное закрепление характеристик Российской Федерации как демократического и правового государства прямо предполагает необходимость «закрепить на законодательном уровне участие населения страны в управлении государством и развитие эффективной системы обратной связи в форме общественного (гражданского) контро-

ля за деятельностью государственных органов, органов власти местного самоуправления и должностных лиц»<sup>6</sup>.

В исследуемой нами сфере действует ряд ключевых федеральных законов, регламентирующих разные виды контроля, разные аспекты контрольно-надзорной деятельности. В их числе федеральные законы от 07.05.2013 № 77-ФЗ «О парламентском контроле»<sup>7</sup>, от 21.07.2014 № 212-ФЗ «Об основах общественного контроля в Российской Федерации»<sup>8</sup>, от 31.07.2020 № 248-ФЗ «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации»<sup>9</sup>, а также ряд других, также затрагивающих тот или иной контроль<sup>10</sup> и (или)<sup>11</sup> надзор<sup>12</sup>.

Все они были приняты в разное время, в основе разработки их проектов лежали, если позволительно так выразиться, несколько различные «волны» правовых и общественно-политических идей, сопутствовавшие новым историческим этапам государственного строительства и эволюции российского общества. В них заложены нормы-принципы<sup>13</sup>, являющиеся руководящими началами для каждого соответствующего вида контроля, и все из них имеют весьма важное самоценное значение.

Однако, на наш взгляд, помимо принципов, изложенных в законодательстве применительно к конкретным видам контроля, следует говорить о конституционно-правовом принципе, имеющем базовое, объединяющее значение для них всех, позволяющем обеспечить подлинную синергию всех видов контроля и надзора

<sup>6</sup> Лукьянова В. В. Общественный контроль над деятельностью органов государственного и муниципального управления // Вестник СамГУ. 2013. № 10. С. 146.

<sup>7</sup> Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru>. 08.05.2013.

<sup>8</sup> Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru>. 22.07.2014.

<sup>9</sup> Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://pravo.gov.ru>. 31.07.2020.

<sup>10</sup> Например: Федеральный закон от 03.12.2012 № 230-ФЗ «О контроле за соответствием расходов лиц, замещающих государственные должности, и иных лиц их доходам» // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru>. 04.12.2012.

<sup>11</sup> Например: Федеральный закон от 26.12.2008 № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» // Российская газета. 30.12.2008. № 266.

<sup>12</sup> Например: Федеральный закон от 06.04.2011 № 64-ФЗ «Об административном надзоре за лицами, освобожденными из мест лишения свободы» // Российская газета. 08.04.2011. № 75.

<sup>13</sup> Обратим внимание, что именно для конституционного права характерна особая роль норм-принципов, которые занимают значительное место среди общего объема конституционно-правовых норм. Как писала Е. И. Козлова, от норм других отраслей права конституционно-правовые нормы отличаются, в том числе «своеобразием видов: среди рассматриваемых норм значительно больше, чем в других отраслях, общерегулятивных норм. Это нормы-принципы, нормы-дефиниции, нормы-задачи» (Козлова Е. И., Кутафин О. Е. Конституционное право России : учебник. 4-е изд., перераб. и доп. М. : Проспект, 2009. С. 9).

для достижения общественно и государственно значимых целей, а также для совершенствования государственного и муниципального управления в стране.

Этот принцип — системное единство — имеет значение в рамках такой конституционно-правовой системы, в которой **доминирует понимание важности объединения государственных и общественных усилий** для обеспечения подлинно правового и демократического характера государства. Полагаем, что в настоящее время в России существует именно такая конституционно-правовая система, и в условиях ярко обозначивших себя внешних вызовов и угроз **особенно востребована совокупная реализация потенциалов и государственного, и общественного контроля.**

Отметим, что на разных исторических этапах проявляло себя различное отношение к сущности и задачам контроля — от настороженного противопоставления государственного контроля и свободы общества до понимания того, что государственный контроль в его взаимосвязи с общественным контролем служит именно интересам обеспечения правового порядка и свободного развития общества<sup>14</sup>.

В настоящее время на уровне целеполагания, задаваемого в официальных документах и выступлениях высшим руководством страны, постоянно звучит тема эффективного и открытого диалога государства, в том числе в лице контролирующих органов, с обществом, гражданами, бизнесом, а также указывается на приоритет рационализации контроля, снижения чрезмерной контрольной нагрузки.

Так, в Послании Федеральному Собранию Российской Федерации 21 апреля 2021 г. Президент РФ В. В. Путин отметил, в частности, что

«все ключевые решения в сфере экономики мы принимаем в диалоге с деловым сообществом», а также призвал региональные управленческие команды к «открытости для честного диалога с бизнесом, с инвесторами, ну и, конечно, в первую очередь с гражданами»; кроме того, Президент подчеркнул, что мы уже «отказались от массы ненужных контрольных проверок, но нужно наращивать набранный темп, и результат в улучшении делового климата должен быть предметным, понятным, осязаемым»<sup>15</sup>.

Всё это свидетельствует о необходимости дальнейшего повышения эффективности как государственного, так и общественного контроля, рассматриваемых в рамках единого конституционно-правового механизма, служащего достижению национальных целей развития Российской Федерации и приоритетам всестороннего обеспечения прав и свобод граждан, улучшения качества жизни и роста благосостояния населения страны.

В контексте обозначенных концептуальных задач еще раз подчеркнем, что невозможно искусственно «разрывать» государственный и общественный контроль; правовому характеру государства свойственно их единство, общая нацеленность на обеспечение практической реализации принципов правового государства. Исследователи резонно замечают: «Для того чтобы государство действительно было подчинено праву, это подчинение должно быть обеспечено гарантиями. Прежде всего, необходимо гарантировать, чтобы нормы права, создаваемые государством, находились в соответствии с первоисточником всякого права — народным правосознанием, правовым выражением которого является конституция страны, и чтобы

<sup>14</sup> В этом отношении интересна, например, точка зрения В. Г. Румянцевой, которая пишет: «С точки зрения политико-правовой и социальной сущности понимание социального или общественного контроля эволюционировало от негативного восприятия в качестве части репрессивного механизма государства, подавляющего прогрессирующие либеральные и демократические стремления (одностороннее подчинение посредством государственного контроля) до элемента обеспечения социальной справедливости и стабильности (совокупность государственного и гражданского контроля, основанного на рассмотрении государственного аппарата и гражданского общества как равноправных субъектов, корреспондирующих с полномочиями), а затем международно-правового механизма разрешения внутри- и межгосударственных противоречий в эпоху глобализации (международный контроль)» (Румянцева В. Г. Общественный контроль за деятельностью государства: к теории вопроса // История государства и права. 2009. № 11). Оставим за рамками настоящего исследования весьма дискуссионный в современных условиях вопрос о международном контроле, но в остальном обозначенный вектор эволюции охарактеризован весьма убедительно.

<sup>15</sup> Официальный интернет-сайт Президента РФ. URL: <http://www.kremlin.ru/events/president/transcripts/messages/65418> (дата обращения: 02.05.2022).

государство действовало в конкретных случаях согласно этим нормам»<sup>16</sup>. Добиться реализации этой идеи возможно, лишь консолидировав усилия публичной власти и общества, в том числе в плоскости контроля, осуществляемого как властными институтами, так и общественными субъектами.

Ввиду этого «удельный вес» разных видов контроля, их значимость и вклад в достижение общих целей должны рассматриваться как сопоставимые, стремящиеся к равенству. Наличие развитого, скажем, парламентского контроля в государстве не менее важно, чем наличие эффективного общественного контроля.

С точки зрения эволюции видов и форм контроля также проявляется единство разных видов контроля в Российской Федерации. Например, некоторые исследователи, рассматривая парламентский контроль как разновидность конституционного контроля, подчеркивают, что «конституционный контроль как контроль над властью (прежде всего в высших ее звеньях) в России стал утверждаться по мере продвижения реформ конституционного строя России, предпринятых с 90-х годов XX столетия»<sup>17</sup>. Здесь мы снова встречаем понимание именно конституционного генезиса контрольной деятельности, что позволяет говорить о неотъемлемости такой деятельности от самого конституционного строя государства в его современном понимании.

В отношении же общественного контроля А. Г. Кучерена справедливо подчеркнул, что такой контроль — «черта подлинно демокра-

тического, правового, эффективного и открытого государства. Общественный контроль над развитием и повышением эффективности российской общественно-политической системы в целом, отдельных звеньев системы государственного управления — важнейший приоритет развития гражданского общества»<sup>18</sup>.

Концептуальный подход федерального законодателя к определению видов контроля состоит в ориентировании всей контрольной деятельности на конституционно значимые цели, достижение которых исключительно важно для дальнейшего развития общества и государства. Единство такого подхода можно констатировать, исходя из легальных дефиниций видов контроля, закрепленных в упомянутых выше ключевых законодательных актах.

Так, анализ дефиниции, изложенной в ч. 1 ст. 1 Федерального закона «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации», позволяет говорить об ориентированности государственного контроля (надзора), муниципального контроля на предупреждение, выявление и пресечение нарушений обязательных требований, принятие мер по устранению последствий таких нарушений, а также по восстановлению ранее существовавшего правового положения.

Согласно определению, закрепленному в п. 1 ст. 2 Федерального закона от 26.12.2008 № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля»<sup>19</sup>, имеет место

<sup>16</sup> Шарнина Л. А. Общественный контроль как гарантия конституционной законности при реализации конституционного усмотрения // Конституционное и муниципальное право. 2017. № 12.

<sup>17</sup> Овсепян А. Г. Понятие и признаки парламентского контроля (теоретическая характеристика) // Конституционное и муниципальное право. 2011. № 3. С. 24.

<sup>18</sup> Кучерена А. Г. Понятие и сущность общественного (гражданского, демократического) контроля деятельности органов публичной власти // Право и жизнь. 2013. № 1. С. 75.

<sup>19</sup> В соответствии с указанным пунктом (в актуальной редакции), государственный контроль (надзор) — деятельность уполномоченных органов государственной власти (федеральных органов исполнительной власти и органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации), направленная на предупреждение, выявление и пресечение нарушений юридическими лицами, их руководителями и иными должностными лицами, индивидуальными предпринимателями, их уполномоченными представителями требований, установленных названным Федеральным законом, другими федеральными законами и принимаемыми в соответствии с ними иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, законами и иными нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации (обязательные требования), посредством организации и проведения проверок юридических лиц, индивидуальных предпринимателей, организации и проведения мероприятий по профилактике нарушений обязательных требований, мероприятий по контролю, осуществляемых без взаимодействия с юридическими лицами, индивидуальными предпринимателями, принятия предусмотренных законодательством Российской Федерации мер по пресечению и (или) устранению последствий выявленных



практически аналогичная ориентированность государственного контроля (надзора), однако не акцентируется внимание на восстановлении ранее существовавшего правового положения, зато указывается на анализ и прогнозирование состояния исполнения обязательных требований при осуществлении деятельности юридическими лицами, индивидуальными предпринимателями, как важные составляющие контрольной деятельности.

Полагаем аналитико-прогностическую деятельность важной составной частью контроля. Это позволяет утверждать, что содержание контроля не сводится только к проверочным мероприятиям, нацеленным на выявление и пресечение нарушений. Контроль, рассматриваемый нами как явление, присущее правовому государству и подлинному народовластию, должен быть также ориентирован на определение условий — как в законодательстве, так и на практике, — способствующих возможным нарушениям; их определение может и должно служить основой для принятия мер по устранению самих таких условий.

Высказанная мысль подтверждается также тем, что, например, в Федеральном законе «О парламентском контроле» среди целей парламентского контроля, непосредственно направленных на защиту гарантированных Конституцией прав и свобод человека и гражданина, на укрепление законности и правопорядка, фигурируют и такие цели, как выявление ключевых проблем в деятельности государственных органов Российской Федерации, повышение эффективности системы государственного управления, изучение практики применения законодательства Российской Федерации, выработка рекомендаций, направленных на совершенствование законодательства и повышение эффективности его исполнения (ст. 2).

В свою очередь, согласно положениям Федерального закона «Об основах общественного контроля в Российской Федерации»<sup>20</sup>

нарушений, а также деятельность указанных уполномоченных органов государственной власти по систематическому наблюдению за исполнением обязательных требований, анализу и прогнозированию состояния исполнения обязательных требований при осуществлении деятельности юридическими лицами, индивидуальными предпринимателями.

<sup>20</sup> Согласно ч. 1 ст. 4 указанного Федерального закона под общественным контролем в нем понимается деятельность субъектов общественного контроля, осуществляемая в целях наблюдения за деятельностью органов государственной власти, органов местного самоуправления, государственных и муниципальных организаций, иных органов и организаций, осуществляющих в соответствии с федеральными законами отдельные публичные полномочия, а также в целях общественной проверки, анализа и общественной оценки издаваемых ими актов и принимаемых решений.

данный вид контроля ориентирован не только на наблюдение за деятельностью органов публичной власти, но и на осуществление общественной проверки, анализа и общественной оценки издаваемых ими актов и принимаемых решений, для чего сформулировано и такое целеполагание, как обеспечение учета общественного мнения, предложений и рекомендаций граждан и институтов гражданского общества при принятии решений органами публичной власти.

Рассмотрение с конституционно-правовых позиций указанных базовых положений законодательных актов о видах контроля позволяет прийти к заключению, что **конституционно-правовой принцип системного единства государственного контроля (надзора) и общественного контроля проявляет себя в следующих аспектах:**

- единый концептуальный подход законодателя к ориентированию всех видов контроля на достижение конституционно значимых целей и защиту конституционно значимых ценностей;
- ориентированность всех видов контроля на всестороннее обеспечение законности во всех подлежащих контролю сферах общественных отношений и по всем направлениям деятельности органов публичной власти, контроль за которой осуществляется;
- скоррелированность содержания всех видов контроля с точки зрения сочетания как собственно проверочных мероприятий (или наблюдения), так и аналитико-прогностических составляющих, направленных на противодействие формированию условий, способствующих совершению нарушений;
- скорреспондированность ожидаемых результатов контрольной деятельности в рамках всех видов контроля — устранение нарушений и восстановление состояния защищенности прав и свобод физических и юридических лиц, общественных интересов;

— единство конструктивного характера контрольной деятельности, суть которой заключается не столько в реализации некой карательной функции (применение санкций по результатам контроля, привлечение к ответственности виновных в нарушениях), сколько в защите прав и свобод от нарушений и выработке конструктивных предложений по недопущению нарушений в дальнейшем, то есть по совершенствованию деятельности, подлежащей контролю.

В рамках единства государственного и общественного контроля, как представляется, у граждан повышается мотивация к активной реализации права участвовать в управлении делами государства, в том числе посредством участия в общественном контроле. Следует согласиться с тем, что «в обществе есть устремления занимать более активную гражданскую позицию»<sup>21</sup>, правовой основой для чего служит законодательство об общественном контроле. Последовательная реализация как в законотворчестве, так и в правоприменительной практике конституционно-правового принципа системного единства государственного и общественного контроля, на наш взгляд, будет служить дальнейшему **повышению конструктивной гражданской активности и преодолению возможной разнонаправленности общественного и государственного контроля.**

С конституционно-правовой точки зрения полагаем целесообразным говорить об ответственном общественном контроле, при котором осуществление имеющихся у граждан в силу законодательства контрольных функций базируется на **личном ответственном отноше-**

**нии** к этому процессу и на стремлении к конструктивным результатам контроля, ориентированным не только на выявление недостатков государственного и муниципального управления, но и на выработку предложений и рекомендаций по **эффективному совершенствованию** реализации органами публичной власти своих функций в интересах населения.

Это, на наш взгляд, в полной мере коррелирует с важными задачами общественного контроля, состоящими в следующем: формирование и развитие гражданского правосознания; повышение уровня доверия граждан к деятельности государства, обеспечение тесного взаимодействия государства с институтами гражданского общества; содействие предупреждению и разрешению социальных конфликтов<sup>22</sup>; реализация гражданских инициатив, направленных на защиту прав и свобод человека и гражданина (ч. 2 ст. 5 Федерального закона «Об основах общественного контроля в Российской Федерации»). Добавим также, что для дальнейшего развития механизмов общественного контроля следует повысить доверие граждан, вовлеченных в такую контрольную деятельность, не только к публичной власти, но и к самим субъектам общественного контроля. Исследователи отмечают, что важно «в деле совершенствования механизмов гражданского (общественного) контроля повышать уровень доверия граждан друг к другу»<sup>23</sup>, с чем следует согласиться, поскольку это будет способствовать консолидации активных и конструктивных сил общества<sup>24</sup>.

Практическая реализация рассматриваемого в настоящем исследовании конституци-

<sup>21</sup> Михеева Т. Н., Михеев Д. С. Правовой вектор в развитии общественного контроля // Юридический мир. 2014. № 9. С. 19.

<sup>22</sup> В этой связи обратим внимание на следующие весьма резонные рассуждения: «Современному государству всё сложнее реагировать на множество общественных запросов, что приводит к обострению социальных конфликтов. Решить эту проблему могут лишь эффективные обратные связи. Общественный контроль может и должен стать той внешней опорой, рычагом и системой обратной связи, которые обеспечат целостность, сбалансированность процессов реформирования и конечный успех проводимых государством реформ» (Макарова О. В. Использование потенциала гражданского общества в осуществлении общественного контроля в России и зарубежных государствах // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2018. № 2. С. 16).

<sup>23</sup> Киричк Е. В. Гражданский (общественный) контроль за деятельностью органов публичной власти в сфере обеспечения конституционных прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации // Актуальные проблемы российского права. 2013. № 9 (34). С. 1096.

<sup>24</sup> В этом контексте обратим внимание на точку зрения, состоящую в том, что в России «в условиях внешнеполитических и внутривнутриполитических угроз национальной безопасности органы общественного контроля становятся механизмом поддержания непротиворечивого ценностного равновесия в обществе, элементом механизма достижения непротиворечивой системы ценностей, ориентированной на соли-

онно-правового принципа системного единства государственного контроля (надзора) и общественного контроля позволит в большей степени обеспечить **нацеленность всей контрольно-надзорной деятельности на достижение состояния защищенности конституционно значимых ценностей**, в том числе на всестороннее соблюдение гарантий прав и свобод человека и гражданина, укрепление законности и правопорядка, а также на повышение эффективности государственного и муниципального управления.

Необходимо преодолевать возможную доктринальную (а также практическую) разобщенность контрольно-надзорной деятельности органов публичной власти и общественного контроля, их взаимную дистанцированность, которая может отражать контрпродуктивную дистанцированность государства и институтов гражданского общества в целом. **Рациональное сближение государственного и общественного контроля по принципам, целям, задачам, механизмам осуществления и ожидаемым результатам будет служить важной цели дальнейшего сближения государства и гражданского общества**, повышению эффективности их

диалога, что позитивно отразится как на совершенствовании государственного и муниципального управления, так и на повышении качества жизни наших граждан.

Полагаем важной задачей современной конституционно-правовой науки формулирование и дальнейшее внедрение как в научный оборот, так и в законотворчество и практическое право-применение принципов, способствующих расширению системно-организационных начал в государственном строительстве, государственном и муниципальном управлении, которые, в свою очередь, позволят **повысить уровень синергии взаимодействия конструктивных сил государства и общества** для достижения национальных целей развития и реализации национальных интересов России.

Предлагаемый конституционно-правовой принцип системного единства государственного контроля (надзора) и общественного контроля служит именно этим целям. Он обусловлен логикой развития российского законодательства о контрольно-надзорной деятельности и дает необходимую конституционно-теоретическую точку опоры для дальнейшего повышения сплоченности государства и гражданского общества.

#### БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Киричек Е. В.* Гражданский (общественный) контроль за деятельностью органов публичной власти в сфере обеспечения конституционных прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации // Актуальные проблемы российского права. — 2013. — № 9 (34).
2. *Козлова Е. И., Кутафин О. Е.* Конституционное право России : учебник. — 4-е изд., перераб. и доп. — М. : Проспект, 2009.
3. *Коршунова Т. Ю., Каменская С. В.* Отражение конституционно-правовых принципов регулирования оплаты труда в решениях Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. — 2021. — № 4.
4. *Кучерена А. Г.* Понятие и сущность общественного (гражданского, демократического) контроля деятельности органов публичной власти // Право и жизнь. — 2013. — № 1.
5. *Лукьянова В. В.* Общественный контроль над деятельностью органов государственного и муниципального управления // Вестник СамГУ. — 2013. — № 10.
6. *Макарова О. В.* Использование потенциала гражданского общества в осуществлении общественного контроля в России и зарубежных государствах // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. — 2018. — № 2.
7. *Михеева Т. Н., Михеев Д. С.* Правовой вектор в развитии общественного контроля // Юридический мир. — 2014. — № 9.
8. Общая теория права / под ред. А. С. Пиголкина. — М., 1997.
9. *Овсеян А. Г.* Понятие и признаки парламентского контроля (теоретическая характеристика) // Конституционное и муниципальное право. — 2011. — № 3.

---

дарность, а не на противоречивость различных социальных групп» (*Эмих В. В.* Общественный контроль и идеологическое многообразие в России // Социум и власть. 2017. № 1 (63). С. 106).

10. Плотников А. А. Соотношение государственного и общественного контроля в условиях формирования гражданского общества // *Философия права*. — 2013. — № 1.
11. Румянцева В. Г. Общественный контроль за деятельностью государства: к теории вопроса // *История государства и права*. — 2009. — № 11.
12. Селиванова Е. С. К вопросу о различии в понятиях «народный», «общественный», «гражданский» контроль в научном и прикладном дискурсах // *Вестник ТГУ*. — 2013. — Вып. 5 (121).
13. Спектор А. А. К вопросу о соотношении понятий «государственный надзор» и «государственный контроль» // *Вестник Московского университета МВД России*. — 2011. — № 8.
14. Таева Н. Е. Конституционно-правовые принципы обеспечения системного единства норм // *Государственная власть и местное самоуправление*. — 2014. — № 12.
15. Чернобель Г. Т. Правовые принципы как идеологическая парадигма // *Журнал российского права*. — 2010. — № 1.
16. Шарнина Л. А. Общественный контроль как гарантия конституционной законности при реализации конституционного усмотрения // *Конституционное и муниципальное право*. — 2017. — № 12.
17. Эмих В. В. Общественный контроль и идеологическое многообразие в России // *Социум и власть*. — 2017. — № 1 (63).

Материал поступил в редакцию 2 мая 2022 г.

## REFERENCES

1. Kirichek EV. Grazhdanskiy (obshchestvennyy) kontrol za deyatel'nostyu organov publichnoy vlasti v sfere obespecheniya konstitutsionnykh prav i svobod cheloveka i grazhdanina v Rossiyskoy Federatsii [Civil (social) control over the activities of public government bodies in the sphere of guarantees of constitutional rights and freedoms of individual and citizen in the Russian Federation]. *Aktual'nye problemi rossijskogo prava*. 2013;9(34). (In Russ.).
2. Kozlova EI, Kutafin OE. Konstitutsionnoe pravo Rossii: uchebnik [Constitutional Law of Russia: textbook]. 4th ed. Moscow: Prospekt Publ.; 2009. (In Russ.).
3. Korshunova TYu, Kamenskaya SV. Otrazhenie konstitutsionno-pravovykh printsipov regulirovaniya oplaty truda v resheniyakh Konstitutsionnogo Suda Rossiyskoy Federatsii [A Reflection of the Constitutional and Legal Regulation of Wages In the Decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation]. *Journal of Russian Law*. 2021;4:103-118. (In Russ.).
4. Kucherenina AG. Ponyatie i sushchnost obshchestvennogo (grazhdanskogo, demokratcheskogo) kontrolya deyatel'nosti organov publichnoy vlasti [Concept and essence of public control of activity of state agencies]. *Law and Life*. 2013;1. (In Russ.).
5. Lukyanova VV. Obshchestvennyy kontrol nad deyatel'nostyu organov gosudarstvennogo i munitsipalnogo upravleniya [Social Control over the Activities of Bodies of Public and Municipal Management]. *Vestnik SamGU*. 2013;10. (In Russ.).
6. Makarova OV. Ispolzovanie potentsiala grazhdanskogo obshchestva v osushchestvlenii obshchestvennogo kontrolya v Rossii i zarubezhnykh gosudarstvakh [Utilization of the Civilian Capacity for Public Control in Russia and Foreign Countries]. *Journal of Foreign Legislation and Comparative Law*. 2018;2. (In Russ.).
7. Mikheeva TN, Mikheev DS. Pravovoy vektor v razvitii obshchestvennogo kontrolya [The Legal Vector in Public Control Development]. *Juridical World*. 2014;9. (In Russ.).
8. Pigolkin AS, editor. Obshchaya teoriya prava [General theory of Law]. Moscow; 1997. (In Russ.).
9. Ovsepyan AG. Ponyatie i priznaki parlamentskogo kontrolya (teoreticheskaya kharakteristika) [The concept and features of parliamentary control (theoretical characteristics)]. *Constitutional and Municipal Law*. 2011;3:24-30. (In Russ.).
10. Plotnikov AA. Sootnoshenie gosudarstvennogo i obshchestvennogo kontrolya v usloviyakh formirovaniya grazhdanskogo obshchestva [The Ratio of State and Public Control in the Conditions of Formation of Civil Society]. *Philosophy of Law*. 2013;1:105-109. (In Russ.).
11. Rumyantseva VG. Obshchestvennyy kontrol za deyatel'nostyu gosudarstva: k teorii voprosa [Public control over the activities of the state: on the theory of the question]. *History of the State and Law*. 2009;11:42-48. (In Russ.).



12. Selivanova ES. K voprosu o razlichii v ponyatiyakh «narodnyy», «obshchestvennyy», «grazhdanskiy» kontrol v nauchnom i prikladnom diskursakh [On Question of Differentiation in Notions «Public», «Social», «Civil» Control in Scientific And Applied Discourses]. *Tomsk State University Journal of Law*. 2013;5(121).
13. Spector AA. K voprosu o sootnoshenii ponyatii «gosudarstvennyy nadzor» i «gosudarstvennyy kontrol» [To a Question on a Parity of Concepts «The State Supervision» and «The State Control»]. *Vestnik of Moscow University of the Ministry of Internal Affairs of Russia*. 2011;8:148. (In Russ.).
14. Taeva NE. Konstitutsionno-pravovye printsipy obespecheniya sistemnogo edinstva norm [Constitutional-Law Principles of Ensuring the Systemic Integrity of Norms]. *State Power and Local Self-government*. 2014;12:17-23. (In Russ.).
15. Chernobel GT. Pravovye printsipy kak ideologicheskaya paradigma [Legal Principles as Ideological Paradigm]. *Journal of Russian Law*. 2010;1(157):84-94. (In Russ.).
16. Sharnina LA. Obshchestvennyy kontrol kak garantiya konstitutsionnoy zakonnosti pri realizatsii konstitutsionnogo usmotreniya [Public Control as a Constitutional Legitimacy Guarantee When Exercising Constitutional Discretion]. *Constitutional and Municipal Law*. 2017;12:1-14. (In Russ.).
17. Emikh VV. Obshchestvennyy kontrol i ideologicheskoe mnogoobrazie v Rossii [Public control and Ideological diversity in Russia]. *Society and Power*. 2017;1(63):104-107. (In Russ.).

DOI: 10.17803/1729-5920.2022.187.6.059-073

А. А. Иванова\*

## Эффективность уголовного наказания за коррупционные преступления

**Аннотация.** Исследуются факторы, влияющие на эффективность уголовного наказания за совершение коррупционных преступлений. Методология исследования включает: основной метод научного познания (диалектический); системный подход; общенаучные методы: анализ и синтез (в осмыслении коррупционных деяний), сравнение (практики правоприменения, видов уголовного наказания); частнонаучные методы: математические и уголовно-статистические (при расчете показателей и выявлении корреляционных связей), социологические (опрос респондентов — сотрудников предварительного расследования, судей, осужденных, граждан); анализ документов и др. Эмпирическую базу составили результаты криминологического исследования, проведенного автором в 2018–2020 гг. в составе межрегионального научного коллектива (Владимир, Волгоград, Казань, Н. Новгород, Сыктывкар), а также данные уголовной статистики, материалы судебной практики. Анализируется состояние проблемы определения эффективности уголовного наказания и полученные результаты проецируются на сферу коррупционных преступлений. Представлены данные судебной статистики, дающие представление о правоприменительной практике назначения наказаний за совершение коррупционных преступлений за период 2016–2020 гг. Обоснована необходимость определения критериев оценки эффективности уголовного наказания в анализируемой сфере. К таковым следует отнести достижение наказанием заявленных законодателем целей. Предлагается при оценке эффективности исполнения наказания ориентироваться на результаты криминологических исследований. Дополнительными критериями эффективности могут служить: доля осужденных, считающих вынесенное им наказание справедливым/несправедливым; доля осужденных, возместивших причиненный ущерб полностью/частично, и др. Сделан вывод о недостаточной эффективности наиболее часто применяемых видов наказания, а также низком сдерживающем эффекте штрафа. Продемонстрировано, что свойственный современному антикоррупционному законодательству гуманизм не осознается осужденными, тем самым оказываемое государством доверие не оправдывается на фоне совершаемых коррупционных деяний. Аргументирована целесообразность возвращения конфискации как полноценного вида уголовного наказания за коррупционные преступления: раскрытие потенциала уголовного наказания в виде лишения свободы и восстановление конфискации имущества способны повысить эффективность уголовно-правового реагирования на коррупционную угрозу.

**Ключевые слова:** уголовное наказание; эффективность наказания; критерии эффективности; коррупционные преступления; коррупционная преступность; детерминанты; цели наказания; виды наказания; уголовно-правовые принципы; концепция сдерживания.

**Для цитирования:** Иванова А. А. Эффективность уголовного наказания за коррупционные преступления // Lex russica. — 2022. — Т. 75. — № 6. — С. 59–73. — DOI: 10.17803/1729-5920.2022.187.6.059-073.

© Иванова А. А., 2022

\* Иванова Анна Александровна, кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права и гражданского процесса факультета права Нижегородского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

Большая Печерская ул., д. 25/12, г. Н. Новгород, Россия, 603005

ivanova-anna2004@yandex.ru

## Effectiveness of Criminal Punishment for Corruption Crimes

**Anna A. Ivanova**, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Department of Civil Law and Civil Procedure, Faculty of Law, Nizhny Novgorod Branch, National Research University «Higher School of Economics»  
ul. Bolshaya Pecherskaya, d. 25/12, Nizhny Novgorod, Russia, 603005  
ivanova-anna2004@yandex.ru

**Abstract.** The paper examines factors influencing the effectiveness of criminal punishment for corruption crimes. The research methodology includes the main method of scientific cognition (dialectical), a systematic approach, general scientific methods: analysis and synthesis (in understanding corruption acts), comparison (law enforcement practices, types of criminal punishment); private scientific methods: mathematical and criminal statistical (in calculating indicators and identifying correlations), sociological (survey of respondents-officers responsible for preliminary investigation, judges, convicts, citizens), analysis of documents, etc. The empirical basis consists of the results of a criminological study conducted by the author in 2018–2020. as part of an interregional research team (Vladimir, Volgograd, Kazan, N. Novgorod, Syktyvkar), as well as criminal statistics data, materials of judicial practice. The paper analyzes the state of the problem of determining the effectiveness of criminal punishment. The results obtained are projected onto the sphere of corruption crimes. The law enforcement practice of sentencing for corruption crimes for the period 2016–2020 is presented on the basis of judicial statistics. The author substantiates the necessity of determining the criteria for evaluating effectiveness of criminal punishment in the area under examination. These include the achievement through punishment of the goals stated by the law-maker. It is proposed to focus on the results of criminological research when assessing the effectiveness of the execution of punishment. Additional criteria for effectiveness can be: the proportion of convicts who consider the punishment imposed on them fair/unfair; the proportion of convicts who have fully/partially compensated for the damage caused, etc. The conclusion is made about insufficient effectiveness of the most commonly used types of punishment, as well as the low deterrent effect of the fine. It is demonstrated that the humanism inherent in modern anti-corruption legislation is not recognized by convicts, thereby the trust provided by the state is not justified against the background of the corruption acts committed. The author argues the expediency of returning confiscation as a full-fledged type of criminal punishment for corruption crimes. The disclosure of the potential of criminal punishment in the form of imprisonment and the restoration of property confiscation can increase the effectiveness of the criminal law response to the threat of corruption.

**Keywords:** criminal punishment; effectiveness of punishment; efficiency criteria; corruption crimes; corruption crime; determinants; goals of punishment; types of punishment; criminal law principles; concept of deterrence.

**Cite as:** Ivanova AA. Effektivnost ugolovnogo nakazaniya za korruptsionnye prestupleniya [Effectiveness of Criminal Punishment for Corruption Crimes]. *Lex russica*. 2022;75(6):59-73. DOI: 10.17803/1729-5920.2022.187.6.059-073. (In Russ., abstract in Eng.).

Уголовное наказание — сложнейший феномен, познание которого продолжается в течение длительного периода и сопровождается появлением целого спектра проблем. К числу таковых относится эффективность уголовного наказания, непосредственно зависящая от понимания сущности наказания. Многообразие мнений о наказании С. М. Иншаков классифицировал по группам, условно назвал их «моделями наказания» (религиозная, интеракционистская и иные)<sup>1</sup>.

С позиции социально-политической модели уголовное наказание выступает как механизм воздействия на общество в целом и его членов в частности, а эффективность впервые становится актуальной и значимой.

При этом следует учитывать, что к исследованию данной проблемы подходят с различных аспектов<sup>2</sup>, анализируя эффективность: уголовного наказания в целом как правового института, системы уголовных наказаний, вида уголовного наказания, уголовного наказания

<sup>1</sup> Иншаков С. М. Эффективность уголовного наказания: методика анализа // Вестник Московского государственного лингвистического университета. Образование и педагогические науки. 2014. Вып. 25 (711). С. 34–35.

<sup>2</sup> Гарбатович Д. А. Уголовное наказание: аспекты эффективности // Вестник Южно-Уральского государственного университета. Серия «Право». 2014. Т. 14. № 4. С. 32–37 ; Иншаков С. М. Указ. соч. С. 32–61 ; Казакова В. А. Экономия репрессии как составляющая эффективности наказания // Уголовно-испол-

за отдельные виды преступлений, наказания конкретного преступника, правоприменительной практики, системы исполнения наказаний и т.д.

В данной статье поднимается вопрос о следующих видах эффективности уголовного наказания: эффективность наказания за отдельный вид преступлений (коррупционные), эффективность наказания за «ядровую» (базовую) группу коррупционных преступлений (составы деяний, являющихся основой коррупционной преступности, — ст. 204–204.2, 290–291.2 УК РФ),

эффективность применения отдельных видов наказания, эффективность наказания конкретного преступника. Для оценки эффективности необходимо четко определить критерии.

С. М. Иншаков, ссылаясь на М. Д. Шаргородского, выделяет в качестве критерия эффективности наказания динамику фактической преступности<sup>3</sup>.

Воспользуемся названным показателем применительно к коррупционной преступности и рассмотрим динамику коррупционных преступлений<sup>4</sup> (табл. 1).

Таблица 1

**Объем и динамика коррупционных преступлений за период 2016–2020 гг.**

Показатели	2016 г.	2017 г.	2018 г.	2019 г.	2020 г.
Всего осужденных лиц	10 975	9 489	9 002	8 479	6 948
Число осужденных лиц по составам ст. 204–204.2, 290–291.2 УК РФ	6 605	5 323	5 341	5 246	4 424
Число зарегистрированных преступлений коррупционной направленности	32 924	29 634	30 495	30 991	30 813
Динамика зарегистрированных преступлений коррупционной направленности (%)	+1,4	–10,0	+2,9	+1,6	–0,6
Удельный вес коррупционных преступлений в структуре общей преступности в РФ (%)	1,52	1,44	1,53	1,53	1,54
Удельный вес взяточничества в структуре общей преступности в РФ (%)	0,5	0,59	0,6	0,7	0,7
Ущерб от коррупционных преступлений (млрд руб.)	78,4	39,7	65,7	55,1	58,4

Как следует из табл. 1, динамика зарегистрированных преступлений коррупционной направленности в 2017 г. по сравнению с предыдущим годом является отрицательной (–10,0 %), впоследствии становится положительной (+2,9 % в 2018 г.; +1,6 в 2019 г.), затем опять снижается в 2020 г. (–0,6 %). Медианное значение динамики зарегистрированных преступлений за период 2016–2020 гг. составило –0,94. При этом общее число осужденных

за коррупционные преступления лиц за тот же период неуклонно снижается. Число лиц, осужденных по составам ст. 204–204.2, 290–291.2 УК РФ в 2020 г., по сравнению с 2016 г. снизилось на 33,02 %.

Возникает вопрос: свидетельствует ли выявленная отрицательная динамика зарегистрированных преступлений и лиц, осужденных за коррупционные деяния, об эффективности уголовного наказания? Считаем, что давать оценку

нительное право. 2017. Т. 12. № 2. С. 120–124 ; Стромов В. Ю. Эффективная реализация наказаний: проблемы уголовно-правовой теории и правоприменительной практики // Вестник Тамбовского университета. Серия «Гуманитарные науки». 2014. № 7 (135). С. 134–147 ; Улезько С. И., Серогодская Е. С., Матеуш А. Ж. Г. К вопросу об эффективности уголовно-правовых норм о наказании за должностное злоупотребление // Социально-политические науки. 2018. № 1. С. 104–106.

<sup>3</sup> Иншаков С. М. Указ. соч. С. 32.

<sup>4</sup> Данные судебной статистики по делам коррупционной направленности // Официальный сайт МВД России. URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=150> (дата обращения: 09.02.2022).



эффективности уголовного наказания, основываясь лишь на анализе данных о преступности, было бы некорректно, поскольку выявленная отрицательная динамика зарегистрированных коррупционных преступлений и осужденных лиц является результатом влияния не только наказания, но и иных факторов, таких как социально-экономические процессы в обществе, изменения уголовно-правовых норм. Поэтому такие данные не могут служить показателями эффективности, но будут востребованы, к примеру, при проведении криминологического прогнозирования и планирования антикоррупционных мер.

Исследования С. М. Иншакова, а также других ученых, в частности В. А. Никонова, на которые ссылается автор, приводят его к выводу о некорректности рассмотрения зарегистрированной преступности как репрезентативной выборки<sup>5</sup>. Это объясняется тем, что объемы зарегистрированной и реально существующей преступности различны. Экспертами приводятся разные оценки уровня фактической преступности, превышающей регистрируемую: В. С. Овчинский отмечает превышение в 6,7 раза<sup>6</sup>, Д. А. Шестаков — в 5,5<sup>7</sup>, Б. В. Муслов — в 3,5<sup>8</sup>. Мы считаем, что умозаключение о значительном превышении показателей реальной преступности над отраженной в статистической отчетности в полной мере распространяется на коррупционную преступность.

Более того, особенности этого негативного социально-правового явления в некоторой степени свидетельствуют о невозможности получения объективной информации о нем ввиду его латентности. На практике выявляется лишь незначительная часть коррупционных деяний. Поэтому следует принять во внимание тот факт, что уголовная статистика не отражает объективных данных о фактической преступности.

Высокий уровень латентности отчасти объясняет невысокий удельный вес коррупционных преступлений в структуре общей преступности в Российской Федерации: медианное значение 1,51 % за период 2016–2020 гг., удельный вес взяточничества (как ядра коррупционной преступности) в структуре общей преступности не превышает 0,7 % за тот же период (см. табл. 1).

Именно латентность может служить одним из факторов отрицательной динамики зарегистрированных преступлений и наказуемости лиц за коррупционные деяния.

Возвращаясь к проблеме определения эффективности уголовного наказания, отметим, что ученые раскрывают ее по-разному: через уровень обеспечения безопасности социума (А. М. Яковлев)<sup>9</sup>, как соотношение цели и средств достижения (С. М. Иншаков, Д. А. Гарбатович, А. А. Палий и др.)<sup>10</sup>, как междисциплинарный феномен (В. А. Казакова)<sup>11</sup>. Таким образом, в современной доктрине преобладает определение эффективности уголовного наказания через отношение цели наказания к средствам ее достижения.

Последнее из определений требует пояснения. В. А. Казакова обосновывает несколько составляющих проблемы эффективности (основную общефилософскую, методологическую, практическую) в рамках не только уголовно-правовых, но и иных наук (экономической, политической), каждая из которых соотносит затраты (соответственно экономические, политические и др.) государства и социума с целями, стоящими перед механизмом борьбы с преступностью. Действительно, противодействие преступности не ограничено сферой уголовного права в узком понимании, а осуществляется в системе уголовного права, в широком значении охватывающей отрасли уголовно-правового цикла и тесно связанной с другими, смежными

<sup>5</sup> Иншаков С. М. Указ. соч. С. 33.

<sup>6</sup> Овчинский В. С. Криминология кризиса. М. : Норма, 2009. С. 158.

<sup>7</sup> Шестаков Д. А. Латентность преступности, вопросы теории // Криминология: вчера, сегодня, завтра. 2009. № 1 (16). С. 134.

<sup>8</sup> Муслов Б. В. Латентная преступность: некоторые вопросы теории и практики противодействия : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. СПб., 2006.

<sup>9</sup> Яковлев А. М. Об эффективности исполнения наказания // Советское государство и право. 1964. № 1. С. 101.

<sup>10</sup> Иншаков С. М. Указ. соч. С. 37 ; Гарбатович Д. А. Применяемость уголовного наказания как критерий его эффективности // Вестник Южно-Уральского государственного университета. Серия «Право». 2014. Т. 14. № 2. С. 32 ; Палий А. А. Сущность и цели наказания в российском уголовном праве и средства их достижения : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Ростов н/Д, 2001. 216 с.

<sup>11</sup> Казакова В. А. Указ. соч. С. 120–121.

областями, при этом сопровождается разного вида издержками, которые несут государство, общество, социальные институты, отдельные лица в связи с криминогенной угрозой.

Законодателем заявлены цели наказания в ч. 2 ст. 43 УК РФ. Цель наказания — это его предполагаемый результат, но правовая норма гласит: «в целях», т.е. для чего. Применение уголовного наказания осуществляется: ради восстановления социальной справедливости, исправления осужденного, предупреждения совершения новых преступлений. Понятия «цель» и «в целях» не тождественны: «цель» содержит нацеленность на результат, целеустремленность, а «в целях» — ради чего. Поэтому для определения эффективности соотносить цель как нацеленность на желаемый результат с затратами не вполне корректно, в частности из-за несовершенной терминологической лексики; более правильным видится отношение достигаемых (планируемых) результатов к затратам.

Под затратами понимаем издержки на достижение результатов наказания. Н. А. Лопашенко указывает на зависимость эффективности уголовного наказания от минимизации издержек (включая побочные негативные результаты)<sup>12</sup>.

Восстановление социальной справедливости в качестве цели уголовного наказания подвергается сомнению со стороны ученого сообщества из-за абсолютной невозможности добиться его на практике, неосуществимости оценки результатов. К примеру, если причинен вред жизни или здоровью человека, то восстановлению они не подлежат, а возмещение ущерба не равнозначно социальной справедливости<sup>13</sup>.

Таким образом, возмещение вреда, причиненного преступным деянием, является одной из составляющих восстановления социальной справедливости и непосредственно работает на достижение этой цели.

В масштабах Российской Федерации ущерб от коррупционных преступлений измеряется десятками миллиардов рублей (см. табл. 1). При этом размер добровольно погашаемого ущерба не превышает 10 %.

Автор в составе межрегионального научно-го коллектива (Владимир, Волгоград, Казань, Нижний Новгород, Сыктывкар) принял участие в криминологическом исследовании «Коррупционная преступность: региональные проблемы противодействия» в 2018–2020 гг. Одна из задач этого исследования — сбор и обработка информации о мерах предупреждения коррупционных преступлений и об их эффективности. В частности, в ходе проведения исследования опрошены лица (более 200), осужденные за преступления коррупционной направленности. Респондентам были заданы вопросы относительно возмещения причиненного ими вреда: согласны ли они с установленным судом размером вреда и возместили ли его полностью или частично? Ответы распределились следующим образом.

Количество опрошенных осужденных, согласных с определенным судом размером причиненного вреда: Нижний Новгород — 42,3 %, Владимир — 50 %, Казань — 87,5 %; несогласных: Нижний Новгород — 42,3 %, Владимир — 30 %, Казань — 7,5 %. Остальные опрошенные согласны частично.

Вопрос с возмещением вреда обстоит так. Возмещен: Нижний Новгород — 48 %, Владимир — 33 %, Казань — 71,4 %; будет возмещен в ближайшей перспективе: Нижний Новгород — 19,2 %, Владимир — 50 %; не будет возмещен осужденным из-за отсутствия средств: Нижний Новгород — 19,2 %, Владимир — 17 %, Казань — 28,6 %; не будет возмещен осужденным, так как ущерб определен несправедливо: Нижний Новгород — 13,6 %.

Следовательно, 26,6 % суммарного количества опрошенных осужденных не согласны с установленным размером причиненного вреда; 26,13 % не собираются его возмещать. В качестве объяснения отказа в возмещении вреда 21,6 % указали на отсутствие средств, а остальные оправдывают свой отказ несправедливостью определения размера ущерба.

Решая задачу восстановления социальной справедливости, суду предстоит установить размер причиненного преступлением вреда. На объективность судебного решения влияет

<sup>12</sup> Лопашенко Н. А. Понятие, критерии и показатели эффективности уголовного наказания // Совершенствование правового регулирования и механизмов функционирования системы противодействия преступности : материалы Международной науч.-практ. конференции (Минск, 18–19 окт. 2013 г.). Минск : Издательский центр БГУ, 2013. С. 64.

<sup>13</sup> Гарбатович Д. А. Уголовное наказание: аспекты эффективности. С. 33.

множество факторов (активность сторон судебного процесса, проведение экспертизы и т.д.), наличие которых затрудняет определение эффективности наказания. Действительно, ни установленный размер причиненного преступлением вреда, ни доля возмещенного ущерба никак не характеризуют эффективность наказания. Полагаем, что в данном вопросе важна оценка практики правоприменения, поэтому определенную роль могут сыграть именно результаты проведенных опросов респондентов (в частности, осужденных за коррупционные преступления). Практически четвертая часть опрошенных нами респондентов-осужденных отказывается возмещать причиненный преступлением вред, то есть наказание этих лиц не достигает цели восстановления социальной справедливости. Поэтому актуализируется задача стимулирования возмещения осужденным вреда, которая может решаться по-разному: заинтересованностью лица в трудовой деятельности, стремлением к условно-досрочному освобождению или замене наказания на более мягкое (предусматриваемыми в качестве обязательного условия частичное или полное возмещение ущерба), угрозой карательных мер, ставящих погашение судимости в зависимость от возмещения вреда.

Некоторые авторы (Б. С. Волков, Б. В. Кернаджук, Е. А. Кулеш, Н. В. Самойлюк) выделяют социально-нравственную сторону наказания<sup>14</sup>, условно характеризуемую как некое осознание победы добра над криминальным злом. Применение уголовного наказания как таковое может оказывать двойственное воздействие на социальную справедливость, восстанавливая ее (например, в мнении общества при наказании виновного лица) или, напротив, обостряя несправедливость (к примеру, при восприятии наказания осужденным как несправедливого или в случае, когда социальная несправедливость явилась одним из факторов совершения преступления). Поэтому считаем, что правильнее рассуждать о справедливом наказании конкретного лица за совершенное деяние. Назначение справедливого наказания не подменяет восстановления социальной справедливости, поэтому справедливое наказание виновного

лица не может рассматриваться в качестве цели уголовного наказания, а предстает как результат реализации закрепленного в Уголовном кодексе РФ принципа справедливости, критерии которого содержатся в ч. 1 ст. 6 УК РФ.

Назначение справедливого наказания непосредственно связано с другими целями: исправления осужденного, предупреждения совершения новых преступлений. Восприятие виновным лицом наказания как справедливого становится необходимым условием достижения целей исправления и предупреждения преступлений.

На примере ответов осужденных посмотрим, достигаются ли на практике цели наказания. Из опрошенных осужденных 49,8 % дали оценку назначенному им наказанию как несправедливому, при этом выдвинули следующие аргументы: лицо не совершало преступления; суд не учел все обстоятельства по уголовному делу; неверная квалификация деяния; слишком суровое наказание, не соответствующее тяжести деяния; дополнительное наказание излишне, можно было ограничиться основным видом; не оправдались надежды лица на условное наказание; размер причиненного преступлением ущерба завышен<sup>15</sup>.

Объяснение респондентами своей оценки наказания как несправедливого заключалось в том, что лица, рассчитывающие на ответственность в виде штрафа или исправительных работ, были осуждены к лишению свободы; осужденные условно считали штраф избыточным видом наказания в их случае; осужденные к штрафу полагали его размер чрезмерным.

Опрошенные осужденные оценили соблюдение уголовно-правовых принципов при определении наказания. Так, принцип законности выполнялся в отношении 48,9 % респондентов, принцип вины — 50 %, принцип справедливости — 44,4 %, принцип гуманизма — 24 %.

Как видно из результатов проведенного опроса, на практике при назначении наказания не всегда следуют уголовно-правовым принципам, хотя их соблюдение является необходимым условием обеспечения справедливости и непосредственно влияет на достижение целей наказания.

<sup>14</sup> Кернаджук Б. В., Кулеш Е. А., Самойлюк Н. В. К вопросу о целях уголовного и уголовно-исполнительного законодательства Российской Федерации // *Власть и управление на Востоке России*. 2017. № 4 (81). С. 171.

<sup>15</sup> Кулакова М. Н. Предупреждение коррупционных преступлений: правовые и организационно-управленческие основы : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Казань, 2021. С. 219.

Исправление осужденного в качестве цели наказания также подвергается критике, поскольку материальные нормы уголовного права не имеют такой функциональной направленности. Здесь следует вести речь, скорее, о стадии исполнения уголовного наказания<sup>16</sup>, следовательно, об уголовно-исполнительных нормах.

Если принимать в качестве критерия исправления осужденного несовершенство им иных преступных деяний<sup>17</sup>, тогда исправление включает и предупреждение, следовательно, вторая цель наказания поглощает третью.

Чем точнее формулировки и чем меньше страдает юридическая техника правовой нормы, тем больше вероятность достижения поставленных целей, соответственно, выше эффективность наказания при прочих равных условиях.

Цели наказания не являются статичными. В отличие от действующей правовой нормы, в ч. 2 ст. 20 Уголовного кодекса РСФСР<sup>18</sup> содержалось указание не только на исправление, но и на воспитание осужденных, а также на общую и частную превенцию. Поскольку 32,5 % опрошенных осужденных отметили отсутствие осознания преступности своих действий, представляется, что воспитание осужденных, в том числе правовое, предполагающее развитие правового сознания и антикоррупционного мировоззрения, продолжает оставаться актуальной проблемой. Изменение целей уголовного наказания влечет изменение его эффективности.

Научно доказано, что у лица, движимого корыстными и азартными интересами, неоднократно решающего свои проблемы путем взятничества, вырабатывается психологическая зависимость, приводящая к патологии<sup>19</sup>. Респондентам был задан вопрос, согласны ли они с этим? Утвердительно ответили 57,5 % опрошенных осужденных.

Следовательно, у такого лица, неоднократно оказывавшегося в коррупционных ситуациях, формируется привычка коррупционного поведения, выражающаяся в психологической

зависимости, в повторяемости его участия в коррупционных сделках. Наличие рецидива коррупционных деяний свидетельствует об иллюзорности цели исправления в отношении конкретного лица и, соответственно, частной превенции. При недостижении результатов эффективность наказания ничтожна.

Динамику рецидива М. Д. Шаргородский называет «единственным реальным критерием» достижения наказанием цели специального предупреждения<sup>20</sup>. По мнению С. Ю. Бытко, наличие рецидива не всегда свидетельствует о неэффективности наказания; на рецидив влияет множество не поддающихся учету факторов; рецидив следует оценивать в комплексе с иными показателями (удельный вес впервые осужденных, динамика числа осужденных)<sup>21</sup>. Несмотря на кажущуюся правильность мнения М. Д. Шаргородского, его подход к оценке рецидива как следствия неэффективности наказания представляется упрощенным из-за отсутствия учета воздействия на него иных обстоятельств. Автор статьи разделяет позицию С. Ю. Бытко, полагая, что рецидив формируется в результате детерминации не исключительно уголовного наказания, но и других факторов, не связанных с исполнением наказания, таких как реабилитация осужденного лица, наличие у него социальных связей, условия макросреды.

Представляется затруднительным указать объективные критерии оценки эффективности наказания на стадии исполнения. В сфере уголовно-исполнительного права возникает смежное понятие «эффективность исполнения наказания», для оценки которого возможно использовать результаты криминологических исследований, в частности опросов респондентов (осужденных за коррупционные преступления, сотрудников сферы исполнения наказаний и др. категорий). В качестве дополнительных критериев могут выступать, к примеру: доля осужденных, считающих вынесенное им наказание справедливым/несправедливым; доля осужденных, возместивших причиненный

<sup>16</sup> Кулакова М. Н. Указ. соч. С. 172.

<sup>17</sup> Гарбатович Д. А. Уголовное наказание: аспекты эффективности. С. 34.

<sup>18</sup> Уголовный кодекс РСФСР (утв. ВС РСФСР 27.10.1960) (ред. от 30.07.1996) (утр. силу) // URL: [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_2950/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_2950/) (дата обращения: 09.02.2022).

<sup>19</sup> Кулакова М. Н. Указ. соч. С. 140.

<sup>20</sup> Шаргородский М. Д. Наказание, его цели и эффективность. Л. : Изд-во Ленинградского университета, 1973. С. 60–61.

<sup>21</sup> Бытко С. Ю. Критерии эффективности уголовного наказания // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2015. № 5 (106). С. 151–152.



ущерб полностью/частично; прогноз результативности наказания, сделанный сотрудниками исправительного учреждения; сравнение его с фактическими результатами в течение определенного периода.

Рассмотрим виды наказаний за совершение коррупционных преступлений за период 2016–2020 гг. на основании данных судебной статисти-

стики разд. 6 формы 10.4.1 «Отчет о результатах рассмотрения уголовных дел по отдельным статьям Уголовного кодекса Российской Федерации по вступившим в законную силу приговорам и другим судебным постановлениям, в том числе по преступлениям коррупционной направленности»<sup>22</sup> (табл. 2).

Таблица 2

**Назначение реального лишения свободы за коррупционные преступления  
за период 2016–2020 гг.**

Показатели	2016 г.		2017 г.		2018 г.		2019 г.		2020 г.	
	Всего, лиц	Уд. вес, %	Всего, лиц	Уд. вес, %	Всего, лиц	Уд. вес, %	Всего, лиц	Уд. вес, %	Всего, лиц	Уд. вес, %
Число осужденных	10 975	100	9 489	100	9 002	100	8 479	100	6 948	100
Число осужденных к реальному лишению свободы	1 620	14,76	1 475	15,54	1 383	15,36	1 463	17,25	1 035	14,89
<i>В том числе на срок:</i>										
до 1 года	336	3,06	223	2,35	192	2,13	190	2,24	147	2,11
свыше 1 до 2 лет	372	3,39	315	3,32	272	3,02	252	2,97	205	2,95
свыше 2 до 3 лет	390	3,55	345	3,64	339	3,78	344	4,06	241	3,47
свыше 3 до 5 лет	324	2,95	336	3,54	309	3,43	383	4,52	228	3,28
свыше 5 до 8 лет	173	1,58	209	2,20	243	2,70	261	3,08	181	2,6
свыше 8 до 10 лет	21	0,19	37	0,39	21	0,23	31	0,36	31	0,45
свыше 10 до 15 лет	4	0,04	10	0,10	4	0,04	2	0,02	2	0,03
свыше 15 до 20 лет	0	0	0	0	3	0,03	0	0	0	0

Из таблицы 2 усматриваем, что к реальному лишению свободы приговаривается от одной седьмой до одной шестой части осужденных за коррупционные преступления, причем большинство из них — на срок не более пяти лет. Полагаем, что такое редкое назначение нака-

зания в виде лишения свободы способствует формированию чувства безнаказанности в общественном сознании.

Таблица 3 содержит сведения об иных видах наказания за коррупционные преступления, не связанных с реальным лишением свободы.

<sup>22</sup> Данные судебной статистики по делам коррупционной направленности.

Таблица 3

**Основные виды наказания за коррупционные преступления, не связанные с реальным лишением свободы, за период 2016–2020 гг.**

Показатели	2016 г.		2017 г.		2018 г.		2019 г.		2020 г.	
	Всего, лиц	Уд. вес, %	Всего, лиц	Уд. вес, %	Всего, лиц	Уд. вес, %	Всего, лиц	Уд. вес, %	Всего, лиц	Уд. вес, %
Число осужденных	10 975	100	9 489	100	9 002	100	8 479	100	6 948	100
Штраф	5 520	50,30	4 326	45,59	4 210	46,77	3 746	44,18	3 173	45,67
Лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью	103	0,94	107	1,13	80	0,89	76	0,90	60	0,86
Обязательные работы	50	0,46	18	0,19	17	0,19	13	0,15	16	0,23
Исправительные работы	161	1,47	224	2,36	191	2,12	164	1,93	106	1,53
Ограничения по военной службе	1	0,01	1	0,01	0	0	0	0	1	0,01
Ограничение свободы	61	0,56	77	0,81	56	0,62	43	0,51	44	0,63
Принудительные работы	0	0	1	0,01	0	0	4	0,05	3	0,04
Арест	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Содержание в дисциплинарной воинской части	0	0	0	0	0	0	0	0	0	
Условное осуждение к лишению свободы	2642	24,07	2766	29,15	2630	29,22	2656	31,32	2269	32,66
Условное осуждение к иным мерам	43	0,39	70	0,74	86	0,96	48	0,57	39	0,56

Из таблицы 3 следует, что наиболее часто назначаемым видом наказания за коррупционные преступления в период 2016–2020 гг. практически в половине случаев являлся штраф.

Далее ранжируем по убыванию применение иных видов наказания, не связанных с реальным лишением свободы: исправительные работы, лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, ограничение свободы, обязательные работы, принудительные работы, ограничения по военной службе. Такие виды наказания, как арест и содержание в дисциплинарной воинской части, вообще не назна-

чались. Низкая применяемость (как и ее полное отсутствие) вида уголовного наказания свидетельствует о неиспользовании его репрессивного потенциала и практической неэффективности данного наказания<sup>23</sup>.

Итоги опроса осужденных респондентов по вопросам вида и размера назначенного наказания показали, что реальное лишение свободы стало наиболее применимым видом наказания в Нижнем Новгороде (половина приговоров) и Владимире (60 %). В Казани сложилась более мягкая судебная практика: в 60 % приговоров фигурирует штраф, среди иных видов наказаний за коррупционные преступления — испра-

<sup>23</sup> Гарбатович Д. А. Применяемость уголовного наказания как критерий его эффективности. С. 35.

вительные работы (15,0 %), лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью (7,5 %). Итак, выявлены отличительные особенности региональной судебной практики, касающиеся основных видов наказания за коррупционные преступления. Поскольку противодействие коррупции является предметом совместного ведения Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований, региональный аспект в решении коррупционных проблем приобретает все большую значимость, учитывается в разъяснениях и обзорах судебной практики по коррупционным вопросам. Приведение судебной практики к унификации и единообразию положительно скажется на эффективности наказания.

Преобладание штрафа (около половины приговоров), условное лишение свободы (около четвертой части приговоров, замечена тенденция к возрастанию — треть в 2020 г.), реальное лишение свободы на небольшие сроки (седьмая-шестая часть) составляют около 90 % основных видов наказания за коррупционные преступления.

Сравним назначение наказания в двух случаях за сходные коррупционные деяния в советское время и в настоящем. В 1980 г. в одной из центральных газет вышла статья под названием «Десяточка», в которой говорилось о вынесении наказания в виде реального лишения свободы сроком на 10 лет в отношении участкового врача-терапевта, которая без имеющих оснований выписывала больничные листы гражданам, взимая за это плату в размере 10 руб. В 2018 г. участковый врач-терапевт решением суда приговорен к штрафу в сумме 90 тыс. руб. за выписку листа нетрудоспособности при отсутствии заболевания за 2 000 руб.<sup>24</sup> Случаи, подобные второму, в настоящее время далеко не единичны, причем суд нередко назначает штраф в размере ниже низшего предела. Конечно, судом учитываются фактические обстоятельства дела, суммы взятки, количество эпизодов. Возникает вопрос: какой вид наказания за коррупционные деяния в сходных

ситуациях (в первом случае — реальное лишение свободы, причем на длительный срок, во втором — штраф) обладает значительным сдерживающим эффектом и представляется более адекватным совершенному преступлению?

Существуют разные мнения ученых относительно концепции сдерживания<sup>25</sup>: при прочих равных условиях в штатах с более строгой системой наказаний уровень преступности ниже (А. С. Лейбович); преступность сдерживает не только тяжесть наказания, но также вероятность самого наказания (Г. Таллок); жесткость уголовного наказания незначительно влияет на уровень преступности (Х. Кури, О. Ильченко). Указанные выводы в основном получены в результате исследований преступности в целом, а не отдельных ее видов, то есть без учета их особенностей и влияния на них разных видов наказания. Поэтому для ответа на поставленный вопрос следует учесть специфику коррупционных преступлений и продуцирующие их детерминанты.

На вопрос о факторах, которые способствовали совершению коррупционного преступления, 27 % опрошенных ответили, что главная причина заключается в них самих, а 19,8 % сослались на жизненные обстоятельства, в основном на тяжелое материальное положение. Получается, что ведущую роль в совершении преступления сыграли в первую очередь детерминанты субъективного характера, личностные установки в выборе преступного поведения.

При этом 47,4 % респондентов надеялись остаться безнаказанными, рассчитывая при этом на следующие обстоятельства: правоохранительные органы не узнают о преступлении или о совершившем его лице (38,2 %), не смогут доказать вину (21,5 %).

В качестве обстоятельств, могущих удержать респондентов от совершения преступления, названы неотвратимость ответственности (81,6 %) и страх наказания, главным образом лишения свободы (61,7 %).

Отсюда приходим к выводу о недостаточной эффективности наиболее часто применяемых видов наказания, а также низком сдерживаю-

<sup>24</sup> Врач за 2 тыс. руб. незаконно выдал больничный лист и заплатил штраф // URL: <https://www.klerk.ru/boss/news/471970/> (дата обращения: 09.02.2022).

<sup>25</sup> Кури Х., Ильченко О. Эффективность наказания: результаты международных исследований // Актуальные проблемы экономики и права. 2013. № 2 (26). С. 240–256; Таллок Г. Сдерживают ли наказания преступность? // Экономическая теория преступной и правоохранительной деятельности. Экономическая теория преступлений и наказаний: реферативный журнал. Вып. 1. М.: Изд-во РГГУ, 1999. С. 93–98. URL: <http://corruption.rsu.ru/magazine/1/n1-15.shtml> (дата обращения: 09.02.2022).

щем эффекте штрафа (на получение которого и рассчитывало большинство опрошенных в случае наступления ответственности).

Следовательно, в приведенном примере с врачом-терапевтом реальное лишение свободы представляется обладающим значитель-

ным сдерживающим эффектом по сравнению со штрафом и в большей степени соответствующим современным реалиям, в которых коррупция признана системной угрозой.

Особенности наказания за коррупционные преступления представлены в табл. 4.

Таблица 4

**Особенности наказания за коррупционные преступления за период 2016–2020 гг.**

Показатели	2016 г.		2017 г.		2018 г.		2019 г.		2020 г.	
	Всего, лиц	Уд. вес, %	Всего, лиц	Уд. вес, %	Всего, лиц	Уд. вес, %	Всего, лиц	Уд. вес, %	Всего, лиц	Уд. вес, %
Число осужденных	10 975	100	9 489	100	9 002	100	8 479	100	6 948	100
Конфискация имущества	543	4,95	349	3,68	296	3,29	305	3,6	291	4,19
Наказание ниже низшего предела	1515	13,80	693	7,30	746	8,29	450	5,31	341	4,9
<i>В том числе</i>										
штраф	670	6,10	239	2,52	270	3,00	222	2,62	170	2,45
Не применено обязательное дополнительное наказание	707	6,44	566	5,96	458	5,09	392	4,62	300	4,32

Нередко штраф и другие наказания назначаются ниже низшего предела. В 2020 г. конфискация имущества применена в отношении 4,19 % осужденных (коснулась лишь одного из 25!). В ряде случаев не применяется обязательное дополнительное наказание (4,32 % в 2020 г.).

При назначении наказания виновному лицу следует учитывать смягчающие и отягчающие обстоятельства (ч. 3 ст. 60 УК РФ), которые рассматриваются как одни из основных критериев установления степени общественной опасности деяния<sup>26</sup>. В отношении опрошенных респондентов-осужденных отягчающим наказанием обстоятельством стало совершение деяния группой лиц по предварительному сговору (г. Владимир — 7 %).

Итак, установлено, что преобладающими видами уголовного наказания за коррупционные преступления в период 2016–2020 гг. являются штраф и условное лишение свободы.

Причем реальное лишение свободы выносятся в незначительной части приговоров и в основном представлено небольшими сроками. Крайне редко встречается конфискация имущества. И при этом еще применяются смягчающие наказание институты<sup>27</sup> (например, размер наказания ниже низшего предела, назначение более мягкого наказания, неприменение обязательного дополнительного наказания). Таким образом, сложившаяся практика применения наказания за коррупционные преступления может быть охарактеризована как чрезвычайно мягкая. А это совершенно не соответствует тезису, заявленному в п. 25 Стратегии национальной безопасности Российской Федерации<sup>28</sup>, об искоренении коррупции как национальном интересе (в том числе уголовно-правовыми средствами), поскольку она предстает одной из основных (системных) угроз государственной и общественной безопасности России, на

<sup>26</sup> Долгополов К. А. Влияние характера и степени общественной опасности совершенного деяния на назначение уголовного наказания // Виктимология : рецензируемый научный журнал. 2015. № 1 (3). С. 23.

<sup>27</sup> Клейменов М. П., Клейменов И. М., Пустовит Р. В. Практика назначения наказания за коррупционные преступления // Правоприменение. 2018. Т. 2. № 2. С. 73.

<sup>28</sup> Указ Президента РФ от 02.07.2021 № 400 «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации» // Российская газета. 2021. 3 июля.



что справедливо указывают М. П. Клейменов и другие авторы<sup>29</sup>. Следовательно, уголовно-правовое реагирование на коррупционные деяния не является адекватным уровню и характеру их общественной опасности, а также иным негативным характеристикам. К таковым следует отнести, в частности, толерантное отношение населения к коррупционным проявлениям и даже готовность прибегнуть к взятке для решения проблем, что отметили 80,87 % опрошенных граждан.

Возникает вопрос: оправдан ли подобный гуманизм в отношении осужденных за коррупционные деяния? Результаты проведенного исследования показали, что он не осознается осужденными, охарактеризовавшими уголовно-правовое законодательство за коррупционные преступления как чрезмерно строгое (25,5 %), нуждающееся в смягчении санкций (47,4 %), высказавшимися за предпочтительное применение экономических мер наказания (штраф), против изоляции от семейных и иных социальных связей (реального лишения свободы) (именно это и наблюдается в современной практике назначения наказания).

Мнения осужденных не разделяются другими категориями опрошенных. За ужесточение уголовного наказания за коррупционные преступления высказываются респонденты-граждане (88,1 %), сотрудники предварительного расследования (65,75 %).

Сотрудники предварительного расследования дали оценку эффективности экономических мер наказания по пятибалльной шкале (от 1 — минимум до 5 — максимум): конфискация имущества — 4,25; штраф — 3,85. Судьи также дали им оценку: конфискация имущества — 4,78; штраф — 4,05. При этом большинство респондентов (87,2 %) высказываются за восстановление конфискации имущества как полноценного вида уголовного наказания, отмечая ее более высокую эффективность по сравнению со штрафом. Целесообразно введение конфискации имущества за составы деяний, являющихся основой коррупционной преступности (ст. 204–204.2, 290–291.2 УК РФ), поскольку претерпевание осужденными этого вида наказания фактически перекрывает корыстную мотивацию и аннулирует результаты совершенного преступления.

Проведенное исследование позволило сделать следующие выводы.

1. Эффективность уголовного наказания за коррупционные преступления может определяться степенью его влияния на коррупционную преступность. Эффективность уголовного наказания предстает как агрегированный показатель, объединяющий эффективность наказания за коррупционные преступления как отдельный вид преступности, эффективность наказания за базовую группу коррупционных деяний (ст. 204–204.2, 290–291.2 УК РФ), эффективность применения отдельных видов наказания, эффективность наказания конкретного преступника, эффективность исполнения наказания.

2. Количественные показатели преступности, такие как динамика, не могут служить объективными критериями оценки эффективности уголовного наказания, поскольку характеризующие ими тенденции и закономерности преступности являются результатом влияния множества факторов, а не исключительно наказания. Это в значительной степени касается коррупционных преступлений, характеризующихся высоким уровнем латентности.

3. Эффективность уголовного наказания измеряется отношением достигаемых (планируемых) результатов наказания за коррупционные преступления к затратам. В качестве предполагаемых результатов может выступать степень достижения целей уголовного наказания. При недостижении результатов эффективность наказания ничтожна. Под затратами понимаем издержки на достижение результатов наказания.

4. К критериям, позволяющим качественно оценить эффективность уголовного наказания, следует отнести достижение наказанием заявленных законодателем целей.

5. Эффективность наказания во многом определяется деятельностью специальных субъектов (учет обстоятельств по уголовному делу, квалификация деяния, определение размера причиненного ущерба, назначение наказания и т.д.).

Назначение справедливого наказания осужденному, влекущее претерпевание тяжести последствий его применения, способствует повышению эффективности наказания конкретного лица.

Мягкое наказание за совершение коррупционного деяния приводит к привыканию и не содержит предупредительного потенциала, тем самым не прекращает практику коррупци-

<sup>29</sup> Клейменов М. П., Клейменов И. М., Пустовит Р. В. Указ. соч. С. 73.

онного поведения. Эффективность такого наказания ничтожна. Поэтому важно осознание осужденным бремени наказания, карательные и воспитательные ресурсы которого реализуют его предупредительный потенциал, то есть действуют в направлении достижения целей исправления и предупреждения преступлений.

6. При оценке эффективности исполнения наказания целесообразно ориентироваться на результаты криминологических исследований с применением метода опроса респондентов разных категорий (например, осужденных за коррупционные преступления, сотрудников исправительных учреждений). Дополнительными критериями эффективности могут служить: доля осужденных, считающих вынесенное им наказание справедливым/несправедливым; доля осужденных, возместивших причиненный ущерб полностью/частично; прогноз результативности наказания, сделанный сотрудниками исправительного учреждения; сравнение его с фактическими результатами в течение определенного периода.

7. Наказание за коррупционные преступления в виде лишения свободы малоэффективно ввиду его редкого применения, не способствующего реализации предупредительного потенциала в полной мере. Но именно этот вид наказания, по мнению респондентов-осужден-

ных, обладает наибольшим сдерживающим эффектом (наряду с неотвратимостью ответственности).

Наиболее часто применяемое наказание в виде штрафа обладает недостаточной эффективностью, низким сдерживающим эффектом, так как является ожидаемым, именно на это наказание рассчитывает более половины опрошенных при условии наступления ответственности (остальные 47,4 % верят в безнаказанность).

Арест и содержание в дисциплинарной воинской части не применялись, вследствие чего сдерживающий потенциал данных видов наказания оказался не раскрыт.

8. Штраф в качестве основного вида наказания в сфере противодействия коррупции не оправдывает чаяний законодателя, поскольку не достигает поставленных целей.

9. В целом сложившаяся мягкая практика применения наказания за коррупционные преступления не способна противостоять коррупции как одной из системных угроз безопасности страны.

Раскрытие потенциала уголовного наказания в виде лишения свободы и восстановление конфискации имущества как полностью функционального вида уголовного наказания способны повысить эффективность уголовно-правового реагирования на коррупционную угрозу.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Бытко С. Ю.* Критерии эффективности уголовного наказания // Вестник Саратовской государственной юридической академии. — 2015. — № 5 (106). — С. 149–152.
2. *Гарбатович Д. А.* Применяемость уголовного наказания как критерий его эффективности // Вестник Южно-Уральского государственного университета. Серия «Право». — 2014. — Т. 14. — № 2. — С. 32–38.
3. *Гарбатович Д. А.* Уголовное наказание: аспекты эффективности // Вестник Южно-Уральского государственного университета. Серия «Право». — 2014. — Т. 14. — № 4. — С. 32–37.
4. *Долгополов К. А.* Влияние характера и степени общественной опасности совершенного деяния на назначение уголовного наказания // Виктимология : рецензируемый научный журнал. — 2015. — № 1 (3). — С. 20–23.
5. *Иншаков С. М.* Эффективность уголовного наказания: методика анализа // Вестник Московского государственного лингвистического университета. Образование и педагогические науки. — 2014. — Вып. 25 (711). — С. 32–61.
6. *Казакова В. А.* Экономия репрессии как составляющая эффективности наказания // Уголовно-исполнительное право. — 2017. — Т. 12. — № 2. — С. 120–124.
7. *Кернаджук Б. В., Кулеш Е. А., Самойлюк Н. В.* К вопросу о целях уголовного и уголовно-исполнительного законодательства Российской Федерации // Власть и управление на Востоке России. — 2017. — № 4 (81). — С. 170–176.
8. *Клейменов М. П., Клейменов И. М., Пустовит Р. В.* Практика назначения наказания за коррупционные преступления // Правоприменение. — 2018. — Т. 2. — № 2. — С. 70–79.
9. *Кулакова М. Н.* Предупреждение коррупционных преступлений: правовые и организационно-управленческие основы : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. — Казань, 2021. — 272 с.

10. Кури Х., Ильченко О. Эффективность наказания: результаты международных исследований // Актуальные проблемы экономики и права. — 2013. — № 2 (26). — С. 240–256.
11. Лопашенко Н. А. Понятие, критерии и показатели эффективности уголовного наказания // Совершенствование правового регулирования и механизмов функционирования системы противодействия преступности : материалы Международной науч.-практ. конференции (Минск, 18–19 окт. 2013 г.). — Минск : Издательский центр БГУ, 2013. — С. 64–67.
12. Муслев Б. В. Латентная преступность: некоторые вопросы теории и практики противодействия : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. — СПб., 2006. — 166 с.
13. Овчинский В. С. Криминология кризиса. — М. : Норма, 2009. — 240 с.
14. Палий А. А. Сущность и цели наказания в российском уголовном праве и средства их достижения : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. — Ростов н/Д, 2001. — 216 с.
15. Стромов В. Ю. Эффективная реализация наказаний: проблемы уголовно-правовой теории и правоприменительной практики // Вестник Тамбовского университета. Серия «Гуманитарные науки». — 2014. — № 7 (135). — С. 134–147.
16. Таллок Г. Сдерживают ли наказания преступность? // Экономическая теория преступной и правоохранительной деятельности. Экономическая теория преступлений и наказаний : реферативный журнал. — Вып. 1. — М. : Изд-во РГГУ, 1999. — С. 93–98. — URL: <http://corruption.rsuh.ru/magazine/1/n1-15.shtml> (дата обращения: 09.02.2022).
17. Улезько С. И., Серогодская Е. С., Матешуш А. Ж. Г. К вопросу об эффективности уголовно-правовых норм о наказании за должностное злоупотребление // Социально-политические науки. — 2018. — № 1. — С. 104–106.
18. Шаргородский М. Д. Наказание, его цели и эффективность. — Л. : Изд-во Ленинградского университета, 1973. — 160 с.
19. Шестаков Д. А. Латентность преступности, вопросы теории // Криминология: вчера, сегодня, завтра. — 2009. — № 1 (16). — С. 131–141.
20. Яковлев А. М. Об эффективности исполнения наказания // Советское государство и право. — 1964. — № 1. — С. 99–103.

*Материал поступил в редакцию 22 апреля 2022 г.*

## REFERENCES

1. Bytko SYu. Kriterii effektivnosti ugovolnogo nakazaniya [The criterion of efficiency of preventive effects of criminal punishment]. *Vestnik SSLA*. 2015;5(106):149-152. (In Russ.).
2. Garbatovich DA. Primenyaemost ugovolnogo nakazaniya kak kriteriy ego effektivnosti [Application of criminal penalties as a criterion for its effectiveness]. *Bulletin of South Ural State University. Series «Law»*. 2014;14(2):32-38. (In Russ.).
3. Garbatovich DA. Ugolovnoe nakazanie: aspekty effektivnosti [Criminal Penalties: Issues of Efficiency]. *Bulletin of South Ural State University. Series «Law»*. 2014;14(4):32-37. (In Russ.).
4. Dolgopолоv KA. Vliyaniye kharaktera i stepeni obshchestvennoy opasnosti sovershennogo deyaniya na naznachenie ugovolnogo nakazaniya [Influence of Character and Degree of Public Danger of a Committed Act on Criminal Sentencing]. *Victimology*. 2015;1(3): 20-23. (In Russ.).
5. Inshakov SM. Effektivnost ugovolnogo nakazaniya: metodika analiza [The Effectiveness of Criminal Punishment: Methods of Analysis]. *Vestnik of Moscow State Linguistic University. Education and teaching*. 2014;25(711):32-61. (In Russ.).
6. Kazakova VA. Ekonomiya repressii kak sostavlyayushchaya effektivnosti nakazaniya [Limited repression as an element of susceptibility of punishment]. *Penal Enforcement Law*. 2017;12(2):120-124. (In Russ.).
7. Kernayuk BV, Kulesh EA, Samoilyuk NV. K voprosu o tselyakh ugovolnogo i ugovolno-ispolnitelnogo zakonodatelstva Rossiyskoy Federatsii [The question of the purpose of the penal system the Russian Federation]. *Power and Governance in the East of Russia*. 2017;4(81):170-176. (In Russ.).
8. Kleimenov MP, Kleimenov IM, Pustovit RV. Praktika naznacheniya nakazaniya za korrupsionnye prestupleniya [The practice of punishment for corruption crimes]. *Law Enforcement Review*. 2018;2(2):70-79. (In Russ.).

9. Kulakova MN. Preduprezhdenie korruptsionnykh prestupleniy: pravovye i organizatsionno-upravlencheskie osnovy: dis. ... kand. jurid. nauk: 12.00.08. [Prevention of corruption crimes: legal and organizational and managerial foundations: Cand. Sci. (Law) Dissertation: 12.00.08. Kazan; 2021. (In Russ.).
10. Kuri H, Ilchenko O. Effektivnost nakazaniya: rezultaty mezhdunarodnykh issledovaniy [Punishment Efficiency: Results of International Research]. *Russian Journal of Economics and Law*. 2013;2(26):240-256. (In Russ.).
11. Lopashenko NA. Ponyatie, kriterii i pokazateli effektivnosti ugovnogo nakazaniya [The concept, criteria and indicators of the effectiveness of criminal punishment]. In: Improvement of legal regulation and mechanisms of functioning of the crime prevention system: *Proceedings of the International Scientific and Practical Conference*, October 18–19, 2013; Minsk. Minsk: Publishing House of the BSU Center; 2013. (In Russ.).
12. Muslov BV. Latentnaya prestupnost: nekotorye voprosy teorii i praktiki protivodeystviya: dis. ... kand. jurid. nauk: 12.00.08 [Latent crime: some questions of the theory and practice of counteraction: Cand. Sci. (Law) Dissertation]. St. Petersburg; 2006. (In Russ.).
13. Ovchinsky VS. Kriminologiya krizisa [Criminology of the crisis]. Moscow: Norma; 2009. (In Russ.).
14. Paliy AA. Sushchnost i tseli nakazaniya v rossiyskom ugovnom prave i sredstva ikh dostizheniya: dis. ... kand. jurid. nauk: 12.00.08 [The essence and goals of punishment in Russian criminal law and the means to achieve them: Cand. Sci. (Law) Dissertation]. Rostov-on-Don; 2001. (In Russ.).
15. Stromov VYu. Effektivnaya realizatsiya nakazaniy: problemy ugovno-pravovoy teorii i pravoprimitelnoy praktiki [Effective implementation of punishments: problems of criminal law theory and law enforcement practice]. *Tambov University Review. Series: Humanities*. 2014;7(135):134-147. (In Russ.).
16. Tallock G. Sderzhivayut li nakazaniya prestupnost? [Do punishments deter crime?]. *Economic Theory of Criminal and Law Enforcement Activities. Economic Theory of Crimes and Punishments. Issue 1*. Moscow: Publishing House of RSUH; 1999, Issue 1. Pp. 93–98. Available at: <http://corruption.rsuh.ru/magazine/1/n1-15.shtml> [Accessed: 09.02.2022]. (In Russ.).
17. Ulezko SI, Serogodskaya ES, Mateush AZhG. K voprosu ob effektivnosti ugovno-pravovykh norm o nakazanii za dolzhnostnoe zloupotreblenie [On the question of the effectiveness of criminal law norms on punishment for official abuse]. *Socio-Political Sciences*. 2018;1:104-106. (In Russ.).
18. Shargorodsky MD. Nakazanie, ego tseli i effektivnost [Punishment, its goals and effectiveness]. Leningrad: Publishing House of the Leningrad University; 1973. (In Russ.).
19. Shestakov DA. Latentnost prestupnosti, voprosy teorii [Latency of crime, questions of theory]. *Criminology: Yesterday, Today, Tomorrow*. 2009;1(16):131-141. (In Russ.).
20. Yakovlev AM. Ob effektivnosti ispolneniya nakazaniya [On the effectiveness of the execution of punishment]. *The Soviet State and Law*. 1964;1:99-103. (In Russ.).

DOI: 10.17803/1729-5920.2022.187.6.074-084

О. А. Малышева\*

## Процессуальные гарантии прав участников следственных действий, производимых с применением системы видео-конференц-связи

**Аннотация.** Современная цифровая трансформация российского общества затрагивает и уголовное судопроизводство, что проявляется в расширении сферы применения инструментов LegalTech в ходе производства по уголовному делу. Назначение LegalTech в современном уголовном судопроизводстве состоит в оптимизации не только профессиональной деятельности властных участников уголовного процесса при осуществлении ими процессуальных действий и принятии процессуальных решений, но и процессуального механизма защиты прав, отстаивания законных интересов невластными участниками рассматриваемой сферы деятельности.

По результатам анализа отечественного и зарубежного опыта (Республика Беларусь, Украина, Республика Казахстан, Финляндская Республика, Швейцарская Конфедерация), с учетом позиции Верховного Суда РФ делается вывод о целесообразности применения следователем системы видео-конференц-связи при проведении допроса, очной ставки, опознания.

Вместе с тем приводятся аргументы, подтверждающие необходимость реализации в досудебном производстве дополнительных мер правового, организационно-правового, технологического характера в целях преодоления рисков необоснованного ограничения прав, законных интересов участников указанных следственных действий.

Речь идет о расширении прав участников анализируемых следственных действий, об уточнении правовой регламентации порядка осуществления видеозаписи при производстве данных действий, об урегулировании процессуального статуса следователя — исполнителя поручения об организации участия подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, свидетеля в следственных действиях, осуществляемых с применением системы видео-конференц-связи, об оптимизации технологического сопровождения расследования уголовного дела.

Вносится предложение о расширении процессуальных гарантий прав отдельных слоев населения, которые из-за состояния здоровья, социальной незрелости, недостаточности технической оснащенности быта неспособны воспринять технологические инструменты LegalTech, при решении следователем вопроса о производстве следственного действия с применением системы видео-конференц-связи.

**Ключевые слова:** следственное действие; инструменты LegalTech; соблюдение прав личности; следователь; видео-конференц-связь; процессуальная экономия; расследование уголовного дела; обвиняемый; потерпевший; свидетель; протокол следственного действия; следователь — исполнитель поручения об организации участия невластных субъектов.

**Для цитирования:** Малышева О. А. Процессуальные гарантии прав участников следственных действий, производимых с применением системы видео-конференц-связи // Lex russica. — 2022. — Т. 75. — № 6. — С. 74–84. — DOI: 10.17803/1729-5920.2022.187.6.074-084.

© Малышева О. А., 2022

\* Малышева Ольга Анатольевна, доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры уголовно-процессуального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

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

oamalysheva@msal.ru



## Procedural Guarantees of the Rights of Participants in Investigative Activities Carried out via a Video Conferencing System

**Olga A. Malysheva**, Dr. Sci. (Law), Associate Professor, Professor, Department of Criminal Procedure Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)  
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993  
oamalysheva@msal.ru

**Abstract.** The modern digital transformation of Russian society affects criminal proceedings, which results in the expansion of the scope of application of LegalTech tools in the course of criminal proceedings. The purpose of LegalTech in modern criminal proceedings is to optimize not only the professional activities of the governmental participants in the criminal procedure when they carry out procedural actions and make procedural decisions, but also the procedural mechanism for protecting rights, defending legitimate interests by non-governmental participants in the field of activity under consideration. The results of the analysis of domestic and foreign experience (the Republic of Belarus, Ukraine, the Republic of Kazakhstan, the Republic of Finland, and the Swiss Confederation), alongside with the position of the Supreme Court of the Russian Federation, makes it possible to conclude that the investigator should use a video conference system during interrogation, confrontation, and identification.

At the same time, the author presents some arguments confirming the need to implement additional legal, organizational, technological measures in pre-trial proceedings in order to overcome the risks of unjustified restriction of the rights and legitimate interests of participants in these investigative actions.

We are talking about expanding the rights of participants in the analyzed investigative actions, clarifying the legal regulation of the procedure for video recording during the production of these actions, regulating the procedural status of the investigator-executor of the order on organizing the participation of a suspect, accused, victim, witness in investigative actions carried out using a video conferencing system, optimizing the technological support of criminal investigation business.

The author proposes to expand the procedural guarantees of the rights of certain social groups who, due to their state of health, social immaturity, lack of technical equipment, are not able to perceive the LegalTech technological tools, when an investigator decides on the production of an investigative action using a video conferencing system.

**Keywords:** investigative action; LegalTech tools; observance of individual rights; investigator; video conference call; procedural economy; investigation of a criminal case; accused; victim; witness; protocol of the investigative action; investigator — executor of the order on the organization of the participation of non-governmental entities.

**Cite as:** Malysheva OA. Protsessualnye garantii prav uchastnikov sledstvennykh deystviy, proizvodimyykh s primeneniem sistemy video-konferents-svyazi [Procedural Guarantees of the Rights of Participants in Investigative Activities Carried out via a Video Conferencing System]. *Lex russica*. 2022;75(6):74-84. DOI: 10.17803/1729-5920.2022.187.6.074-084. (In Russ., abstract in Eng.).

Назначение LegalTech в современном уголовном судопроизводстве состоит в оптимизации не только профессиональной деятельности властных участников уголовного процесса при осуществлении ими процессуальных действий и принятии процессуальных решений, но и процессуального механизма защиты прав, отстаивания законных интересов невластными участниками рассматриваемой сферы деятельности. В связи с указанным сложно согласиться с авторами, ограничивающими назначение LegalTech рамками профессиональной практики юриста: «Технология призвана облегчить труд юриста и

повысить его эффективность в условиях цифровизации юридической практики»<sup>1</sup>.

Самостоятельное значение применению обозначенной технологии в производстве по уголовным делам придал Верховный Суд РФ в своем Обзоре по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации пандемии коронавируса от 30.04.2020. По мнению Суда, использование системы видео-конференц-связи как одного из инструментов LegalTech выступает процессуальным средством

<sup>1</sup> Уголовно-юрисдикционная деятельность в условиях цифровизации : монография / Н. А. Голованова, А. А. Гравина, О. А. Зайцев [и др.]. М. : ИЗиСП, Контракт, 2019. С. 14.

обеспечения процессуальных прав подозреваемого, обвиняемого, подсудимого и других участников процесса в судебных заседаниях<sup>2</sup>.

Дополнению уголовно-процессуального кодекса статьей 189.1 «Особенности проведения допроса, очной ставки, опознания путем использования систем видео-конференц-связи» предшествовало проведение многими учеными исследования вопросов необходимости и порядка осуществления следственных действий в дистанционном режиме, с применением системы видео-конференц-связи (далее — ВКС). По мнению М. Ш. Буфетовой и Д. Н. Кобзаря, применение системы ВКС для производства следственных действий в стадии предварительного расследования позволит решить проблему невозможности допроса лиц, находящихся на самоизоляции<sup>3</sup>. О. С. Пашутина и Д. В. Алымов полагают, что использование ВКС при производстве следственных действий с участием малолетних (несовершеннолетних) участников обеспечит им психологически комфортную обстановку дачи показаний об известных обстоятельствах по уголовному делу<sup>4</sup>. С. П. Щерба и Е. А. Архипова обосновали необходимость в законодательном порядке закрепить общие правила применения видео-конференц-связи при производстве следственных действий, дополнив УПК РФ самостоятельной статьей с одноименным названием<sup>5</sup>.

В научной литературе отмечаются факты производства российскими следователями следственных действий с применением системы ВКС с декабря 2015 г. — в отсутствие законодательного закрепления их осуществления. В частности, следователи Следственного управления МВД России по Хабаровскому краю, используя ведомственную электронную сеть ИСОД МВД России, уже длительное время

при расследовании уголовного дела проводят очную ставку с участниками следственного действия, предварительно направляя поручение следователю по месту нахождения одного из них для обеспечения явки. Применяя по аналогии предписания ст. 192 УПК РФ, следователь, в производстве которого находится уголовное дело, к материалам уголовного дела приобщает два протокола очной ставки: протокол, непосредственно подписанный участником в месте производства по уголовному делу, а также скан данного процессуального документа, подписанный участником, находящимся вне места расследования уголовного дела<sup>6</sup>. Отмеченное свидетельствует о давно назревшей потребности в производстве следственных действий с применением инструментов LegalTech для следственной практики. Кроме того, длительность реализации отмеченной практики в уголовно-процессуальной деятельности следователей Хабаровского края позволяет заключить, что в дальнейшем при рассмотрении уголовных дел и пересмотре по ним судебных решений в апелляционной (кассационной) инстанции фактов нарушения прав, законных интересов участников такого следственного действия судом не было установлено.

Важно отметить, что, согласно информационному письму Следственного департамента МВД России от 07.10.2020, следователям рекомендовано использовать средства видео-конференц-связи. Во исполнение отмеченного письма в 14 регионах Российской Федерации сформировалась подобная практика до включения ст. 189.1 в УПК РФ. Случаев признания результатов проведенных следственных действий с применением ВКС недопустимыми доказательствами, как уточнила Н. Н. Гаас, не имеется<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Обзор по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (COVID-19) № 2 (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 30.04.2020) // URL: <http://www.supcourt.ru/files/28881/> (дата обращения: 14.04.2022).

<sup>3</sup> Буфетова М. Ш., Кобзарь Д. Н. Применение систем видео-конференц-связи в уголовном судопроизводстве: перспектива изменения законодательства // Адвокатская практика. 2021. № 1. С. 14–18.

<sup>4</sup> Пашутина О. С., Алымов Д. В. Очная ставка: проблемные аспекты уголовно-процессуального регулирования // Российский следователь. 2020. № 6. С. 13–16.

<sup>5</sup> Щерба С., Архипова Е. Правовые основы применения видео-конференц-связи в уголовном судопроизводстве России и перспективы их совершенствования // Уголовное право. 2014. № 4. С. 116.

<sup>6</sup> Авдонин К. В., Черкасов В. С. Видео-конференц-связь в следственных действиях: как правильно использовать и что поменять в УПК // Уголовный процесс. 2018. № 7. С. 47–49.

<sup>7</sup> Гаас Н. Н. Использование видео-конференц-связи при производстве следственных действий в стадии предварительного расследования: изменения, в которых нуждается практика // Российский следователь 2021. № 12. С. 114.

Срок производства по уголовным делам в таких регионах удалось существенно сократить.

Наряду с изложенным, следует подчеркнуть, что в зарубежных странах также положительно зарекомендовал себя опыт применения системы ВКС при производстве следственных действий в досудебном производстве. В частности, в Финляндской Республике система ВКС применяется при допросе свидетелей (гл. 7 разд. 1 Закона об уголовном расследовании)<sup>8</sup>. В Швейцарской Конфедерации в случае невозможности участника уголовного процесса явиться к прокурору по причине болезни, существенных расходов и т.п. также допускается проведение допроса лица с использованием системы ВКС. При этом заслуживает внимания тот факт, что принятие прокурором устного заявления лица исключает необходимость подписания протокола и его скрепления<sup>9</sup>. Более широкое применение системы ВКС отмечается: в Республике Беларусь — при производстве допроса, очной ставки, опознания (ст. 224.1 УПК Республики Беларусь)<sup>10</sup>; Украине — при осуществлении допроса, опознания (ст. 232 УПК Украины)<sup>11</sup>; Республике Казахстан — при производстве допроса потерпевшего, свидетеля, осуществлении иных процессуальных действий при оказании международной правовой помощи по уголовным делам (ст. 213 УПК Республики Казахстан)<sup>12</sup>.

По результатам анализа отечественного и зарубежного опыта применения при производстве следственных действий системы ВКС очевидным является факт обеспечения в уголовно-процессуальной деятельности процессуальной

экономии — одного из принципов уголовного судопроизводства, хотя и не нашедшего законодательного закрепления, что нельзя не приветствовать. Одновременно сложно согласиться с мнением С. В. Зуева о том, что использование этой современной технологии не нарушает права участников уголовного процесса<sup>13</sup>. Приведем ряд аргументов.

При принятии решения о производстве следственного действия с применением системы ВКС следователь руководствуется собственным убеждением, поскольку законодатель не обязывает его учитывать уровень информационно-коммуникационной грамотности отдельных слоев населения, которые в силу ненадлежащего состояния здоровья, социальной незрелости, недостаточности технической оснащенности собственного быта не способны воспринять технологические инструменты LegalTech. Но, как представляется, для обеспечения защиты прав, законных интересов таких участников уголовного судопроизводства следственные действия должны проводиться традиционным способом, в частности производство допроса — посредством вызова к лицу, осуществляющему расследование уголовного дела. На данный факт обращают внимание и другие ученые<sup>14</sup>. Игнорирование следователем приведенных выше обстоятельств приведет к последствиям в виде получения сведений, не исключающих сомнений в их достоверности, полноте и, как следствие, потребности в их проверке иными процессуальными способами.

Для обеспечения защиты прав участников следственных действий независимо от уровня

<sup>8</sup> Закон об уголовном расследовании Финляндской Республики (805/2011 ; поправки к 736/2015 включены) // URL: [https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2011/en20110805\\_20150736.pdf](https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2011/en20110805_20150736.pdf) (дата обращения: 11.04.2022).

<sup>9</sup> Трефилов А. А. Информатизация уголовного процесса Швейцарии // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2019. № 2. С. 87–92.

<sup>10</sup> Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь от 16.07.1999 № 295-3 // URL: <https://etalonline.by/document/?regnum=hk9900295> (дата обращения: 11.04.2022).

<sup>11</sup> Уголовный процессуальный кодекс Украины от 13.04.2012 № 4651-VI // URL: [http://continent-online.com/Document/?doc\\_id=31197178](http://continent-online.com/Document/?doc_id=31197178) (дата обращения: 11.04.2022).

<sup>12</sup> Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 04.07.2014 № 231-V // URL: [https://online.zakon.kz/Document/?doc\\_id=31575852#pos=761;-44](https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575852#pos=761;-44) (дата обращения: 14.04.2022).

<sup>13</sup> Зуев С. В. Уголовно-процессуальные и оперативно-розыскные средства противодействия организованной преступности : монография. Челябинск : Челябинский юридический институт МВД России, 2007. С. 180–182.

<sup>14</sup> Воронина Н. А. Цифровизация деятельности органов предварительного расследования в период пандемии COVID-19 // Уголовное судопроизводство: современное состояние и стратегия развития : сборник научных трудов X Всероссийской науч.-практ. конференции (Москва, 26 нояб. 2020 г.) / сост. О. В. Химичева. М. : Московский университет МВД России имени В.Я. Кикотя, 2021. С. 159.

их цифровой грамотности, оптимизации следственной практики необходимо в ст. 189.1 УПК РФ уточнить порядок принятия решения о проведении следственного действия с применением системы ВКС, а именно: с согласия лица на участие в следственном действии с применением ВКС.

В целях исключения необоснованного усмотрения следователя при определении режима проведения следственного действия необходимо закрепить в УПК РФ исчерпывающий перечень обстоятельств, учитываемых при выборе такого режима: с использованием системы ВКС. В рассматриваемой части положительно себя зарекомендовал опыт, имеющийся в зарубежных странах. В качестве таких обстоятельств выступают: вероятность нахождения в опасности жизни и здоровья свидетеля (его близкого родственника) в связи с расследованием уголовного дела о тяжком, особо тяжком или чрезвычайно тяжком преступлении (ст. 110 УПК Республики Молдова); затрудненность производства обычной формы допроса, чрезмерные затраты на его производство, необходимость обеспечения безопасности свидетеля (ст. 69 УПК Эстонской Республики); состояние здоровья, препятствующее явке к следователю, необходимость обеспечения безопасности лица, иные уважительные причины (ст. 201 УПК Киргизской Республики).

Наряду с изложенным, следует указать на ненадлежащее правовое регулирование порядка ознакомления с протоколом следственного действия, проведенного с применением ВКС. Отмеченное подтверждается и различными позициями ученых, которые предлагали: 1) составление протокола следователем, исполняющим поручение; 2) составление двух протоколов: следователем, в производстве которого находится уголовное дело, и следователем, исполняющим поручение о производстве следственного действия с использованием ВКС. В частности, Н. Н. Гаас полагает, что на должностное лицо, исполняющее поручение о производстве следственного действия с применением ВКС, должны возлагаться обязанности не только по удостоверению личности участников

с разъяснением им прав, но и по составлению протокола, сохранению видеозаписи на носитель, ознакомлению с протоколом следственного действия и содержанием видеозаписи, выяснению замечаний, дополнений и пр., а также подписанию протокола электронными цифровыми подписями<sup>15</sup>. Иного мнения относительно порядка окончания производства следственного действия с применением ВКС придерживаются С. Щерба, Е. Архипова: следователь, в производстве которого находится уголовное дело, и следователь, который выполняет поручение, составляют отдельные протоколы, к которым прилагаются соответствующие аудио- и видеозаписи, произведенные в ходе такого действия<sup>16</sup>.

Негативно о действующем (ч. 3 ст. 189.1 УПК РФ) порядке ознакомления с протоколом следственного действия, проведенного с использованием системы ВКС, высказывается А. В. Победкин: «Пришлось, правда, ограничить возможность личного прочтения протокола лицами, давшими показания или участвовавшими в опознании»<sup>17</sup>. Следует поддержать данную позицию, поскольку при использовании системы ВКС в ходе допроса, очной ставки, опознания протокол зачитывается (оглашается) следователем во всех случаях, в отличие от общего порядка, предусматривающего оглашение протокола только по просьбе участника следственного действия (ч. 6 ст. 190 УПК РФ). Данная законодательная конструкция порождает вопрос: насколько эффективен такой порядок ознакомления с протоколом указанного следственного действия для обеспечения права на защиту подозреваемого, обвиняемого? Представляется, что такое императивное установление сужает возможность (гарантию) невластного участника следственного действия осознать полностью, правильность, достоверность фиксации данных им показаний. Процессуальное значение протокола как средства доказывания законности произведенного следственного действия отчасти нивелируется.

Поэтому законодателю целесообразно проработать вопрос о необходимости направления протокола на электронный ресурс органа пред-

<sup>15</sup> Гаас Н. Н. Указ. соч. С. 113.

<sup>16</sup> Щерба С., Архипова Е. Указ. соч. С. 115–116.

<sup>17</sup> Победкин А. В. Дистанционное собирание доказательств: распределение процессуальной ответственности // Криминалистическая и уголовно-процессуальная наука: современное состояние и тенденции развития : материалы Международной науч.-практ. конференции (7 февр. 2022 г.). Караганда : Карагандинская академия МВД Республики Казахстан имени Б. Бейсенова, 2022. С. 201.



варительного расследования, где находится участник следственного действия, в целях предоставления ему возможности непосредственного ознакомления с указанным протоколом, если он заявит ходатайство об этом.

Следует признать, что в уголовно-процессуальном законе необоснованно не урегулирован процессуальный статус следователя — исполнителя поручения об организации участия подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, свидетеля (далее — следователь-исполнитель). Для последних (кроме свидетеля) особо значимым негативным последствием указанного выступает отсутствие у них права заявить отвод указанному следователю по основаниям, закрепленным ч. 2 ст. 61 УПК РФ. Значимость обуславливается тем фактом, что именно следователь-исполнитель берет подписку о разъяснении участникам следственного действия их прав, обязанностей, ответственности, выступающую самостоятельной процессуальной гарантией обеспечения защиты прав, законных интересов данных субъектов уголовного процесса. Отсутствие такого права у подозреваемого, обвиняемого сужает его возможности на защиту от незаконного и необоснованного уголовного преследования, у потерпевшего — ограничивает право на отстаивание законного интереса в части полного и оперативного возмещения вреда, причиненного преступлением.

В уголовном процессе заявление об отводе является весомой процессуальной гарантией, обеспечивающей объективность, справедливость, полноту производства по уголовному делу. В условиях современной правовой регламентации применения ВКС в досудебном производстве данная процессуальная гарантия неоправданно не привлекла пристального внимания законодателя.

Неурегулированным остался вопрос о субъекте и процессуальном порядке обеспечения явки подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, свидетеля для проведения следственного действия с применением системы ВКС в случае их уклонения от участия в таком следственном действии. Основанием осуществления привода в отношении указанного лица должно выступать постановление следователя. Руководствуясь общими правилами избрания и применения мер процессуального принуждения, установленными уголовно-процессуальным законодательством, следует полагать, что на вынесение указанного постановления уполномочен следователь, принявший уголов-

ное дело к своему производству. Следователю-исполнителю он должен направить поручение об исполнении постановления о приводе в соответствии с правилами подследственности. Но согласно п. 4 ч. 2 ст. 38 УПК РФ следователь таким правом не наделен. Нет правовых оснований руководствоваться предписаниями ч. 5 ст. 152 УПК РФ, поскольку они уточняют порядок производства следственных действий в безотлагательной ситуации, но не применение мер процессуального принуждения в такой ситуации.

Действующий процессуальный порядок предусматривает единственную возможность исполнения поручения следователя о приводе — только органом дознания. Однако в случаях существенной территориальной удаленности места расследования от места производства следственного действия надлежащее исполнение указанного процессуального решения представляется сомнительным.

В целях обеспечения своевременного исполнения поручения следователя о производстве следственного действия с применением системы ВКС целесообразным является наделение следователя-исполнителя правом избрания и применения привода в отношении лиц, уклоняющихся от явки к данному следователю. Вероятность уклонения от участия в рассматриваемом следственном действии не исключается по причине того, что согласно ч. 2 ст. 189.1 УПК РФ решение о производстве следственного действия с применением системы ВКС принимается, как выше было отмечено, без учета мнения подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, свидетеля. В таком случае, наряду с повышением оперативности производства по уголовному делу, усиливаются гарантии соблюдения права на личную неприкосновенность лиц, принудительно доставляемых к следователю, который не осуществляет производство по уголовному делу.

В анализируемой процессуальной ситуации не только усиливается необходимость наделить невластных участников уголовного судопроизводства правом заявлять отвод следователю-исполнителю, но и актуализируется потребность в уточнении их права обжаловать процессуальные решения и процессуальные действия указанного следователя.

Отдельного внимания требует такая процессуальная гарантия соблюдения права подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего на законное и обоснованное производство след-



ственного действия с применением системы ВКС, как обязательное осуществление видеозаписи в ходе такого следственного действия (ч. 4 ст. 189.1 УПК РФ). Данное законодательное предписание не может исключить злоупотребления со стороны следователя, иных участников следственного действия, поскольку в законе не указано, на что должен быть настроен фокус видеосъемки: либо на общий вид кабинета следователя, либо на монитор компьютера для фиксации действий, показаний участника, удаленно участвующего в следственном действии, либо на участника следственного действия, находящегося в кабинете следователя (при производстве очной ставки), на лиц, предметы, предъявленные в кабинете следователя для опознания лицу, не присутствующему в месте расследования уголовного дела. Представляется, что каждый следователь самостоятельно будет определять объект видеозаписи, равно как и обзор видеозаписи: круговой или направленный.

Кроме того, приведенная анализируемая правовая регламентация ожидаемо обусловит подачу жалобы подозреваемыми, обвиняемыми, их защитниками на неудачный ракурс видеозаписи и неполноту видеосъемки, не позволившей им, к примеру, исключить в ходе очной ставки незаконное воздействие следователя, ведущего расследование уголовного дела, на свидетеля, находившегося в его кабинете, при том что обвиняемый с защитником в таком следственном действии участвовали удаленно. Но именно видеозаписи следственного действия, произведенного с применением системы ВКС, законодатель придает повышенное значение как процессуальной гарантии прав участников такого следственного действия. Пример следственной практики, ранее сложившейся в Хабаровском крае, приведенный выше, не может выступать контраргументом. Поэтому в целях исключения оснований признания результата следственного действия с применением системы ВКС как полученного с нарушением прав его участников, обеспечения единообраз-

ной следственной практики в рассматриваемой части целесообразным представляется уточнение в ч. 4 ст. 189.1 УПК РФ информации об объекте видеозаписи.

В развитие указанного подчеркнем, что наиболее подвержены ущемлению своих прав участники такого следственного действия, как опознание с применением системы ВКС. При производстве данного следственного действия используется видеооборудование с монитором. При этом монитор может быть различным по размеру (12 или 19 и более дюймов по диагонали), что зависит от технической оснащенности следственного подразделения. В данном случае можно проследить корреляционную зависимость достоверности результата опознания от технических характеристик информационно-коммуникационного устройства, которое используется в следственном действии, включающих качество, размер цифровой картинки. У практических работников, в первую очередь адвокатов, обоснованно возникают сомнения в том, что посредством ВКС можно абсолютно точно визуализировать лицо (предмет), исключаящее ошибочную идентификацию такого лица (предмета).

Эти сомнения следует признать вполне обоснованными, поскольку оснащенность необходимой оргтехникой кабинетов сотрудников органов предварительного расследования в целом по стране на сегодняшний день составляет около 40 % от потребности<sup>18</sup>.

С учетом указанного целесообразно представить анализ судебной практики по вопросу применения системы ВКС в судебном заседании. Использование данного инструмента LegalTech фактически сформировало новую тенденцию судебного обжалования. Ее суть состоит в том, что практически на каждое решение судов первой инстанции, применявших систему ВКС, осужденные подают жалобы, ссылаясь на плохое качество видео-конференц-связи, которое привело, по их мнению, к нарушению права на защиту<sup>19</sup>. В частности, осужденный Р., которому вменялось совершение преступ-

<sup>18</sup> Валов С. В. Ресурсное обеспечение цифровизации следственной деятельности: выступление от 15.04.2022 // Цифровизация уголовного судопроизводства: современные технологии и нравственные начала в уголовно-процессуальной деятельности : материалы Конференции с международным участием, проводимой в рамках IX Московского юридического форума (14–16 апр. 2022 г.). М. : Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 2022.

<sup>19</sup> Апелляционное определение Верховного суда Республики Башкортостан от 12.04.2018 по делу № 22-1991/2018 ; апелляционное определение Самарского областного суда от 31.10.2019 по делу № 22-405/2019 (22-7675/2018).

ления, предусмотренного ч. 1 ст. 105 УК РФ, в обоснование своей кассационной жалобы на приговор Домодедовского городского суда Московской области от 30.07.2019 и апелляционное определение Московского областного суда от 01.10.2019 указал не только на необъективное предварительное следствие, но и на формальное рассмотрение судом его апелляционной жалобы вследствие того, что из-за некачественной видео-конференц-связи большинство информации им не было услышано в апелляционном производстве. И хотя суд кассационной инстанции оставил кассационную жалобу Р. без удовлетворения ввиду отсутствия в протоколе судебного заседания суда апелляционной инстанции замечаний от Р. и его защитника на качество видео-конференц-связи<sup>20</sup>, тем не менее применение современных технологий в уголовно-процессуальной деятельности обусловило появление нового предмета обжалования, усложняющего такую деятельность. Подтверждением указанного выступают иные решения по уголовным делам. Так, осужденный А. В. А. при обжаловании постановления Щекинского районного суда Тульской области от 16.09.2016 о смягчении назначенного ему наказания в качестве довода указал некачественность видео-конференц-связи, вследствие чего он был лишен возможности отстаивать свою позицию в судебном заседании, что также привело к нарушению его права на защиту. Отсутствие в протоколе судебного заседания сведений о некачественной видео-конференц-связи, что осужденный А. В. А. расценил как неполноту данного процессуального документа, позволило суду апелляционной инстанции приведенный осужденным А. В. А. довод не принять во внимание и оставить приговор районного суда без изменения<sup>21</sup>. Обозначенную тенденцию судебной практики, где ВКС официально в соответствии с законом стала применяться гораздо раньше, следователю необходимо учитывать, решая вопрос о производстве следственного действия с применением ВКС.

Реализация современных технологий в уголовно-процессуальной деятельности со-

пряжена с риском незаконного воздействия участников со стороны защиты на потерпевшего, свидетеля ввиду отсутствия возможности исключить несанкционированный доступ не только к сведениям, составляющим следственную тайну, но и к персональным данным участников следственного действия, проводимого с использованием системы ВКС. Важным при этом является и недопущение искажения данных, полученных в ходе следственного действия с применением системы ВКС.

Для достижения указанного требуется создание единой для органов уголовной юстиции системы информационного обмена, предполагающей выстраивание цифровых связей как по вертикали, так и по горизонтали, базирующейся на сертифицированной, надежно защищенной от незаконного проникновения цифровой платформе. Между тем в подразделениях системы МВД России, органы предварительного расследования которого осуществляют производство по 85–90 % уголовных дел ежегодно, доля информационных систем, имеющих действующий аттестат соответствия требованиям информационной безопасности, в 2022 г. составляет 0 %<sup>22</sup>. Оптимальной нельзя признать и организацию взаимного обмена онлайн-информацией между органами внутренних дел и другими органами государственной власти при исполнении своих функций, поскольку в 2021 г. только один вид указанных сведений мог выступить предметом межведомственного взаимодействия, включая уголовно-процессуальную деятельность. К концу 2024 г. данный показатель планируется увеличить до 34<sup>23</sup>.

С учетом вышеизложенного наиболее востребованным является создание и развитие информационно-коммуникационной инфраструктуры и технологических сервисов, которые были бы замкнуты в единую для всех органов уголовной юстиции технологическую цепочку.

Расширению процессуальных гарантий прав участников следственных действий, осуществляемых с применением системы ВКС, будет способствовать совершенствование ведомственной нормативной базы в части регули-

<sup>20</sup> Определение Первого кассационного суда общей юрисдикции от 12.05.2021 № 77-1439/2021.

<sup>21</sup> Апелляционное постановление Тульского областного суда от 09.11.2016 по делу № 22-2248/2016.

<sup>22</sup> Распоряжение МВД России от 11.01.2022 № 1/37 «Об утверждении ведомственной цифровой программы трансформации МВД России на 2022–2024 годы». Раздел 2РИ «Обеспечение функционирования информационных систем и компонентов информационно-телекоммуникационной системы». Пункт 2РИЗ // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>23</sup> Распоряжение МВД России от 11.01.2022 № 1/37. Раздел 1.5 «Государственные данные». Пункт ГД2.

рования порядка применения системы ВКС. В частности, в ней должна быть закреплена обязанность следователя, принявшего решение о применении анализируемой технологии, проводить рассматриваемое следственное действие только при условии высокого качества электронной связи. При ухудшении звука или видеосвязи он должен сделать перерыв в производстве следственного действия для восстановления надлежащего качества данной связи.

Но в таких случаях не исключается риск злоупотребления следователем своим правом на приостановление производства следственного действия с применением ВКС в случае, когда показания участников не согласуются с разрабатываемой им следственной версией. Не исключается действие и субъективного фактора в принятии отмеченного решения. Как справедливо отмечается в научной литературе, при наличии одних и тех же технических неполадок один следователь может воспринять это как допустимые проблемы, не затрудняющие продолжение сеанса видео-конференц-связи, а другой — как ухудшение качества связи, препятствующее дальнейшему проведению следственного действия<sup>24</sup>. Кроме этого, в таких случаях возрастает вероятность признания протокола следственного действия недопустимым доказательством ввиду осуществления видео-конференц-связи с помехами и/или прерыванием аудио- или видеосигнала либо

умышленным искажением видеоряда. В целях исключения влияния субъективного фактора на определение качества видео-конференц-связи при производстве допроса, очной ставки, опознания необходимо разработать программно-технический комплекс, который бы не только автоматически определял качество связи, но и, как верно уточняет А. А. Ярков, уведомлял участников следственного действия об ухудшении качества связи и отсутствии технической возможности осуществления видео-конференц-связи<sup>25</sup>.

В заключение подчеркнем, что, безусловно, инструменты LegalTech востребованы в уголовном судопроизводстве. Вместе с тем нельзя не признать, что их применение в условиях современной правовой регламентации уголовно-процессуальной деятельности связано с немалыми рисками необоснованного ограничения прав, законных интересов участников уголовного процесса. Внесенные автором предложения правового, организационно-правового, технологического характера нацелены на недопущение ограничения права подозреваемого, обвиняемого на защиту; исключение нарушения личной неприкосновенности, свободы свидетеля, кроме случаев и в порядке, строго установленных законом; сохранение в полном объеме права потерпевшего на восстановление имущественных прав, компенсацию морального вреда, необходимость которых обусловлена совершенным преступлением.

#### БИБЛИОГРАФИЯ

1. Авдонин К. В., Черкасов В. С. Видео-конференц-связь в следственных действиях: как правильно использовать и что поменять в УПК // Уголовный процесс. — 2018. — № 7. — С. 47–49.
2. Буфетова М. Ш., Кобзарь Д. Н. Применение систем видео-конференц-связи в уголовном судопроизводстве: перспектива изменения законодательства // Адвокатская практика. — 2021. — № 1. — С. 14–18.
3. Воронина Н. А. Цифровизация деятельности органов предварительного расследования в период пандемии COVID-19 // Уголовное судопроизводство: современное состояние и стратегия развития : сборник научных трудов X Всероссийской науч.-практ. конференции (Москва, 26 нояб. 2020 г.) / сост. О. В. Химичева. — М. : Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя, 2021. — С. 157–159.
4. Гаас Н. Н. Использование видео-конференц-связи при производстве следственных действий в стадии предварительного расследования: изменения, в которых нуждается практика // Российский следователь. — 2021. — № 12. — С. 11–15.

<sup>24</sup> Ярков А. А. Ухудшение качества связи при использовании систем видео-конференц-связи // Арбитражный и гражданский процесс. 2018. № 10. С. 17–18.

<sup>25</sup> Ярков А. А. Указ. соч.

5. Зуев С. В. Уголовно-процессуальные и оперативно-розыскные средства противодействия организованной преступности : монография. — Челябинск : Челябинский юридический институт МВД России, 2007. — 292 с.
6. Пашутина О. С., Алымов Д. В. Очная ставка: проблемные аспекты уголовно-процессуального регулирования // Российский следователь. — 2020. — № 6. — С. 13–16.
7. Победкин А. В. Дистанционное собирание доказательств: распределение процессуальной ответственности // Криминалистическая и уголовно-процессуальная наука: современное состояние и тенденции развития : материалы Междунар. науч.-практ. конференции (7 февр. 2022 г.). — Караганда : Карагандинская академия МВД Республики Казахстан имени Б. Бейсенова, 2022. — С. 199–202.
8. Трефилов А. А. Информатизация уголовного процесса Швейцарии // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. — 2019. — № 2. — С. 87–92.
9. Уголовно-юрисдикционная деятельность в условиях цифровизации : монография / Н. А. Голованова, А. А. Гравица, О. А. Зайцев [и др.]. — М. : ИЗИСП, Контракт, 2019. — 212 с.
10. Щерба С., Архипова Е. Правовые основы применения видео-конференц-связи в уголовном судопроизводстве России и перспективы их совершенствования // Уголовное право. — 2014. — № 4. — С. 109–117.
11. Ярков А. А. Ухудшение качества связи при использовании систем видео-конференц-связи // Арбитражный и гражданский процесс. — 2018. — № 10. — С. 16–18.

Материал поступил в редакцию 23 апреля 2022 г.

## REFERENCES

1. Avdonin KV, Cherkasov VS. Video-konferents-svyaz v sledstvennykh deystviyakh: kak pravilno ispolzovat i chto pomenyat v UPK [Video conferencing in investigative actions: How to use it correctly and what to change in the Criminal Procedure Code]. *Ugolovnyy protsess [Criminal Procedure]*. 2018;7:47-49. (In Russ.).
2. Bufetova MSh, Kobzar DN. Primenenie sistem video-konferents-svyazi v ugovnom sudoproizvodstve: perspektiva izmeneniya zakonodatelstva [The use of video conferencing systems in criminal proceedings: Prospects of changing legislation]. *Advokatskaya praktika [Advocate's Practice]*. 2021;1:14-18. (In Russ.).
3. Voronina NA. Tsifrovizatsiya deyatelnosti organov predvaritelnogo rassledovaniya v period pandemii COVID-19 [Digitalization of the activities of preliminary investigation bodies during the COVID-19 pandemic]. In: Khimicheva OV. Ugolovnoe sudoproizvodstvo: sovremennoe sostoyanie i strategiya razvitiya: X Ezhegodnaya Vseros. konferentsiya, 26 noyabrya 2020 g.: sbornik nauch. trudov [Criminal procedure: Current state and development strategy. 10th Annual All-Russian Conference, November 26, 2020. Collection of papers]. Moscow: Kikot Moscow University of the Ministry of the Interior of Russia Publ.; 2021. Pp. 157–159. (In Russ.).
4. Gaas NN. Ispolzovanie video-konferents-svyazi pri proizvodstve sledstvennykh deystviy v stadii predvaritelnogo rassledovaniya: izmeneniya, v kotorykh nuzhdaetsya praktika [The use of video conferencing in the production of investigative actions at the stage of preliminary investigation: Changes that practice needs]. *Rossiyskiy sledovatel [Russian Investigator]*. 2021;12:11-15. (In Russ.).
5. Zuev SV. Ugolovno-protsessualnye i operativno-rozysknye sredstva protivodeystviya organizovannoy prestupnosti: monografiya [Criminal procedural and operational investigative means of countering organized crime. A monograph]. Chelyabinsk: Chelyabinsk Law Institute of the Ministry of Internal Affairs of Russia Publ.; 2007. (In Russ.).
6. Pashutina OS, Alymov DV. Ochnaya stavka: problemnye aspekty ugovolno-protsessualnogo regulirovaniya [Face-to-Face Interrogation: Problematic Aspects of Criminal Procedural Regulation]. *Rossiyskiy sledovatel [Russian Investigator]*. 2020;6:13-16. (In Russ.).
7. Pobedkin AV. Distantionnoe sobiranie dokazatelstv: raspredelenie protsessualnoy otvetstvennosti [Remote collection of evidence: Distribution of procedural responsibility]. In: Kriminalisticheskaya i ugovolno-protsessualnaya nauka: sovremennoe sostoyanie i tendentsii razvitiya: materialy Mezhdunar. nauch.-prakt. konferentsii 7 fevralya 2022 g. [Criminalistic and Criminal procedure science: Current state and development trends. Proceedings of the International Scientific and Practical Conference held on February 7, 2022]. Karaganda: Karaganda Academy of the Ministry of Internal Affairs of the Republic of Kazakhstan named after Berimbek Beisenov Publ.; 2022. Pp. 199–202. (In Russ.).

8. Trefilov AA. Informatizatsiya ugolovnogo protsessa Shveytsarii [Informatization of the Swiss criminal procedure]. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatelstva i sravnitel'nogo pravovedeniya [Journal of Foreign Legislation and Comparative Law]*. 2019;2:87-92. (In Russ.).
9. Ugolovno-yurisdiktsionnaya deyatelnost v usloviyakh tsifrovizatsii: monografiya [Criminal-jurisdictional activity in the conditions of digitalization. A monograph]. Moscow: IZiSP, Kontrakt Publ.; 2019. (In Russ.).
10. Shcherba S, Arkhipova E. Pravovye osnovy primeneniya video-konferents-svyazi v ugolovnom sudoproizvodstve Rossii i perspektivy ikh sovershenstvovaniya [The legal basis for the use of video conferencing in criminal proceedings in Russia and the prospects for their improvement]. *Ugolovnoe pravo [Criminal Law]*. 2014;4:109-117. (In Russ.).
11. Yarkov AA. Ukhudshenie kachestva svyazi pri ispolzovanii sistem video-konferents-svyazi [Impairment of communications quality when using video conferencing systems]. *Arbitrazhnyy i grazhdanskiy protsess [Arbitrazh and Civil Procedure]*. 2018;10:16-18. (In Russ.).



DOI: 10.17803/1729-5920.2022.187.6.085-096

В. В. Поляков\*

# Источники и принципы формирования частной методики расследования высокотехнологичных преступлений

**Аннотация.** Отличительной особенностью современной преступности является ее качественное усложнение и быстрый рост количества высокотехнологичных преступлений, характеризующихся широким использованием новейших информационных технологий. Из-за инерционности процессов адаптации норм права и судебно-следственной практики к новым видам преступлений наблюдается отставание криминалистической теории и практики от происходящих изменений. Одним из проявлений такого отставания является неразработанность частной криминалистической методики расследования высокотехнологичных преступлений. В статье показывается, что затруднения в формировании указанной методики обусловлены прежде всего негативными факторами, связанными со спецификой ее источников. К таким факторам для источника в виде норм права относятся недостатки системного регулирования общественных отношений в сфере противодействия высокотехнологичной преступности, противоречия и непоследовательность в применении норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства. Трудности в использовании научных знаний связаны с их слабой сформированностью, закономерной для новых видов преступлений. Негативную роль играет низкая репрезентативность эмпирических данных, представляемых недостаточно наработанной судебно-следственной практикой, что существенно затрудняет обобщение опыта расследований. Автором обосновывается тот факт, что перспективным подходом к преодолению проблем в построении частной методики расследования новых видов преступлений является разработка прогностической методики, отражающей наиболее вероятные признаки соответствующих преступлений, тенденции в их развитии и закономерности их расследования. Предлагаются принципы создания такой методики, включающие в себя расширение роли общей криминалистической методики, использование положений частных методик, выработанных для близких групп преступлений, а также экстраполяцию эмпирических данных по преступлениям с близкими криминалистическими характеристиками на новую группу преступлений. Показывается, что в условиях недостаточной репрезентативности судебно-следственной практики особое значение приобретает привлечение метода экспертных оценок.

**Ключевые слова:** криминалистика; криминалистическая методика; прогностическая методика; высокотехнологичные преступления; компьютерные преступления; информационные технологии; цифровизация; проблемы расследования; судебно-следственная практика; нормы права; метод экспертных оценок; источники методики расследования; принципы методики расследования.

**Для цитирования:** Поляков В. В. Источники и принципы формирования частной методики расследования высокотехнологичных преступлений // Lex russica. — 2022. — Т. 75. — № 6. — С. 85–96. — DOI: 10.17803/1729-5920.2022.187.6.085-096.

© Поляков В. В., 2022

\* Поляков Виталий Викторович, кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного процесса и криминалистики Алтайского государственного университета  
пр. Ленина, д. 61, г. Барнаул, Россия, 656049  
agupolyakov@gmail.com

## Sources and Principles of Private Methods Development for High-Tech Crimes Investigation

**Vitaliy V. Polyakov**, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Department of Criminal Procedure and Criminalistics, Altai State University  
pr. Lenina, d.1, Barnaul, Russia, 656049  
agupolyakov@gmail.com

**Abstract.** A distinctive feature of modern crimes is its qualitative complication and rapid development of high-tech crimes characterized by the widespread use of the latest information technologies. As there is quite a low response rate in adapting the norms of law and judicial and investigative practice to new types of crimes, criminalistic theory and practice lag behind the ongoing changes. One of the aspects of this lag is the lack of development of private forensic methods for investigating high-tech crimes. The paper shows that the difficulties in the formation of such methods primarily result from negative factors related to the specifics of its sources. The shortcomings of the system regulation of public relations in the field of countering high-tech crime, contradictions and inconsistencies in the application of criminal and criminal procedure legislation are among such factors for the legal norms source. The difficulties in using scientific knowledge are associated with their weak formation, which is natural for new types of crimes. Low representativeness of empirical data presented by insufficiently developed forensic investigative practice plays a negative role, which significantly complicates the generalization of the experience of investigations. The paper proves that a promising approach to overcoming problems in building a private method for investigating new types of crimes is the development of a predictive method that reflects the most likely features of the relevant crimes, trends in their development and patterns of their investigation. The author proposes and substantiates some principles of creating such a method, including the expansion of the role of the general criminalistic methodology, the use of the provisions of private methods developed for close groups of crimes, as well as the extrapolation of empirical data on crimes with similar criminalistic characteristics to a new group of crimes. It is shown that in conditions of insufficient representativeness of forensic investigative practice, the involvement of the method of expert assessments is of particular importance.

**Keywords:** criminalistics; forensic methodology; prognostic methodology; high-tech crimes; computer crimes; information technology; digitalization; problems of investigation; forensic investigative practice; norms of law; method of expert assessments; sources of investigation methodology; principles of investigation methodology.

**Cite as:** Polyakov VV. Istochniki i printsipy formirovaniya chastnoy metodiki rassledovaniya vysokotekhnologichnykh prestupleniy [Sources and Principles of Private Methods Development for High-Tech Crimes Investigation]. *Lex russica*. 2022;75(6):85-96. DOI: 10.17803/1729-5920.2022.187.6.085-096. (In Russ., abstract in Eng.).

### Введение

В последние десятилетия сформировалась тенденция к усложнению преступности. Способы преступлений стали все чаще включать в себя достижения научно-технического прогресса, в первую очередь компьютерные и информационно-телекоммуникационные технологии<sup>1</sup>. Уровень киберпреступности за семь лет вырос

в 20 раз, при этом раскрываемость таких преступлений остается на низком уровне и по мере усложнения способов преступлений продолжает снижаться<sup>2</sup>. Динамика этих процессов настолько велика, что, на наш взгляд, криминалистическая теория и практика не успевают за происходящими изменениями, несмотря на фундаментальные основы, заложенные в работах В. Б. Вехова<sup>3</sup>, В. А. Мещерякова<sup>4</sup>, А. Л. Оси-

<sup>1</sup> Серебренникова А. В. Криминологические проблемы цифрового мира (цифровая криминология) // Всероссийский криминологический журнал. 2020. Т. 14. № 3. С. 423–430.

<sup>2</sup> Уровень киберпреступности за семь лет вырос в 20 раз // URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4642365/> (дата обращения: 01.04.2022) ; Краткая характеристика состояния преступности в Российской Федерации за январь — сентябрь 2021 года // URL: <https://xn--b1aew.xn--p1ai/reports/item/26421097/> (дата обращения: 01.04.2022).

<sup>3</sup> Вехов В. Б. Криминалистическое учение о компьютерной информации и средствах ее обработки : дис. ... д-ра юрид. наук. Волгоград, 2008.

<sup>4</sup> Мещеряков В. А. Основы методики расследования преступлений в сфере компьютерной информации : дис. ... д-ра юрид. наук. Воронеж, 2001.

пенко<sup>5</sup>, Е. Р. Россинской<sup>6</sup> и других авторов. Анализ судебно-следственной практики и мнений специалистов позволяет прийти к выводу, что в наибольшей степени это касается криминалистического обеспечения расследования высокотехнологичных преступлений. К основным чертам таких преступлений относятся: полноструктурный способ совершения, включающий подготовку и сокрытие, групповая форма совершения, использование информационных сетей для дистанционного доступа к компьютерной информации, применение специально разработанных или модифицированных программно-аппаратных средств<sup>7</sup>. Указанные особенности высокотехнологичных преступлений во многом определяют криминалистические сложности в их расследовании. Это свидетельствует о несомненной актуальности вопроса о построении частной криминалистической методики расследования высокотехнологичных преступлений.

Разработчики частных криминалистических методик расследования новых групп преступлений сталкиваются с определенными трудностями, имеющими объективный характер. В то же время именно для этих групп такие методики особо востребованы, так как они должны восполнить нехватку знаний о специфике элементов преступлений и предложить эффективные приемы и рекомендации по расследованию. Именно с недостаточной изученностью криминалистической характеристики преступлений в

сфере компьютерной информации, отражающей в структурированном виде содержание методики расследования, справедливо связывал низкую раскрываемость этих преступлений Н. А. Подольный<sup>8</sup>. В этом плане высокотехнологичные преступления являются одним из наиболее характерных примеров новых групп преступлений, быстрое развитие которых, используя формулировку Ю. П. Гармаева, «значительно опережает создание соответствующих методик расследования»<sup>9</sup>.

Полагаем, что разработка частной методики расследования высокотехнологичных преступлений должна начинаться с исследования источников ее формирования. Содержание этих источников в случае данных преступлений обладает существенной спецификой. Кроме того, должны быть выявлены особенности общих принципов, на основе которых будет строиться эта частная криминалистическая методика. Возможные подходы к решению этих задач составили основной предмет исследования настоящей работы.

### **1. Особенности источников частной методики расследования высокотехнологичных преступлений**

В современной криминалистике обычно выделяются три источника формирования методик расследования: нормы права, научные знания,

<sup>5</sup> Осипенко А. Л. Борьба с преступностью в глобальных компьютерных сетях: международный опыт: монография. М.: Норма, 2004.

<sup>6</sup> Россинская Е. Р. Теория информационно-компьютерного обеспечения криминалистической деятельности как основа инновационного развития криминалистической науки в условиях цифровизации // Юридическая наука в Китае и России. 2020. № 3. С. 115–119.

<sup>7</sup> Поляков В. В., Слободян С. М. Анализ высокотехнологичных способов неправомерного удаленного доступа к компьютерной информации // Известия Томского политехнического университета. 2007. Т. 310. № 1. С. 212–216; Гавло В. К., Поляков В. В. Следовая картина и ее значение для расследования преступлений, связанных с неправомерным удаленным доступом к компьютерной информации // Российский юридический журнал. 2007. № 5 (57). С. 146–152; Поляков В. В., Лапин С. А. Средства совершения компьютерных преступлений // Доклады Томского государственного университета систем управления и радиоэлектроники. 2014. № 2 (32). С. 162–166; Поляков В. В. Основы формирования криминалистической методики расследования высокотехнологичных преступлений // Уголовное судопроизводство: правовое, криминалистическое и оперативно-розыскное обеспечение: монография / под ред. С. И. Давыдова. Барнаул: Изд-во Алтайского государственного университета, 2019. С. 114–126.

<sup>8</sup> Подольный Н. А. Проблемы оптимизации расследования преступлений в сфере компьютерной информации // Раскрытие и расследование преступлений, сопряженных с использованием средств вычислительной техники: проблемы, тенденции, перспективы: материалы Всероссийской научной конференции. М.: МАКС Пресс, 2005. С. 172–176.

<sup>9</sup> Гармаев Ю. П. Теоретические основы формирования криминалистических методик расследования преступлений: монография. Иркутск: ИЮИ ГП РФ, 2003. С. 4.

судебно-следственная практика<sup>10</sup>. Проанализируем проблемы использования этих источников для случая высокотехнологичных преступлений.

1. *Нормы права.* Речь идет прежде всего об Уголовном кодексе и Уголовно-процессуальном кодексе РФ, а также случаях иных законов (подзаконных актов), таких, например, как Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности», нормах других отраслей права и принятых Российской Федерацией международных актов. Существенная проблема заключается в том, что адаптация норм права к новым видам преступности, связанной с использованием быстро развивающихся компьютерных технологий, неизбежно является достаточно медленным и инерционным процессом. Существующее законодательное регламентирование, по нашему мнению, лишь фрагментарно затрагивает отдельные области общественных отношений в сфере противодействия высокотехнологичной преступности, без комплексного системного регулирования. Так, принимаются нормы, регулирующие общественные отношения в материальном праве, но они не в полной мере обеспечены необходимыми уголовно-процессуальными механизмами доказывания<sup>11</sup>. Более того, имеются внутренние противоречия и непоследовательность даже в рамках единой отрасли права. Например, в Уголовном кодексе РФ имеется внутренняя конкуренция норм, относящихся к преступлениям в сфере компьютерной информации, обусловленная использованием при квалификации преступлений ст. 158, 159, 159.6, 272 УК РФ. Сложности уголовно-правовой квалификации преступлений, связанных с применением информационно-коммуникационных технологий для хищения денежных средств с банковских счетов, приводятся в исследовании В. О. Давыдова и Т. В. Тишутиной<sup>12</sup>. Противоре-

чия в Уголовно-процессуальном кодексе порождают проблемы в части определения подсудности и подследственности в уголовных делах по сложным многоэпизодным преступлениям, совершаемым дистанционно и охватывающим значительное число различных мест, в которых находились участники преступления и потерпевшие на разных этапах совершения преступления<sup>13</sup>. Подобные негативные обстоятельства естественным образом порождают проблемы в разработке криминалистических методик расследования высокотехнологичных преступлений.

2. *Научные знания.* Такие знания в первую очередь относятся к теоретическим и методологическим положениям криминалистики, к ее общей теории, частным теориям и учениям, криминалистической технике и тактике. Как верно отмечал О. Я. Баев, разработчиками методик «творчески преломляются и достижения общей теории криминалистики, ее частных криминалистических учений»<sup>14</sup>. При создании криминалистических методик расследования высокотехнологичных преступлений привлекаются также знания, наработанные другими науками криминального цикла, а в ряде случаев — техническими и естественными науками. Проблемы в использовании этого источника возникают из-за того, что новые виды преступности сначала появляются, а уже потом исследуются, в силу чего соответствующие научные знания находятся в стадии формирования. Кроме того, в случае высокотехнологичных преступлений к факторам, затрудняющим формирование криминалистических знаний, нужно отнести «высокую латентность данных преступлений, сложность сбора доказательств и процесса доказывания в суде, достаточно широкий спектр криминалистически значимых признаков»<sup>15</sup> и ряд других обстоятельств<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> Белкин Р. С. Курс криминалистики : учебное пособие для вузов : в 3 т. 3-е изд., доп. Т. 3. М., 2001. С. 248–257.

<sup>11</sup> Развитие информационных технологий в уголовном судопроизводстве : монография / В. С. Балакшин, В. Б. Вехов, В. Н. Григорьев [и др.] / под ред. С. В. Зуева. М. : Юрлитинформ, 2018.

<sup>12</sup> Давыдов В. О., Тишутина И. В. Об актуальных проблемах криминалистического обеспечения раскрытия и расследования мошенничеств, совершенных с использованием информационно-телекоммуникационных технологий // Криминалистика: вчера, сегодня, завтра. 2020. № 2 (14). С. 88.

<sup>13</sup> Козлов А. Хищение безналичных денежных средств: особенности совершения преступления // Следователь. 2015. № 2 (202). С. 44–47.

<sup>14</sup> Баев О. Я. Основы криминалистики : курс лекций. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Эксмо, 2009. С. 198.

<sup>15</sup> Гавло В. К., Поляков В. В. Некоторые аспекты разработки криминалистической характеристики компьютерных преступлений // Раскрытие и расследование преступлений, сопряженных с использованием средств вычислительной техники: проблемы, тенденции, перспективы : материалы Всероссийской научной конференции М. : МАКС Пресс, 2005. С. 14–18.

<sup>16</sup> Яблоков Н. П. Криминалистика : учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Норма, Инфра-М, 2019. Гл. 34. § 1 : Криминалистическая характеристика преступлений в сфере компьютерной информации. С. 358 ;



3. *Судебно-следственная практика.* Эмпирические данные, получаемые из судебно-следственной практики, выступают, как отмечал Б. М. Шавер, в качестве обобщенного опыта работы по расследованию преступлений определенной группы<sup>17</sup>. Р. С. Белкин указывал, что при формировании криминалистических методик имеется необходимость «целенаправленного систематизированного накопления, анализа и обобщения эмпирического материала»<sup>18</sup>, относящегося прежде всего к способу совершения исследуемых преступлений и их признакам. Для надежности результатов, получаемых в результате обобщения, необходимо использовать статистически достаточные выборки уголовных дел. Криминалистические характеристики преступлений, построенные для репрезентативной выборки, далее распространяются на всю совокупность преступлений данной группы. Однако для новых групп преступлений, как правило, имеется недостаточная репрезентативность эмпирических данных, что связано с недостаточной наработанностью судебно-следственной практики, то есть относительно малым количеством используемых при анализе уголовных дел. Негативным фактором является также то обстоятельство, что в процессе расследования высокотехнологичных преступлений часто возникают сложные и нетипичные криминалистические ситуации<sup>19</sup>, затрудняющие обобщение и использование наработанного следственного опыта. На наш взгляд, именно проблемы с этим источником наиболее негативно сказываются на формировании методики расследования высокотехнологичных преступлений.

4. *Сведения, характеризующие сферу совершения преступлений определенного вида.* Наряду с указанными тремя источниками Н. П. Яблоков и А. Ю. Головин выделяли также «сведения об особенностях тех сфер человеческой деятельности, в которых совершаются специфические преступления»<sup>20</sup>. Высокотехнологичные преступления неразрывно связаны именно с такой деятельностью, затрагивающей новую и быстро развивающуюся область информационно-коммуникационных технологий. Полагаем, что это обстоятельство обуславливает необходимость использования данного источника при формировании криминалистической методики. В качестве этого источника выступают «научные данные, которые могут быть использованы при расследовании анализируемой категории дел»<sup>21</sup>, то есть в нашем случае — технические принципы функционирования компьютерных систем в производстве, управлении, общественной жизни и т.д. Сложность использования этого источника объясняется, с одной стороны, необходимостью разработки комплексных междисциплинарных и межотраслевых знаний, применяемых при противодействии высокотехнологичной преступности. С другой стороны, работники правоохранительных органов редко имеют соответствующее профессиональное образование, поэтому им затруднительно понимать сложные технические аспекты таких преступлений (способы совершения и сокрытия, используемые средства, оставляемые преступниками электронно-цифровые следы<sup>22</sup> и т.д.). Это приводит также к проблемам владения и пользования

*Поляков В. В., Лапин С. А.* Некоторые сложности расследования компьютерных преступлений // Совершенствование деятельности правоохранительных органов по борьбе с преступностью в современных условиях : материалы Международной науч.-практ. конференции (Тюмень, 1–2 нояб. 2013 г.). Тюмень, 2013. Вып. 10. Ч. 2. С. 208–211.

<sup>17</sup> Шавер Б. М. Об основных принципах частной методики расследования преступлений // Социалистическая законность. 1938. № 1. С. 46.

<sup>18</sup> Белкин Р. С. Указ. соч. С. 254–255.

<sup>19</sup> Волчецкая Т. С. Криминалистическая ситуалогия : монография / под ред. проф. Н. П. Яблокова. Калининград, 1997 ; Поляков В. В. Начальные следственные ситуации расследования высокотехнологичных преступлений // Цифровые технологии в юриспруденции: генезис и перспективы : материалы I Международной межвузовской науч.-практ. конференции (Москва, 28 февр. 2020 г.). Красноярск, 2020. С. 123–127.

<sup>20</sup> Яблоков Н. П., Головин А. Ю. Криминалистика: природа, система, методологические основы : монография. 2-е изд., доп. и перераб. М. : Норма, 2009. С. 196.

<sup>21</sup> Шавер Б. М. Указ. соч. С. 48.

<sup>22</sup> Мещеряков В. А. Следы преступлений в сфере высоких технологий // Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2013. № 5 (10). С. 265–270 ; Вехов В. Б. Понятие и механизм образования электронно-цифровых следов // Использование современных информационных технологий и проблемы информационной безопасности в деятельности правоохранительных органов : межвузовский тематический



новыми криминалистическими тактико-техническими приемами, рекомендациями и методами, апробации их в практике расследования, вызывает сложности в обратной связи с разработчиками методики, так как требует ясности в понимании и формулировании квалифицированных запросов.

Проведенный анализ показывает, что при формировании методики расследования группы высокотехнологичных преступлений возникают объективные проблемы, связанные с неточностью и неполнотой данных, получаемых из соответствующих источников. В плане разрешения этой ситуации мы согласны с позицией Н. А. Подольного, который отмечал, что в случае новых групп преступлений «изначально методика должна формироваться не на основе следственной практики, а быть основой формирования этой следственной практики»<sup>23</sup>, причем, на наш взгляд, сказанное относится в полной мере и к судебной практике. Справедливо охарактеризовала подобные ситуации М. В. Кардашевская, полагавшая, что проблемы с источниками, вплоть до отсутствия одного из них, «это не препятствие в формировании новой методики, а только повод более углубленного изучения других источников»<sup>24</sup>. Представляется верным также близкое мнение, высказанное Ю. В. Гаврилиным: «Идеальный вариант, когда научные рекомендации строятся на обобщении правоприменительной практики. <...> Современное положение дел несколько

иное, и задача науки состоит в том, чтобы идти впереди практики, подключая другие научные отрасли, прогнозируя практические ситуации, выдавая действенные рекомендации»<sup>25</sup>.

Таким образом, разработка методики расследования высокотехнологичных преступлений в определенной степени должна опережать как судебно-следственную практику, так и вносимые законодателем изменения в правовые нормы.

## 2. Принципы построения прогностической методики расследования высокотехнологичных преступлений

Перспективным подходом к разрешению проблем, связанных с трудностями в использовании источников формирования частных методик расследования новых групп преступлений, является применение методов, направленных на усиление их прогностического характера. Как справедливо указывал А. С. Князьков, «отставание криминалистической науки от практики может быть преодолено за счет создания прогностических методик расследования»<sup>26</sup>. Прогностический характер методик расследования проявляется в том, что такие методики отражают наиболее вероятные признаки, свойства, особенности определенной группы преступлений и наиболее вероятные закономерности их расследования. В качестве примера успешного

сборник научных трудов. Калининград : Изд-во Калининградского юридического института МВД России, 2009. С. 62–72 ; *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 ; *Козлов В. Е.* Об отдельных аспектах механизма образования следов преступлений, совершаемых с использованием средств компьютерной техники // Проблемы борьбы с преступностью в условиях цифровизации : сборник научных статей XIX Международной научно-практической конференции «Уголовно-процессуальные и криминалистические чтения на Алтае». Вып. XVII / отв. ред. С. И. Давыдов, В. В. Поляков. Барнаул : Изд-во Алтайского государственного университета, 2021. С. 44–54 ; *Гавло В. К., Поляков В. В.* Следовая картина и ее значение для расследования преступлений, связанных с неправомерным удаленным доступом к компьютерной информации. С. 146–152.

<sup>23</sup> *Подольный Н. А.* О некоторых источниках создания частных методик расследования преступлений // Следователь. 2004. № 11 (79). С. 30.

<sup>24</sup> *Кардашевская М. В.* Источники развития криминалистической методики как раздела криминалистики; связь с другими отраслями научного знания // Вестник Московского университета МВД России. 2015. № 2. С. 128.

<sup>25</sup> *Гаврилин Ю. В.* Расследование преступлений, посягающих на информационную безопасность в экономической сфере: теоретические, организационно-тактические и методические основы : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2009. С. 3.

<sup>26</sup> *Князьков А. С.* Криминалистика : курс лекций / под ред. проф. Н. Т. Ведерникова. Томск : ТМЛ-Пресс, 2008. С. 820.

построения прогностической методики расследования можно привести исследование С. К. Крепышевой, затрагивавшее преступления, связанные с легализацией преступных доходов<sup>27</sup>.

Для построения прогностической методики расследования новых групп преступлений, по нашему мнению, целесообразно опираться на определенные положения, которые можно рассматривать как специфические принципы такого построения. К ним можно отнести следующие положения.

1. Существенное расширение роли теории и методологии криминалистики, положений общей криминалистической методики расследования, определяющих порядок построения частных методик, а также положений и рекомендаций частных методик расследования, выработанных для близких групп преступлений.

2. Использование прошедших апробацию эмпирических данных по преступлениям с близкими криминалистическими характеристиками путем их экстраполяции на новую группу преступлений. Возможность такой экстраполяции объясняется сходством в структуре методик расследования близких групп преступлений, на которое обращал внимание А. Н. Колесниченко<sup>28</sup>. При формировании частной методики расследования высокотехнологичных преступлений можно использовать апробированные данные по преступлениям, совершаемым в сфере компьютерной информации, информацию об организованной и транснациональной преступности<sup>29</sup>, незаконном «бесконтактном» сбыте наркотиков, кибертерроризме и др.

3. В условиях отмеченной недостаточной репрезентативности материалов судебно-след-

ственной практики особое значение имеет такой источник дополнительных данных, как экспертные оценки. По своему содержанию, как верно отмечал Г. А. Аванесов, мнения, выраженные в таких оценках, «являются неформальным прогнозом, основанным на опыте и интуиции специалистов-экспертов»<sup>30</sup>. Согласно формулировке И. В. Понкина и А. И. Лаптевой, «экспертные оценки являются наиболее распространенным способом получения и анализа качественной информации в ситуациях, когда остро ощущается недостаток объективных данных»<sup>31</sup>. В качестве примера можно привести успешную замену таких данных по преступлениям, заключавшимся в легализации преступных доходов, когда «была сформирована экспертная сеть из числа практических работников, имеющих опыт работы в аппаратах БЭП не менее 5 лет»<sup>32</sup>, и за счет применения метода экспертных оценок собрана информация, необходимая для объективного анализа реальной ситуации.

Полагаем, что для применения к конкретной группе преступлений предложенные общие принципы должны быть адаптированы к специфике соответствующей группы. Так, при анализе и обобщении опыта противодействия высокотехнологичной преступности нами привлекался метод экспертных оценок<sup>33</sup>. При его использовании в качестве экспертов выступали сотрудники отдела «К» Главного управления МВД России по Алтайскому краю, следственного управления Следственного комитета РФ по Алтайскому краю и прокуратуры Алтайского края (61 %), судьи (10 %), специалисты по информационной безопасности государственных учреждений (15 %) и негосударственных организаций (14 %).

<sup>27</sup> Крепышева С. К. Формирование криминалистических методик расследования преступлений, связанных с легализацией (отмыванием) преступных доходов : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2001. С. 13.

<sup>28</sup> Колесниченко А. Н. Общие положения методики расследования отдельных видов преступлений : текст лекций / Харьковский юридический институт. Харьков, 1976. С. 16.

<sup>29</sup> Мацкевич И. М. Вспомнить все о транснациональных преступных организациях : криминологический очерк // Союз криминалистов и криминологов. 2020. № 4. С. 76–102.

<sup>30</sup> Аванесов Г. А. Теория и методология криминалистического прогнозирования. М. : Юридическая литература, 1972. С. 202.

<sup>31</sup> Понкин И. В., Лаптева А. И. Методология научных исследований и прикладной аналитики : учебник. Изд. 2-е, доп. и перераб. М. : Буки Веди, 2021. С. 512.

<sup>32</sup> Крепышева С. К. Указ. соч. С. 13.

<sup>33</sup> Поляков В. В. Результаты анкетирования по делам о неправомерном удаленном доступе к компьютерной информации // Уголовно-процессуальные и криминалистические чтения на Алтае : материалы Межрегиональной науч.-практ. конференции / под ред. В. К. Гавло. Барнаул : Изд-во Алтайского государственного университета, 2008. Вып. 7. С. 245–249.

Среди экспертов 89 % респондентов (исключая представителей судейского корпуса) принимали непосредственное участие в выявлении и исследовании электронно-цифровых следов компьютерных правонарушений. Отметим, что, по нашему опыту, деятельность специалистов, обеспечивавших защиту компьютерных систем организаций от целевых компьютерных атак и иных угроз, в определенной степени близка к работе сотрудников следственных и оперативно-розыскных подразделений при расследовании и предупреждении соответствующих преступлений, поэтому их экспертные оценки важны при разработке криминалистической методики и способствуют более точному, глубокому, достоверному анализу мнений.

### Заключение

Построение частной криминалистической методики расследования высокотехнологичных преступлений является востребованной задачей современной криминалистики. Решение этой задачи необходимо для противодействия одному из новых и наиболее опасных видов современной преступности.

В то же время эффективность данной методики во многом зависит от содержания и качества источников, используемых при ее формировании. Проведенное исследование выявило специфику этих источников, вызывающих значительные затруднения при построении частной методики расследования. Для преодоления возникающих трудностей предложены механизмы и способы, обеспечивающие выработку такого решения, как прогностическая методика расследования высокотехнологичных преступлений. Такая методика должна включать в себя наиболее вероятные признаки высокотехнологичных преступлений и тенденции в их развитии, а также закономерности расследования этих преступлений. При создании данной методики целесообразно опираться на специфические принципы, компенсирующие негативные особенности источников и адаптированные к своеобразию высокотехнологичных преступлений.

Предложенные в настоящей работе рекомендации могут быть использованы для развития научных основ криминалистического противодействия высокотехнологичным преступлениям и повышения эффективности этого противодействия.

### БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Аванесов Г. А.* Теория и методология криминалистического прогнозирования. — М. : Юридическая литература, 1972. — 334 с.
2. *Баев О. Я.* Основы криминалистики : курс лекций. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Эксмо, 2009. — 288 с.
3. *Белкин Р. С.* Курс криминалистики : учебное пособие для вузов : в 3 т. — 3-е изд., доп. — Т. 3. — М. : Юнити, 2001. — 396 с.
4. *Вехов В. Б.* Криминалистическое учение о компьютерной информации и средствах ее обработки : дис. ... д-ра юрид. наук. — Волгоград, 2008. — 561 с.
5. *Вехов В. Б.* Понятие и механизм образования электронно-цифровых следов // Использование современных информационных технологий и проблемы информационной безопасности в деятельности правоохранительных органов : межвузовский тематический сборник научных трудов. — Калининград : Изд-во Калининградского юридического института МВД России, 2009. — С. 62–72.
6. *Волчецкая Т. С.* Криминалистическая ситуалогия : монография / под ред. проф. Н. П. Яблокова. — Калининград, 1997. — 248 с.
7. *Гавло В. К., Поляков В. В.* Некоторые аспекты разработки криминалистической характеристики компьютерных преступлений // Раскрытие и расследование преступлений, сопряженных с использованием средств вычислительной техники: проблемы, тенденции, перспективы : материалы Всероссийской научной конференции. — М. : МАКС Пресс, 2005. — С. 14–18.
8. *Гавло В. К., Поляков В. В.* Следовая картина и ее значение для расследования преступлений, связанных с неправомерным удаленным доступом к компьютерной информации // Российский юридический журнал. — 2007. — № 5 (57). — С. 146–152.
9. *Гаврилин Ю. В.* Расследование преступлений, посягающих на информационную безопасность в экономической сфере: теоретические, организационно-тактические и методические основы : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2009. — 57 с.

10. *Гармаев Ю. П.* Теоретические основы формирования криминалистических методик расследования преступлений : монография. — Иркутск : ИЮИ ГП РФ, 2003. — 342 с.
11. *Давыдов В. О., Тишутина И. В.* Об актуальных проблемах криминалистического обеспечения раскрытия и расследования мошенничеств, совершенных с использованием информационно-телекоммуникационных технологий // *Криминалистика: вчера, сегодня, завтра.* — 2020. — № 2 (14). — С. 81–91.
12. *Кардашевская М. В.* Источники развития криминалистической методики как раздела криминалистики; связь с другими отраслями научного знания // *Вестник Московского университета МВД России.* — 2015. — № 2. — С. 127–129.
13. *Князьков А. С.* Криминалистика : курс лекций / под ред. проф. Н. Т. Ведерникова. — Томск : ТМЛ-Пресс, 2008. — 1128 с.
14. *Козлов А.* Хищение безналичных денежных средств: особенности совершения преступления // *Следователь.* — 2015. — № 2 (202). — С. 44–47.
15. *Козлов В. Е.* Об отдельных аспектах механизма образования следов преступлений, совершаемых с использованием средств компьютерной техники // *Проблемы борьбы с преступностью в условиях цифровизации : сборник науч. статей XIX Международной научно-практической конференции «Уголовно-процессуальные и криминалистические чтения на Алтае».* — Вып. XVII / отв. ред. С. И. Давыдов, В. В. Поляков. — Барнаул : Изд-во Алтайского государственного университета, 2021. — С. 44–54.
16. *Колесниченко А. Н.* Общие положения методики расследования отдельных видов преступлений : текст лекций. — Харьков, 1976. — 29 с.
17. *Крепышева С. К.* Формирование криминалистических методик расследования преступлений, связанных с легализацией (отмыванием) преступных доходов : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2001. — 23 с.
18. *Мацкевич И. М.* Вспомнить все о транснациональных преступных организациях: криминологический очерк // *Союз криминалистов и криминологов.* — 2020. — № 4. — С. 76–102.
19. *Мещеряков В. А.* Основы методики расследования преступлений в сфере компьютерной информации : дис. ... д-ра юрид. наук. — Воронеж, 2001. — 386 с.
20. *Мещеряков В. А.* Следы преступлений в сфере высоких технологий // *Библиотека криминалиста. Научный журнал.* — 2013. — № 5 (10). — С. 265–270.
21. *Осипенко А. Л.* Борьба с преступностью в глобальных компьютерных сетях: международный опыт : монография. — М. : Норма, 2004. — 432 с.
22. *Подольный Н. А.* О некоторых источниках создания частных методик расследования преступлений // *Следователь.* — 2004. — № 11 (79). — С. 30–32.
23. *Подольный Н. А.* Проблемы оптимизации расследования преступлений в сфере компьютерной информации. Раскрытие и расследование преступлений, сопряженных с использованием средств вычислительной техники: проблемы, тенденции, перспективы : материалы Всероссийской научной конференции. — М. : МАКС Пресс, 2005. — С. 172–176.
24. *Поляков В. В.* Начальные следственные ситуации расследования высокотехнологичных преступлений // *Цифровые технологии в юриспруденции: генезис и перспективы : материалы I Международной межвузовской научно-практической конференции (Москва, 28 февр. 2020 г.).* — Красноярск, 2020. — С. 123–127.
25. *Поляков В. В.* Основы формирования криминалистической методики расследования высокотехнологичных преступлений // *Уголовное судопроизводство: правовое, криминалистическое и оперативно-розыскное обеспечение : монография / под ред. С. И. Давыдова.* — Барнаул : Изд-во Алтайского государственного университета, 2019. — С. 114–126.
26. *Поляков В. В.* Результаты анкетирования по делам о неправомерном удаленном доступе к компьютерной информации // *Уголовно-процессуальные и криминалистические чтения на Алтае : материалы Межрегиональной науч.-практ. конференции / под ред. В. К. Гавло.* — Барнаул : Изд-во Алтайского государственного университета, 2008. — Вып. 7. — С. 245–249.
27. *Поляков В. В., Лапин С. А.* Некоторые сложности расследования компьютерных преступлений // *Совершенствование деятельности правоохранительных органов по борьбе с преступностью в современных условиях : материалы Международной науч.-практ. конференции (Тюмень, 1–2 нояб. 2013 г.).* — Вып. 10. — Ч. 2. — Тюмень, 2013. — С. 208–211.
28. *Поляков В. В., Лапин С. А.* Средства совершения компьютерных преступлений // *Доклады Томского государственного университета систем управления и радиоэлектроники.* — 2014. — № 2 (32). — С. 162–166.



29. Поляков В. В., Слободян С. М. Анализ высокотехнологичных способов неправомерного удаленного доступа к компьютерной информации // Известия Томского политехнического университета. — 2007. — Т. 310. — № 1. — С. 212–216.
30. Понкин И. В., Лаптева А. И. Методология научных исследований и прикладной аналитики : учебник. — 2-е изд-е, доп. и перераб. — М. : Буки Веди, 2021. — 567 с.
31. Развитие информационных технологий в уголовном судопроизводстве : монография / В. С. Балакшин, В. Б. Вехов, В. Н. Григорьев [и др.] ; под ред. С. В. Зуева. — М. : Юрлитинформ, 2018. — 248 с.
32. Россинская Е. Р. Теория информационно-компьютерного обеспечения криминалистической деятельности как основа инновационного развития криминалистической науки в условиях цифровизации // Юридическая наука в Китае и России. — 2020. — № 3. — С. 115–119.
33. 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.
34. Серебренникова А. В. Криминологические проблемы цифрового мира (цифровая криминология) // Всероссийский криминологический журнал. — 2020. — Т. 14. — № 3. — С. 423–430.
35. Шавер Б. М. Об основных принципах частной методики расследования преступлений // Социалистическая законность. — 1938. — № 1. — С. 42–56.
36. Яблоков Н. П. Криминалистика : учебник. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Норма, Инфра-М, 2019. — 400 с.
37. Яблоков Н. П., Головин А. Ю. Криминалистика: природа, система, методологические основы. — 2-е изд., доп. и перераб. — М. : Норма, 2009. — 288 с.

*Материал поступил в редакцию 12 апреля 2022 г.*

#### REFERENCES

1. Avanesov GA. Teoriya i metodologiya kriminalisticheskogo prognozirovaniya [Theory and methodology of forensic forecasting]. Moscow: Yuridicheskaya literatura Publ.; 1972. (In Russ.).
2. Baev OYa. Osnovy kriminalistiki: kurs lektsiy [Fundamentals of criminology: A course of lectures]. 3rd ed., rev. and suppl. Moscow: Eksmo Publ.; 2009. (In Russ.).
3. Belkin RS. Kurs kriminalistiki: uchebnoe posobie dlya vuzov: v 3 t. [Criminology course: A textbook for universities. In 3 vols.]. 3rd ed., suppl. Moscow: Yunity Publ.; 2001. Vol. 3. (In Russ.).
4. Vekhov VB. Kriminalisticheskoe uchenie o kompyuternoy informatsii i sredstvakh ee obrabotki: dis. ... d-ra yurid. nauk [Criminalistic doctrine on computer information and means of its processing. Dr. Sci. (Law) Dissertation]. Volgograd; 2008. (In Russ.).
5. Vekhov VB. Ponyatie i mekhanizm obrazovaniya elektronno-tsifrovyykh sledov [The concept and mechanism of formation of electronic digital traces]. In: Ispolzovanie sovremennykh informatsionnykh tekhnologiy i problemy informatsionnoy bezopasnosti v deyatel'nosti pravookhranitel'nykh organov: mezhvuzovskiy tematicheskii sbornik nauchnykh trudov [The use of modern information technologies and the problems of information security in the activities of law enforcement agencies. Interuniversity thematic collection of scientific papers]. Kaliningrad: Kaliningrad Publishing House. Law Institute of the Ministry of Internal Affairs of Russia; 2009. Pp. 62–72. (In Russ.).
6. Volchetskaya TS. Kriminalisticheskaya situologiya: monografiya [Criminalistic situology: A monograph]. Kaliningrad; 1997. (In Russ.).
7. Gavlo VK, Polyakov VV. Nekotorye aspekty razrabotki kriminalisticheskoy kharakteristiki kompyuternykh prestupleniy [Some aspects of the development of forensic characteristics of computer crimes]. In: Raskrytie i rassledovanie prestupleniy, sopryazhennykh s ispolzovaniem sredstv vychislitel'noy tekhniki: problemy, tendentsii, perspektivy: materialy Vseros. konferentsii [Disclosure and investigation of crimes involving the use of computer technology: Problems, trends, prospects. Procs. of the All-Russian Conference]. Moscow: Maks Press Publ.; 2005. Pp. 14–18. (In Russ.).
8. Gavlo VK, Polyakov VV. Sledovaya kartina i ee znachenie dlya rassledovaniya prestupleniy, svyazannykh s nepravomernym udalennym dostupom k kompyuternoy informatsii [The trace pattern and its significance for the investigation of crimes related to illegal remote access to computer information]. *Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal [Russian Juridical Journal]*. 2007;5(57):146-152. (In Russ.).
9. Gavrillin YuV. Rassledovanie prestuplenii, posyagayushchikh na informatsionnyuyu bezopasnost' v ekonomicheskoy sfere: teoreticheskie, organizatsionno-takticheskie i metodicheskie osnovy: avtoref. dis. ...

- d-ra yurid. nauk [Investigation of crimes encroaching on information security in the economic sphere: Theoretical, organizational, tactical and methodological foundations. Author's abstract of the Dr. Sci. (Law) Dissertation]. Moscow; 2009. (In Russ.).
10. Garmaev YuP. Teoreticheskie osnovy formirovaniya kriminalisticheskikh metodik rassledovaniya prestupleniy: monografiya [Theoretical foundations of the formation of criminalistic methods of crime investigation: A monograph]. Irkutsk: IYul GP RF Publ.; 2003. (In Russ.).
  11. Davydov VO, Tishutina IV. Ob aktualnykh problemakh kriminalisticheskogo obespecheniya raskrytiya i rassledovaniya moshennichestv, sovershennykh s ispolzovaniem informatsionno-telekommunikatsionnykh tekhnologiy [On topical problems of criminalistic support of disclosure and investigation of frauds committed with the use of information and telecommunication technologies]. *Kriminalistika: vchera, segodnya, zavtra [Criminology: Yesterday, today, tomorrow]*. 2020;2(14):81-91. (In Russ.).
  12. Kardashevskaya MV. Istochniki razvitiya kriminalisticheskoy metodiki kak razdela kriminalistiki; svyaz s drugimi otraslyami nauchnogo znaniya [Sources of development of forensic methodology as a branch of criminology; Connection with other branches of scientific knowledge]. *Vestnik Moskovskogo Universiteta MVD Rossii*. 2015;2:127-129. (In Russ.).
  13. Knyazkov AS. Kriminalistika: kurs lektsiy [Criminalistics: A course of lectures]. Tomsk: TML-Press Publ.; 2008. (In Russ.).
  14. Kozlov A. Khishchenie beznalichnykh denezhnykh sredstv: osobennosti soversheniya prestupleniya [Non-cash funds embezzlement: Peculiarities of commission of the crime]. *Sledovatel [Investigator]*. 2015;2(202):44-47. (In Russ.).
  15. Kozlov VE. Ob otdelnykh aspektakh mekhanizma obrazovaniya sledov prestupleniy, sovershaemykh s ispolzovaniem sredstv kompyuternoy tekhniki [On certain aspects of the mechanism of formation of traces of crimes committed using computer technology]. In: Davudov SI, Polyakov VV, editors. Problemy borby s prestupnostyu v usloviyakh tsifrovizatsii: sbornik nauch. statey XIX Mezhdunarodnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii «Ugolovno-protsessualnye i kriminalisticheskie chteniya na Altae» [Problems of combating crime in the context of digitalization: A collection of scientific articles of 19th International scientific and practical conference «Criminal procedure and criminalistic readings in Altai»]. Issue XVII. Barnaul: Publishing House of Altai University; 2021. Pp. 44–54. (In Russ.).
  16. Kolesnichenko AN. Obshchie polozheniya metodiki rassledovaniya otdelnykh vidov prestupleniy: tekst lektsiy [General provisions of the methodology of investigation of certain types of crimes: Lectures]. Kharkiv; 1976. (In Russ.).
  17. Krepysheva SK. Formirovanie kriminalisticheskikh metodik rassledovaniya prestupleniy, svyazannykh s legalizatsiyey (otmyvaniem) prestupnykh dokhodov: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk [Formation of criminalistic methods of investigation of crimes related to the legalization (laundering) of criminal proceeds. Author's abstract of the Cand. Sci. (Law) Thesis]. N. Novgorod; 2001. (In Russ.).
  18. Matskevich IM. Vspomnit vse o transnatsionalnykh prestupnykh organizatsiyakh: kriminologicheskii ocherk [Recall everything about transnational criminal organizations: A criminological essay]. *Soyuz kriminalistov i kriminologov [Criminalists and Criminologists Union]*. 2020;4:76-102. (In Russ.).
  19. Meshcheryakov VA. Osnovy metodiki rassledovaniya prestupleniy v sfere kompyuternoy informatsii: dis. ... d-ra yurid. nauk [Fundamentals of the methodology of investigation of crimes in the field of computer information. Dr. Sci. (Law) Dissertation]. Voronezh; 2001. (In Russ.).
  20. Meshcheryakov VA. Sledy prestupleniy v sfere vysokikh tekhnologiy [Traces of crimes in the field of high technologies]. *Biblioteka kriminalista. Nauchnyy zhurnal [Criminalist's Library Scientific Journal]*. 2013;5(10):265-270. (In Russ.).
  21. Osipenko AL. Borba s prestupnostyu v globalnykh kompyuternykh setyakh: Mezhdunarodnyy opyt: monografiya [Fighting crime in global computer networks: International experience. A monograph]. Moscow: Norma Publ.; 2004. (In Russ.).
  22. Podolnyy NA. O nekotorykh istochnikakh sozdaniya chastnykh metodik rassledovaniya prestupleniy [About some sources of formation of private methods of investigation of crimes]. *Sledovatel [Investigator]*. 2004;11(79):30-32. (In Russ.).
  23. Podolnyy NA. Problemy optimizatsii rassledovaniya prestupleniy v sfere kompyuternoy informatsii [Problems of optimizing the investigation of crimes in the field of computer information]. In: Raskrytie i rassledovanie prestupleniy, sopryazhennykh s ispolzovaniem sredstv vychislitel'noy tekhniki: problemy, tendentsii, perspektivy: materialy Vseros. konferentsii [Disclosure and investigation of crimes involving the use of computer technology: problems, trends, prospects. Procs. of the All-Russian Conference]. Moscow: Maks Press Publ.; 2005. Pp. 172–176. (In Russ.).

24. Polyakov VV. Nachalnye sledstvennye situatsii rassledovaniya vysokotekhnologichnykh prestupleniy [Initial investigative situations of investigation of high-tech crimes]. In: Tsifrovye tekhnologii v yurisprudentsii: genesis i perspektivy: materialy I Mezhdunarodnoy mezhvuzovskoy nauchno-prakticheskoy konferentsii (28 fevralya 2020 g., Moskva) [Digital technologies in jurisprudence: genesis and prospects. Procs. of the 1 International Interuniversity Scientific and Practical Conference (February 28, 2020, Moscow)]. Krasnoyarsk, 2020. Pp. 123–127. (In Russ.).
25. Polyakov VV. Osnovy formirovaniya kriminalisticheskoy metodiki rassledovaniya vysokotekhnologichnykh prestupleniy [Fundamentals of the formation of a forensic methodology for investigating high-tech crimes]. In: Davydov SI, editor. Uголовное судопроизводство: правовое, kriminalisticheskoe i operativno-rozysknoe obespechenie: monografiya Criminal proceedings: legal, criminalistic and operational-investigative support. A monograph]. Barnaul: Publishing House of Altai University; 2019. (In Russ.).
26. Polyakov VV. Rezultaty anketirovaniya po delam o nepravomernom udalennom dostupe k kompyuternoy informatsii [The results of the survey on cases of illegal remote access to computer information]. In: Gavlo VK, editor. Uголовно-protsessualnye i kriminalisticheskie chteniya na Altae: materialy mezhtregion. nauch.-prakt. konferentsii [Criminal procedural and criminalistic readings in Altai. Procs. of the Inter-regional scientific and practical conference]. Barnaul: Publishing House of Altai University. 2008;7:245-249. (In Russ.).
27. Polyakov VV, Lapin SA. Nekotorye slozhnosti rassledovaniya kompyuternykh prestupleniy [Some of the complexities of investigating computer crimes]. In: Sovershenstvovanie deyatel'nosti pravookhranitelnykh organov po borbe s prestupnostyu v sovremennykh usloviyakh: materialy Mezhdunar. nauch.-prakt. konferentsii (Tyumen, 1–2 noyabrya 2013 g.) [Improving the activities of law enforcement agencies to combat crime in modern conditions. Procs. of the International Scientific and Practical Conference (Tyumen, November 1-2, 2013)]. Tyumen; 2013. Issue 10, Part 2. Pp. 208–211. (In Russ.).
28. Polyakov VV, Lapin SA. Sredstva soversheniya kompyuternykh prestupleniy [Means of committing computer crimes]. *Doklady Tomskogo gosudarstvennogo universiteta sistem upravleniya i radioelektroniki [Reports of Tomsk State University of Control Systems and Radioelectronics]*. 2014;2(32):162-166. (In Russ.).
29. Polyakov VV, Slobodyan SM. Analiz vysokotekhnologichnykh sposobov nepravomernogo udalennogo dostupa k kompyuternoy informatsii [An analysis of high-tech methods of illegal remote access to computer information]. *Izvestiya Tomskogo politekhnicheskogo universiteta [Bulletin of the Tomsk Polytechnic University]*. 2007;310(1):212-216. (In Russ.).
30. Ponkin IV, Lapteva AI. Metodologiya nauchnykh issledovaniy i prikladnoy analitiki: uchebnik [Methodology of scientific research and applied analytics. A textbook]. 2nd ed., rev. and suppl. Moscow: Buki Vedi Publ.; 2021. (In Russ.).
31. Balakshin VS, Vekhov VB, Grigoriev VN, et al.; Zuev SC, editor. Razvitie informatsionnykh tekhnologiy v uголовном sudoproduzvodstve: monografiya [Development of information technologies in criminal proceedings: A monograph]. Moscow: Yurlitinform Publ., 2018. (In Russ.).
32. Rossinskaya ER. Teoriya informatsionno-kompyuternogo obespecheniya kriminalisticheskoy deyatel'nosti kak osnova innovatsionnogo razvitiya kriminalisticheskoy nauki v usloviyakh tsifrovizatsii [Theory of information and computer support of criminalistic activity as the basis of innovative development of criminalistic science in the conditions of digitalization]. *Yuridicheskaya nauka v Kitae i Rossii [Legal Science in China and Russia]*. 2020;3:115-119. (In Russ.).
33. 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.).
34. Serebrennikova AV. Kriminologicheskie problemy tsifrovogo mira (tsifrovaya kriminologiya) [Criminological problems of the digital world (digital criminology)]. *Vserossiyskiy kriminologicheskiy zhurnal [Russian Journal of Criminology]*. 2020;14(3):423-430. (In Russ.).
35. Shaver BM. Ob osnovnykh printsipakh chastnoy metodiki rassledovaniya prestupleniy [About the basic principles of private methods of crime investigation]. *Sotsialisticheskaya Zakonnost [Socialist Legality]*. 1938;1:42-56. (In Russ.).
36. Yablokov NP. Kriminalistika: uchebnik [Criminalistics: A textbook]. 2nd ed., rev. and suppl. Moscow: Norma: Infra-M Publ.; 2019. (In Russ.).
37. Yablokov NP, Golovin AYu. Kriminalistika: priroda, sistema, metodologicheskie osnovy [Criminalistics: nature, system, methodological foundations]. 2nd ed., rev. and suppl. Moscow: Norma Publ.; 2009. (In Russ.).

DOI: 10.17803/1729-5920.2022.187.6.097-108

В. В. Хилюта\*

# Сложности квалификации преступлений при установлении альтернативного и неопределенного видов умысла

**Аннотация.** В статье рассматриваются научно-теоретические и правоприменительные аспекты понимания видов умысла в уголовном праве. Исследуются правоприменительные и доктринальные признаки альтернативного и неопределенного видов умысла и тех проблем, которые связаны с их установлением в праве России и Беларуси. Анализируется правоприменительная практика и затрагиваются насущные вопросы толкования умышленной формы вины в соответствии с положениями действующего законодательства России и Беларуси. Целью статьи является рациональный и критический разбор положений науки уголовного права применительно к проблеме квалификации деяний при неопределенном (неконкретизированном) умысле. Основной вывод автора заключается в том, что при установлении признаков неопределенного (неконкретизированного) умысла деяние следует оценивать по фактическим последствиям. Однако специфику квалификации в данном вопросе имеет неоконченное преступление. Поэтому по такого рода делам следует устанавливать фактическую направленность действий виновного исходя из объективной обстановки совершенного акта, применяемых орудий, средств совершения преступления, физических данных потерпевшего и обвиняемого и т.д. Предлагается по делам о преступлениях против жизни и здоровья обращать внимание на следующие аспекты: характер и способ применения орудия преступления, его опасность, совершение действий, которые объективно создают опасность для жизни человека; интенсивность нанесения повреждений, их локализацию, обладание специальными навыками и умениями причинения физического вреда; поражающую силу воздействия, физические данные потерпевшего и обвиняемого, осознанный характер поведения виновного; причины прекращения преступных действий обвиняемым, его взаимоотношения с потерпевшим накануне преступления, последующее поведение виновного и потерпевшего. Методы исследования: формально-догматический, сравнительно-правовой, инструментальный анализ. Область применения: юриспруденция, правоприменительная практика, правотворчество, законотворчество.

**Ключевые слова:** преступление; вина; умысел; виды умысла; альтернативный умысел; неопределенный умысел; неконкретизированный умысел; квалификация преступлений.

**Для цитирования:** Хилюта В. В. Сложности квалификации преступлений при установлении альтернативного и неопределенного видов умысла // Lex russica. — 2022. — Т. 75. — № 6. — С. 97–108. — DOI: 10.17803/1729-5920.2022.187.6.097-108.

## The Complexity of Crime Classification in Establishment of Alternative and Indefinite Types of Intent

**Vadim V. Khilyuta**, Cand. Sci (Law), Associate Professor, Associate Professor, Department of Criminal Law, Criminal Procedure and Criminology, Yanka Kupala State University of Grodno ul. Ozheshko, d.22, Grodno, Republic of Belarus, 230027  
tajna@tut.by

**Abstract.** The paper discusses the scientific and law enforcement aspects of understanding the types of intent in criminal law. The law enforcement and doctrinal features of alternative and indefinite types of intent and the

© Хилюта В. В., 2022

\* Хилюта Вадим Владимирович, доктор юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного права, процесса и криминалистики Гродненского государственного университета имени Я. Купалы (Беларусь) ул. Ожешко, д. 22, г. Гродно, Республика Беларусь, 230027  
tajna@tut.by



problems associated with their establishment in the law of Russia and Belarus are considered. The paper analyzes the law enforcement practice and pressing issues of interpretation of the intentional form of guilt in accordance with the provisions of the current legislation of Russia and Belarus. The purpose of the paper is a rational and critical consideration of the provisions of the science of criminal law in relation to the question of the classification of criminal acts with an indefinite (unspecified) intent. The author concludes that when establishing the elements of an indefinite (unspecified) intent, the criminal act should be evaluated by the actual consequences. However, it is an inchoate offense that possesses the specifics of classification in this matter. Therefore, in such cases, it is necessary to establish the actual direction of the actions of the perpetrator, based on the objective situation of the act committed, the tools used, the means of committing the crime, the physical data of the victim and the accused, etc. The author proposes to pay attention to the following things in cases of crimes against life and health: the nature and method of utilizing the instrument of crime, its danger, the commission of actions that objectively pose a danger to human life; the intensity of damage, their localization, the possession of special skills and abilities to cause physical harm; the striking force of the impact, the physical data of the victim and the accused, the conscious nature of the guilty person's behavior; the reasons for termination of criminal actions by the accused, his relationship with the victim on the eve of the crime, the subsequent behavior of the guilty and the victim. Research methods used in the paper are formal-dogmatic, comparative-legal, instrumental analysis. Scope of application: jurisprudence, law enforcement practice, lawmaking, lawmaking.

**Keywords:** crime; guilt; intent; types of intent; alternative intent; indefinite intent; unclassified intent; qualification of crimes.

**Cite as:** Khilyuta VV. Slozhnosti kvalifikatsii prestupleniy pri ustanovlenii alternativnogo i neopredelennoy vidov umysla [The Complexity of Crime Classification in Establishment of Alternative and Indefinite Types of Intent]. *Lex russica*. 2022;75(6):97-108. DOI: 10.17803/1729-5920.2022.187.6.097-108. (In Russ., abstract in Eng.).

Как известно из положений науки уголовного права, по характеру содержания, степени определенности предвидения последствий умысел подразделяется на определенный (конкретизированный), неопределенный (неконкретизированный) и альтернативный. При определенном умысле лицо точно знает, к каким последствиям оно стремится и желает достичь именно этих преступных последствий. Поэтому в случае неоконченного преступления деяние виновного должно быть расценено как покушение на то преступление, к которому стремилось лицо, а в случае достижения желаемого результата — по фактически наступившим последствиям.

Сложнее обстоит дело с оценкой неопределенного и альтернативного умысла.

При *альтернативном* умысле лицо допускает одинаковую возможность причинения вреда в виде двух и более точно определенных

преступных последствий. Виновный понимает, что совершением своего деяния он может причинить вред одному или другому объекту (например, в драке, нанося удары в голову, лицо может убить или причинить тяжкие телесные повреждения). При этом каждое из преступных последствий для этого лица одинаково желательно.

Однако в теории уголовного права<sup>1</sup> и правоприменительной практике<sup>2</sup> спорным является вопрос о том, каким же образом квалифицировать деяние, совершаемое с альтернативным умыслом. Есть три варианта: первый указывает на то, что подобного рода деяния следует квалифицировать по фактически наступившим последствиям, второй — по наиболее тяжкому из последствий, которое предвидело лицо, а третий состоит в том, что деяние должно быть оценено по наименее тяжким из желаемых последствий.

<sup>1</sup> См.: Уголовное право. Общая часть. Преступление. Т. 7. Кн. 2 : Субъективная сторона преступления / под ред. Н. А. Лопашенко. М., 2016. С. 127 ; *Дагель П. С., Котов Д. П.* Субъективная сторона преступления и ее установление. Воронеж, 1974. С. 113–115 ; *Расторопов С. В.* О концепции вины в составах преступлений против здоровья человека // *Российский журнал правовых исследований*. 2015. № 2. С. 146–148 ; *Попов А. Н.* Вина в преступлениях против жизни (ст. 105, 106, 107, 108 УК РФ). СПб., 2016. С. 89–91.

<sup>2</sup> См.: приговор Подольского городского суда Московской области от 10.08.2021 № 1-174/21 ; апелляционное определение судебной коллегии по уголовным делам Московского областного суда от 15.12.2021 ; постановление Президиума Верховного Суда РФ от 27.06.2007 № 33П07 ; приговор Железнодорожного районного суда г. Ульяновска от 22.11.2019 по делу № 1-236/219 ; приговор Курчатковского районного суда г. Челябинска от 02.11.2011 по делу № 1-535/2011.

Приведем в этом отношении простой пример. Двое попутчиков поссорились в поезде. И тогда один из них решил избавиться от своего обидчика и вытолкнул его из движущегося поезда. Очевидно, что виновный предвидел возможность наступления различных последствий: смерть, причинение тяжких телесных повреждений, менее тяжких и т.д. Как, впрочем, и вероятность, что потерпевший может отделаться легкими ушибами. В данном случае виновный желает избавиться от своего соседа по купе и именно с этой целью выталкивает его из поезда. Как в этой ситуации определить направленность умысла лица? И можно ли вообще это сделать в отношении тех последствий, которые были желаемы (смерть, тяжкие телесные повреждения и т.д.)?

Сторонники квалификации действий виновного по фактически наступившим последствиям исходят из того, что в случае наступления определенных последствий умысел уже нашел свою объективацию и должен быть оценен по факту того, что произошло. Если совершено убийство, значит, противоправное деяние следует квалифицировать по ст. 105 УК РФ, если причинен тяжкий вред здоровью — по ст. 111 УК РФ и т.д. То есть в этой ситуации вменение лицу другого преступного последствия не имеет под собой никаких оснований, если мы точно не можем определить направленность умысла при констатации того, что уже реально произошло и какое последствие наступило.

Противоположная позиция заключается в том, что при альтернативном умысле квалифицировать содеянное следует по наиболее тяжкому из предвиденных и желаемых виновным последствий. Зачастую в этом случае приводится пример с нанесением виновным удара ножом в живот. Виновный желает причинить вред и предвидит, что такой вред может быть в виде смерти или тяжких телесных повреждений, и умыслом виновного охватываются оба последствия. Лицо предвидит как возможность, так и неизбежность их наступления. Поэтому, как указывает И. О. Грунтов, «ограничивать психическое и социально-психическое содержание

умысла этого лица, совершившего данное посягательство, значит нарушать принцип виновной ответственности»<sup>3</sup>.

Такое суждение базируется и на том, что виновный способен причинять смерть (убивать), поэтому к подобного рода лицам необходимо всегда применять более строгие меры уголовно-правового воздействия<sup>4</sup>. Связано это с тем, что общественная опасность как деяния, так и самого субъекта определяется наиболее тяжелым объективно возможным и отражавшимся в сознании субъекта последствием, и такая общественная опасность деяния должна получить должную оценку при квалификации деяния<sup>5</sup>. Однако здесь есть один нюанс, который оговаривают сами сторонники данного подхода. Он состоит в том, что применять вышеуказанное правило можно только в том случае, если будет достоверно доказано, что умысел у виновного лица был действительно альтернативный. Но в этом случае возникает дилемма: как отличить альтернативный умысел от неопределенного (неконкретизированного)? Ведь при неконкретизированном умысле лицо не желает определенно причинить конкретный вред, но если лицо совершает умышленное преступление и осуществляет действия, направленные на его достижение, то это лицо в силу специфики совершения самого преступного деяния предвидит объем причиняемого вреда. Он может быть различным, но если лицо наносит удар ножом в живот, то оно точно предвидит, что в любом случае причинит телесные повреждения различной степени тяжести, а может быть, наступит и смерть.

Тем не менее не всегда предельно точно можно установить умысел лица, руководствуясь обстановкой совершения преступления и характеризуя объективные признаки деяния. Более того, порой и само виновное лицо не может пояснить, чего конкретно оно желало или же не желало<sup>6</sup>.

П. С. Дагель в свое время указывал, что неопределенный умысел чаще всего имеет место по отношению к количественной характеристи-

<sup>3</sup> См.: Курс уголовного права : в 5 т. Общая часть. Т. 1 : Учение о преступлении / под ред. И. О. Грунтова, А. В. Шидловского. Минск, 2018. С. 553.

<sup>4</sup> См.: Семченков И. П. Актуальные проблемы квалификации преступлений, совершаемых с альтернативным умыслом // Вестник Калининградского филиала Санкт-Петербургского университета МВД России. 2013. № 2. С. 29.

<sup>5</sup> См.: Дагель П. С., Котов Д. П. Указ. соч. С. 114.

<sup>6</sup> Весьма противоречивые правила квалификации предлагает А. С. Гудимов. В частности, он указывает: «Если судебно-следственным органам удалось установить, что виновный действовал с неконкретизи-

ке того или иного признака (сумма причиненного ущерба, тяжесть причиняемого телесного повреждения), а альтернативный умысел — по отношению к качественной характеристике признака или к его наличию или отсутствию (принадлежность похищаемого имущества, наличие или отсутствие состояния беременности)<sup>7</sup>. Тогда выходит, например, что если лицо похищает мобильный телефон в организации, то оно допускает, что такой телефон может принадлежать как гражданину, так и организации (юридическому лицу). Однако стоимость имущества, в частности согласно белорусскому (как и российскому) законодательству, имеет существенное значение для определения того, является совершенное деяние преступлением или административным правонарушением. Иначе говоря, виновный допускает, что телефон может принадлежать как гражданину, так и организации, что он может совершить административное правонарушение или преступление. И, согласно вышеуказанному подходу, даже если лицо по факту совершает административное правонарушение, украв чужой телефон, мы его должны привлекать за покушение на совершение преступления (именно по признаку желаемого наиболее тяжкого последствия). Но если допустить, что в данном случае был неопределенный умы-

сел, то квалификация изменится, и мы тогда будем вынуждены оценивать такое деяние по фактически наступившим последствиям<sup>8</sup>.

Эта ситуация свидетельствует о том, что, занимая подобную позицию, при альтернативном умысле, какое бы деяние ни было фактически совершено, всегда можно вменить в вину лицу более тяжкое преступление, руководствуясь именно тем, что лицо допускало варианты и предвидело наступление одного из желаемых им последствий<sup>9</sup>. Так, вор, раздевая пьяного, точно не знает, осознает потерпевший противоправный характер его действий или нет, но допускает обе эти возможности, т.е. можно сказать, что действует с альтернативным умыслом. Можно также сказать о том, что, совершая тайное хищение, лицо может осознавать (а равно допускать), что за ним наблюдают, и, согласно обозначенной логике, поскольку виновный допускает причинение большего вреда, постольку недостижение именно такого желаемого результата образует покушение на его причинение (покушение на грабеж).

Тем не менее в настоящее время правоприменительная практика исходит из того, что при неопределенном (неконкретизированном) умысле действия лица квалифицируются по фактически наступившим последствиям<sup>10</sup>.

рованным умыслом, то деяние должно квалифицироваться непременно на основе наиболее тяжкого из последствий, охваченных умыслом обвиняемого. Когда установлено, что лицо не представляло (следовательно, не могло желать), какой конкретно тяжести вред здоровью будет иметь место в результате его действий, и момент конкретизации умысла отсутствует, то имеет место косвенный умысел, так как лицо относится к последствиям своих действий безразлично» (см.: Гудимов А. С. К вопросу о неконкретизированном умысле при умышленном причинении средней тяжести вреда здоровью // Человек: преступление и наказание. 2007. № 1. С. 106). Тем не менее о том, как следует квалифицировать деяние во втором случае, указанный автор умалчивает. Однако буквальное прочтение его правила свидетельствует о том, что лицо в обоих случаях действовало с неконкретизированным умыслом, вопрос только с каким: с прямым или косвенным. Но сам автор не проводит здесь определенного водораздела.

<sup>7</sup> См.: Дагель П. С., Котов Д. П. Указ. соч. С. 112.

Тем не менее остается открытым вопрос: может ли альтернативный умысел сводиться сугубо к качественному признаку?

<sup>8</sup> Более подробно данный вопрос, включая различные варианты квалификации, рассмотрен нами в следующих работах: Хилюта В. Определение потерпевшей стороны по уголовным делам о хищениях // Законность. 2019. № 12. С. 46–48; Ковальчук А., Хилюта В. Защита владения в уголовном праве и правила определения ущерба при совершении хищений // Судовы веснік. 2018. № 2. С. 42–45; Хилюта В. В. Определение потерпевшей стороны по уголовным делам о хищении // Научный вестник Омской академии МВД России. 2020. № 2. С. 6–11.

<sup>9</sup> Однако, по сути дела, речь здесь идет об объективном вменении, так как лицу ставится в упрек возможность наступления наиболее тяжкого из последствий. Но чем это можно реально подтвердить и подтверждается ли это всегда исходя из обстановки совершения преступления? Объективно не всегда это представляется возможным сделать, и элемент допущения имеет место.

<sup>10</sup> И если это положение отрицать, то мы становимся на путь игнорирования причинения виновным менее тяжкого преступного последствия при умысле причинить более тяжкое.

Вопрос состоит здесь только в оценке доказательств, их обоснованности и сопоставимости критериев отличия определенного умысла от неопределенного<sup>11</sup>.

Согласно же доминирующей концепции *неконкретизированного* умысла, в вину лицу вменяется тот результат, к которому в действительности привели его действия. При этом с субъективной стороны требуется, чтобы лицо предвидело возможность наступления и того результата, который фактически имел место. Действующий с неопределенным умыслом субъект представляет себе эту возможность в общих чертах, специально не выделяя в своем предвидении из массы возможных именно этот результат, который в реальности и наступает<sup>12</sup>.

Сегодня вопрос о неопределенном умысле имеет принципиальное значение в контексте рассмотрения ситуаций, когда виновный *не достигает планируемого результата*. Например, лицо, скрываясь от сотрудников правоохранительных органов, отстреливается из огнестрельного оружия, но не попадает ни в одного из них, т.е. преступные последствия не возникают и вред никому не причиняется<sup>13</sup>. Однако виновное лицо действовало с умыслом и желало причинить вред преследователям, но не представляло, какой именно. Если исходить из того, что при неопределенном умысле мы квалифицируем деяние по фактически наступившим общественно опасным последствиям, то это правило здесь не срабатывает, так как последствия не наступили. В этом случае можно сказать, что такое лицо вообще тогда не должно привлекаться к ответственности. Однако такая ситуация выглядит крайне абсурдной. Если же квалифицировать подобное деяние как покушение на наиболее тяжкое из возможных преступлений (что выглядит более справедливым), то оказывается, что непонятна сама логика квалификации, когда имеет место оконченное преступление с неопределенным умыслом.

А именно: почему тогда деяние квалифицируется по фактически наступившим последствиям в случае его совершения, а при неоконченном преступлении — как покушение на наиболее тяжкое из возможных последствий?

Выходит, что квалификация преступления при неконкретизированном или альтернативном умысле, при оконченном или неоконченном преступлении определяется случайностью. Конечно, это не исключает вменения, так как сознание виновного лица отражает объективную возможность «выпадения» одного из последствий<sup>14</sup>. Но ситуация очень странная, поскольку преступления, совершаемые с неопределенным умыслом, оцениваются по фактически наступившим последствиям, а с альтернативным умыслом — по максимуму желаемого<sup>15</sup>. Все-таки неясно, как квалифицируются неоконченные преступления с неопределенным умыслом.

С другой стороны, так ли принципиально проводить разграничение между альтернативным и неопределенным (неконкретизированным) умыслом? Конечно, можно допустить, что разница между двумя названными видами умысла определяется замкнутостью круга тех общественно опасных последствий, которые сознавались виновным в момент совершения преступного деяния. Но если лицо наносит многочисленные удары потерпевшему руками и ногами в голову, в корпус, то такое лицо предвидит возможность наступления любого вреда. И понятно, что если он наносит удары в голову, то это не ограничится побоями и легкими телесными повреждениями. Однако важны не только интенсивность наносимых ударов и их количество, но и определенная сила удара. Безусловно, в такой ситуации лицо желает причинить вред, но можем ли мы сказать, какой именно? Или же очертить предельные рамки предвидения такого вреда самим виновным? Скорее, если и можем, то в русле анализа объ-

<sup>11</sup> В уголовно-правовой литературе обращалось внимание на то, что практически невозможно причинить умышленное тяжкое телесное повреждение с конкретизированным умыслом, так как в этой ситуации виновное лицо должно заранее соизмерить силу своего удара, знать состояние здоровья жертвы, предвидеть, умрет потерпевший сразу или отделается телесными повреждениями, и т.д. См.: Карпец И. И. Преступность: иллюзии и реальность. М., 1992. С. 378.

<sup>12</sup> См.: Расторопов С. В. Указ. соч. С. 146.

<sup>13</sup> См.: URL: <https://normativka.by/lib/document/500291252/sid/cddf653d47a34cf9b38a023914a2b285#serialnumber=39> (дата обращения: 07.04.2022).

<sup>14</sup> См.: Злобин Г. А., Никифоров Б. С. Умысел и его формы. М., 1972. С. 101.

<sup>15</sup> Такое суждение может иметь место только в том случае, когда в любой ситуации (при покушении и совершении преступления) деяние квалифицируется по наиболее тяжкому из желаемых последствий.



ективных обстоятельств дела, но определить осознание виновным вреда в момент его причинения и характер его предвидения вряд ли можем. То есть получается, что мы это делаем за самого виновного и по факту решаем, какой у него был умысел: неопределенный или альтернативный.

Полагаем все же, что выделять основное отличие неконкретизированного умысла от альтернативного лишь по тому основанию, что количество предвиденных преступных последствий виновным было ограничено и они достаточно четко определялись лицом (смерть или тяжкие телесные повреждения<sup>16</sup>), не совсем правильно, и не всегда это можно сделать в полной мере точно. Потому что даже и в этом случае виновное лицо никогда не предвидит альтернативные преступные последствия достаточно четко, но всегда оставляет возможность наступления и иных, побочных последствий, более или менее тяжких по сравнению с теми, которые им видятся первично. Как и альтернативный, неопределенный умысел имеет свой объем, свои пределы. В таком случае, повторим, провести четкую линию между определенным (конкретизированным) и альтернативным умыслом невозможно.

Допустим, лицо, действуя по наводке, взламывает сейф гражданина, который только что продал квартиру и дачу за примерно ту сумму, которая фигурировала в объявлении о продаже. То есть виновный более-менее предвидит, какие именно денежные средства могут находиться в сейфе и в каком ориентировочно объеме. Но он не исключает возмож-

ность того, что там будет больше денег или же не быть их вовсе. Какой процент вероятности этого события мы можем включать в характер его предвидения? Ответить на этот вопрос со всей степенью определенности и решимости вряд ли кто-то сможет. Но если при вскрытии сейфа денег вообще не окажется, что вменить ему в вину? Какую денежную сумму и в каком размере? Если виновный достоверно знал максимальную денежную сумму, то это альтернативный умысел, а если предполагал, то неконкретизированный?<sup>17</sup>

Представляется, что в этом случае всегда будет довлеть элемент допущения. Мы сами, точно не зная ответа на данный вопрос, станем обдумывать его за виновного, вторгаясь в его сознание, предвидение, и решать в конечном итоге, чего желал виновный. Вряд ли здесь помогут и объективные обстоятельства, которые будут установлены по делу. В том-то и дело, что при квалификации деяния по наиболее тяжким из возможных последствий при наличии альтернативного умысла следует точно установить и доказать, что лицо предвидело и желало наступления именно этих последствий (наряду с другими). Но если это так, тогда альтернативный умысел превращается в определенный, потому как если мы доказываем, что лицо стремилось причинить наиболее тяжкий вред (хотя допускало и иные варианты), значит, оно стремилось именно к этому последствию, равно как и к другим — в одинаковой степени.

Материалы изученной нами судебно-следственной практики<sup>18</sup> свидетельствуют о том, что суды чаще всего оценивают деяние по факти-

<sup>16</sup> В правовой литературе обращается внимание на то, что для умышленного причинения вреда здоровью наиболее типичен неконкретизированный умысел, когда виновный предвидит и желает или сознательно допускает причинение вреда здоровью другого лица, но не представляет конкретно объем этого вреда и нередко лишен возможности конкретизировать степень тяжести причиняемого вреда здоровью. См.: *Кораблева С. Ю., Казакова В. А.* Вина как уголовно-правовая категория и ее влияние на квалификацию. М., 2016. С. 82–83.

<sup>17</sup> При отсутствии доказательств того, что сознанием виновного охватывается конкретный предмет хищения, нельзя вести речь о прямом определенном умысле. Более того, если лицо не осознает размер хищения, то умысел у него больше тяготеет к прямому неопределенному. Здесь следует согласиться с Н. В. Вишняковой в том, что единый неопределенный умысел усматривается тогда, когда виновный на момент совершения первого из преступных действий точно не знает, что конкретно и в каком количестве он похитит в дальнейшем, но при этом осознает, что будет совершать такие действия, пока есть возможность, пользуясь бесконтрольностью, отсутствием учета, используя иные благоприятные для этого условия (см.: *Вишнякова Н. В.* Единство умысла как признак продолжаемого хищения // Научный вестник Омской академии МВД России. 2015. № 2. С. 19). Понятно также и то, что в таком случае деяние будет оцениваться по фактически наступившим последствиям.

<sup>18</sup> См.: URL: <https://normativka.by/lib/document/500145487/sid/18c7656510224424970265c72fb741cd> ; <https://normativka.by/lib/document/500244275/sid/cddf653d47a34cf9b38a023914a2b285#serialnumb>

чески наступившим последствиям, а не по наиболее тяжкому из допустимых видов вреда при альтернативном умысле<sup>19</sup>. Более того, правоприменительные органы, осуществляя квалификацию преступления, предпочитают вообще не говорить о наличии у лица альтернативного умысла.

Например, Х. был приговорен к шести годам лишения свободы за покушение на убийство А. Кассационная инстанция переквалифицировала совершенное деяние как покушение на убийство в состоянии аффекта и снизила наказание. Президиум Верховного Суда РСФСР, рассмотрев дело по принесенному в порядке надзора протесту заместителя Генерального прокурора, указал следующее. Осужденный и потерпевший находились в дружеских отношениях, ссора между ними возникла случайно, и ее инициатором был сам потерпевший, который в процессе ссоры ударил Х. кулаком по переносице и ногой в пах. После этого Х. выхватил нож и нанес им потерпевшему два удара: один — в грудь, а второй — в спину, после чего драка прекратилась, а Х. не предпринимал никаких попыток лишить потерпевшего жизни. Напротив, собранные по делу доказательства указывают на то, что Х., находясь в состоянии сильного душевного волнения, вызванного насилием со стороны потерпевшего, нанес ему ножевые ранения, действуя с неопределенным умыслом. Поэтому его деяние должно быть квалифицировано в зависимости от фактически наступивших последствий, т.е. как умышленное причинение тяжкого телесного повреждения<sup>20</sup>.

Итак, по делам о причинении телесных повреждений различной степени тяжести в большинстве случаев умысел виновных лиц носит неопределенный, неконкретизированный характер. Другими словами, виновное лицо, совершая преступное деяние, осознает, что своими противоправными действиями причиняет

вред здоровью потерпевшего, но в силу объективных обстоятельств не может достаточно точно определить размер этого вреда, тем не менее желает или сознательно допускает его причинение. Более того, зачастую в процессе осуществления преступных намерений потерпевшему причиняется не одно, а совокупность телесных повреждений различной степени тяжести, в том числе не относящихся к категории тяжких.

Выходит, что если правоприменитель пытается вменить альтернативный (или неопределенный) умысел виновному лицу, то он (умысел) невольно смешивается с косвенным умыслом, потому как лицо допускает различные варианты наступления общественно опасных последствий. Это лицо относится безразлично к тому, какой предполагаемый в его сознании вариант может реализоваться, поскольку допускает любой из них. Это и порождает ряд проблем, особенно в части квалификации неоконченных преступлений. И если исходить из того, что покушение с косвенным умыслом невозможно, тогда мы не можем вывести достаточно определенную формулу квалификации неоконченных преступлений с неопределенным или альтернативным умыслом.

Не случайно по этому поводу в п. 4 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 29.03.2006 № 1 «О судебной практике по делам об умышленном причинении тяжкого телесного повреждения» отмечено, что «ответственность по ст. 147 УК наступает при наличии у виновного умысла (прямого либо косвенного) на противоправное причинение повреждения, указанного в диспозиции данной статьи, другому человеку. Если виновный сознавал общественную опасность своего действия или бездействия, предвидел возможность причинения потерпевшему телесных повреждений любой

er=48 ; <https://normativka.by/lib/document/500247130/sid/443c48b353d0465886bfe77de943c2ed#serialnumber=13> ; <https://normativka.by/lib/document/500279802/sid/cddf653d47a34cf9b38a023914a2b285#serialnumber=18> ; <https://normativka.by/lib/document/500252106/sid/cddf653d47a34cf9b38a023914a2b285#serialnumber=16> ; <https://normativka.by/lib/document/500244493/sid/cddf653d47a34cf9b38a023914a2b285#serialnumber=46> (дата обращения: 07.04.2022).

<sup>19</sup> В теории уголовного права на сей счет указывается, что в практическом плане при разграничении преступлений против здоровья человека по тяжести причиненного или возможного вреда нет смысла точно устанавливать направленность умысла виновного, так как обычно бывает достаточно того, что виновный действует с неопределенным умыслом (см.: *Расторопов С. В.* Указ. соч. С. 146). Однако эта рекомендация не всегда срабатывает, в частности в ситуациях, когда преступные последствия не наступили вообще.

<sup>20</sup> Цит. по: Уголовное право. Общая часть. Преступление. С. 127.

тяжести и желал этого либо не желал, но сознательно допускал или относился к последствиям своего деяния безразлично, все содеянное квалифицируется по фактически наступившим последствиям».

Однако данное разъяснение следует уточнить. Если все же лицо действовало с прямым умыслом и желало причинить именно тяжкие последствия, но вред не наступил по причинам, не зависящим от воли виновного, тогда данные действия следует оценивать как покушение на задуманное преступление. Виновный стремился к его совершению, о чем свидетельствовали его умысел и намерение причинить вред определенной тяжести. Игнорирование данного постулата приведет к нивелированию принципа личной виновной ответственности и квалификации деяния по субъективному намерению лица.

Сложнее обстоит дело с ситуацией, когда вред фактически причинен не был. В этом случае вышеуказанные рекомендации Верховного Суда Республики Беларусь не подходят, поскольку никакие последствия не наступили. Мы уже говорили о том, что на этот счет существует точка зрения о необходимости квалификации таких действий виновного по наиболее тяжкому из охватываемых его умыслом последствий. Однако есть и прямо противоположный взгляд, сводящийся к тому, что в подобного рода случаях деяние следует оценивать как покушение на наименее тяжкое из желаемых последствий. Н. А. Бабий обосновывает это тем, что «равное желание любого из последствий означает безразличное отношение к тому, какое конкретно будет причинено последствие. Субъективное безразличие имеет и объективное выражение: лицо не предпринимает специальных мер для достижения именно более тяжких последствий»<sup>21</sup>. В таком случае выходит, что прямой неконкретизированный умысел смешивается с косвенным. И если при прямом конкретизированном умысле в случае недостижения преступного результата мы квалифицируем деяние по тому, чего именно желало лицо, то

при прямом неконкретизированном умысле, согласно приведенной точке зрения, квалификация осуществляется по наименее тяжкому из желаемых последствий. Но и здесь вопрос всегда упирается в то, как конкретно такой умысел установить, а точнее, определить его направленность.

Допустим, лицо было застигнуто при попытке проникновения в гараж. В гараже находились автомобиль, мопед и маленький детский велосипед, о чем достоверно было известно грабителю. Но преступление не было им окончено, так как виновный был задержан при попытке взлома замка. Более того, на момент совершения хищения все эти вещи в гараже отсутствовали. Представим себе, что в данном примере детский велосипед не представлял значительной ценности. Тогда, следуя вышеизложенной позиции, вменить в вину следует покушение на мелкое хищение? Вряд ли это правильно. Противоположный вариант квалификации — покушение на хищение всех этих трех вещей вместе взятых. Еще один — оценка деяния по фактически наступившим последствиям. Но таковых не было. В этом и заключается суть рассматриваемой проблемы.

В этой связи нередко отмечается, что при возникновении сомнений относительно содержания и направленности умысла виновного следует применять положения принципа презумпции невиновности: «все неустранимые сомнения должны толковаться в пользу обвиняемого»<sup>22</sup>. Но разве нет таких сомнений относительно направленности умысла при альтернативном и неопределенном видах умысла? Всегда можно сослаться в этом случае на элемент допущения. Как, впрочем, и признать тот факт, что лицо действовало не с неопределенным (неконкретизированным) умыслом, а наоборот, с точно определенным, и тогда вне зависимости от последствий такое деяние мы должны будем квалифицировать по его (умысла) направленности.

По приговору суда С. был признан виновным в покушении на убийство с особой жесто-

<sup>21</sup> См.: Бабий Н. Умышленное причинение тяжкого телесного повреждения: постановление принято — вопросы остались // Юстиция Беларуси. 2006. № 6. С. 45.

Однако если мы всё же констатируем, что умысел у лица был неопределенный, а фактически — косвенный, если речь идет о безразличии, то как тогда вменить в вину лицу покушение на больший или меньший вред? Ведь покушения с косвенным умыслом быть не может. Понятно и то, что неконкретизированный и альтернативный умыслы неравнозначны косвенному, но порой границу между ними провести невозможно.

<sup>22</sup> См.: Гудимов А. С. Указ. соч. С. 106 ; Бабий Н. Указ. соч. С. 45.

костью, из хулиганских побуждений лицом, ранее совершившим покушение на убийство. Так, обвиняемый не отрицал в ходе досудебного производства и в судебном заседании того обстоятельства, что 22 декабря 2016 г. сначала в квартире по месту жительства потерпевшего К., а затем во дворе вблизи дома по ул. С. в г. М. он причинил ножевые ранения соответственно сначала К., а затем Э. Тем не менее обвиняемый полагал, что суд, признав установленным наличие у него прямого умысла на убийство потерпевших, вышел за пределы предъявленного обвинения, которое не содержит указания на то, что он желал наступления их смерти. С. считал, что выводы суда о наличии у него прямого умысла на убийство не основаны на фактических обстоятельствах дела. При этом С. указывал, что удары потерпевшим наносил не целенаправленно в жизненно важные части тела, а спонтанно, действуя с неконкретизированным умыслом, не будучи заведомо осведомленным о том, что наносимые удары приведут к смертельному исходу, и не желая этого. Однако судебная коллегия по уголовным делам отметила, что доводы обвиняемого о недоказанности наличия у него умысла на убийство каждого из потерпевших опровергаются приведенными в приговоре доказательствами. Экспертами установлено, что выявленные на теле К. телесные повреждения возникли не менее чем от 12 травмирующих воздействий ножом. Колото-резаные телесные повреждения потерпевшему Э. причинены в результате не менее пяти травмирующих воздействий ножом. Характер, количество и локализация телесных повреждений у потерпевших, практически все из которых располагались в области грудной клетки и живота, а у Э. — и в области шеи, сопровождалась повреждениями внутренних органов, в том числе ранением левого желудочка сердца у К. и повреждением верхнего шейного отдела позвоночника, твердой мозговой оболочки и спинного мозга у Э., механизм их образования, выражающийся в нанесении множественных сильных ударов ножом, в том числе и сзади, свидетельствуют об умысле обвиняемого на ли-

шение потерпевших жизни. Утверждение обвиняемого о том, что он не наносил целенаправленных ударов, опровергнуто фактическими его действиями. Обвиняемый своими действиями выполнил объективную сторону убийства каждого из потерпевших. Умысел на убийство К. обвиняемый не довел до конца только в связи с активным сопротивлением потерпевшего и своевременно оказанной обоим потерпевшим квалифицированной медицинской помощью. Поэтому суд признал, что форма вины обвиняемого по отношению к содеянному характеризуется прямым умыслом, которым охватывалось лишение потерпевших жизни<sup>23</sup>.

Если исходить из того, что неконкретизированный умысел сливается с косвенным, тогда придется признать и то, что покушение может совершаться и с косвенным умыслом, раз мы говорим о том, что при неконкретизированном (а равно и при альтернативном) умысле лицо предвидит разные последствия и безразлично относится к их наступлению. Это означает возможность покушения на преступление с наиболее тяжкими или наименее тяжкими из желаемых последствий. Однако правоприменительная практика опровергает данный тезис и настойчиво продолжает оценивать покушение на совершение преступления с неопределенным умыслом по фактически наступившим последствиям (если таковые были). Этот вывод базируется на том положении, что при косвенном умысле необходимо констатировать отсутствие объективных и субъективных оснований вменить в вину лицу посягательство на фактически не пострадавший объект, поэтому ответственность должна наступать лишь за реально наступившие общественно опасные последствия<sup>24</sup>. И, как отмечали Г. А. Злобин и Б. С. Никифоров, «в рамках косвенного умысла психическое отношение к нереализовавшимся последствиям юридически не существует»<sup>25</sup>.

Итак, в случае неопределенности вида умысла при неоконченном преступлении суды предпочитают устанавливать конкретную направленность действий лица исходя из сложившейся обстановки, объективной ситуации,

<sup>23</sup> URL: <https://normativka.by/lib/document/500252106/sid/cddf653d47a34cf9b38a023914a2b285#serialnumber=16>.

<sup>24</sup> См.: *Абакшина Н. А.* Вклад Алексея Ивановича Рарога в актуализацию психологического содержания вины // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке : материалы XIX Международной науч.-практ. конференции / Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА) ; отв. ред. А. И. Рарог. М., 2022. С. 625.

<sup>25</sup> *Злобин Г. А., Никифоров Б. С.* Указ. соч. С. 101.



связанной с совершением противоправного деяния, и т.п., нежели квалифицировать содеянное по каким-либо правилам при неконкретизированном или альтернативном умысле. Фактически эта позиция объясняется тем, что сама классификация видов умысла на конкретизированный, неконкретизированный и определенный основана на характеристике элементов предвидения и воли.

При этом необходимо отметить, что доктриной уголовного права и судебно-следственной практикой на сей счет разработаны правила, которые сводятся к следующему: если будет доказано, что «виновный избрал такой способ действий, при котором он предвидел неизбежность смерти потерпевшего, то это означает, что виновный желал смерти потерпевшего, т.е. действовал с прямым конкретизированным умыслом на убийство»<sup>26</sup>.

Соответственно, в первую очередь подлежат выяснению обстоятельства, характеризующие интенсивность наносимых повреждений, применяемые орудия и мускульную силу человека, физическое состояние виновного и потерпевшего, их поведение и т.д. Неслучайно по этому поводу в п. 3 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 17.12.2002 № 9 «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 139 УК)» применительно к вопросу об отграничении убийства от причинения тяжких телесных повреждений указано: «Устанавливая умысел виновного, суды должны исходить из совокупности всех обстоятельств содеянного и учитывать, в частности, способ и орудие совершения преступления, количество, характер и локализацию ранений и иных телесных повреждений (например, ранения жизненно важных органов человека), причины прекращения преступных действий и т.д., а также предшествующее поведение виновного и потерпевшего, их взаимоотношения, характер действий виновного после совершения преступления». Такая же рекомендация содержится в п. 3 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27.01.1999 № 1 «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)», где обращено внимание на то, что «при решении вопроса о направленности умысла виновного следует исходить из совокупности всех обстоятельств содеянного и учитывать, в частности, способ и орудие преступления, количество, характер и локализацию телесных повреждений (например, ранения

жизненно важных органов человека), а также предшествующее преступлению и последующее поведение виновного и потерпевшего, их взаимоотношения».

Таким образом, в настоящее время правила квалификации преступлений при констатации неконкретизированного (неопределенного, альтернативного) умысла могут быть сведены к следующему: 1) если у лица присутствует конкретизированный умысел, то квалификация деяния осуществляется по направленности умысла как в случае оконченного преступления, так и в случае неоконченного; 2) при неконкретизированном (альтернативном) умысле квалификация осуществляется по фактически наступившим последствиям.

Однако если имело место неоконченное преступление с неконкретизированным (альтернативным) умыслом, то в деянии лица следует устанавливать фактическую направленность его действий исходя из объективной обстановки совершенного акта, применяемых орудий, средств совершения преступления, физических данных потерпевшего и обвиняемого и т.д. Например, по уголовным делам, связанным с преступлениями против жизни и здоровья, для определения направленности умысла лица следует устанавливать:

- а) характер и способ применения орудия преступления, его опасность, совершение действий, которые объективно создают опасность для жизни человека (если лицо использует предметы, средства, вещества, которые обладают значительной поражающей силой и являются общепасными, то умысел виновного направлен на убийство; если применяются предметы, не обладающие значительной поражающей силой, то умысел направлен на причинение телесных повреждений);
- б) интенсивность нанесения повреждений, их локализацию, обладание специальными навыками и умениями причинения физического вреда (если происходит большое количество ударов в жизненно важные органы, это свидетельствует об умысле на убийство; если имеет место однократное нанесение удара, то умысел направлен на причинение телесных повреждений);
- в) поражающую силу воздействия, физические данные потерпевшего и обвиняемого, осознанность характера поведения виновного (если наносится однократный удар с боль-

<sup>26</sup> См.: Попов А. Н. Указ. соч. С. 90.

шой поражающей силой, например ножом в сердце, это свидетельствует об умысле на убийство; если удар нанесен с небольшой поражающей силой, то характер действий говорит о направленности умысла на причинение телесных повреждений);

- г) причины прекращения преступных действий обвиняемым, его взаимоотношения с потерпевшим накануне преступления, по-

следующее поведение виновного и потерпевшего.

При невозможности установить тяжесть возможных преступных последствий деяние следует квалифицировать как покушение на наименее тяжкое из желаемых лицом последствий, наказываемых в уголовно-правовом порядке (если при этом в совершенном деянии не усматриваются признаки иного состава преступления<sup>27</sup>).

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Абакшина Н. А.* Вклад Алексея Ивановича Рарога в актуализацию психологического содержания вины // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке : материалы XIX Международной научно-практической конференции / Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА) ; отв. ред. А. И. Рарог. — М. : Проспект, 2022. — С. 622–628.
2. *Бабий Н.* Умышленное причинение тяжкого телесного повреждения: постановление принято — вопросы остались // Юстиция Беларуси. — 2006. — № 6. — С. 41–46.
3. *Вишнякова Н. В.* Единство умысла как признак продолжаемого хищения // Научный вестник Омской академии МВД России. — 2015. — № 2. — С. 16–19.
4. *Гудимов А. С.* К вопросу о неконкретизированном умысле при умышленном причинении средней тяжести вреда здоровью // Человек: преступление и наказание. — 2007. — № 1. — С. 104–106.
5. *Дагель П. С., Котов Д. П.* Субъективная сторона преступления и ее установление. — Воронеж : Изд-во Воронежского университета, 1974. — 242 с.
6. *Злобин Г. А., Никифоров Б. С.* Умысел и его формы. — М. : Юридическая литература, 1972. — 264 с.
7. *Карпец И. И.* Преступность: иллюзии и реальность. — М. : Российское право, 1992. — 432 с.
8. *Ковальчук А., Хилюта В.* Защита владения в уголовном праве и правила определения ущерба при совершении хищений // Судовы веснік. — 2018. — № 2. — С. 42–45.
9. *Кораблева С. Ю., Казакова В. А.* Вина как уголовно-правовая категория и ее влияние на квалификацию. — М. : Научное обозрение, 2016. — 191 с.
10. Курс уголовного права : в 5 т. Общая часть. Т. 1: Учение о преступлении / под ред. И. О. Грунтова, А. В. Шидловского. — Минск : Издательский центр БГУ, 2018. — 863 с.
11. *Попов А. Н.* Вина в преступлениях против жизни (ст. 105, 106, 107, 108 УК РФ). — СПб. : Санкт-Петербургский юридический институт Генеральной прокуратуры РФ, 2016. — 124 с.
12. *Расторопов С. В.* О концепции вины в составах преступлений против здоровья человека // Российский журнал правовых исследований. — 2015. — № 2. — С. 145–151.
13. *Семченков И. П.* Актуальные проблемы квалификации преступлений, совершаемых с альтернативным умыслом // Вестник Калининградского филиала Санкт-Петербургского университета МВД России. — 2013. — № 2. — С. 25–30.
14. Уголовное право. Общая часть. Преступление. — Т. 7. Кн. 2 : Субъективная сторона преступления / под ред. Н. А. Лопашенко. — М. : Юрлитинформ, 2016. — 400 с.
15. *Хилюта В.* Определение потерпевшей стороны по уголовным делам о хищениях // Законность. — 2019. — № 12. — С. 46–48.
16. *Хилюта В. В.* Определение потерпевшей стороны по уголовным делам о хищении // Научный вестник Омской академии МВД России. — 2020. — № 2. — С. 6–11.

*Материал поступил в редакцию 7 апреля 2022 г.*

<sup>27</sup> Поясним данный тезис на примере. А., проходя по мосту, увидел, что Б. сидит на краю моста. А. беспричинно толкнул Б. с моста в воду. Последствия могли наступить самые разные, однако Б. не были причинены телесные повреждения. Некоторые суды оценивают данное преступление по фактически наступившим последствиям: как хулиганство, а не как покушение на причинение телесных повреждений различного вида тяжести.

## REFERENCES

1. Abakshina NA. Vklad lekseya Ivanovicha Raroga v aktualizatsiyu psikhologicheskogo sodержaniya viny [Alexey Ivanovich Rarog's contribution to the actualization of the psychological content of guilt]. In: Rarog AI, editor. *Ugolovnoe pravo: strategiya razvitiya v XXI veke: materialy XIX Mezhdunar. nauch.-prakt. konferentsii* [Criminal Law: Development strategy in the 21st century. Procs. of the 19th International Scientific and Practical Conference]. Kutafin Moscow State Law University (MSAL). Moscow: Prospekt Publ.; 2022. Pp. 622–628. (In Russ.).
2. Babiy N. Umyshlennoe prichinenie tyazhkogo telesnogo povrezhdeniya: postanovlenie prinyato — voprosy ostalis [Intentional infliction of grievous bodily harm: Decision is made, questions remained]. *Yustitsiya Belarusi* [Justice of Belarus]. 2006;6:41-46. (In Russ.).
3. Vishnyakova NV. Edinstvo umysla kak priznak prodolzhaemogo khishcheniya [Unity of intent as a sign of continued theft]. *Nauchnyy vestnik Omskoy akademii MVD Rossii*. 2015;2:16-19. (In Russ.).
4. Gudimov AS. K voprosu o nekonkretizirovannom umysle pri umyshlennom prichinenii sredney tyazhesti vreda zdorovyu [On the issue of unclassified intent in the deliberate infliction of moderate harm to health]. *Chelovek: prestuplenie i nakazanie* [Man: Crime and punishment]. 2007;1:104-106. (In Russ.).
5. Dageľ PS, Kotov DP. Subektivnaya storona prestupleniya i ee ustanovlenie [The subjective side of the crime and its establishment]. Voronezh: Voronezh University Publishing House; 1974. (In Russ.).
6. Zlobin GA, Nikiforov BS. Umysel i ego formy [Intent and its forms]. Moscow: Yurid. lit. Publ.; 1972. (In Russ.).
7. Karpets II. Prestupnost: illyuzii i realnost [Crime: Illusions and reality]. Moscow: Ros. pravo Publ.; 1992. (In Russ.).
8. Kovalchuk A, Hilyuta V. Zashchita vladeniya v ugolovnom prave i pravila opredeleniya ushcherba pri sovershenii khishcheniy [Protection of possession in criminal law and rules for determining damage in the commission of theft]. *Sudovy vesnik*. 2018;2:42-45. (In Russ.).
9. Korableva SYu, Kazakova VA. Vina kak ugolovno-pravovaya kategoriya i ee vliyanie na kvalifikatsiyu [Guilt as a criminal legal category and its influence on classification]. Moscow: Nauchnoe obozrenie Publ.; 2016. (In Russ.).
10. Gruntov IO, Shidlovskiy AV, editors. Kurs ugolovnogo prava: v 5 t. Obshchaya chast. T. 1: Uchenie o prestuplenii [Course of criminal law: in 5 vols. General Part. Vol. 1: The Doctrine of Crime]. Minsk: BSU Publ.; 2018. (In Russ.).
11. Popov AN. Vina v prestupleniyakh protiv zhizni (st. 105, 106, 107, 108 UK RF) [Guilt in crimes against life (Articles 105, 106, 107, 108 of the Criminal Code of the Russian Federation)]. St. Petersburg: Sankt-Peterb. yurid. in-t Gener. prokuratury RF Publ.; 2016. (In Russ.).
12. Rastoropov SV. O kontseptsii viny v sostavakh prestupleniy protiv zdorovya cheloveka [On the concept of guilt in the composition of crimes against human health]. *Rossiyskiy zhurnal pravovykh issledovaniy* [Russian Journal of Legal Studies]. 2015;2:145-151. (In Russ.).
13. Semchenkov IP. Aktualnye problemy kvalifikatsii prestupleniy, sovershaemykh s alternativnym umyslom [Actual problems of qualification of crimes committed with alternative intent]. *Vestnik Kaliningradskogo filiala Sankt-Peterburgskogo universiteta MVD Rossii*. 2013;2:25-30. (In Russ.).
14. Lopashenko NA, editor. *Ugolovnoe pravo. Obshchaya chast. Prestuplenie*. Kn. 2: Subektivnaya storona prestupleniya [Criminal Law. General Part. Crime. Vol. VII. Book 2: The subjective side of the crime]. Moscow: Yurlitinform Publ.; 2016. (In Russ.).
15. Hilyuta V. Opredelenie poterpevshey storony po ugolovnym delam o khishcheniyakh [Determination of the injured party in criminal cases of embezzlement]. *Zakonnost*. 2019;12:46-48. (In Russ.).
16. Khilyuta VV. Opredelenie poterpevshey storony po ugolovnym delam o khishchenii [Determination of the injured party in criminal cases of embezzlement]. *Nauchnyy vestnik Omskoy akademii MVD Rossii*. 2020;2:6-11. (In Russ.).

# СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ COMPARATIVE STUDIES

DOI: 10.17803/1729-5920.2022.187.6.109-122

Я. М. Плошкина\*,  
Н. П. Кириллова\*\*

## Прекращение уголовного преследования с возложением на обвиняемого обязанностей, предписаний как альтернативный способ разрешения уголовно-правового конфликта в германском уголовном процессе

**Аннотация.** Учитывая российскую тенденцию по расширению сферы действия нереабилитирующих оснований прекращения уголовного преследования/дела, в статье рассматривается правовое регулирование и правоприменительная практика прекращения уголовного преследования с возложением на обвиняемого различных обязанностей, предписаний как одного из альтернативных способов разрешения уголовно-правового конфликта в рамках германского уголовного процесса. Германский уголовный процесс имеет много общего с российским; оба построены на принципе легальности, или законности. Но в последнее время и российский, и германский законодатели находятся в поиске альтернативных, помимо процессуального принуждения или угрозы его применения, способов разрешения конфликта в процессе, которые способствуют гуманизации уголовного законодательства, снижению количества осужденных, процессуальной экономии. Одной из таких альтернатив в германском уголовном процессе является прекращение уголовного преследования с возложением на обвиняемого обязанностей, предписаний. Возможность прекращения уголовного преследования по данному основанию предусмотрена не только в УПК ФРГ, но и в различных отраслевых законах, например в Законе о наркотических веществах, Законе об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних. Анализ статистических данных Федерального ведомства статистики в Германии с 2016 по 2020 гг. по прекращению уголовного преследования с возложением на обвиняемого определенных обязанностей, предписаний показывает приоритеты германского правоприменителя в части выбора отдельных обязанностей, возлагаемых на обвиняемого и при надлежащем их исполнении влекущих прекращение уголовного преследования. Несмотря на большой выбор обязанностей и предписаний, правоприменитель использует в основном немногие обязанности, возлагаемые на обвиняемого с целью прекращения уголовного преследования. Однако сама возможность широкого выбора потенциально возможных обязанностей и предписаний свидетельствует об индивидуализированном подходе к участникам уголовно-правового конфликта в германском уголовном процессе, позволяющем гармонично учесть интересы всех сторон конфликта.

© Плошкина Я. М., Кириллова Н. П., 2022

\* *Плошкина Яна Михайловна*, кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного процесса и криминалистики юридического института Сибирского федерального университета  
Ул. Маерчака, д. 6, г. Красноярск, Россия, 660075  
ploshkina\_yana@mail.ru

\*\* *Кириллова Наталия Павловна*, доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного процесса и криминалистики юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета  
22-я линия В. О., д. 7, г. Санкт-Петербург, Россия, 199106  
kirilova59@mail.ru



**Ключевые слова:** альтернативные способы разрешения конфликта; процессуальная экономия; прекращение уголовного преследования; возложение на обвиняемого обязанностей; предписаний; индивидуализированный подход к участникам уголовно-правового конфликта.

**Для цитирования:** *Плошкина Я. М., Кириллова Н. П.* Прекращение уголовного преследования с возложением на обвиняемого обязанностей, предписаний как альтернативный способ разрешения уголовно-правового конфликта в германском уголовном процессе // *Lex russica*. — 2022. — Т. 75. — № 6. — С. 109–122. — DOI: 10.17803/1729-5920.2022.187.6.109-122.

### Termination of Criminal Prosecution followed by the Imposition of Duties and Regulations on the Accused as an Alternative Way to Resolve a Criminal Law Conflict in the German Criminal Procedure

**Yana M. Ploshkina**, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Department of Criminal Procedure and Criminalistics, Law Institute, Siberian Federal University  
ul. Maerchaka, d. 6, Krasnoyarsk, Russia, 660075  
ploshkina\_yana@mail.ru

**Natalia P. Kirillova**, Dr. Sci. (Law), Professor, Department of Criminal Procedure and Criminalistics, Faculty of Law, St. Petersburg State University  
22-ya Liniya Vasilevskogo ostrova, d. 7, Sankt-Peterburg, Russia, 199106  
kirilova59@mail.ru

**Abstract.** Given the Russian tendency to expand the scope of non-rehabilitating grounds for termination of criminal prosecution/case, the paper examines the legal regulation and law enforcement practice of termination of criminal prosecution with the imposition of various duties and regulations to the accused as one of the alternative ways to resolve a criminal conflict within the framework of the German criminal procedure. The German criminal procedure has a lot in common with the Russian one; both are formed on the principle of lawfulness, or legality. At present, both Russian and German legislators are looking for alternative ways, in addition to procedural coercion or the threat of its use, to resolve the conflict in the process, which contribute to the humanization of criminal legislation, reducing the number of convicts, procedural economy. One of such alternatives in the German criminal procedure is the termination of criminal prosecution followed by the imposition of duties and regulations on the accused. The possibility of termination of criminal prosecution on this basis is provided not only in the Criminal Procedure Code of the Federal Republic of Germany, but also in various sectoral laws, for example, the German Narcotics Law, the German Youth Court Law. An analysis of the statistical data of the Federal Statistical Office in Germany from 2016 to 2020 on the termination of criminal prosecution followed by the imposition of certain duties and regulations to the accused shows the priorities of the German law enforcement officer in terms of choosing individual duties assigned to the accused and, if properly performed, entailing the termination of criminal prosecution. Despite the wide choice of duties and regulations, the law enforcement officer mainly uses the few duties imposed on the accused in order to terminate criminal prosecution. However, the very possibility of a wide choice of potentially possible duties and regulations indicates an individualized approach to the participants of the criminal law conflict in the German criminal procedure, which makes it possible to take into account the interests of all parties to the conflict.

**Keywords:** alternative ways of conflict resolution; procedural efficiency; termination of criminal prosecution; imposition of duties on the accused; regulations; individualized approach to participants in the criminal law conflict.

**Cite as:** Ploshkina YaM, Kirillova NP. Prekrashchenie ugovnogo presledovaniya s vozlozheniem na obvinyaemogo obyazannostey, predpisaniy kak alternativnyy sposob razresheniya ugovno-pravovogo konflikta v germanskom ugovnom protsesse [Termination of Criminal Prosecution followed by the Imposition of Duties and Regulations on the Accused as an Alternative Way to Resolve a Criminal Law Conflict in the German Criminal Procedure]. *Lex russica*. 2022;75(6):109-122. DOI: 10.17803/1729-5920.2022.187.6.109-122. (In Russ., abstract in Eng.).

## Введение

Во всем мире усиливается тенденция закрепления на законодательном уровне поощрительных норм, стимулирующих определенное одобряемое правом поведение обвиняемого. Это способствует поиску решений, удовлетворяющих всех участников уголовно-правового конфликта. Речь идет об альтернативных способах разрешения уголовно-правового конфликта, помимо принуждения, угрозы его применения, которые позволяют учитывать реальные нужды потерпевшего, уменьшить количество осужденных, прекратить уголовное преследование без постановления приговора суда, что способствует в значительной степени процессуальной экономии и сберегает деньги налогоплательщиков.

Альтернативные способы разрешения конфликта в рамках российского уголовного процесса связаны с нереабилитирующими основаниями прекращения уголовного дела (преследования), наличие которых предопределено уголовно-правовым институтом освобождения от уголовной ответственности. При этом за последнее время они имеют тенденцию к расширению. Наряду с традиционными нереабилитирующими основаниями прекращения уголовного дела (преследования) в связи с примирением сторон, деятельным раскаянием за последнее десятилетие появились новые основания.

В 2016 г. появилась возможность прекратить уголовное дело (преследование) в связи с назначением меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа; в 2018 г. расширилась сфера действия такого основания, как прекращение уголовного преследования в связи с возмещением ущерба, по которому прекратить уголовное преследование в настоящее время возможно не только по делам о преступлениях в сфере экономической деятельности, но и по делам против собственности и других видов преступлений (например, против конституционных прав и свобод человека и гражданина).

Согласно данным Судебного департамента при Верховном Суде РФ, тройку лидеров среди оснований прекращения уголовного дела (преследования) образуют примирение с потерпевшим, назначение меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа и деятельное раскаяние. При этом абсолютным и бесспорным лидером является примирение сторон. Второе место с большим отрывом по сравнению с другими основаниями прекращения уголовного дела (преследования) занимает судебный штраф. Так, российскими судами прекращено уголовных дел:

- в связи с примирением с потерпевшим: в 2020 г. — 99 115; 2019 г. — 106 091; 2018 г. — 125 873; 2017 г. — 135 956;
- в связи с назначением меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа: в 2020 г. — 56 980; 2019 г. — 52 460; 2018 г. — 33 329; 2017 г. — 20 692;
- в связи с деятельным раскаянием в 2020 г. — 7 258; 2019 г. — 8 889; 2018 г. — 11 991; 2017 г. — 12 817<sup>1</sup>.

В отношении несовершеннолетних обвиняемых предусмотрена возможность прекращения уголовного преследования с применением принудительной меры воспитательного воздействия.

Так, согласно статистическим сведениям Судебного департамента при Верховном Суде РФ количество прекращенных дел в связи с применением принудительных мер воспитательного воздействия составило в 2020 г. — 1 821; 2019 г. — 2 320; 2018 г. — 2 295; 2017 г. — 2 250<sup>2</sup>.

Кроме того, в настоящее время в Государственной Думе Федерального Собрания РФ находится на рассмотрении законопроект об уголовном проступке, внесенный Верховным Судом РФ повторно, которым предлагается не только ввести уголовный проступок в российское уголовное и уголовно-процессуальное законодательство, но и расширить сферу действия нереабилитирующих оснований прекращения уголовного дела (преследования), а также прекращения уголовного преследования

<sup>1</sup> № 10.2 «Отчет об особенностях рассмотрения уголовных дел, применения реальных видов наказания и оснований прекращения уголовных дел». Сводные статистические сведения Судебного департамента при Верховном Суде РФ о состоянии судимости в России за 2017 по 2020 гг. // URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=5669> (дата обращения: 11.04.2022).

<sup>2</sup> № 10.2 «Отчет об особенностях рассмотрения уголовных дел, применения реальных видов наказания и оснований прекращения уголовных дел».

с применением принудительных мер воспитательного воздействия<sup>3</sup>.

Согласно пояснительной записке к данному законопроекту его целями являются гуманизация уголовного законодательства, сокращение количества осужденных, закрепление новых оснований освобождения от уголовной ответственности, что, в свою очередь, оказывает позитивное влияние на все сферы общественной жизни, включая предпринимательскую и иную экономическую деятельность, согласуется с целями создания и поддержания в РФ благоприятного делового климата<sup>4</sup>.

Для того чтобы лучше осознать и понять тенденцию российского законодателя в части расширения альтернативных процедур разрешения уголовно-правового конфликта в рамках уголовного процесса, предлагаем обратиться к зарубежному опыту, в частности германскому, поскольку российский и германский уголовные процессы имеют много общего: оба построены на сходных началах, относятся к романо-германскому типу уголовного процесса. И российский, и германский уголовные процессы построены на принципе легальности или законности, т.е. обязанности возбуждать и осуществлять уголовное преследование уполномоченными должностными лицами вне зависимости от каких бы то ни было иных соображений (ч. 2 ст. 21 УПК РФ и § 152(2) и 170(1) УПК ФРГ).

Изначально уголовный процесс Германии олицетворял собой принцип легальности или законности. Однако поиск альтернативных процедур разрешения уголовно-правового конфликта, помимо постановления приговора суда, привел к тому, что уже со второй половины XX в. в Германии начало целесообразности теснит начало легальности или законности<sup>5</sup>. Одним из проявлений этого является § 153а УПК ФРГ, предусматривающий возможность прекращения уголовного дела (преследования) по мотивам целесообразности при возложении на обвиняемого обязанностей и предписаний.

С момента введения § 153а УПК ФРГ в Уголовно-процессуальный кодекс ФРГ, который появился в результате вступления в силу с 01.01.1975 Вводного закона к УК ФРГ (EGStGB) 1974 г.<sup>6</sup>, и по сегодняшний день сформировалась устойчивая практика в части прекращения уголовного преследования/дела по мотивам целесообразности с возложением на обвиняемого обязанностей или предписаний. С принятием § 153а УПК ФРГ были опасения, что уголовные дела (преследования) будут прекращаться не в соответствии с § 153 УПК ФРГ, а с § 153а УПК ФРГ. Однако данные опасения не оправдались, и на практике прекращаются производства согласно как § 153, так и § 153а УПК ФРГ. Возможность прекратить уголовное дело (преследование) в соответствии с § 153а УПК ФРГ в настоящее время заняло свою нишу среди иных возможностей разрешения уголовно-правового конфликта в рамках уголовного процесса, в том числе помимо постановления приговора суда<sup>7</sup>. Поэтому полагаем интересным и познавательным рассмотреть данный германский опыт правоприменения.

## **I. Особенности источников уголовно-процессуального права**

В отличие от российского уголовно-процессуального и уголовного законодательства, уголовно-процессуальные, а также уголовные нормы в Германии содержатся не только в УПК ФРГ и УК ФРГ, а также в различных отраслевых законах.

Положения УПК ФРГ применяются без каких-либо ограничений к лицам, достигшим 21-летнего возраста на момент совершения уголовно наказуемого, противоправного деяния. Однако если в орбите уголовного судопроизводства находятся несовершеннолетние (лица от 14 до 17 лет) и лица молодого возраста (от 18 лет до 21 года), то, наряду с нормами УПК ФРГ, действуют положения Закона об отправ-

<sup>3</sup> Законопроект № 1112019-7 «О внесении изменений в Уголовный кодекс РФ и Уголовно-процессуальный кодекс РФ в связи с введением понятия уголовного проступка» внесен в Государственную Думу Федерального Собрания РФ 15.02.2021 Верховным Судом РФ.

<sup>4</sup> URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/1112019-7> (дата обращения: 11.04.2022).

<sup>5</sup> Курс уголовного процесса / под ред. Л. В. Головки. М.: Статут, 2017. С. 52.

<sup>6</sup> BGBl. I S. 469, 508.

<sup>7</sup> Löwe-Rosenberg Großkommentar. Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz / Hrsg. J.-P. Becker, V. Erb, R. Essser, K. Graalman-Scheerer, H. Hilger, A. Ignor. Band 5. 27. Auflage. Berlin, 2020. S. 147.

лении правосудия по делам несовершеннолетних от 16.02.1923 в редакции всего Закона от 11.12.1974 с учетом последних изменений от 25.06.2021<sup>8</sup> (далее — Закон об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних), которые предусматривают многочисленные существенные модификации правил обычного уголовного процесса. Кроме того, применительно к так называемому «производству о назначении административного денежного взыскания» (т.е. производства по делам об административных правонарушениях) § 46 (абз. 1) Закона об административных правонарушениях устанавливает правило, что общие уголовно-процессуальные законы (в том числе УПК ФРГ) имеют действие в том объеме, в котором Законом об административных правонарушениях не предусмотрено особое регулирование<sup>9</sup>.

Помимо этого, при расследовании различных уголовно наказуемых, противоправных деяний следует учитывать, что уголовно-правовые нормы содержатся не только в УК ФРГ, но и в разных отраслевых законах, поскольку уголовное право в ФРГ состоит из «основного» и «дополнительного» уголовного права. Так, «основное» уголовное право составляют нормы, закрепленные в УК ФРГ, в то время как «дополнительное» уголовное право состоит из различных уголовно наказуемых, преступных деяний, например уклонение от уплаты налогов или деликты, связанные с незаконным оборотом оружия и наркотических средств, предусмотренные в разных отраслевых законах ФРГ<sup>10</sup>.

Кроме того, в отраслевых законах ФРГ содержатся правовые нормы, предусматривающие модификацию правил обычного уголовного процесса. В связи с этим при характеристике тех или иных правовых явлений необходимо учитывать не только уголовно-процессуальные нормы, содержащиеся в УПК ФРГ, но и специфическое правовое регулирование, в том числе и в сфере уголовного процесса, по некоторым деликтам, предусмотренное в отраслевом законодательстве ФРГ.

## II. Значение классификации уголовно наказуемых, противоправных деяний на преступления и уголовные проступки и § 153а УПК ФРГ

Германский законодатель в зависимости от вида и размера уголовного наказания все уголовно наказуемые, противоправные деяния подразделяет на преступления и уголовные проступки. В соответствии с § 12 УК ФРГ уголовный проступок — противоправное деяние, за совершение которого закон предусматривает в качестве минимального наказания денежный штраф или лишение свободы сроком до одного года. Все иные уголовно наказуемые, противоправные деяния, за совершение которых законом предусмотрено минимальное наказание в виде лишения свободы на срок от одного года и выше, — преступления.

Данная классификация уголовно наказуемых, противоправных деяний имеет как уголовно-правовое, так и уголовно-процессуальное значение. Согласно § 23 УК ФРГ покушение на совершение преступления наказуемо всегда, а на совершение уголовного проступка только тогда, когда это специально установлено законом. Кроме того, в § 30 УК ФРГ закреплено, что покушение на соучастие в противоправном деянии (в особенности покушение на подстрекательство и сговор) наказуемо только в случае, когда противоправное деяние является преступлением в смысле § 12 УК ФРГ<sup>11</sup>.

В уголовно-процессуальном смысле деление на преступления и уголовные проступки также значимо, поскольку только в отношении уголовных проступков в УПК ФРГ установлена возможность прекращения уголовного дела или преследования по мотивам целесообразности при возложении на обвиняемого встречных обязанностей и предписаний в соответствии с § 153а УПК ФРГ.

Типичная сфера применения § 153а УПК ФРГ — мелкая преступность, поэтому размеры денежных сумм незначительные. Применение § 153а УПК ФРГ по отношению к более тяжким уголовно наказуемым деяниям рассматривает-

<sup>8</sup> URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/jgg/BJNR007510953.html> (на момент обращения 28.02.2022).

<sup>9</sup> Головенков П. В., Спица Н. Уголовно-процессуальный кодекс ФРГ : научно-практический комментарий и перевод текста закона. Потсдам, 2012. С. 38.

<sup>10</sup> Головенков П. В. Уголовное уложение Федеративной Республики Германия : научно-практический комментарий и перевод текста закона. Потсдам, 2021. С. 41–42.

<sup>11</sup> Головенков П. В. Указ. соч. С. 46–47.



ся как возможность урегулирования конфликта в смысле выработки индивидуального «соглашения» между обвиняемым и потерпевшим, предусматривающим возмещение в достаточно крупных материальных (денежных) суммах. На это указывают эмпирические данные, особенно в сфере экономической преступности, когда нормативный признак по устранению публичного интереса частично совмещается с «процессуальной сложностью»<sup>12</sup>.

Согласно § 153а УПК ФРГ с согласия обвиняемого и суда, к подсудности которого относится открытие основного судебного разбирательства, прокуратура вправе по делам об уголовных проступках временно отказаться от предъявления публичного обвинения (т.е. фактически речь идет о приостановлении уголовного преследования) с одновременным возложением на обвиняемого обязанностей и предписаний, если их выполнение позволяет устранить публичный интерес в осуществлении уголовного преследования и тяжесть вины этому не противоречит. В качестве наиболее распространенных обязанностей и предписаний в § 153а УПК ФРГ предусмотрены следующие:

- 1) обязанность выполнить определенную работу с целью возмещения вреда, причиненного уголовно наказуемым деянием;
- 2) обязанность внести денежную сумму в пользу общественно полезного учреждения или государственной казны;
- 3) обязанность выполнить другую общественно полезную работу;
- 4) обязанность содержания путем выплаты определенной денежной суммы;
- 5) приложить серьезные усилия для компенсации потерпевшему и возместить последствия совершенного деяния полностью или их большую часть либо серьезно стремиться к их возмещению;
- 6) принять участие в социальном тренинговом курсе;
- 7) принять участие в семинаре, посвященном правилам дорожного движения в соответ-

ствии с предложением 2 абз. 2 § 2b, или в семинаре по подготовке водителей в соответствии с § 4а Закона о дорожном движении.

Однако германский законодатель не ограничивает правоприменителя предусмотренными в § 153а УПК ФРГ обязанностями и предписаниями, а предоставляет ему право при решении вопроса об отказе от уголовного преследования возложить на обвиняемого или подсудимого, исходя из конкретных обстоятельств дела, личности обвиняемого, иные обязанности и предписания, не закрепленные в § 153а УПК ФРГ.

Согласно данным Федерального ведомства статистики в Германии с 2016 по 2020 г. абсолютным и бесспорным лидером среди обязанностей и предписаний, возлагаемых прокуратурой на досудебной стадии на обвиняемого, является обязанность внести денежную сумму в пользу общественно полезного учреждения или в государственную казну, при выполнении которой прокуратура прекращает уголовные дела (преследования) по § 153а УПК ФРГ. За рассматриваемый пятилетний период в 81,8 до 85 % случаев (в зависимости от года) прокуратура прекращает производство по уголовному делу с возложением на обвиняемого обязанности внести денежную сумму в пользу общественно полезного учреждения или в госказну. При этом с каждым годом увеличивается количество случаев прекращения уголовного преследования (дела) с возложением на обвиняемого указанной выше обязанности<sup>13</sup>.

Выбор правоприменителями данной обязанности многократно превышает использование на практике иных обязанностей, предписаний.

Второе место занимает компенсация причиненного потерпевшему вреда (от 5,3 до 6,7 % случаев в зависимости от года с 2016 по 2020 г.); третье место — выполнение работы с целью возмещения вреда, причиненного уголовно наказуемым деянием (от 3,9 до 4,5 % случаев с 2016 по 2020 г.), четвертое место

<sup>12</sup> Kaspar J., Weiler E., Schlickum G. *Der Täter-Opfer-Ausgleich*. München, 2014. S. 63–64.

<sup>13</sup> Так, прокуратурой на досудебной стадии было прекращено уголовных дел с возложением на обвиняемого обязанностей, предписаний по § 153а УПК ФРГ в 2016 г. — 174 143; 2017 г. — 169 801; 2018 г. — 167 775; 2019 г. — 167 561 и в 2020 г. — 161 621. Из них с возложением обязанности внести денежную сумму в общественно полезное учреждение и госказну было прекращено уголовных дел в 2016 г. — 142 602, что составляет 81,8 %; 2017 г. — 140 369 (82,6 %); 2018 г. — 140 035 (83,4 %); 2019 г. — 141 598 (84,5 %) и в 2020 г. — 137 639 уголовных дел (85 %). См.: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.6, 2016–2020, 26ff. URL: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/staatsanwaltschaften-2100260207004.html> (дата обращения: 11.04.2022).

по частоте использования на практике с 2016 по 2020 г. делят возложение на обвиняемого иных обязанностей и предписаний, не предусмотренных в § 153а УПК ФРГ (от 1,4 до 1,7 % случаев с 2016 по 2020 г., процент которых с каждым годом увеличивается постепенно), и обязанность выполнения общественно полезной работы (от 1,2 до 2,3 % случаев с 2016 по 2020 г., при этом с каждым годом количество случаев прекращения уголовного преследования с возложением данной обязанности неукоснительно уменьшается)<sup>14</sup>.

Отказ от уголовного преследования с возложением обязанностей, предписаний в соответствии с § 153а УПК ФРГ включает в себя два этапа.

Первый этап — временный отказ прокуратуры от предъявления публичного обвинения с одновременным возложением на обвиняемого определенных обязанностей, предписаний при обязательном согласии обвиняемого и суда, к подсудности которого относится открытие судебного разбирательства по делам об уголовных проступках. Временный отказ возможен только при соблюдении условий, предусмотренных в § 153а УПК ФРГ: если выполнение возложенной обязанности, предписания позволяет устранить публичный интерес в осуществлении уголовного преследования и временный отказ не противоречит тяжести вины обвиняемого. Для выполнения возложенных на обвиняемого обязанностей, предписаний в § 153а УПК ФРГ предусмотрены максимальные сроки. Срок, который в случаях, предусмотренных № 1–3 (возмещение вреда, внесение денежной суммы в пользу общественно полезного учреждения или госказны, выполнение общественно полезной работы), № 5 (компен-

сация причиненного потерпевшему вреда) и № 7 (участие в семинаре в сфере безопасности дорожного движения), не может превышать шести месяцев, а в случаях, указанных в № 4 (обязанность содержания путем выплаты денежной суммы) и № 6 (участие в социальном тренинг-курсе), не может превышать одного года.

Прокуратура вправе отменить выполнение обязанностей и предписаний и один раз продлить их сроком на три месяца. Однако конкретный срок, в течение которого необходимо исполнить возложенную на обвиняемого обязанность, устанавливает прокуратура.

С согласия обвиняемого прокуратура вправе изменить возложенные на него обязанности и предписания. В отношении не предусмотренных в § 153а УПК ФРГ обязанностей, предписаний закон также не устанавливает максимальные сроки для их выполнения. Контроль за выполнением возложенной на обвиняемого обязанности, предписания возлагается на орган, осуществляющий уголовное преследование; при этом у него отсутствует обязанность убеждать обвиняемого своевременно и в полном объеме исполнять возложенную на него обязанность, например вовремя произвести оплату. Подтвердить информацию об исполнении возложенной обязанности или предписания могут соответствующие общественные организации, в отношении которых была исполнена обязанность<sup>15</sup>.

Второй этап — окончательное прекращение уголовного преследования прокуратурой в случае выполнения обвиняемым возложенных на него обязанностей и предписаний; совершенное им деяние не подлежит уголовному преследованию. Если же обвиняемый не выполнил

<sup>14</sup> Прокуратурой на досудебной стадии было прекращено следующее количество уголовных дел по § 153а УПК ФРГ с возложением на обвиняемого обязанности компенсировать потерпевшему причиненный вред: в 2016 г. — 11 815, что составляет 6,7 %; 2017 г. — 11 213 (6,6 %); 2018 г. — 10 542 (6,2 %); 2019 г. — 9 734 (5,8 %) и в 2020 г. — 8 586 (5,3 %). С возложением обязанности выполнения работ по возмещению причиненного уголовно наказуемым деянием вреда было прекращено прокуратурой на стадии дознания следующее количество уголовных дел: в 2016 г. — 7 802 (4,5 %); 2017 г. — 7 166 (4,2 %); 2018 г. — 6 839 (4 %); 2019 г. — 6 529 (3,9 %) и в 2020 г. — 6 519 уголовных дел (4 %). С возложением на обвиняемого прокуратурой на стадии дознания иных обязанностей, предписаний, не предусмотренных в § 153а УПК ФРГ, было прекращено следующее количество уголовных дел по § 153а УПК ФРГ: в 2016 г. — 2 530 (1,5 %); 2017 г. — 2 453 (1,4 %); 2018 г. — 2 594 (1,5 %); 2019 г. — 2 631 (1,6 %) и в 2020 г. — 2 798 уголовных дел (1,7 %). При этом с возложением обязанности выполнить общественно полезную работу прокуратурой было прекращено следующее количество уголовных дел: в 2016 г. — 3 965 (2,3 %); 2017 г. — 3 581 (2,1 %); 2018 г. — 3 036 (1,9 %); 2019 г. — 2 485 (1,5 %) и в 2020 г. — 1 942 уголовных дела (1,2 %). См.: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.6, 2016–2020, 26ff.

<sup>15</sup> Löwe-Rosenberg Großkommentar. S. 175.

возложенную на него обязанность или предписание либо отказался от выполнения, то расследование проводится в общем порядке. Кроме того, усилия, приложенные обвиняемым для выполнения обязанности или предписания, не возмещаются.

Отказаться от уголовного преследования с возложением обязанностей, предписаний в соответствии с § 153а УПК ФРГ в случае предъявления публичного обвинения вправе также суд с согласия прокуратуры и подсудимого при соблюдении вышеобозначенных этапов: сначала временно прекращают уголовное дело (преследование) с одновременным возложением на подсудимого соответствующих обязанностей, предписаний. В случае их своевременного и добровольного исполнения суд отказывается от уголовного преследования окончательно. Однако, как следует из данных Федерального ведомства статистики в Германии, суд примерно в три раза реже, чем прокуратура на досудебной стадии, прекращает уголовные дела по § 153а УПК ФРГ<sup>16</sup>.

Таким образом, возможность прекращения уголовного преследования с возложением на обвиняемого обязанностей, предписаний в соответствии с § 153а УПК ФРГ предусмотрена только в отношении лица, обвиняемого в совершении уголовно наказуемого проступка, установить который необходимо на момент прекращения. При этом каких-либо исключений из проступков германский законодатель не предусматривает. Наличие подозрения, подтверждающегося соответствующими фактами и доказательствами, что лицо совершило не проступок, а преступление в соответствии с § 12 УК ФРГ, исключает возможность прекращения уголовного преследования на основании § 153а УПК ФРГ. Других ограничений, исключающих прекращение уголовного преследования в соответствии с § 153а УПК ФРГ, например в силу малозначительности деяния или при соверше-

нии бытовых правонарушений, в УПК ФРГ не предусмотрено<sup>17</sup>.

Сфера применения § 153а УПК ФРГ разнообразна. В связи с этим предлагаем рассмотреть некоторые наиболее важные с практической точки зрения аспекты прекращения уголовного преследования с возложением на обвиняемого обязанностей и предписаний.

### III. Частное обвинение

По общему правилу § 153а УПК ФРГ не применим к судопроизводству по делам частного обвинения. Вместе с тем прекращение уголовного преследования в отношении уголовного дела частного обвинения на основании § 153а УПК ФРГ возможно только при условии, что прокуратура признает наличие публичного интереса в осуществлении уголовного преследования, выполняя тем самым требование, предусмотренное в § 376 УПК ФРГ. С позиции уголовной политики применение § 153а УПК ФРГ к делу частного обвинения вместо направления его на рассмотрение в порядке, предусмотренном для уголовных дел частного обвинения, целесообразно, если, с одной стороны, поведение обвиняемого показывает определенную необходимую реакцию, а с другой стороны — допустимая только в производстве по делам частного обвинения уголовно-правовая санкция представляется неподходящей, неуместной<sup>18</sup>. В отличие от нормы, предусмотренной в § 153 УПК ФРГ (отказ от уголовного преследования в связи с незначительностью), в § 153а УПК ФРГ существующий публичный интерес в осуществлении уголовного преследования устраняется посредством добровольного выполнения обвиняемым возлагаемых на него обязанностей и предписаний. При одновременном совершении уголовно наказуемых деяний, преследуемых в частном и публичном порядке, возможность

<sup>16</sup> Так, прокуратура на досудебной стадии с возложением на обвиняемого обязанностей или предписаний прекратила в 2016 г. 174 143 уголовных дела, в 2017 г. — 169 801; 2018 г. — 167 775; 2019 г. — 167 561 и в 2020 г. — 161 621 уголовное дело. Суд по рассматриваемой норме (§ 153а УПК ФРГ) в 2016 г. прекратил 51 100 уголовных дел, в 2017 г. — 50 650; 2018 г. — 50 258; 2019 г. — 51 815; в 2020 г. — 47 812 уголовных дел. См.: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.6, 2016–2020, 26ff; Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.3, 2016–2020, 28ff. URL: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publikationen/Downloads-Gerichte/strafgerichte-2100230207004.html> (дата обращения: 11.04.2022).

<sup>17</sup> Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung: SK-StPO mit GVG und EMRK / Hrsg. J. Wolter. Band III. 5. Auflage. 2016. S. 399.

<sup>18</sup> Löwe-Rosenberg Großkommentar. S. 142.

прекращения уголовного преследования в соответствии с § 153а УПК ФРГ распространяется также и на уголовное дело частного обвинения<sup>19</sup>. Выполнение обвиняемым возложенных на него обязанностей или предписаний, например по компенсации причиненного потерпевшему вреда (предл. 5 абз. 1 § 153а УПК ФРГ), исключает подачу жалобы потерпевшего по делу частного обвинения.

В ситуации, когда дело частного обвинения уже находится на рассмотрении в суде, возможно прекратить производство без возложения на подсудимого обязанностей или предписаний на основании абз. 2 § 383 УПК ФРГ, предусматривающего возможность прекращения судом производства при незначительной вине подсудимого<sup>20</sup>. Согласно действующему законодательству прекращение производства в соответствии с абз. 2 § 383 УПК ФРГ не может быть связано с выполнением определенных обязанностей и предписаний. Однако если прокуратура в соответствии с абз. 2 § 377 УПК ФРГ принимает производство по уголовному делу частного обвинения, что возможно на любой стадии вплоть до вступления приговора в законную силу, то тогда считается, что уголовное преследование осуществляется уже в публичном порядке, и положение, предусмотренное в абз. 2 § 383 УПК ФРГ, не применяется<sup>21</sup>.

#### **IV. Производство по уголовным делам в отношении несовершеннолетних и лиц в возрасте от 18 лет до 21 года**

Дискуссионным в германской науке является вопрос: чем руководствоваться при производстве по уголовным делам в отношении несовершеннолетних и лиц в возрасте от 18 лет до 21 года, прекращая уголовное дело (преследование) с возложением на обвиняемого определенных обязанностей или предписаний: § 153а УПК ФРГ или Законом об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних.

К лицам в возрасте от 18 лет до 21 года, которые подпадают под сферу действия уголовного права для совершеннолетних, § 153а УПК ФРГ применяется без ограничений. Но с учетом положений, предусмотренных в абз. 2 и 3 § 45,

№ 2 и 3 предл. 1 абз. 1 § 47 Закона об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних, вопрос о применении права по делам несовершеннолетних (абз. 2 § 109 Закона об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних) не только к несовершеннолетним, но и к лицам в возрасте от 18 лет до 21 года является неоднозначным. Это имеет значение, поскольку, как правило, сопоставимы обстоятельства совершаемых деяний, но существенно различаются основания и правовые последствия. Например, в отличие от § 153а УПК ФРГ, для прекращения преследования в соответствии с абз. 3 § 45 Закона об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних всегда требуется признание обвиняемым своей вины. Наиболее существенные различия заключаются в фиксации факта прекращения уголовного преследования (дела). В отличие от § 153а УПК ФРГ, факт прекращения производства в соответствии с § 45, 47 Закона об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних в обязательном порядке вносится в соответствующий реестр судебной статистики согласно № 7 абз. 1 § 60 Федерального закона об учреждении центрального реестра судебной статистики. С учетом этого некоторые германские ученые высказываются за приоритет § 153 и 153а УПК ФРГ, чтобы несовершеннолетние и лица в возрасте от 18 лет до 21 года не оказались бы в невыгодном положении в сравнении со взрослым обвиняемым.

Другая позиция заключается в приоритетном использовании § 45, 47 Закона об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних, не исключая при этом возможность применения § 153а УПК ФРГ, когда невозможно прекратить уголовное дело (преследование) на основании положений Закона об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних<sup>22</sup>.

Однако правильным, по нашему мнению, подходом является использование специальных норм, содержащихся в § 45, 47 Закона об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних, адаптированных и учитывающих потребности и интересы молодых правонарушителей в части прекращения уголовного преследования (дела). Данный подход соответствует воле законодателя, поскольку определенные предписания в смысле § 10 Закона об отправле-

<sup>19</sup> Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung: SK-StPO mit GVG und EMRK. S. 400.

<sup>20</sup> *Beulke W., Swoboda S.* Strafprozessrecht. 15. Auflage. 2020. § 153a Rn. 18.

<sup>21</sup> Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung: SK-StPO mit GVG und EMRK. S. 400.

<sup>22</sup> Löwe-Rosenberg Großkommentar. S. 144.



нии правосудия по делам несовершеннолетних возможно назначить только с согласия суда в соответствии с § 45, 47 Закона об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних, например компенсация причиненного потерпевшему вреда (№ 7 предл. 3 абз. 1 § 10 Закона об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних), в отличие от аналогичной обязанности, предусмотренной в предл. 5 абз. 1 § 153а УПК ФРГ, для которой не требуется согласие суда. Непосредственно предусмотренная в абз. 1 § 45 Закона об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних ссылка на § 153 УПК ФРГ свидетельствует о том, что положения § 153 и 153а УПК ФРГ к несовершеннолетним и лицам в возрасте от 18 лет до 21 года применяются только тогда, когда соответствующая возможность предусмотрена в Законе об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних. Кроме того, не существует такого принципа, в соответствии с которым несовершеннолетний и лицо в возрасте от 18 лет до 21 года не должны находиться в худшем положении, чем взрослый обвиняемый, находящийся в сопоставимом положении, поскольку в отдельных случаях с целью реализации воспитательной концепции Закона об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних может быть более жесткая реакция государства по отношению к подрастающему поколению, чем ко взрослым правонарушителям<sup>23</sup>.

Интересна и показательна официальная статистика в Германии. В абсолютном большинстве случаев (примерно в 50 раз чаще) уголовные дела в отношении несовершеннолетних и лиц в возрасте от 18 лет до 21 года на досудебной

стадии были прекращены прокуратурой по § 153а УПК ФРГ, а не в соответствии с Законом об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних<sup>24</sup>. При этом абсолютное большинство уголовных дел (преследований) по § 153а УПК ФРГ (примерно в три раза больше, чем в суде) прекращается именно прокуратурой на досудебной стадии.

В отличие от прокуратуры, суд в Германии значительно чаще прекращает уголовные дела в отношении несовершеннолетних и лиц в возрасте от 18 лет до 21 года. Кроме того, большинство уголовных дел по данной категории прекращается именно в судебной стадии судом по нормам специального отраслевого Закона, а не § 153а УПК ФРГ<sup>25</sup>. Полагаем, что это обусловлено тем, что Закон об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних содержит большие гарантии для несовершеннолетних и лиц в возрасте от 18 лет до 21 года, чем § 153а УПК ФРГ. Так, любые обязанности и предписания по отраслевому, специальному закону возможно назначить на данные категории лиц только с согласия суда.

#### **V. Уголовно наказуемые деяния, связанные с незаконным оборотом наркотических средств**

Федеральный закон о наркотических веществах от 28.07.1981 в редакции Закона от 01.03.1994 с учетом последних изменений от 08.11.2021<sup>26</sup> (далее — Закон о наркотических веществах) с концепцией «терапия вместо уголовного наказания» применительно к деяниям, совершенным лицами, страдающими наркотической зависи-

<sup>23</sup> *Beulke W., Swoboda S.* Op. cit.

<sup>24</sup> Согласно данным Федерального ведомства статистики в Германии, прокуратура на досудебной стадии с возложением на обвиняемого обязанностей или предписаний прекратила в 2016 г. — 174 143 уголовных дела; в 2017 г. — 169 801; 2018 г. — 167 775; 2019 г. — 167 561 и в 2020 г. — 161 621. В абсолютном большинстве случаев уголовные дела были прекращены именно по § 153а УПК ФРГ, а не в соответствии с различными отраслевыми законами. Так, за данный временной промежуток из указанного выше общего количества прекращенных уголовных дел с возложением на обвиняемого обязанностей или предписаний прокуратурой на досудебной стадии согласно абз. 3 § 45 Закона об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних, было прекращено в 2016 г. — 4 206 уголовных дел; в 2017 г. — 3 817; 2018 г. — 3 620; 2019 г. — 3 778 и в 2020 г. — 3 297. См.: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.6, 2016–2020, 26ff.

<sup>25</sup> Как следует из статистических данных Федерального ведомства статистики в Германии, суд в судебной стадии по § 153а УПК ФРГ в 2016 г. прекратил 51 100 уголовных дел; в 2017 г. — 50 650; 2018 г. — 50 258; 2019 г. — 51 815, в 2020 г. — 47 812 уголовных дел. За рассматриваемый пятилетний период суд в судебной стадии в Германии в соответствии с § 47 Закона об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних в 2016 г. прекратил 33 795 уголовных дел, в 2017 г. — 35 020; 2018 г. — 35 243; 2019 г. — 35 631, в 2020 г. — 33 181. См.: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.3, 2016–2020, 28ff.

<sup>26</sup> URL: [https://www.gesetze-im-internet.de/btmg\\_1981/BJNR106810981.html](https://www.gesetze-im-internet.de/btmg_1981/BJNR106810981.html) (дата обращения: 11.04.2022).

мостью, преследует особую цель уголовной политики. Не только в отношении противоправных деяний, предусмотренных Законом о наркотических веществах, но и в отношении иных деяний, совершенных лицами, страдающими наркотической зависимостью; например, в отношении насильственных, агрессивных уголовно наказуемых деяний, совершенных в состоянии наркотического опьянения, § 37 Закона о наркотических веществах предусматривает возможность прекращения производства прокуратурой (абз. 1 данного параграфа) и судом (абз. 2 рассматриваемого параграфа) при наличии совсем других оснований (лечение должно быть уже начато и ожидается ресоциализация лица), чем закрепленные в § 153а УПК ФРГ<sup>27</sup>.

Положения § 37 Закона о наркотических веществах предоставляют большие возможности прекращения производства, чем § 153а УПК ФРГ, поскольку не содержат ограничения, связанные с проступками. С другой стороны, требования § 37 Закона о наркотических веществах более строгие, поскольку должно быть уже начато терапевтическое лечение при обязательном согласии суда. Тем не менее отсутствует какая-либо видимая причина, в соответствии с которой законодатель вообще должен был бы исключить прекращение производства по общим правилам. В связи с этим § 153а УПК ФРГ применим в ситуации невозможности предъявить публичное обвинение или прекращения производства по делу при отсутствии согласия суда в соответствии с § 37 Закона о наркотических веществах. При соблюдении условий, предусмотренных в § 153а УПК ФРГ, уголовное дело (преследование) прекращается на основании § 153а УПК ФРГ независимо от того, совершено ли деяние лицом, страдающим наркотической зависимостью, и есть ли основания для прекращения производства в соответствии с § 37 Закона о наркотических веществах.

Вместе с тем в случае невыполнения требований § 153а УПК ФРГ, если речь идет не о проступке, а о преступлении, применяется § 37 Закона о наркотических веществах с возможным назначением наказания до двух лет; в случае невозможности устранения публичного инте-

реса посредством лечения лица, совершившего деяние, уголовное дело (преследование) может быть прекращено на основании § 37 Закона о наркотических веществах при соблюдении условий, например при наличии прогноза по ресоциализации лица<sup>28</sup>.

Даже в смежной сфере § 37 Закона о наркотических веществах не имеет приоритета, поскольку сам факт совершения деяния в результате пристрастия к наркотикам не может исключить возможности компенсации публичного интереса в осуществлении уголовного преследования посредством добровольного выполнения конкретных обязанностей или предписаний<sup>29</sup>. Следовательно, всё зависит от того, какая норма, по мнению прокурора или суда, лучше подходит для применения в конкретной ситуации: возможность наблюдения за продолжением терапии, особенно в случае длительной терапии сроком до двух лет (предл. 5 абз. 1 § 37 Закона о наркотических веществах), может свидетельствовать в пользу применения § 37 Закона о наркотических веществах, в то время как разнообразный выбор возлагаемых на обвиняемого обязанностей или предписаний и возможность их комбинирования с обязанностью пройти лечение от наркозависимости говорит в пользу § 153а УПК ФРГ<sup>30</sup>.

Вместе с тем любая из приведенных нами норм имеет недостатки. Так, даже при прохождении обвиняемым курса лечения в соответствии с § 153а УПК ФРГ, но с возникновением новых обстоятельств дела, свидетельствующих о более суровом виде и размере наказания, т.е. когда деяние классифицируется не как проступок, а уже как преступление, производство по уголовному делу продолжается (предл. 5 абз. 1 § 153а УПК ФРГ).

Таким образом, правоприменитель в каждом конкретном случае должен решить вопрос: позволяет ли § 153а УПК ФРГ, предусматривающий большую вариативность, достичь «лечения вместо наказания», что провозглашает § 37 Закона о наркотических веществах. Возможность возобновления процесса во многом зависит от того, по какой норме (§ 37 Закона о наркотических веществах или § 153а УПК ФРГ) он был приостановлен<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung: SK-StPO mit GVG und EMRK. S. 400.

<sup>28</sup> Löwe-Rosenberg Großkommentar. S. 144.

<sup>29</sup> Beulke W., Swoboda S. Op. cit.

<sup>30</sup> Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung: SK-StPO mit GVG und EMRK. S. 400.

<sup>31</sup> Löwe-Rosenberg Großkommentar. S. 145.

Как показывают данные официальной статистики в Германии, на практике значительно чаще ко взрослым обвиняемым применяется § 153а УПК ФРГ, а не § 37 Закона о наркотических веществах. Так, с 2016 по 2020 г. прокуратура на досудебной стадии в соответствии с Законом о наркотических веществах прекращала только от 15 до 18 уголовных дел ежегодно<sup>32</sup>. Возможно, это обусловлено тем, что прекращение уголовного преследования (дела) в соответствии с § 153а УПК ФРГ не зависит от того, проходит ли уже обвиняемый курс лечения от наркотической зависимости. Однако § 37 Закона о наркотических веществах имеет важное практическое значение применительно к несовершеннолетним и лицам в возрасте от 18 до 21 года, поскольку в отношении них прекратить уголовное дело (преследование) возможно на основании § 37 Закона о наркотических веществах в силу прямого указания в абз. 2 § 38 данного Закона, а не § 153а УПК ФРГ. Кроме того, положения § 37 Закона о наркотических веществах применимы при совершении преступлений, за совершение которых предполагается наказание составляет от одного до двух лет лишения свободы, а также в случае проведения длительного лечения сроком до двух лет<sup>33</sup>.

## VI. Производство в соответствии с профессиональным правом и судом чести

Является спорным применение § 153а УПК ФРГ по аналогии в дисциплинарном производстве, в том числе в соответствии с законодательством о государственной и муниципальной службе и иным профессиональным правом. Согласно одной позиции, дифференцированные каталоги санкций в соответствующих областях права, регулирующие отношения в определенных профессиях, дисциплинарное производство, сопо-

ставимы с возможностями, предоставляемыми при применении § 153а УПК ФРГ, следовательно, отсутствует необходимость в дополнительном применении § 153а УПК ФРГ в рассматриваемых сферах<sup>34</sup>.

Однако такой аргумент, что из-за дифференцированного каталога санкций в соответствующих областях права отсутствует потребность в разбирательстве в соответствии с § 153а УПК ФРГ, игнорирует тенденцию к неформальному и консенсуальному урегулированию спора во всех процедурах. Таким образом, отсутствуют серьезные возражения против применения соответствующего положения. Поэтому в соответствии с другой позицией применение § 153а УПК ФРГ на практике в данных областях возможно только ограниченно<sup>35</sup>.

## Выводы

1. Несмотря на то, что российский и германский уголовные процессы построены на принципе легальности или законности, т.е. обязанности возбуждать и осуществлять уголовное преследование уполномоченными должностными лицами вне зависимости от каких бы то ни было иных соображений (ч. 2 ст. 21 УПК РФ; § 152(2) и 170(1) УПК ФРГ), на практике в последнее время в обоих процессах начало целесообразности теснит начало легальности или законности. Как российский, так и германский законодатели находятся в поиске альтернативных процедур разрешения уголовно-правового конфликта, помимо традиционного способа через процессуальное принуждение или угрозу его применения.

2. Альтернативные способы урегулирования уголовно-правового конфликта содействуют достижению целей уголовной политики: гуманизации уголовного законодательства, снижению количества осужденных, процессуальной

<sup>32</sup> Согласно данным Федерального ведомства статистики в Германии, прокуратура на досудебной стадии с возложением на обвиняемого обязанностей или предписаний прекратила в 2016 г. 174 143 уголовных дела, в 2017 г. — 169 801; 2018 г. — 167 775; 2019 г. — 167 561 и в 2020 г. — 161 621 уголовное дело. В абсолютном большинстве случаев уголовные дела были прекращены именно по § 153а УПК ФРГ. За данный временной промежуток из указанного выше общего количества прекращенных уголовных дел с возложением на обвиняемого обязанностей или предписаний прокуратурой на досудебной стадии в соответствии с абз. 1 § 37 или абз. 2 § 38 Закона о наркотических веществах было прекращено в 2016 г. — 15 уголовных дел; в 2017 г. — 17; 2018 г. — 27; 2019 г. — 26 и в 2020 г. — 18 уголовных дел. См.: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.6, 2016–2020, 26ff.

<sup>33</sup> Löwe-Rosenberg Großkommentar. S. 145.

<sup>34</sup> Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung: SK-StPO mit GVG und EMRK. S. 401.

<sup>35</sup> Löwe-Rosenberg Großkommentar. S. 146.

экономии, когда правоохранительные органы и суд освобождают свои силы, энергию, время для расследования в общем порядке тяжких и особо тяжких преступлений, многоэпизодных, сложных в расследовании уголовно наказуемых деяний (например, коррупционных) за счет возможности прекратить производство по уголовным делам, не имеющим высокую степень общественной опасности.

3. Одними из таких альтернатив являются в германском уголовном процессе возможность прекращения (отказа от) уголовного преследования с возложением на обвиняемого обязанностей, предписаний (§ 153а УПК ФРГ), а в российском — разнообразные нереабилитирующие основания прекращения уголовного дела (преследования), а применительно к несовершеннолетним — прекращение уголовного преследования в связи с применением принудительных мер воспитательного воздействия.

4. В отличие от России, в Германии нормы, предусматривающие возможность прекращения уголовного преследования с возложением на обвиняемого обязанностей, предписаний, содержатся не только в УПК ФРГ, но и в различных отраслевых законах, например в Законе о наркотических веществах, Законе об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних. Подобное правовое регулирование, в отличие от российского, порождает проблемы, когда необходимо каждый раз обосновать, почему прекращается уголовное преследование/дело с возложением на обвиняемого обязанностей, предписаний в соответствии с § 153а УПК ФРГ либо согласно нормам специального, отраслевого законодательства.

Большинство уголовных дел (преследований) по § 153а УПК ФРГ прекращается на досудебной стадии прокуратурой: примерно в три раза больше, чем в суде. Так, согласно данным Федерального ведомства статистики в Германии с 2016 по 2020 г., прокуратура прекращала на досудебной стадии с возложением на обвиняемого обязанностей или предписаний от 161 621 до 174 143 уголовных дел ежегодно<sup>36</sup>. В абсолютном большинстве случаев уголовные дела были прекращены именно по § 153а УПК ФРГ, а не в соответствии с различными отраслевыми законами. Так, за данный временной промежуток из указанного выше общего коли-

чества прекращенных уголовных дел с возложением на обвиняемого обязанностей или предписаний прокуратурой на стадии дознания в соответствии с Законом о наркотических веществах было прекращено от 15 до 18 уголовных дел (в год), а согласно Закону об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних — от 3 297 до 4 206 уголовных дел в год<sup>37</sup>.

Как следует из статистических данных Федерального ведомства статистики в Германии, суд в судебной стадии в соответствии с § 153а УПК ФРГ с 2016 по 2020 г. прекращал от 47 812 до 51 100 уголовных дел ежегодно. За рассматриваемый пятилетний период суд, согласно Закону о наркотических веществах, прекратил от 58 до 71 уголовного дела. При этом в отличие от прокуратуры, суд в Германии значительно чаще прекращает уголовные дела в соответствии с Законом об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних: с 2016 по 2020 г. суд прекращал от 33 181 до 35 631 уголовных дел ежегодно<sup>38</sup>.

Приведенные статистические данные в Германии свидетельствуют об использовании на практике различных уголовно-процессуальных норм, позволяющих иным образом, чем рассмотрение уголовного дела в общем порядке, посредством прекращения уголовного преследования/дел, разрешить уголовно-правовой конфликт.

5. Анализ данных Федерального ведомства статистики в Германии за пятилетний период с 2016 по 2020 г. показывает, что в 81,8 до 85 % случаев в зависимости от года прокуратура прекращает производство по уголовному делу по § 153 УПК ФРГ с возложением на обвиняемого обязанности внести денежную сумму в пользу общественно полезного учреждения или в госказну. Другие обязанности, предписания, возлагаемые на обвиняемого с целью прекращения уголовного преследования (дела), используются на практике не так часто. Так, за указанный период прокуратура прекратила уголовные дела только в 5,3 до 6,7 % случаев в зависимости от года с возложением на обвиняемого обязанности компенсировать причиненный потерпевшему вред; в 3,9 до 4,5 % случаев — выполнить работу с целью возмещения вреда, причиненного уголовно наказуемым деянием; в 1,2 до 2,3 % случаев — выполнить

<sup>36</sup> Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.6, 2016–2020, 26ff.

<sup>37</sup> Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.6, 2016–2020, 26ff.

<sup>38</sup> Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 2.3, 2016–2020, 28ff.



общественно полезную работу; в 1,4 до 1,7 % случаев — иные обязанности и предписания, не предусмотренные в § 153 УПК ФРГ.

Таким образом, несмотря на большой выбор обязанностей, предписаний, предусмотренных в § 153а УПК ФРГ, и сформированную устойчивую практику их применения (с 1 января 1975 г.), следует констатировать, что германский правоприменитель использует, как правило, немногие обязанности, возлагаемые на обвиняемого, выполнение которых позволяет прекратить уголовное дело (преследование). Однако наличие большого выбора потенциально возможных обязанностей, предписаний, предусмотренных в германских законах, свидетельствует об индивидуализированном подходе германского законодателя к участникам уголовно-правового конфликта в рамках уголовного процесса: позволяет правоприменителю с учетом конкретных обстоятельств дела, личностей обвиняемого, потерпевшего индивидуально подходить в

каждом конкретном случае к возможности разрешения уголовно-правового конфликта через прекращение уголовного дела (преследования).

Учитывая тенденцию российского законодателя по расширению сферы действия нереабилитирующих оснований прекращения уголовного дела (преследования) и прекращения уголовного преследования в отношении несовершеннолетнего лица в связи с применением принудительных мер воспитательного воздействия, опыт германского законодателя и правоприменительная практика по прекращению уголовного преследования с возложением на обвиняемого обязанностей, предписаний представляются интересными и познавательными в части гармоничного внедрения в российский уголовный процесс некоторых элементов восстановительной юстиции применительно к альтернативным способам разрешения уголовно-правового конфликта помимо постановления приговора суда.

#### БИБЛИОГРАФИЯ

1. Головненков П. В., Спица Н. Уголовно-процессуальный кодекс ФРГ : научно-практический комментарий и перевод текста закона. — Потсдам, 2012. — 408 с.
2. Головненков П. В. Уголовное уложение Федеративной Республики Германия : научно-практический комментарий и перевод текста закона. — Потсдам, 2021. — 494 с.
3. Курс уголовного процесса / под ред. Л. В. Головки. — М. : Статут, 2017. — 1280 с.
4. Beulke W., Swoboda S. Strafprozessrecht. — 15. Auflage. — 2020. — 497 S.
5. Kaspar J., Weiler E., Schlickum G. Der Täter-Opfer-Ausgleich. — München, 2014. — 145 S.
6. Löwe-Rosenberg Großkommentar. Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz / Hrsg. J-P. Becker, V. Erb, R. Essser, K. Graalman-Scheerer, H. Hilger, A. Ignor. — Band 5. — 27. Auflage. — Berlin, 2020. — 418 S.
7. Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung: SK-StPO mit GVG und EMRK / Hrsg J. Wolter. — Band III. — 5. Auflage. — 2016. — 900 S.

*Материал поступил в редакцию 25 апреля 2022 г.*

#### REFERENCES

1. Golovnenkov PV, Spitsa N. Ugolovno-protsessualyy kodeks FRG: nauchno-prakticheskiy kommentariy i perevod teksta zakona [Criminal Procedure Code of the Federal Republic of Germany: Scientific and practical commentary and translation of the law]. Potsdam; 2012. (In Russ.).
2. Golovenkov PV. Ugolovnoe ulozhenie Federativnoy Respubliki Germaniya: nauchno-prakticheskiy kommentariy i perevod teksta zakona [Criminal Code of the Federal Republic of Germany: Scientific and practical commentary and translation of the law]. Potsdam; 2021. (In Russ.).
3. Golovko LV, editor. Kurs ugolovnogo protsesssa [The course of the criminal procedure]. Moscow: Statut Publ.; 2017. (In Russ.).
4. Beulke W, Swoboda S. Strafprozessrecht. 15 Auflage. 2020.
5. Kaspar J, Weiler E, Schlickum G. Der Täter-Opfer-Ausgleich. München; 2014.
6. Becker J-P, Erb V, Essser R, Graalman-Scheerer K, Hilger H, Ignor A, editors. Löwe-Rosenberg Großkommentar. Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Band 5. 27 Auflage. Berlin; 2020.
7. Wolter J, editor. Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung: SK-StPO mit GVG und EMRK. Band III. 5 Auflage. 2016.

DOI: 10.17803/1729-5920.2022.187.6.123-137

Н. Ш. Халилов\*

# Кодификация гражданского права в Азербайджане: история, современное состояние и перспективы развития

**Аннотация.** Статья посвящена кодификации гражданского права в Азербайджане за последние 100 лет. В течение XX в. Азербайджан посредством кодификации норм гражданского права три раза принимал гражданские кодексы. Разработка нового гражданского законодательства с нуля после обретения независимости в начале 1990-х гг. была направлена на переход страны от плановой экономики к рыночной. В статье обсуждается ряд насущных проблем гражданского законодательства Азербайджанской Республики и выдвигается несколько предложений по их решению. Оценивая результаты гражданского законодательства Азербайджана, принятого с момента обретения независимости, можно сказать, что, хотя большинство вопросов, связанных с созданием и развитием системы гражданского права, были решены, существует большая потребность в реформировании и изменении гражданского законодательства страны. Концепция развития и реформирования гражданского законодательства в Азербайджане должна быть трансформирована в единую стратегию, направленную на более эффективное регулирование рыночных отношений в стране, чтобы постепенно устранить «переходный» характер рыночных отношений. Автором выдвинуты предложения по оптимизации гражданского законодательства в Азербайджане, направленные на пересмотр определенной части гражданского законодательства, устранение противоречий, перекодификацию старых законов; совершенствование норм по защите прав собственности, здоровой конкуренции, реализации соглашений и антимонопольной деятельности; отражение практики правоприменения и толкования законов и повышение эффективности правоприменительной практики; использование новшеств и успешного опыта гражданских кодексов ряда европейских и азиатских стран в модернизации гражданского законодательства; улучшение юридического языка и законодательной техники; повышение осведомленности судей и адвокатов посредством тренингов; формирование правового сознания граждан через средства массовой информации; публичное обсуждение принятия новых законов и поправок к противоречивым законам, отвечающих современным вызовам, с участием ученых и экспертов в области частного права.

**Ключевые слова:** гражданское право; частное право; кодификация; нормативный правовой акт; гражданский кодекс; пандектная система; правовые реформы.

**Для цитирования:** Халилов Н. Ш. Кодификация гражданского права в Азербайджане: история, современное состояние и перспективы развития // Lex russica. — 2022. — Т. 75. — № 6. — С. 123–137. — DOI: 10.17803/1729-5920.2022.187.6.123-137.

© Халилов Н. Ш., 2022

\* Халилов Натиг Шахин оглы, доктор философии в области права (PhD, Университет Сунь Ятсена (Китайская Народная Республика)), главный советник Аппарата Торгового представителя при Посольстве Азербайджанской Республики в Китайской Народной Республике  
18A10, № 7 Guanghua Road, Hanwei Plaza, Пекин, Китай, CN 10004  
nkhalilov@hotmail.com

## Codification of Civil Law in Azerbaijan: History, Current State and Prospects for Development

**Natig Sh. Khalilov**, Ph.D. (Law), Sun Yat-sen University (People's Republic of China); Chief Adviser to the Office of the Trade Representative at the Embassy of the Republic of Azerbaijan in the People's Republic of China  
18A10, No. 7 Guanghua Road, Hanwei Plaza, Beijing, China, CN 10004  
nkhalilov@hotmail.com

**Abstract.** The paper is devoted to the codification of civil law in Azerbaijan over the past 100 years. During the 20th century, Azerbaijan has adopted civil codes three times by codifying the norms of civil law. The development of new civil legislation from scratch after gaining independence in the early 1990s was aimed at the country's transition from a planned economy to a market economy. The paper discusses a number of pressing problems of the civil legislation of the Republic of Azerbaijan and puts forward several proposals for their solution. Assessing the results of the civil legislation of Azerbaijan adopted since independence, it is possible to say that, although most of the issues related to the creation and development of the civil law system have been resolved, there is a great need to reform and change the civil legislation of the country. The concept of development and reform of civil legislation in Azerbaijan should be transformed into a unified strategy aimed at more effective regulation of market relations in the country in order to gradually eliminate the «transitional» nature of market relations. The author proposes to optimize civil legislation in Azerbaijan. These should aim at revising a certain part of civil legislation, eliminating contradictions, recodifying old laws; improving norms for the protection of property rights, healthy competition, implementation of agreements and antimonopoly activities; reflecting the practice of law enforcement and interpretation of laws and improving the effectiveness of law enforcement practice; using innovations and successful experience of civil codes in a number of European and Asian countries in the modernization of civil legislation; improvement of the legal language and legislative technique; raising awareness of judges and lawyers through trainings; formation of legal consciousness of citizens through the media; public discussion of the adoption of new laws and amendments to controversial laws that meet modern challenges, with the participation of scientists and experts in the field of private law.

**Keywords:** civil law; private law; codification; normative legal act; civil code; pandect system; legal reforms.

**Cite as:** Khalilov NSh. Kodifikatsiya grazhdanskogo prava v zerbaydzhane: istoriya, sovremennoe sostoyanie i perspektivy razvitiya [Codification of Civil Law in Azerbaijan: History, Current State and Prospects for Development]. *Lex russica*. 2022;75(6):123-137. DOI: 10.17803/1729-5920.2022.187.6.123-137. (In Russ., abstract in Eng.).

### Введение

Кодификация законодательства предусматривает критический обзор действующих нормативных правовых актов в сфере определенных отношений, повышение качества законодательства и обеспечение его компактности. Кодификация направлена на устранение противоречий и несоответствий между нормативными правовыми актами, а также норм, дублированных, устаревших положений и пробелов, которые не были оправданы на протяжении многих лет. Помимо обобщения существующего законодательства, кодификация предусматривает создание новых норм, отражающих насущные потребности социальной практики.

Результатом кодификации является новый сводный законодательный акт (кодекс, статут, устав и т. д.) со стабильным содержанием,

заменяющий существующие нормативные правовые акты в конкретной области права. Упрощение и обновление законодательства как важнейшая особенность кодификации позволяет считать ее наиболее совершенной и высшей формой законодательной деятельности. Гражданский кодекс является вторым по значимости правовым актом в стране после Конституции и первым по объему. Из-за своей важности для жизни граждан он неофициально называется «экономической конституцией». На острове Святой Елены, восстанавливая уже в изгнании события своей жизни, Наполеон Бонапарт однажды сказал: «Моя истинная слава заключается не в том, что я выиграл 40 сражений. Поражение в битве при Ватерлоо сотрет память об этих победах. Но мой Гражданский кодекс никогда не будет забыт, он будет жить вечно»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Tilley A. A. *Modern France: a companion to French studies*. Cambridge University Press, 1922. P. 348.

Конституционный закон Азербайджанской Республики «О нормативных правовых актах», принятый 21 декабря 2010 г., наделяет Гражданский кодекс более высоким статусом, чем другие законы и кодексы, поскольку статья 2.5 этого Закона гласит, что в случае расхождения Гражданского кодекса Азербайджанской Республики с другими кодексами и законами, отражающими нормы гражданского права, действует Гражданский кодекс Азербайджанской Республики.

В современной истории существует три гражданских кодекса, которые можно считать наиболее важными с точки зрения качества и влияния на кодификацию гражданского права других стран: 1) Французский гражданский кодекс 1804 г. (Кодекс Наполеона); 2) Германское гражданское уложение 1896 г.; 3) Гражданский кодекс Швейцарии 1907 г. Французский гражданский кодекс 1804 г. отличается своим довольно простым языком. А вот юридический язык Германского гражданского уложения 1896 г. гораздо сложнее, и даже часто утверждается, что этот правовой акт предназначен не для широкой публики, а, скорее, для профессиональных юристов. Тем не менее Германское гражданское уложение 1896 г. отличается усовершенствованной законодательной техникой. В 1907 г. Гражданский кодекс Швейцарии был принят путем синтеза простого юридического языка Французского гражданского кодекса 1804 г. и высокой законодательной техники Германского гражданского уложения 1896 г.<sup>2</sup> Можно смело утверждать, что гражданские кодексы, принятые во многих странах в двадцатом веке, были подготовлены именно на основе этих трех кодексов.

На протяжении всей истории древние государства Азербайджана имели богатые традиции гражданского права, и в разные периоды законодательные акты составлялись путем кодификации законов в области гражданского права. Примерами этого являются «Авеста» — собрание священных книг зороастризма, созданная в период Атропатены, «Агуэнские каноны» — правовой акт, принятый царем Вачаганом III во время Кавказской Албании, «Матикан-и хазар датастан» («Книга тысячи су-

дебных решений»), принятый во времена Сасанидской империи, «Судебник Узун Хасана», составленный главой государства Ак-Коюнлу Узун Хасаном, «Дастур аль-амаль», принятый шахом Тахмасибом I, и сборник фирманов «Джамеи-Аббас», принятый шахом Аббасом I во времена Сефевидовской империи, «Джаро-Тальский судебник» периода ханств и др.

В течение двадцатого века Азербайджан трижды принимал гражданские кодексы путем кодификации гражданского законодательства: два раза во времена Советского Союза (1923 и 1964 г.) и один раз во время современной Азербайджанской Республики (1999 г.).

### 1. Гражданский кодекс Азербайджанской ССР 1923 г.

Азербайджанская Демократическая Республика (АДР), провозглашенная 28 мая 1918 г., из-за напряженных политических и социальных условий просуществовала всего 23 месяца. Несмотря на недолгий срок своего существования, АДР, хотя и реализовала широкий спектр законодательной деятельности в различных областях права, но все-таки не смогла принять Конституцию и гражданский кодекс в столь короткие сроки.

28 апреля 1920 г. большевики захватили Азербайджан и вместо демократической республики учредили советскую социалистическую республику. После распада АДР Временный революционный комитет Азербайджана стал де-факто высшим органом государственной власти, осуществляющим высшую законодательную и исполнительную власть в стране. Одной из первых мер, принятых этим Комитетом в области гражданского права, была отмена частной собственности на землю в стране. Согласно указу от 5 мая 1920 г., земли и имущество мульткадаров, ханов и беков, а также мечетей, церквей, монастырей были конфискованы и переданы рабочему классу<sup>3</sup>.

Система гражданского права, созданная АДР, была заменена системой социалистического права Российской Советской Федеративной Социалистической Республики (РСФСР)<sup>4</sup>. Вместе с тем в 1920-е гг. в стране всё еще сохранялись

<sup>2</sup> *Həsənov Ə. İş və xidmət müqavilələri: Mülki Məcəllənin kommentariyası. Bakı : İkinci nəşr, Adventa MMC, 2013. P. 5.*

<sup>3</sup> *Əkbərov R., Salimov S. Azərbaycanın dövlət və hüquq tarixi. Bakı : Qanun nəşriyyatı, 2003. P. 388.*

<sup>4</sup> *Салимов С. М. Создание гражданского законодательства Азербайджанской ССР (1920–1923 гг.). Баку, 1970. С. 50.*



некоторые черты традиционного права и религиозного права в области семейного, брачного и наследственного права.

В первые годы существования СССР гражданское законодательство в Азербайджане подчинялось ленинскому девизу: «Мы ничего “частного” не признаем, для нас все в области хозяйства есть публично-правовое, а не частное»<sup>5</sup>. Когда к власти пришли большевики, планировалось полностью отменить гражданское право, поскольку все общественные и правовые отношения, которые должны были быть установлены в стране, были публичными. По этой причине некоторые советские юристы предлагали принять экономический или социальный кодекс, а не гражданский кодекс. Однако глубокий экономический кризис высветил необходимость привлечения частных инвестиций, в том числе иностранного капитала. Новая экономическая политика (нэп), предложенная Лениным в 1921 г., могла быть успешной только при поддержке новой системы гражданского права<sup>6</sup>.

31 октября 1922 г. был принят Гражданский кодекс РСФСР, а затем по указанию ЦИК Азербайджанской ССР Народный комиссариат юстиции приступил к подготовке нового Гражданского кодекса на основе российского законодательства. 16 июня 1923 г. на третьей сессии ЦИК Азербайджанской ССР второго созыва был принят первый Гражданский кодекс Азербайджанской ССР (далее — Гражданский кодекс 1923 г.). 8 сентября того же года Гражданский кодекс был опубликован в журнале «Бакинский рабочий» и в тот же день вступил в силу. В решении ЦИК Азербайджанской ССР по данному Гражданскому кодексу говорилось, что споры в гражданско-правовых отношениях, существовавшие с 28 апреля 1920 г. до дня вступления в силу Гражданского кодекса 1923 г., регулируются законодательством, действовавшим в тот период времени. Однако из-за пробелов в прошлом законодательстве рекомендуется использование Гражданского кодекса 1923 г. В отношении более ранних споров Граждан-

ский кодекс 1923 г. применялся только в тех случаях, когда он использовался в пользу советского государства, иными словами, Гражданский кодекс 1923 г. не разрешалось толковать в пользу свергнутого правительства АДР<sup>7</sup>.

Со вступлением в силу Гражданского кодекса 1923 г. становление советского гражданского права в Азербайджане было формализовано путем обобщения менее чем двухлетнего опыта развития институтов гражданского права в контексте нэпа<sup>8</sup>. Гражданский кодекс 1923 г. включал множество вопросов, связанных с характером и правилами проведения нэпа. Этот Гражданский кодекс состоял из 8 разделов (1. Общие положения. 2. Вещное право. 3. Обязательственное право. 4. Авторское право. 5. Наследственное право. 6. Брачное право. 7. Семейное право. 8. Опекунское право) и 524 статей (только 83 из них были прокомментированы).

Среди всех союзных республик Гражданский кодекс Азербайджанской ССР 1923 г. отличался наибольшим своеобразием. В этот Кодекс были включены разделы об авторском, брачном, семейном и опекунском праве<sup>9</sup>. В других союзных республиках эти области права в основном регулировались отдельными законодательными актами. В связи с принятием в 1928 г. Кодекса Азербайджанской ССР о браке, семье, опеке и актах гражданского состояния, из Гражданского кодекса 1923 г. были исключены разделы о брачном, семейном и опекунском праве.

С годами статьи Гражданского кодекса 1923 г. усложнялись как по содержанию, так и по толкованию. Более того, с укреплением социалистических принципов и введением элементов планирования в гражданское право увеличивалось количество императивных правовых норм. Гражданский кодекс 1923 г. был половинчатым, так как он регулировал в основном отношения между социалистическими организациями, которые вытекали из административных нормативных правовых актов, и общественные отношения, возникающие между гражданами.

<sup>5</sup> Ленин В. И. О задачах Наркомюста в условиях новой экономической политики : письмо Д. И. Курскому // Полное собрание сочинений. М., 1964. С. 389.

<sup>6</sup> Иоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву : Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». М. : Статут, 2000. С. 201–205.

<sup>7</sup> Әkbərov R., Salimov S. Op. cit. P. 389.

<sup>8</sup> Халафов М. С. История государства и права Азербайджанской ССР: 1920–1934 гг. Баку : Изд-во Академии наук Азербайджанской ССР, 1964. С. 83.

<sup>9</sup> Маковский А. Л. О кодификации гражданского права (1922–2006). М. : Статут, 2010. С. 35.

В 1920-х гг., с момента принятия гражданских кодексов республик Советского Союза, они рассматривались юристами СССР как временные законодательные акты переходного периода. Александр Гойхбарг, социал-демократ, большевик, профессор права, руководивший разработкой этих гражданских кодексов, говорил о гражданских кодексах переходного периода как о защите интересов государства от индивидуальных предпринимателей<sup>10</sup>.

Гражданский кодекс 1923 г. подчеркивал социально-правовой характер ограничения частной собственности и регулирования имущественных отношений. Иными словами, в целях обеспечения защиты интересов социалистического государства от физических и юридических лиц, публичное право превалировало над частным. В статье 6 Гражданского кодекса 1923 г. говорилось о возможности лишения или ограничения гражданских прав в случаях и в порядке, определенных законом.

С учетом взятого курса на развитие рыночных отношений правовое регулирование деятельности индивидуальных предпринимателей было определено как одна из задач Гражданского кодекса 1923 г. Кодекс также содержал нормы права, присущие рыночной экономике, которые легли в основу права капиталистических стран. Нормы кодекса с юридической точки зрения определяли рамки, в которых государство допускало деятельность капиталистических элементов, и устанавливали систему мер против злоупотреблений нэпом. В Гражданском кодексе 1923 г. были гармоничные нормы права как буржуазного, так и советского характера. Основной причиной этого было введение нэпа, который и стал основным фактором, побудившим к кодификации советского права.

Подытоживая вышеизложенное, можно отметить, что Гражданский кодекс Азербайджанской ССР 1923 г., установивший новые типы экономических отношений, регулировал имущественные отношения в стране в соответствии с интересами социалистического строительства. Некоторые положения кодекса носили декларативный и противоречивый характер. Гражданский кодекс 1923 г. стал сильным и гибким инструментом регулирования отношений собственности в Советском Азербайджане на протяжении более 40 лет.

## 2. Гражданский кодекс Азербайджанской ССР 1964 г.

Развитие СССР после Второй мировой войны характеризовалось значительным экономическим ростом и социальными реформами, потребовавшими нового гражданского законодательства. В 1960-е гг. в СССР возникла необходимость в разработке нового гражданского кодекса, так как Гражданский кодекс 1920-х гг. уже устарел и не отвечал требованиям времени. С принятием Закона СССР от 11.02.1957 «Об отнесении к ведению союзных республик законодательства об устройстве судов союзных республик, принятия гражданского, уголовного и процессуальных кодексов»<sup>11</sup> у Азербайджанской ССР официально появилась возможность начать процесс принятия нового гражданского кодекса.

8 декабря 1961 г. Верховный Совет СССР принял Закон СССР «Об утверждении основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик», который вступил в силу 1 мая 1962 г.<sup>12</sup> С принятием этого законодательного акта ускорилась работа над новым Гражданским кодексом. При рассмотрении проектов гражданских кодексов союзных республик особое внимание было уделено вопросам определения объема отношений и границ гражданского кодекса, которые должны были регулироваться гражданским правом. Большое внимание было уделено проблеме соотношения гражданского законодательства СССР и союзных республик, системе гражданских кодексов, содержанию институтов гражданского права (колхозная собственность, убытки, срок приобретения, наследование и т. д.) и законодательной технике. Многие предложения, выдвинутые отдельными республиками о принятии новых гражданских кодексов, не были приняты центральным руководством из-за их общесоюзного значения. Большое значение в этот период имел обмен опытом между юристами из разных республик.

Так, в соответствии с Основами гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик, в рамках Второй Всесоюзной кодификации в СССР, 11 сентября 1964 г. Верховный Совет Азербайджанской ССР принял второй Гражданский кодекс Азербайджанской ССР

<sup>10</sup> Гойхбарг А. Г. Ленин и советское право // Советское право. 1924. № 2. С. 5–6.

<sup>11</sup> Ведомости Верховного Совета СССР. 1957. № 4. С. 63.

<sup>12</sup> Ведомости Верховного Совета СССР. 1961. № 50. С. 525.

(далее — Гражданский кодекс 1964 г.), который вступил в силу 1 марта 1965 г. Новый Гражданский кодекс состоял из 9 разделов (1. Общие положения. 2. Агентство и доверенность. 3. Право собственности. 4. Обязательственное право. 5. Авторские и смежные права. 6. Право на открытие. 7. Право на изобретение, рационализаторское предложение и промышленный образец. 8. Наследственное право. 9. Правоспособность иностранных граждан и лиц без гражданства. Применение гражданских законов иностранных государств и международных договоров) и 574 статей. Как видим, Гражданский кодекс 1964 г. включал новые разделы об авторском праве и смежных правах, о праве на открытие, праве на изобретение и международном праве.

Гражданский кодекс 1964 г. начинался с преамбулы, больше похожей на политическую декларацию или конституционное положение. В преамбуле провозглашалось, что Советский Союз добился полной и решительной победы социализма и вступил в период развернутого строительства коммунистического общества. Создав такие полуконституционные положения в преамбуле Гражданского кодекса 1964 г., советские законодатели описали цели коммунизма на данном этапе, социалистическую экономику и ее будущее. Согласно преамбуле, главной целью советского гражданского права было оставаться стойким в отстаивании коммунистической идеологии. Следует отметить, что даже Гражданский кодекс 1923 г. не был так сильно привязан к политической идеологии, как Гражданский кодекс 1964 г.

Положения Гражданского кодекса 1964 г. продемонстрировали значительную эволюцию в понимании социальной функции гражданского права в СССР. В 1920-х гг. гражданское право рассматривалось как «узкий горизонт буржуазного права», который исчезнет в коммунистическом обществе, но в 1960-х гг. гражданское право уже рассматривалось как средство содействия построению коммунистического общества<sup>13</sup>. По сравнению с Гражданским кодексом 1923 г. Гражданский кодекс 1964 г. также имел более хорошую структурную и законодательную технику. Этот кодекс содержал отдельные

разделы, посвященные интеллектуальной собственности и международному частному праву, и предусматривал более широкую систему норм обязательственного права.

Гражданский кодекс 1964 г. признавал только одну группу вещного права: право собственности. Помимо прав собственности социалистических предприятий, Гражданский кодекс 1964 г., в отличие от Гражданского кодекса 1923 г., не признавал ограниченные вещные права, например право на застройку. Известный советский и российский ученый-правовед Евгений Суханов считает, что основной причиной исключения ограниченных вещных прав из Гражданских кодексов союзных республик в 1960-х гг. была «де-факто» эксклюзивность государственных земельных прав и исключение других ограниченных прав, включая сервитуты (право пользования чужим имуществом)<sup>14</sup>.

В статье 89 Кодекса, касающейся государственной собственности, допускалась тавтология: «Государство является единственным собственником всего государственного имущества». Однако, по мнению автора, это предложение было специально составлено именно в такой форме, поскольку эта формулировка сводила на нет любые попытки социалистических предприятий представить свою собственность в качестве имущественных прав. Во втором абзаце этой статьи природа вещных прав социалистических предприятий на их имущество была определена как «оперативное управление». На самом деле теория «оперативного управления» не была новшеством Гражданского кодекса 1964 г., так как она уже была предложена профессором А. В. Венедиктовым в 1930-х гг. А. В. Венедиктов, признавая права государственных предприятий на владение, пользование и распоряжение закрепленным за ними государственным имуществом, особо отмечал, что, как бы ни были широки эти полномочия, они никогда не образуют собой того же права, носителем которого является само социалистическое государство<sup>15</sup>. Теория «оперативного управления» оказалась настолько созвучной социально-политическим реалиям 1950–1960-х гг., что была почти единогласно поддержана научным сообществом, а позднее

<sup>13</sup> Gsovski V. Soviet civil law: Private rights and their background under the Soviet regime. Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1949. P. 576.

<sup>14</sup> Sukhanov Ye. The Concept of Ownership in Current Russian Law // Law Review University of Tartu, Estonia. 2001. № VI. P. 104.

<sup>15</sup> Венедиктов А. В. Государственная социалистическая собственность. М. — Л., 1948. С. 347.

и законодателями, что фактически возвело ее в ранг государственной<sup>16</sup>. Некоторые фундаментальные исследователи гражданского права считают, что создание такого вещного права является наиболее заметным вкладом советских законодателей в юридическую науку.

По словам профессора Московского государственного института международных отношений Бориса Мартынова, в советском гражданском праве отношения между государством и предприятиями аналогичны понятию «фидуция» в римском праве. Исходя из этого, он приписывает понятие «*dominium direktum*» (прямая собственность) в римском праве государству, а понятие «*dominium utile*» (право зависимой собственности) — предприятиям<sup>17</sup>.

По мнению советских правоведов, реальным владельцем имущества было только государство, ибо право предприятий на имущество не являлось правом собственности и не должно было классифицироваться с использованием традиционных понятий собственности. Таким образом, появилось новое вещное право, объединившее компоненты административного и гражданского права, — право «оперативного управления»<sup>18</sup>. Советская доктрина гражданского права признавала право «оперативного управления» как своего рода ограниченное вещное право. Хотя предприятия могли осуществлять все права (владение, использование и распоряжение) собственника, государство сохраняло за собой право увеличивать имущество (приращение), и это было решающим фактором при определении истинного владельца собственности, то есть государства.

Гражданский кодекс 1964 г. провозглашал, что частная собственность возникла из социалистической собственности и является средством удовлетворения потребностей граждан. В отличие от Гражданского кодекса 1923 г., Гражданский кодекс 1964 г. признавал только два вида собственности: социалистическую собственность (государственная или общенародная собственность, колхозно-кооперативная собственность, собственность профсоюзных и иных общественных организаций) и личную. В соответствии с советской идеологией частная собственность могла стать фактором социального неравенства — а это было недопустимо с

точки зрения построения коммунизма. Таким образом, институт частной собственности был практически ликвидирован и личная собственность полностью заменила частную собственность. Личная собственность, в свою очередь, не поощрялась и подвергалась различным ограничениям. Фактически по своей правовой природе личная собственность в советской доктрине гражданского права была не чем иным, как ограниченной частной собственностью. Личная собственность, ограниченная определенными объектами определенного размера, могла принадлежать только физическому лицу и в конечном итоге предназначалась для удовлетворения материальных и моральных потребностей владельца. Подчеркивалось, что получение гражданами «нетрудовых доходов» от личной собственности является незаконным (ст. 88). Статья 101 Гражданского кодекса 1964 г. гласила, что в личной собственности гражданина может находиться один жилой дом или часть жилого дома. Максимальный размер дома или его части, принадлежащих гражданину по праву личной собственности, не мог превышать 60 кв. м жилой площади. Личная собственность могла передаваться по наследству от одного владельца к другому. Если гражданин приобретал второй дом путем дарения или наследования, он должен был продать, подарить или иным образом отчуждить один из этих домов по своему усмотрению в течение года. Если в течение года продать дом не удавалось, государство устраивало принудительную продажу. В случаях, когда невозможно было продать дом в принудительном порядке из-за отсутствия покупателя, дом передавался в государственную собственность безвозмездно (ст. 104). В таких случаях право гражданина на собственность зависело от его удачи: при наличии покупателя собственник мог реализовать свое право собственности, а при отсутствии покупателя дом конфисковывался государством. Другими словами, государство лишало гражданина личной собственности.

Несмотря на все эти ограничения, личная собственность все-таки могла считаться частной собственностью, поскольку собственнику было предоставлено право владеть, пользоваться и распоряжаться этой собственностью. В этой

<sup>16</sup> Рудакова В. Д. Гражданско-правовой статус публичных юридических лиц : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. М., 2014. С. 129.

<sup>17</sup> Ioffe O. S. Development of Civil Law Thinking in the USSR. Milano : Dott. A. Giuffrè Editore, 1989. P. 211–212.

<sup>18</sup> Ioffe O. S. Op. cit. P. 215–221.



связи невозможно не согласиться полностью с мнением советского правоведа Владимира Гсовского по поводу того, что «Советское право собственности показало, что даже в социалистическом государстве неизбежна небольшая доля частной собственности»<sup>19</sup>.

Впервые Гражданский кодекс 1964 г. регламентировал отношения, возникающие при заключении договора контрактации сельскохозяйственной продукции. Согласно этим договорам осуществлялась государственная закупка сельскохозяйственной продукции у колхозов и совхозов. Договор контрактации сельскохозяйственной продукции регулировал правовые отношения между колхозами, совхозами и другими хозяйствами, выращивающими и производящими сельскохозяйственную продукцию, и социалистическими организациями, закупающими эту продукцию (ст. 264). Несмотря на наличие в хозяйственной практике договора хранения, в Гражданском кодексе 1923 г. об этом не упоминалось. В Гражданском кодексе 1964 г. же были добавлены новые статьи о договоре хранения (ст. 421–432). В соответствии с договором хранения, хранитель обязывался хранить имущество, переданное ему другой стороной, и возвратить это имущество в сохранности. Договор хранения в большинстве случаев являлся безвозмездным.

В годы Великой Отечественной войны во время борьбы против нацистской Германии многие граждане СССР были ранены в результате взрыва бомб и других враждебных операций, героически спасая социалистическую собственность. Из-за отсутствия соответствующих положений в гражданских кодексах 1920-х гг. суды столкнулись с трудностями при определении размера компенсации, выплачиваемой государством. Гражданский кодекс 1964 г. же определял возмещение вреда, понесенного при спасении социалистического имущества. Вред, причиненный гражданину при спасении социалистической собственности от угрожающей ей опасности, должен быть возмещен организацией, имущество которой спасла потерпевшая сторона (ст. 468). Таким образом, Гражданский кодекс 1964 г., закрепив эту практику, восполнил пробел в гражданском законодательстве страны.

Впервые в истории советского законодательства в Гражданский кодекс 1964 г. была введена статья о защите чести и достоинства.

По прошествии времени преобладание социалистической собственности и деградация частной собственности создали негативные тенденции в экономике и обществе СССР. В конце 80-х гг. прошлого века неэффективность социалистической экономики была уже неоспоримым и общепризнанным фактом. Для того чтобы устранить существующие трудности и проблемы, правительство Михаила Горбачева дало старт перестройке, при этом осуществив серию беспрецедентных политических и экономических реформ. Однако эти реформы оказались неэффективными, и 26 декабря 1991 г. СССР распался.

### 3. Гражданский кодекс Азербайджанской Республики 1999 г.

Конец XX в. считается периодом возрождения гражданского права и часто ассоциируется с реформами в посткоммунистических странах. В этот период возникла необходимость построения рыночной экономики и свободного общества, поскольку советская правовая доктрина отрицала разделение права на публичное и частное и уже не отвечала требованиям развития того времени.

Распад Советского Союза положил конец старой системе публичных отношений и привнес существенные изменения в социально-политический контекст в Азербайджане. Эти изменения позже проложат путь к осуществлению необходимых политических, правовых и экономических реформ, а также к развитию рыночной экономики и верховенству закона. Для этого необходимо было принять основной закон страны — Конституцию. В 1994 г. под председательством общенационального лидера Азербайджана Гейдара Алиева для подготовки проекта Конституции независимой Азербайджанской Республики была создана Комиссия из 33 человек. Результатом общенационального обсуждения, продолжавшегося целый год, стал референдум, проведенный 12 ноября 1995 г., на котором и был принят проект Конституции, вступивший в силу 27 ноября того же года.

Новая Конституция определила основы современного общества и государства, политические институты и основные принципы построения экономики Азербайджана. Принятие нового Основного Закона явилось толчком к

<sup>19</sup> Gsovski V. Op. cit. P. 576.

началу и осуществлению реформ в различных сферах жизни Азербайджанской Республики. Таким образом, с принятием новой Конституции Азербайджан начал двигаться в новом направлении — построения верховенства закона в стране.

В этот исторический период экономика страны должна была вступить в новую фазу, необходимо было укрепить принцип свободы договора и права частной собственности, а также обеспечить стабильную и предсказуемую правовую среду для предпринимательской деятельности. Существовавшие в советское время законы основывались на концепциях государственной собственности и государственного управления в экономике, а поспешно разработанные новые законы о собственности после обретения независимости не отвечали требованиям времени. Экономические отношения в стране необходимо было модернизировать на основе рыночных принципов, а государственное управление должно было перейти от административно-командной системы к демократической. Эта ситуация потребовала подготовки и принятия нового основополагающего правового документа — гражданского кодекса, который должен был адаптировать гражданско-правовые отношения к новым политическим и экономическим реалиям. Гражданское законодательство Азербайджанской Республики должно было быть создано с нуля, поскольку законодательство бывшей советской эпохи служило интересам централизованно регулируемой экономики и никоим образом не подходило для построения рыночной экономики.

Опыт Азербайджана в области гражданского права был недостаточным, в стране также не хватало специалистов в области законотворчества, так как в советский период в создании законодательства страны в основном принимали участие российские правоведы. В результате этого за первые 8 лет независимости Азербайджанская Республика не смогла принять новый гражданский кодекс и лишь удовлетворилась внесением изменений в Гражданский кодекс Азербайджанской ССР 1964 г. Таким образом, перед молодой Республикой встала задача создания современного гражданского законо-

дательства, которое представляло бы сложную и последовательную систему взаимосвязанных, взаимодополняющих правовых норм. Переход от плановой экономики к рыночной был плотно связан с процессом глубоких преобразований. Этот процесс трансформации включал обширные законодательные реформы, направленные на западную модель<sup>20</sup>.

Особо следует отметить роль немецких правовых экспертов в подготовке проекта нового Гражданского кодекса Азербайджанской Республики. На основании Соглашения, подписанного между правительствами Азербайджана и Германии 8 декабря 1997 г., правовые эксперты Германского общества технического сотрудничества (ГТЦ)<sup>21</sup> начали оказывать всестороннюю поддержку правовым реформам в Азербайджане в рамках проекта «Поддержка правовой и судебной реформы в странах с переходной экономикой». Одним из первых проектов немецких экспертов в Азербайджане стал семинар по методам разработки законодательства для депутатов, проведенный руководителем проекта профессором Бременского университета Рольфом Книпером в высшем законодательном органе страны — Милли Меджлисе<sup>22</sup>.

В подготовке проекта Гражданского кодекса немецкие эксперты в основном участвовали в разработке правовых норм, которые играют важную роль в повседневной жизни граждан и в экономическом развитии страны, включая право собственности, договоры аренды и приобретения земли. Они не участвовали в разработке норм в таких сферах, как наследственное и семейное право, так как эти сферы имели особенности и традиции азербайджанского народа, и со стороны иностранных экспертов было бы некорректно разрабатывать нормы в этих сферах.

Наконец, через 8 лет после обретения независимости при поддержке немецких правоведов 28 декабря 1999 г. был принят Гражданский кодекс независимой Азербайджанской Республики (далее — Гражданский кодекс 1999 г.), а спустя девять месяцев — 1 сентября 2000 г. этот Кодекс вступил в силу. Гражданский кодекс 1999 г., который действует по сегодняшний день и является крупнейшим правовым ак-

<sup>20</sup> *Seidman A. W., Seidman R. B. & Waelde T. W. Making development work: Legislative reform for institutional transformation and good governance. The Hague : Kluwer Law International, 1999. С. 115–117.*

<sup>21</sup> Ныне — Германское общество по международному сотрудничеству (ГОМС).

<sup>22</sup> *Knieper R. Rechtsreformen entlang der Seidenstraße: Aufsätze und Vorträge während der beobachtenden Teilnahme an einem gewaltigen Transformationsprozess // Berliner Wissenschafts-Verlag, 1 Jan 2006. С. 146–149.*

том в национальной законодательной системе Азербайджана, по своей структуре разделен на общую и особенную часть и состоит из 10 разделов, 74 глав и 1 325 статей.

Первый раздел Гражданского кодекса 1999 г. содержит вводные положения (законодательство в области гражданского права, гражданские права и обязанности, их защита), второй раздел посвящен лицам (физические и юридические лица), третий раздел — об имущественном и вещном праве, четвертый раздел посвящен сделкам, пятый раздел посвящен срокам, шестой раздел состоит из общей части обязательственного права, седьмой раздел — про обязательства, возникающие из договоров, восьмой раздел — про обязательства, вытекающие из закона, девятый раздел — про обязательства, возникающие из гражданских правонарушений (деликтов), и, наконец, десятый раздел посвящен наследственному праву.

Общая часть Гражданского кодекса 1999 г. гласит, что целью настоящего Кодекса является обеспечение свободы гражданского оборота на основе равенства его участников без причинения ущерба правам третьих лиц (ст. 1). В отличие от гражданских кодексов Азербайджанской ССР, новый Кодекс провозглашает равенство субъектов гражданского права, свободу волеизъявления субъектов гражданского права, имущественную независимость участников гражданского оборота, неприкосновенность собственности и свободу договора.

В Особенной части регулируются отношения, возникающие в основном из обязательственного права и наследственного права. Согласно Гражданскому кодексу 1999 г., различаются обязанности, возникающие из договоров, закона и гражданских правонарушений (деликтов). Кодекс признает наследование по завещанию и наследование по закону.

Гражданское законодательство Азербайджана основано на принципах свободы договора, неприкосновенности собственности, невмешательства в личную и семейную жизнь, отказа от прежних норм, присущих административно-командной системе экономического планирования. Гражданское законодательство Азербайджана имеет такие особенности, как разделение гражданского кодекса на общую и особенную части, а также четкое разделение материальных и процессуальных норм. Кодификация гражданского права в Азербайджане

основана на теории монизма частного права, поскольку гражданские и коммерческие отношения регулируются только одним кодексом. Гражданский кодекс 1999 г. регулирует экономические отношения физических и юридических лиц, включая статус и правовые отношения коммерческих организаций.

Система гражданского права Азербайджанской Республики принадлежит к пандектной подсистеме континентальной (романо-германской) правовой системы. Проект постсоциалистического Гражданского кодекса 1999 г. основан на пандектной системе Германского гражданского уложения 1896 г. (*Bürgerliches Gesetzbuch*) с учетом последних особенностей Гражданского кодекса Нидерландов. Особенно это касается структуры, стилистики и терминологии Гражданского кодекса 1999 г. Также наглядным примером этого является выделение владения, сервитута, узуфрукта, залога и ипотеки, как самостоятельных видов вещного права. Даже некоторые статьи Гражданского кодекса 1999 г. были взяты непосредственно из Германского гражданского уложения 1896 г. Например, актуальная на сегодняшний день статья 439.2 Гражданского кодекса 1999 г. об исполнении денежных обязательств была разработана на основании § 244.2 Германского гражданского уложения 1896 г.

В то же время некоторые главы и статьи Гражданского кодекса 1999 г. подверглись прямому влиянию Модельного гражданского кодекса для государств — участников СНГ 1994 г. и Гражданского кодекса Российской Федерации (ГК РФ). Хотя и Модельный гражданский кодекс СНГ был принят за основу гражданских кодексов Армении, Беларуси, Казахстана, Кыргызстана, России, Таджикистана, Узбекистана, но Азербайджан, наряду с Грузией, Молдовой и Туркменистаном, избрал собственный путь кодификации гражданского права, осуществив лишь частичную привязку к Модельному гражданскому кодексу, при разработке национального гражданского кодекса<sup>23</sup>.

Наглядным примером прямого влияния Модельного гражданского кодекса для государств — участников СНГ и ГК РФ является статья 10 Гражданского кодекса 1999 г., касающаяся обычаев делового оборота. Как известно, в список источников гражданского права в

<sup>23</sup> Богустов А. А. Проблемы взаимодействия модельного и национального гражданского законодательства стран СНГ // Российская юстиция. 2012. № 3. С. 21–24.

теории российского гражданского права также входят обычаи. Статья 5 действующего ГК РФ, именуемая «Обычаи», гласит, что обычаем признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности, не предусмотренное законодательством правило поведения, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе. Обычаи, противоречащие обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договору, не применяются. Содержание этой статьи очень сходно со ст. 5 Модельного гражданского кодекса для государств — участников СНГ, которая называется «Обычаи делового оборота». Сравнительный анализ показывает, что содержание ст. 10 Гражданского кодекса 1999 г., названная «Обычаи делового оборота», полностью взято из этих двух кодексов. Кроме этого, в Особенной части Гражданского кодекса 1999 г. большинство статей разд. 7 «Обязательства, возникающие из договоров», включая виды договоров, взяты из разд. 4 «Отдельные виды обязательств» ч. II ГК РФ. Другой особенностью кодификации гражданского права в Азербайджане является формирование отдельного Семейного кодекса в соответствии с российской моделью, выводящей нормы семейного права за рамки гражданского правового регулирования.

Однако между Гражданским кодексом Азербайджанской Республики 1999 г. и ГК РФ существует много различий, особенно в отношении структуры. Например, в отличие от ГК РФ, Гражданский кодекс 1999 г. не содержит отдельных разделов по интеллектуальной собственности и международному частному праву.

Подготовка гражданского кодекса — долгий и трудоемкий процесс. Например, на разработку Гражданского кодекса Китайской Народной Республики (КНР), принятого в 2020 г. и считающегося «Гражданским кодексом XXI в.», потребовалось полных 66 лет (первый проект Гражданского кодекса КНР был разработан еще в 1954 г.). Китайские эксперты-юристы проводили обширные и подробные обсуждения проектов кодексов, при этом внимательно изучая каждый раздел, главу, статью, предложение и порой даже каждое слово.

Практика применения Гражданского кодекса в независимом Азербайджане за почти 21 год ясно показывает, что необходимы дальнейшие поправки и улучшения. Более 100 поправок и около 40 удаленных статей за этот период не

только означает совершенствование гражданского законодательства, но и косвенно признает низкое качество некоторых положений Кодекса. Гражданский кодекс 1999 г., который был подготовлен в короткие сроки и принят без публичного обсуждения, имеет такие недостатки, как непоследовательность, смешанные положения, слабая законодательная техника, сложный юридический язык и большое количество императивных норм. В некоторых случаях написание норм Гражданского кодекса 1999 г. сложным юридическим языком создает трудности в толковании отдельных статей, что напрямую влияет на правильное толкование и применение закона. Ряд положений ГК РФ и Германского гражданского уложения были систематически и механически включены в Гражданский кодекс 1999 г. без углубленного анализа.

В целом с уверенностью можно сказать, что, невзирая на множество недостатков и пробелов, на сегодняшний день у азербайджанского общества есть относительно более перспективный регулятор гражданских правоотношений в лице Гражданского кодекса 1999 г. по сравнению с гражданскими кодексами советской эпохи.

#### 4. Современное состояние и перспективы развития

Нынешнюю систему гражданского права в Азербайджане можно охарактеризовать как преобразованную из социалистической в романо-германскую правовую систему и ориентированную на рыночную экономику. Гражданское законодательство Азербайджана демонстрирует определенные особенности, отражающие национальные и общеисламские традиции. Образ жизни, мышление и традиции нации оказали значительное влияние на эволюцию и развитие национальной правовой системы.

Прошло 30 лет с момента обретения Азербайджаном независимости, страна вышла из тяжелейшего политического и экономического кризиса начала 1990-х гг. и стала одним из лидеров в СНГ. За эти годы в республике были осуществлены фундаментальные экономические реформы, обеспечивающие переход от централизованной экономики к рыночной экономике, которая развивается на основе верховенства закона. Экономические реформы невозможны без правовых реформ, которые составляют основу развития государства и общества. Воз-



никновение новых общественных отношений неизбежно, и в этой связи, как динамично развивающаяся страна, Азербайджан должен двигаться в направлении совершенствования гражданского законодательства, чтобы оно отвечало новым требованиям и шло в ногу со временем.

Хотя в Азербайджане почти 30 лет строилась национальная правовая система, значительный прогресс был достигнут в основном в области публичного права. Более успешные правовые акты с точки зрения юридического языка и законодательной техники были приняты в сферах конституционного права, административного права, уголовного права и других отраслей публичного права. Публичное право можно разработать на основе дедуктивного метода, и порой даже большая или определенная часть иностранного права может быть скопирована и применена в национальном правовом акте. В частном же праве это невозможно, поскольку в разработке специальных правовых норм, включая углубленное изучение, анализ и обсуждение опыта и потребностей общества, должен применяться индуктивный метод. Опыт развитых стран еще раз показывает, что национальная правовая система в области частного права развивается в основном на основе научных дискуссий. Для развития и надлежащего применения законодательства Азербайджана стране нужны реальные и эффективные научные дискуссии. Существующие законы следует постоянно пересматривать и критиковать, а предложения по их улучшению следует регулярно выносить на публичные обсуждения.

Хотя Гражданский кодекс является основным законодательным актом для формирования и развития рыночных отношений в Азербайджане, его эффективное внедрение в повседневную жизнь общества остается нерешенной проблемой. С этой целью законодательный орган, суды и юристы должны работать вместе над постоянным совершенствованием этого правового акта. Для изучения международного опыта в области гражданского права необходимо регулярно обмениваться мнениями и применять практики, которые считаются успешными в контексте существующих в стране общественных отношений.

Законодательная деятельность в Азербайджане осуществляется почти исключительно депутатами Милли Меджлиса — однопалатного 125-местного высшего законодательного органа страны. Невозможно осуществлять надлежащую законодательскую деятельность без

учета мнения судей, адвокатов, юристов, ученых и групп гражданского общества в области законодательства. В Азербайджане необходимо повысить прозрачность законодательской деятельности. Для этого в стране нужно регулярно проводить научно-практические конференции по гражданскому праву с привлечением юристов и общественных активистов. Для того чтобы правильно понимать и применять правовые нормы, очень важно четко интерпретировать их научное понимание и правила практического применения. Обсуждения, проводимые на таких конференциях, могут способствовать повышению качества законодательской работы, правовой культуры населения, авторитета закона и государства.

Одна из основных задач законодательской деятельности — обеспечение принципа правовой определенности в общественных отношениях. Принцип правовой определенности как один из ключевых аспектов верховенства закона требует отсутствия «серых зон», которые не регулируются законом, как между гражданами, так и между гражданами и государством.

Юридический язык гражданского кодекса должен быть ясным, четким и понятным рядовым гражданам, определение объектов и субъектов гражданско-правовых отношений в положениях кодекса также должно быть точным и подробным с учетом конкретных вопросов. Другими словами, нельзя допускать неопределенностей в гражданском кодексе, чтобы стороны не интерпретировали эти положения по-своему.

В настоящее время актуален вопрос доработки гражданского законодательства, обеспечения его структурирования, устранения противоречий и пробелов, принятых в предыдущие годы. В связи с этим автор выдвигает следующие предложения по оптимизации гражданского законодательства в Азербайджане: 1) пересмотр определенной части гражданского законодательства, устранение противоречий, перекодификация старых законов и включение в Гражданский кодекс норм, регулирующих новые общественные отношения и надежно защищающих права граждан; 2) совершенствование норм по защите прав собственности, здоровой конкуренции, реализации соглашений и антимонопольной деятельности; 3) отражение практики правоприменения и толкования законов в Гражданском кодексе и повышение эффективности правоприменительной практики; 4) использование новшеств и успешного

опыта гражданских кодексов ряда европейских (Швейцария, Нидерланды, Бельгия) и азиатских (Китай, Япония, Южная Корея, Сингапур) стран в модернизации гражданского законодательства Азербайджана; 5) улучшение юридического языка и законодательной техники Гражданского кодекса, что сделает его более простым и понятным для обычных граждан; 6) повышение осведомленности судей и адвокатов посредством тренингов; 7) формирование правового сознания граждан через средства массовой информации; 8) публичное обсуждение принятия новых законов и поправок к противоречивым законам, отвечающим современным вызовам, с участием ученых и экспертов в области частного права.

Ни в одной стране мира нет совершенной, безупречной законодательной и правовой системы. Законодательство в Азербайджане находится в процессе текущих реформ, и важно, чтобы эти реформы соответствовали динамике социального развития. Необходимость рефор-

мирования гражданского законодательства Азербайджана в 1990-е гг. проистекала прежде всего из стремления отменить все нормы, которые воплощали административное и плановое регулирование имущественных отношений<sup>24</sup>. Сегодня, в отличие от реформ 1990-х гг., необходимость модернизации и реформирования гражданского законодательства возникла прежде всего из необходимости обеспечения стабильности гражданского права и гражданского оборота. Это, в свою очередь, несомненно, требует более точного регулирования норм об источниках гражданского законодательства как основы будущих правовых реформ.

Обобщая вышеизложенные предложения, можно сказать, что концепция развития и реформирования гражданского законодательства в Азербайджане должна быть трансформирована в единую стратегию, направленную на более эффективное регулирование рыночных отношений в стране, постепенно устраняя «переходный» характер рыночных отношений.

#### БИБЛИОГРАФИЯ

1. Богустов А. А. Проблемы взаимодействия модельного и национального гражданского законодательства стран СНГ // Российская юстиция. — 2012. — № 3.
2. Венедиктов А. В. Государственная социалистическая собственность. — М. — Л., 1948.
3. Гойхбарг А. Г. Ленин и советское право // Советское право. — 1924. — № 2.
4. Иоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву : Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». — М. : Статут, 2000.
5. Ленин В. И. О задачах Наркомюста в условиях новой экономической политики : письмо Д. И. Курскому // Полное собрание сочинений. — М., 1964.
6. Маковский А. Л. О кодификации гражданского права (1922–2006). — М. : Статут, 2010.
7. Павлова Н. Н. Сравнительный анализ источников гражданского законодательства стран бывшего СССР // Вестник Пермского университета. — 2012. — Вып. 3 (17).
8. Рудакова В. Д. Гражданско-правовой статус публичных юридических лиц : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2014.
9. Салимов С. М. Создание гражданского законодательства Азербайджанской ССР (1920–1923 гг.). — Баку, 1970.
10. Халафов М. С. Гражданское право Азербайджанской ССР в период строительства социализма, 1920–1935 гг. : дис. ... д-ра юрид. наук. — Баку, 1973.
11. Халафов М. С. История государства и права Азербайджанской ССР: 1920–1934 гг. — Баку : Изд-во Академии наук Азербайджанской ССР, 1964.
12. Cabrillac R. Les codifications, Droit éthique société. — November 19, 2002.
13. Gsovski V. Soviet civil law: Private rights and their background under the Soviet regime. — Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1949.
14. Ioffe O. S. Development of Civil Law Thinking in the USSR. — Milano : Dott. A. Giuffrè Editore, 1989.
15. Knieper R. Rechtsreformen entlang der Seidenstraße: Aufsätze und Vorträge während der beobachtenden Teilnahme an einem gewaltigen Transformationsprozess // Berliner Wissenschafts-Verlag. — 1 Jan 2006.

<sup>24</sup> Павлова Н. Н. Сравнительный анализ источников гражданского законодательства стран бывшего СССР // Вестник Пермского университета. 2012. Вып. 3 (17). С. 164.

16. *Knieper R., Boguslavski M.* Concept for Legal Counseling in Transformation States. — Seidman/Wälde, Seidman. — 1999.
17. *Sukhanov Ye.* The Concept of Ownership in Current Russian Law // Law Review University of Tartu, Estonia. — 2001. — № VI.
18. *Tilley A. A.* Modern France: a companion to French studies. — Cambridge University Press, 1922.
19. Azərbaycan SSR-in Mülki Məcəlləsi (1923 — cü il), Azərbaycan SSR-in Mülki Məcəlləsi (1964 — cü il): Bütün əlavə və dəyişikliklər də daxil olmaqla məcəllələrin bərpə edilmiş tam mətnləri / tərtibçi B. C. Kərimli. — Bakı : Hüquq Yayın Evi, 2013.
20. *Əkbərov R., Səlimov S.* Azərbaycanın dövlət və hüquq tarixi. — Bakı : Qanun nəşriyyatı, 2003.
21. *Həsənov Ə.* İş və xidmət müqavilələri: Mülki Məcəllənin kommentariyası. — Bakı : İkinci nəşr, Adventa MMC, 2013.
22. *Səlimov S.* Azərbaycan SSR mülki qanunvericiliyi tarixindən. — Bakı : Azər nəşr, 1969.

*Материал поступил в редакцию 19 февраля 2022 г.*

### REFERENCES

1. Bogustov AA. Problemy vzaimodeystviya modelnogo i natsionalnogo grazhdanskogo zakonodatelstva stran SNG [Problems of interaction of model and national civil legislation of the CIS countries]. *Rossiyskaya yustitsiya [Russian Justitia]*. 2012;3. (In Russ.).
2. Venediktov AV. Gosudarstvennaya sotsialisticheskaya sobstvennost [State socialist property]. Moscow: Leningrad; 1948. (In Russ.).
3. Goykhabarg AG. Lenin i sovetskoe pravo [Lenin and Soviet law]. *Sovetskoe pravo [Soviet law]*. 1924;2. (In Russ.).
4. Ioffe OS. Izbrannye trudy po grazhdanskomu pravu: Iz istorii tsivilisticheskoy mysli. Grazhdanskoe pravootnoshenie. Kritika teorii «khozyaystvennogo prava» [Selected works on civil law: From the History of Civil Thought. Civil legal relationship. Criticism of the theory of «economic law»]. Moscow: Statut Publ.; 2000. (In Russ.).
5. Lenin VI. O zadachakh Narkomyusta v usloviyakh novoy ekonomicheskoy politiki: pismo D. I. Kurskomu [On the tasks of the People 's Commissariat of Justice in the context of the new economic policy: A letter to D.I. Kurskiy]. *Polnoe sobranie sochineniy [The complete works]*. Moscow; 1964. (In Russ.).
6. Makovskiy AL. O kodifikatsii grazhdanskogo prava (1922–2006) [On the codification of civil law (1922–2006)]. Moscow: Statut Publ.; 2010. (In Russ.).
7. Pavlova NN. Sravnitelnyy analiz istochnikov grazhdanskogo zakonodatelstva stran byvshego SSSR [Comparative analysis of sources of civil legislation of the former USSR countries]. *Vestnik Permskogo universiteta [Perm University Herald]*. 2012;3(17). (In Russ.).
8. Rudakova VD. Grazhdansko-pravovoy status publichnykh yuridicheskikh lits: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk [Civil legal status of public legal entities. Author's abstract of the Cand. Sci. (Law) Thesis]. Moscow; 2014. (In Russ.).
9. Salimov SM. Sozдание grazhdanskogo zakonodatelstva Azerbaydzhanskoy SSR (1920–1923 gg.) [Creation of civil legislation of the Azerbaijan SSR (1920–1923)]. Baku; 1970. (In Russ.).
10. Khalafov MS. Grazhdanskoe pravo Azerbaydzhanskoy SSR v period stroitelstva sotsializma, 1920–1935 gg.: dis. ... d-ra yurid. nauk [Civil law of the Azerbaijan SSR during the construction of socialism, 1920–1935. Dr. Sci. (Law) Dissertation]. Baku; 1973. (In Russ.).
11. Khalafov MS. Istoriya gosudarstva i prava zerbaydzhanskoy SSR: 1920–1934 gg. [History of the State and Law of the Azerbaijan SSR: 1920–1934]. Baku: Publishing House of the Academy of Sciences of the Azerbaijan SSR; 1964. (In Russ.).
12. Azərbaycan SSR-in Mülki Məcəlləsi (1923 – cü il), Azərbaycan SSR-in Mülki Məcəlləsi (1964 – cü il): Bütün əlavə və dəyişikliklər də daxil olmaqla məcəllələrin bərpə edilmiş tam mətnləri / tərtibçi B. C. Kərimli. Bakı: Hüquq Yayın Evi; 2013.
13. Cabrillac R. Les codifications, Droit éthique société. November 19, 2002.
14. *Əkbərov R., Səlimov S.* Azərbaycanın dövlət və hüquq tarixi. Bakı: Qanun nəşriyyatı; 2003.
15. Gsovski V. Soviet civil law: Private rights and their background under the Soviet regime. Ann Arbor, University of Michigan Law School; 1949.

16. Həsənov Ə. İş və xidmət müqavilələri: Mülki Məcəllənin kommentariyası. Bakı: İkinci nəşr, Adventa MMC; 2013.
17. Ioffe OS. Development of Civil Law Thinking in the USSR. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore; 1989.
18. Knieper R. Rechtsreformen entlang der Seidenstraße: Aufsätze und Vorträge während der beobachtenden Teilnahme an einem gewaltigen Transformationsprozess. Berliner Wissenschafts-Verlag. 1 Jan 2006.
19. Knieper R, Boguslavski M, Concept for Legal Counseling in Transformation States. Seidman/Wälde, Seidman; 1999.
20. Səlimov S. Azərbaycan SSR mülki qanunvericiliyi tarixindən. Bakı: Azərnəşr; 1969.
21. Sukhanov Ye. The Concept of Ownership in Current Russian Law. Law Review University of Tartu, Estonia; 2001. No.VI.
22. Tilley AA. Modern France: a companion to French studies. Cambridge University Press; 1922.



DOI: 10.17803/1729-5920.2022.187.6.138-150

Liu Xue\*

## Rethinking and Constructing the Mechanism of Directors' Exemption from Liability under the Revision of the Chinese Company Law

**Abstract.** Since its introduction, Chinese Company Law has played a great role in the development of Chinese business system, but with the development of the economy, continuous technological innovation and changes in the world environment, the current Company Law can no longer meet Chinese current economic development and needs to be improved and modified. By examining the current legislative situation in China, the provisions on directors' liability in China are too strict, which seriously affects the directors' business judgment in favor of the company's development in the process of business decision making and does not provide the company directors with the protection they deserve, but instead applies a more stringent standard of liability to directors. At present, there is a double lack of statutory exemption system and intentional exemption system for directors' liability in Chinese corporate legal system, and in the field of practice, there is a misinterpretation of the judgment standard of directors' liability for diligence, which needs to be clarified. By analyzing the value and function of the director's liability exemption system, the article seeks ways to solve the problem of director's liability exemption, protects directors from unfortunate punishment by introducing business judgment rules, reasonably constructs the intentional exemption mechanism of director's liability, and clarifies the judgment standard of director's liability for diligence. The director liability exemption system is reasonably constructed so as to improve the corporate governance problem in China and promote the internationalization level of Chinese company law.

**Keywords:** Chinese Company Law; Directors; Duty of Care; Duty of Diligence; Directors' Liability; Exemption from Liability; Business Judgment Rule; Statutory Exemption from Liability; Intentional Exemption from Liability; Corporate Governance.

**Cite as:** Liu Xue. Rethinking and Constructing the Mechanism of Directors' Exemption from Liability under the Revision of the Chinese Company Law. *Lex russica*. 2022;75(6):138-150. DOI: 10.17803/1729-5920.2022.187.6.138-150. (In Eng., abstract in Russ.).

### Переосмысление и формирование механизма освобождения директора компании от ответственности в рамках пересмотренного Закона о компаниях Китая

Лю Сюэ, кандидат юридических наук, факультет гражданского, коммерческого и экономического права Китайского Университета политических наук и права (Пекин, Китай)  
Улица Ситучэн, 25, район Хайдянь, Пекин, Китай, 100088  
597925485@qq.com

**Аннотация.** С момента своего появления китайское законодательство о компаниях играет большую роль в развитии китайской бизнес-системы, однако с развитием экономики, непрерывными технологическими инновациями и изменениями в мировой среде действующее Законодательство о компаниях больше не соответствует текущему экономическому развитию Китая и нуждается в изменении и совершенствовании. Анализ текущего китайского законодательства, показывает, что нормы об ответственности директора компании в Китае являются слишком строгими, и это серьезно влияет на принятие директором решений,

© Liu Xue, 2022

\* Liu Xue, J. D. Candidate, School of Civil, Commercial and Economic Law, China University of Political Science and Law (Beijing, China)  
25 Xitucheng Rd, Haidian District, Beijing, China, 100088,  
597925485@qq.com

связанными с развитием компании. Данные нормы также не обеспечивают директору компанию должную защиту. Вместо этого применяется более строгий подход к определению ответственности директора компании. В настоящее время в корпоративной правовой системе Китая отсутствуют как механизм освобождения от ответственности, так и механизм целенаправленного освобождения от ответственности директора, а в области судебной практики возникает неправильное толкование нормы вынесения судебного решения об ответственности директора за проявление должной заботы, которая нуждается в разъяснении. На основании анализа ценности и назначения принципа освобождения директора от ответственности, в статье рассматриваются пути решения проблемы освобождения директора от ответственности, защиты директора от необоснованного наказания путем введения правила делового суждения, обосновывается формирование механизма целенаправленного освобождения директора от ответственности и разъясняется стандарт принятия судебного решения об ответственности директора за проявление заботы о бизнесе. Система освобождения директора от ответственности должна быть сформирована таким образом, чтобы было возможно решить проблему корпоративного управления в Китае и повысить уровень интернационализации китайского корпоративного права.

**Ключевые слова:** китайское корпоративное право; директор; обязанность проявлять заботу; обязанность проявлять осмотрительность; ответственность директора; освобождение от ответственности; правило делового суждения; предусмотренное законом освобождение от ответственности; целенаправленное освобождение от ответственности; корпоративное управление.

**Для цитирования:** Лю Сюэ. Переосмысление и формирование механизма освобождения директора компании от ответственности в рамках пересмотренного Закона о компаниях Китая // *Lex russica*. — 2022. — Т. 75. — № 6. — С. 138–150. — DOI: 10.17803/1729-5920.2022.187.6.138-150.

In the course of the development of modern company law, the gradual weakening of the powers of the shareholders' meeting and the strengthening of the powers of the board of directors has become a trend... strengthening the powers of the board of directors has become a reality in the legislation of many countries<sup>1</sup>. In the operation of the company, compared to the shareholders in the status of investors (contributors), the directors are responsible for the execution and management of specific affairs of the company and are more knowledgeable about the company, all powers of the company shall be exercised by the board of directors or under the authority of the board of directors, and the business doctor and affairs of the company shall be managed by or under the direction of the board of directors<sup>2</sup>. However, rights and responsibilities are corresponding, directors to manage the company at the same time also have obligations to the company, violation of obligations will need to be responsible for the company or shareholders, strengthen the responsibility of directors to help directors to do their duty to act for the company, is conducive to the construction of corporate governance structure, but is it reasonable to pursue the responsibility of directors? If we do not construct a reasonable system and limit of liability, too strict or too loose liability will cause the imbalance of interests between the

company, shareholders, directors and creditors. The Company Law of China provides for the duty of diligence and fidelity of directors, and restrains the behavior of directors in the system, requiring them to actively work for the benefit of the company while maintaining restraint on non-faithful and diligent behavior beyond their duties. However, since the provisions are broad and unspecified, and while strengthening the directors' obligations, the construction of the directors' exemption system is neglected. It is not known whether it is the intention of the legislator to protect the interests of the company and shareholders, or whether the exemption system is not taken into consideration because it is not yet important. It is necessary to examine the legislative status of the company law in foreign countries in order to construct the director's exemption system in China.

### **I. Discovery of the Problem: Examination of the Legislative Status of Directors' Exemption from Liability**

Paragraph 3 of Article 112 of the Company Law of China stipulates that directors shall be liable for the resolutions of the board of directors, but directors may be exempted from liability if they prove that they have expressed dissent when voting when

<sup>1</sup> Wang Baoshu. The directors and board of directors of a joint stock company // Translation and review of foreign law. 1994(1). P. 1.

participating in the decision-making. Article 149 stipulates that a director who violates the provisions of laws, administrative regulations or the articles of incorporation and causes damage to the company shall be liable for compensation. From this, we can see the lack of provisions for directors' exemption from liability in China, which mainly has the following problems.

#### **A. The absence of a statutory exemption system**

Statutory exemption refers to the exemption of directors from liability by direct provisions of law. This includes the provisions of the Company Law on the exemption of liability for dissenting directors and the provisions of the business judgment rule. The former is too simple and lacks operability and effectiveness, while the latter is not yet available in Chinese company laws.

First, the scope of the exemption from liability is too small. The United States, Japan and other countries not only provide for a statutory exemption system for directors' liability in their corporate laws, but also design the circumstances under which directors can be exempted from liability by the company's resolution authority. Compared with the construction of the director's exemption system in the company law of the United States and Japan, China's director's exemption from liability is only stipulated in Article 112, Paragraph 3 of the Company Law. This paragraph provides: «Directors shall be responsible for the resolutions of the board of directors. If a resolution of the board of directors violates the laws, administrative regulations or the articles of incorporation or the resolution of the general meeting of shareholders and causes the company to suffer serious losses, the directors who participated in the resolution shall be liable to the company for compensation. However, if it is proved that he/she has expressed his/her dissent at the time of voting and recorded in the minutes of the meeting, the director may be exempted from liability. From this, it can be seen that a director can only be exempted from liability if he or she expresses dissent at the time of the resolution of the directors and records it in the minutes of the meeting. Such a provision will inevitably increase the risk of directors' decisions and increase the disinterest of directors' actions.

For the company may not promote the company's profitability, the directors fear the harshness of liability will inevitably be fearful, hesitant to make important decisions, but will cause obstacles to the operation of the enterprise. In addition, there is a point worth thinking about, for the dissent of the situation how to provide, what specific circumstances? Our company law does not have detailed provisions. Both the effectiveness and operability are obstacles.

Second, the vacancy of the business judgment rule. «The business judgment rule, as a safe haven for directors' liability, can greatly motivate directors, improve the efficiency of company operation and resist shareholder litigation under the situation of separation of ownership and operation»<sup>3</sup>. The business judgment rule has been stipulated in extraterritorial law and has undergone decades of development in judicial practice. Chinese current company law has not been introduced to the business judgment rules. It is true that system transplantation is not simply the introduction and copying, in order to avoid the embarrassing situation of the southern orange and the northern hedgehog, in-depth investigation of the system, the provision of business judgment rules suitable for our legal environment is more conducive to the reasonable construction of the director system. The business judgment rule is to protect directors from the risk of reasonable and bona fide business decisions. Therefore, the meaning, types and elements of business judgment rules should be clarified in the process of introducing the system to avoid the uncertainty of judicial decisions in practice. The business judgment rule is an incentive for directors, which helps to stimulate the vitality of enterprises and promote their competitive development.

In judicial practice, some courts in China have used the business judgment rule to make decisions, but there is also a great deviation in the application of the judgment standard regarding the directors' duty of diligence. For example, in the case of a compensation dispute of a property company Ltd. heard by the Zhejiang High Court, the Zhejiang Provincial High Court defined the duty of diligence at the time of determination as «The duty of diligence, also known as the duty of care and the duty of good management, means that the directors, supervisors and senior manage-

<sup>2</sup> Shen Sibao. The latest U.S. standard corporate law // Law Press. 2006. P. 90.

<sup>3</sup> Chang Jian, Zhang Qiang. Business judgment rule: development trend, application limitation and perfection: the perspective of dividend distribution of limited liability companies // Law and Business Research. 2013(3). P. 144.

ment of the public A shall, in the execution of the affairs of the public A, exercise the care, diligence and skill shown by a reasonably prudent person in a similar situation perform their duties»<sup>4</sup>. The Zhejiang High Court found that the duty of care focused on the application of the «reasonably prudent person» standard, which is consistent with the judgment standard of the British company law. In a case heard by the Shanghai Minhang Court in Shanghai, the court held that business judgment rules should be introduced to regulate the protection of corporate autonomy and directors' business judgment<sup>5</sup>. This is obviously focused on the business judgment standard in the U.S. law. The difference in emphasis of the above courts also reflects the difference in practice due to the lack of clarity in the law. The uncertainty of the law has caused the application of deviations in judicial practice, which is likely to bring uncertainty to independent directors' practice risks.

### **B. The absence of the intended exemption system**

Throughout the world's corporate law, most countries recognize that directors can be exempted from liability by intentional means, which mainly include the agreement of the articles of incorporation, the resolution of the shareholders' meeting, the resolution of the board of directors and other means. In China, only Article 112 of the Company Law provides in principle for the exemption of directors from liability, which is too narrow in scope. However, in the spirit of legislation, the legislator has already shown constructive exploration for the exemption of directors from liability. As the business society is complicated and changing, the construction of the intended exemption system is one of the manifestations of respecting the autonomy of the company, and it is entirely possible to leave the institutional arrangement and exemption of liability within the company to the autonomy of the company. The company law belongs to private law in nature, and the company law should be constructed to respect the autonomy of the company to the greatest extent, and the intended exemption of directors from liability is the embodiment of the spirit of autonomy. This

will help reduce the risk of directors in making normal business decisions, which is very attractive to directors.

### **C. The principle of duty of diligence is too broad**

The duty of diligence is not clearly stipulated in either legislation or judicial practice, and judicial staffs are also secretive about it and do not give clear explanations about it. In the case of violation of the law, the directors are only punished for violating the duty of diligence. Article 149 of the Company Law of China only provides in principle, but does not elaborate on its specific content, and the provisions are too broad, leaving the determination of the directors' duty of diligence to the discretion of the court.

## **II. Traceability of the system: the basic concept of directors' exemption system**

### **A. Clarity of implication: Interpretation and jurisprudential basis of the exemption system**

Legal responsibility, as a guarantee mechanism for the operation of law, is an indispensable link of the rule of law. «Legal liability is an obligation with direct compulsion that arises from the violation of legal rights or violation of legal obligations and is determined by a special state organ and attributed to the responsible subject of legal relations, i.e. an obligation of second nature incurred as a result of the violation of legal obligations of the first nature»<sup>6</sup>. «Exemption from liability presupposes the existence of legal responsibility, and although the violator has in fact violated the law and has the conditions for legal responsibility, he may be partially or fully exempted from legal responsibility due to certain subjective or objective conditions established by law»<sup>7</sup>. For the exemption of director's liability, scholar Li Hua believes that director's exemption from liability refers to the procedure to relieve the director from the liability that should be admitted by the director when the company's director is held accountable for the management failure, and to mitigate the business risk in the director's management decision<sup>8</sup>. Scholar Zhang

<sup>4</sup> See (2010) Zhejiang (Commercial) Final Appeal No 1 for details.

<sup>5</sup> See (2010) Minhang Civil II (Commercial) Original jurisdiction No 15 for details.

<sup>6</sup> Zhang Wenxian. The general theory of law. Liaoning University Press, 1988. P. 164.

<sup>7</sup> Zhang Wenxian. Research on the Scope of Philosophy of Law // Beijing, China University of Political Science and Law Press. 2001. P. 142.

<sup>8</sup> Li Hua. Research on Directors' Liability Insurance System // Law Press. 2008. P. 184.



Minan believes that directors' legal responsibility for breach of duty of loyalty, duty of care or statutory obligations can be exempted by various ways<sup>9</sup>. The formation of the system is bound to explore the legal logic behind it, and in the case of the exemption from liability of company directors, there are two points.

Consideration of the principle of fairness. The company is profit-oriented and its essence lies in profit-making. The company carries out commercial activities and the directors, as the main executors of the company, make commercial judgments on the company's investment decisions. If the decision is in line with the business judgment, and the company obtains profit, then the profit will belong to the company, and the company dividends to the shareholders, while if the director makes a business misjudgment, causing losses to the company, thus making the director bear the responsibility, which is against the requirements of the principle of fairness. It is easy to see from the legal norms that the balance of interests of the company is inclined to the shareholders' side, and the protection of directors is poor.

The balance of business risks. Business risks are highly uncertain, which also requires directors to exercise due diligence in making business judgments for the company and to act in accordance with the requirements of the duty of loyalty and diligence. However, the uncertainty of business leads to the inevitable operational errors of the company. Directors are only rational people with specialized knowledge and limited knowledge of the objective world, and will not make every business judgment they make pay off. It is not wise to blame directors when decisions are wrong. Directors should be held accountable if they have failed to exercise diligence and fidelity, but they should not be blamed if the uncertainty of business risk has caused the company's loss. The benefits of a successful decision belong to the company and the risk should not be unduly imposed on the directors.

#### **B. Doctrinal discernment: The relationship with the company as a perspective**

The existence and implementation of the legal system is predicated on the organic unity of responsibility, power and benefit. Liability is due to

the existence of obligations, the directors who violate the obligations must be responsible for this, and the exemption of liability is predicated on the responsibility. The discussion of directors' liability should first clarify the relationship between directors and the company. In this regard, there are four main doctrines as follows.

First, the appointment relationship theory. The appointment theory is proposed by the civil law countries based on the characteristics of the company law of the civil law countries. The most typical provision is the Japanese Commercial Code, which stipulates in Article 254-1, Paragraph 3, «The relationship between the company and the directors shall be in accordance with the provisions on appointment.» In this legal relationship, the company is the appointor, the director is the appointee, and the management and operation of the company's property is the subject of the appointment. Mr. Shi Shangkuan defines appointment as «a contract in which one party agrees to appoint another party to handle affairs and the other party agrees to do so. The person appointed to handle the affairs is called the appointer. The person who agrees to handle it is called the appointee»<sup>10</sup>. Based on the doctrine of appointment, the company is regarded as an appointee, which appoints the directors to decide the specific affairs of the company and the execution of its business. Professor Zheng Yubo also believes that «directors belong to a kind of paid appointment because of the relationship of remuneration, and thus the execution of their duties should be subject to the attention of the good administrator»<sup>11</sup>. Professor Wang Baoshu also believes that the relationship between the two is an appointment relationship, but this appointment relationship is different from other appointment contracts, that is, it is established only by the resolution of the shareholders' meeting to elect and the directors' agreement to serve. According to the appointment relationship, the director «may acquire the right to make business decisions and execute business on the affairs of the company by virtue of his appointment, and the director may handle the affairs of the company according to his appointment»<sup>12</sup>.

Second, the fiduciary relationship theory. The fiduciary relationship theory originates from the case law countries such as England and the United

<sup>9</sup> Zhang Minan. Research on the legal status of directors in modern common law // Law Press. 2007. P. 228.

<sup>10</sup> Shi Shangkuan. The Law of Debt. China University of Political Science and Law Press, 2000. P. 381.

<sup>11</sup> Zheng Yubo. Corporate law. Sanmin Press, 1971. P. 132.

<sup>12</sup> Wang Baoshu. Chinese Company Law. China Workers Press, 1995. P. 210.

States, before 1844, most of the joint stock companies in England did not have legal personality, and the company appointed directors as trustees through trust certificates. The trust relationship requires the transfer of ownership of the trust property, but the director is only a manager in the company, and does not own the property of the company, so the fiduciary relationship can not be measured here.

Third, the agency relationship. Agency means «the system that makes it possible to attribute the effects of an act performed by someone other than oneself to oneself is the agency system»<sup>13</sup>, German company law considers the relationship between the director and the company as agency relationship, Article 26 (2) of the German Civil Code states: «The board of directors represents the association within and outside the law; the board of directors has the status of legal representative. Representation of the association within and outside the statute; the board of directors has the status of a legal representative. The scope of representation may be limited by the bylaws and its effect may be against third parties». The German Stock Corporation Act further clarifies and specifies the civil law legislation on «the board of directors as the company's agent». Section 78, subparagraph 3 of the Act specifies that «A member of the Board of Directors may be authorized to represent the company alone or jointly with another agent.» Article 82 of the Law states that «In their relations with the Company, the members of the Board of Directors are obliged to comply with the restrictions on the competence to execute the business established by the Articles of Association, the Supervisory Board, the General Meeting of Shareholders and the operational regulations of the Board of Directors and the Supervisory Board, within the limits set by the regulations of the relevant joint stock company». This legislative provision clarifies that the directors are in an agent position in the company in terms of the restrictions on their authority. However, this doctrine has certain limitations, when the directors deal with the affairs of the company, according to the agency theory will be the responsibility of the company, ignoring the directors as managers of the company should assume the duty of fidelity and diligence, in addition, compared to the traditional civil law theory of the agency system, the agent based on the scope of the agent's authorization to engage

in activities, while in the company the directors have greater agency authority and independence.

Fourth, the double-layer relationship between agency and commission. This view is that the director's actions can be divided into internal and external actions, internally, the director accepts the company's commission as a trustee; externally, the director represents the company as the company's agent. The agency relationship involves a third party in addition to the agent and the agent, while the principal relationship exists only between the principal and the principal. Therefore, this view is that the company and the director have a two-tier relationship between agency and commission.

Clarifying the relationship between the company and the director is a key factor in the director's responsibility. For the trust relationship, I do not agree, the trust relationship in its trustees can be natural or legal persons, and for the company director's qualifications, only natural persons are allowed to become directors of the company. Moreover, the trust relationship requires the transfer of property ownership, while the director is only the executor of the company's affairs, the company has independence, and all property rights belong to the company. This is not consistent with the traditional trust relationship. For the agency relationship, I also disagree, the agency relationship, the agent in the name of the agent to carry out legal acts, the agent's responsibility for the agent's actions, the agent's scope of authority is limited by the agent's authorization, and does not reflect the agent's personal will. However, in a company, although the director acts according to the authorization of the shareholders' meeting or the board of directors, he or she still has a large discretionary power for the major business decisions of the company. Therefore, I prefer the appointment relationship, and the appointment between the director and the company belongs to the paid appointment. Based on the appointment relationship, the two have mutual obligations, for the company, the obligation to pay compensation, compensation obligations, the intervention of the principal, etc., and similarly, for the director, the obligation to deal with affairs, reporting obligations, transfer obligations, post-contractual obligations and compensation obligations, etc.<sup>14</sup>, violation of the above obligations will need to bear the corresponding responsibility to the principal.

<sup>13</sup> Yamamoto Keizo. General Principles of Civil Law. Beijing University Press, 2012. P. 276.

<sup>14</sup> Li Yongjun. Contract law // Higher Education Press. 2011. P. 368.

### III. Necessary Analysis: Analysis of the Construction of Directors' Exemption System

#### A. One of the necessities:

##### Based on the protection of directors

The corporate governance system and the corporate capital system are the two cornerstones of corporate law and the two pillars that support the entire corporate law system. The market fluctuations and changes also require the company law to be constantly updated and improved, and the company can not survive without the continuous innovation of corporate governance. The development of the legal system of the company in the past 30 years has made certain achievements, but also a great deal of systemic problems, such as the embarrassing situation of the transplantation of the legal system, the patch-type legal repair is not helpful, the Chinese corporate governance system needs a more comprehensive, systematic and profound system change and innovation<sup>15</sup>. From the historical flow of corporate governance in developed capitalist countries in Europe and America, the center of corporate power has shifted from shareholders' meeting centrism to board centrism. If the company pursues the maximization of shareholders' interests, then it corresponds to shareholders' meeting centrism, but if the company pursues the maximization of the company's own interests, then it is board centrism<sup>16</sup>. On China's current corporate governance structure, it seems that the company is still controlled by the shareholders' meeting, but from the historical development, along with the innovation of the company system and the development of economic and social, the separation of ownership and operation control of the two powers will be more obvious, the company power from the shareholders layer down to the directors layer has been revealed, although in theory and legislation emphasizes the shareholders to the company's ownership status, but the directors are the really responsible for the company's operation and management of the subject.

In terms of the current legislation of the Company Law in China, it seems that the power of

the company is given to the shareholders' meeting, and the status of the shareholders' meeting is valued but the independent value of the company is ignored, and the legislation shows more to strengthen the shareholders' control over the company. Directors prudently invest in the operation of the company for the sake of the company, but does not give too much power to the directors, for the directors, in addition to the powers attached to the articles of incorporation themselves, their powers and authority at different levels of legal rules are hardly expanded, in the case of limited powers, too much responsibility is placed on the directors<sup>17</sup>. Unfortunately, «there are no formal rules in Chinese law to protect the powers and positions of directors and officers, such as the rules of dismissal, business judgment rules, immunity from liability and even liability insurance in American law, are queer»<sup>18</sup>. Some scholars criticize the difficulty of forming a high level of corporate governance team under our current corporate governance system on the grounds that the knowledge and integrity level of managers is low, but this is not a reason to deny the construction of a director's immunity system. Is it really appropriate to blame directors too harshly and place the blame for the company's business risks on them? The current system of directors' liability exemption in China is queer, and there is a complete mismatch between obligations and responsibilities, so it is entirely necessary to construct a director's exemption system to some extent.

#### B. Necessity No: Embodiment of the autonomy of the company law

Private law autonomy implies that market subjects conclude legal relations through meaningful autonomy, the essence of which is respect for contracts and trust in the market. At the same time, private law autonomy also emphasizes the law's respect for the will of the parties, allowing them to negotiate their rights and obligations through contracts and to make different regulations for different needs. The company also organizes the factors of production it

<sup>15</sup> Zhao Xudong. Innovation of corporate governance system in the revision of company law // China Law Review. 2020(3). P. 119.

<sup>16</sup> Zhao Yuan. Board-centeredness and shareholder-centeredness: A discussion of modern American corporate governance doctrines // Comparative Law Research. 2009(4). P. 95.

<sup>17</sup> Deng Feng. The representative corporation: power and responsibility in Chinese corporate governance. Peking University Press, 2015. P. 45.

<sup>18</sup> Deng Feng. The origin of corporate compliance and the limitations of the Chinese system // Comparative Law Research. 2020(1). P. 44.

needs by means of different contracts. In the view of legal and economic theorists, commercial law is a model law that exists to provide a template for cooperation and a compensation mechanism to fill contractual gaps, and should allow the parties to be autonomous in private law. According to Adam Smith, rational people engage in business activities following the concept of maximizing individual interests. The form of commercial organization should be left to the parties to decide for themselves, rather than replacing individual choice with mandatory legislative regulation. The theory of the economics of law advocates reducing the mandatory norms of law and increasing the arbitrary norms<sup>19</sup>. The economic analysis school of law, which emerged from the University of Chicago, believes that a laissez-faire economic model is the best model, opposes government intervention, and advocates reducing government regulation and using contracts to solve corporate problems. The corporation is not an independent entity, but a network of contracts that connects the rights and obligations between the parties<sup>20</sup>.

The autonomy of the company law is one of the explicit features of the company law, which has the color of autonomy from birth. Article 1 of the Company Law stipulates that this Law is enacted to regulate the organization and conduct of companies, protect the legitimate rights and interests of companies, shareholders and creditors, maintain the social and economic order, and promote the development of the socialist market economy. It can be seen here that the current company law in the protection of the subordinate position is to regulate the organization and behavior of the company, that is, to protect the organization and operation of the company and business behavior. As a company law to protect and maintain the operation of the company, from the history of the development of the company, there were first joint-stock companies, i.e. public companies, and then limited liability companies, i.e. private or closed companies. In the early days of corporate legislation, the company law was set up mainly for the operation of the joint stock company, which had a great financing tool, and its operation and functioning was not only about the interests of shareholders, but even affected the economic development of a region or even a country. The

shareholders, as investors, are only interested in profitability, not in the management of the company, and the ownership of wealth without control and control of wealth without ownership is the logical conclusion of the development of the joint stock company, which affects not only the shareholders, creditors, executives and operators of the company, but also the regional economy. Therefore, for the joint-stock company, for the protection and balance of public interests, it is inevitable to regulate it through mandatory norms to serve the development of the company while balancing the interests of all parties. In contrast, closed companies are mainly formed for small and medium-sized investors to obtain income, as can be seen in the legislative process of corporate law, which usually treats public companies as ordinary rules for regulation, while closed companies as a special case of corporate law, usually simplified or selective provisions for the special problems of closed companies for special provisions, the purpose of which is to allow closed companies to make their own choices, giving them The purpose is to allow closed companies to make their own choices and give them the ability to operate for profit. According to the economics of law, one of the functions of the existence of arbitrary norms is to fill the gaps in the contract. A company contract can never be perfect, and all laws have loopholes, which are inevitable. Then it needs to be constantly supplemented and improved, and the arbitrary norms play such a role. In addition, the role of arbitrary norms is to provide standard contracts for economic transactions. Standard contracts can reduce transaction costs. When a large number of transactions occur, a standardized text will greatly reduce the transaction costs of subsequent contracts. Standard contracts are continually adjusted and modified until they are optimal to meet the needs of the economy and society.

#### **IV. The path of deciphering: the construction of director's exemption system**

The construction of a director's immunity system does not encourage directors to actively make mistakes, engage in risky business transactions,

<sup>19</sup> Guo Rui. Mandatory and arbitrary norms in the law of commercial organizations-the example of the board of directors system // Global Law Review. 2016(2). P. 69.

<sup>20</sup> Huang Hui. Comparative study of modern company law: international experience and inspiration for China. Tsinghua University Press, 2020. P. 15–16.



and disregard the assets of shareholders and the company, but rather, the construction of a system of immunity from liability that does not arise from the director's intention or failure to exercise diligence and fidelity. The «exemption» is not a simple determination, but is subject to a strict review of the conditions under which the exemption is granted. «The result of strict director liability means that directors may be held liable for large amounts of compensation at any time for mistakes in decision-making, which may seriously discourage directors from taking risks and making bold decisions in their operations.»<sup>21</sup> In the context of the gradual increase of directors' liability, the construction for shareholders' exemption from liability is not only a protection for directors, but also a key part of improving the corporate governance system in China.

#### A. Introduction of business judgment rules

The Business Judgment Rule was not created by statute, but originated from the practice of case law and was developed in Delaware, USA. In practice, the courts do not want to pursue directors' business decisions after the fact, and American law can be traced back to the Louisiana Supreme Court's decision in *Percy v. Millaudon*<sup>22</sup> in 1829, where the term «business judgment rule» was first used. In his decision, the judge wrote: «The liability of a director does not depend on whether a wise man would make the mistake, but should be judged by the common sense of man, and it must be proved that the mistake was grossly negligent, which would not be so to a man of common sense to the extent of common sense. This was also discussed by the Rhode Island Supreme Court in 1850 in *Hodges v. New England Screw Co*<sup>23</sup>. Nowhere is the discussion of the business judgment rule more classic than in the 1984 U.S. case of *Aronson v. Lewis*<sup>24</sup>, where the judge held that the business judgment rule rests on the assumption that directors will act in the best interests of the company on an informed basis and in good faith when exercising their decision-making responsibilities. In the absence

of evidence of abuse of discretion by a director, the director's judgment is protected by the court. The burden of proof is on the party alleging a breach of duty on the part of the director to find facts to rebut the foregoing assumptions. 1985 U.S. judge in *Smith v. Van Gorkom*<sup>25</sup> held that not all actions of directors are protected by the business judgment rule, and that a director can only be protected by the business judgment rule if he or she acted in good faith, with knowledge, and in the honest belief that the decision he or she made was in the best interests of the company and was not. The business judgment rule protects directors only if they make decisions in good faith, with knowledge and in the honest belief that they are making decisions in the best interests of the company and without gross negligence.

To introduce the business judgment rule, it is first necessary to clarify the basis of the business judgment rule's argument. There are three main points that need to be clarified: first, to avoid directors from taking excessive business risks. Facing the vagaries of business, directors are not omnipotent and inevitably make mistakes. If a director makes a business decision for the company in good faith and diligently with full knowledge of the business situation, but still suffers from business risks and brings losses to the company in this case, the director cannot be held responsible for the company<sup>26</sup>. Business judgment rules are set to encourage excellent professionals to be used as directors of the company, to maximize the interests of the company to play their personal talents, should not put all the responsibility on the directors. Secondly, to avoid the court to intervene in the management of the company after the fact. The court is not a businessman and does not know enough about the company's operation and business risks, and the judge does not know the business situation compared to the company's operators. It is inevitable that a judge will judge and review the company's business decisions. Therefore, the rules of business judgment requires judicial restraint, respect for the rules

<sup>21</sup> *Cai Yuanqing*. New developments in the system of directors' liability exemption in Japan // *Politics and Law*. 2003(3). P. 139.

<sup>22</sup> See *Percy v. Millaudon* & AL, 8 Mart. (n.s.) 68 ;1829 La.

<sup>23</sup> See *Hodges v. New England Screw Co*.

<sup>24</sup> See *Aronson v. Lewis*, 473 A. 2d 805 ; 1984 Del.

<sup>25</sup> See *Smith v. Van Gorkom*, 488 A. 2d 858 ; 1985 Del.

<sup>26</sup> *Lori Mcmillan*. The Business Judgment Rule as An Immunity Doctrine // *WM. & Mary Bus. L. Rev.* 2013(4). P. 521.

of business judgment, the court should not be excessively involved in the company's business, to avoid falling into the company's business tired<sup>27</sup>. Finally, to avoid excessive shareholder intervention in the company's business decisions. Along with the development of the field of science and technology innovation, new companies are emerging, the capital may not understand the specific situation of the company, the shareholders lack of understanding of the development of high-tech companies, if shareholders can dare to operate the company by requesting the court to review the company's business judgment, it is bound to interfere with the operation of the company. If the shareholders disagree with the directors' business decisions, they can completely dismiss the directors through the procedure<sup>28</sup>.

According to Liu Lianyu, a scholar of corporate law in Taiwan, the business judgment rule has five requirements: 1. a business decision; 2. disinterested and independent; 3. reasonable and proper care; 4. Good faith or good faith; 5. No abuse of discretion<sup>29</sup>. Only with the above five requirements can be exempted from liability, otherwise directors will be liable for their actions. Therefore, whether the director's behavior meets the requirements of the business judgment rule, it is necessary to examine the specific behavior of the director with the above five components.

### **B. Reasonable introduction of intended exemptions**

If we look at foreign corporate law, around the 1980s, there were a large number of corporate law cases in the United States involving directors' duty of diligence, and directors' compensation to companies amounted to tens of millions of dollars, and such penalties greatly discouraged directors' work. The directors' business judgment to make investment behavior cannot be «hit all the time», and business investment failure is inevitable, so the increase of directors' liability is not the solution to the problem. In this context, various states in the United States have amended their corporate laws, the most representative being the Delaware General Corporation Law, which allows shareholders to provide for the limitation or exclusion of directors' liability in

the articles of incorporation. Section 102(b) of the Delaware General Corporation Law provides for the limitation of director liability, which exempts or limits the personal liability of a director of a corporation to the corporation or its shareholders for breach of the director's fiduciary duties resulting in pecuniary loss, subject to four exceptions: 1. if the director breaches his or her duty of loyalty to the corporation or its shareholders; 2. if the breach is not in good faith or negligence or if the act contains an intentional or unlawful act; 3. if the breach falls within the provisions of this Title 174 (unlawful payment of dividends, unlawful purchase or repurchase of shares); and 4. where the director derives improper personal benefit from the transaction.

In Japan, there are also clear provisions in the Company Law regarding the exemption of directors from liability. Articles 424 through 427 of the Japanese Company Law provide for the limitation and exemption of directors' liability. There are three types of exemptions, the first of which is by resolution of the general meeting of shareholders. The exemption is provided for in Article 424 of the Company Act, which states: «The liability in the first paragraph of the preceding Article shall not be exempted without the consent of all shareholders. Paragraph 1 of Article 423 stipulates that a director, accounting advisor, supervisor, executive officer or independent auditor who neglects his or her duties shall be liable to a joint stock company for damages suffered as a result. In the case of unanimous consent of all shareholders, the directors and related responsible persons may be exempted from liability for negligence in the performance of their duties, but only if the directors acted in a lax manner in the performance of their duties and if they acted in good faith and without gross negligence. Article 425 provides for a partial exclusion of liability. If a director or other officer performs his or her duties in good faith and without gross negligence, the shareholders' meeting may resolve to exclude part of the liability by reducing the amount of compensation payable in the manner prescribed by a decree of the Ministry of Justice. Second, the exemption from liability by resolution of the board of directors after authorization

<sup>27</sup> Stephen M. Bainbridge. The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine // *Vand. L. Rev.* 2004(57). P. 83.

<sup>28</sup> Guo Dawei. On the application of the principle of business judgment in the legal system of directors' liability: a review, comparison and reflection // *Journal of Civil and Commercial Law.* 2020(68). P. 26.

<sup>29</sup> Liu Lianyu. Directors' Liability and the Law of Business Judgment // *Journal of Civil and Commercial Law.* 2007(17). P. 186–187.

by the articles of incorporation is detailed in Article 426 of the Company Law of Japan. Although Article 424 provides for an exemption from liability by the shareholders' meeting, it differs in that the exemption by resolution of the board of directors must first be authorized by the shareholders' meeting because the board of directors is suspected of harboring insiders by making the resolution. Paragraph 1 states: «Notwithstanding the provisions of Article 424, in the case of liability under Article 423, paragraph 1, where the manager, etc., is acting in good faith and without gross negligence with respect to his or her duty travel, and where it is deemed necessary to consider the content of the facts constituting the cause of liability, the performance of the duties of the manager, etc., and other circumstances, the company sets up a committee of supervisors, audit, etc., or a nominating committee of the articles of incorporation may provide that, with the consent of a majority of the directors (except for the directors in charge) (if the company sets up a board of directors, a resolution of the board of directors), the provisions of paragraph 1 of the previous article may be exempted from the amount of dangerous exemption from such liability. Third, the exclusion of prior liability provided for in the Articles of Incorporation, Article 427 of the Company Law of Japan stipulates: «A joint stock company may provide in its Articles of Incorporation that it may conclude a liability limitation contract with an independent director, an accounting participant, an independent supervisor or an accounting auditor, etc., with respect to the liability in Article 423, paragraph 1, of the Articles of Incorporation — when such independent director, etc., is responsible for the execution of the duties of the independent director, etc. When the independent director, etc. is acting in good faith and without gross negligence in the performance of his or her duties, the joint stock company may prescribe an amount or choose a minimum amount of liability within the limits set by the Articles of Incorporation, and choose the higher of the two amounts as the limit of the contract. With regard to this legislation, some scholars believe that the prior exemption system is superior to the ex post exemption system, and some scholars even believe that not only independent directors can be exempted from liability through prior exemption, but other directors can also be exempted from

limitation and exemption of liability through prior exemption<sup>30</sup>.

### C. Clarification of the duty of diligence

The exclusion of directors' liability requires the premise that the directors are liable, and liability requires the premise that the directors are in breach of their obligations. The provisions of Article 147 of the Company Law on directors' duty of diligence are all in principle. Paragraph 1 of Article 147 provides that «Directors, supervisors and senior management shall comply with laws, administrative regulations and the articles of association, and shall have the duty of fidelity and diligence to the company. There is no provision on what is the duty of diligence, what is the content of the duty of diligence, and the criteria for judging the breach of the duty of diligence. Therefore, for the construction of the system of directors' liability exemption in China's company law, the specific content of directors' duty of diligence should be clarified first. Moreover, for the introduction of the business judgment rule, the director's duty of diligence should also be considered first, and the director's duty of diligence should be examined, and the director can be exempted from liability only when the business judgment rule is met. In academic circles, the duty of diligence has always existed as two sub-items of the duty of fiduciary duty together with the duty of faithfulness. The duty of diligence, also known as the duty of care, is the duty to exercise due diligence in determining whether an actor has exercised due diligence in dealing with the matters for which he or she is responsible for his or her duties, and to be liable for any failure to exercise sufficient care. The current provisions of the Company Law on the duty of diligence and the duty of fidelity of directors are too broad and difficult to apply in judicial practice. Therefore, is it necessary to refine the duty of diligence and the duty of fidelity to meet the realistic needs of judicial practice? In the author's opinion, it is necessary. In addition, what is diligence for directors' conduct? How to define diligence? Does the duty of diligence need to be refined into specific provisions? All the above questions need to be considered.

Whether the common law system developed the standard of reasonable and prudent rational person, or the civil law system developed the standard of expert, good manager standard, are reflected in the objective abstraction of the

<sup>30</sup> Morita chapter. Public company law. China University of Political Science and Law Press, 2012. P. 208.

unified standard, even in the performance of the differences between countries, but the essence of the convergence. The author believes that the standard of judgment for the duty of care should be objective and lawful, and should make further specific requirements for directors according to the differences of different companies and handling things in specific cases. Uniformity of standards will help to form a consistent judicial decision. From the aforementioned article can be seen, China's current «Company Law» for the duty of care of the sole director of the judgment standard, is still in the state of queue, only from the abstract sense of the provisions, from the practice can be seen, so that the provisions are not conducive to the handling of independent directors set up by the dispute resolution of the case. Since 2005, when the Company Law of China first stipulated the duty of diligence and the duty of fidelity of directors, it has been operating for 16 years in practice, however, there is no provision on how to define whether the duty of care of independent directors is fulfilled or not. Therefore, the key to solving the duty of care of independent directors lies in clarifying the criteria for judging the duty of care. The determination of the standard can help clarify the direction of the work of the independent director, how to meet the requirements of due diligence and meet the elements of the duty of care. First of all, for the establishment of the standard, it should be both the principle function of the abstract general provisions and the specific provisions of the normative role. The first paragraph of Article 147 of the Company Law of China can be the principle provision. However, the experience in judicial practice can be typed and analyzed, and the criteria for judging the specific independent directors' duty of care can be summarized based on typical cases. The combination of abstract provisions and specific provisions will restrain the behavior of independent directors and make them work diligently and conscientiously for the company. At the same time, provisions can also be made in both positive and negative aspects to provide as fine a guidance as possible, while setting up underwriting provisions to protect the discretionary space of the enforcers. Secondly, the standard should be determined in a lenient and strict manner, and should not be overly principled and lax, nor extremely strict. Overly lenient standards will easily create loopholes that will

make independent directors neglect their work and hinder the development of the company, while overly strict standards will put great pressure on the work of independent directors, and strict determination of the duty of care of independent directors will lead to excessive work requirements of independent directors, which will easily cause independent directors to bear the risks of the company's operation caused by non-personal factors, and even prevent outstanding professionals from becoming independent directors of the company to provide the company with professional advice and independent supervision. Therefore, for the setting of standards, we insist on reconciling leniency with strictness. Finally, for the setting of obligation standards, the principle of freedom of contract should be adhered to, allowing a combination of legal provisions and agreement. For example, the company's articles of incorporation may make autonomous provisions on the standard of duty of care for independent directors, and the company may negotiate with the independent director when appointing him/her to determine the content of the work and the standard of judgment of the duty, and may also agree on the liability and compensation matters, while the company law only provides the paradigm requirements and may leave the specific requirements to the company and the independent director to agree on themselves.

At the same time, attention should be paid to the culturing of independent directors' obligations. The report issued by the UK Company Law Review Steering Group argues that a culturally developed directors' obligation is essential for three reasons: first, clarity of visibility and accessibility. A codified directors' obligation will be clearer, and such clarity will undoubtedly provide better guidance for directors to act. In addition, codified directors' obligations will make it easier for directors to know the content of their obligations, so that they will not make mistakes out of ignorance. Second, it would allow the new company law to respond to new business practices, for example, in the area of conflicts of interest, where more and more directors are unclear about the specific application of conflicts of interest, and this could be addressed by means of law-making; third, it would address the so-called «scope» issues, such as directors acting in the interests of the company. These issues can also be clearly addressed through the enactment of a law<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Lin Shaowei. English modern company law // China Legal Publishing House, 2015. P. 433.



## V. Conclusion

As to how to construct the director's exemption system and the following issues should be noted, there are three levels of problems to be solved in the introduction and construction of the system, firstly, for the improvement of corporate governance, the role of directors in the operation of the company should be highly valued and given full play. Secondly, at the legislative level, the relief function of the general provisions of the existing law should be brought into play. For example, Article 147 of the Company Law provides for the duty of diligence and fidelity of directors, can this be a general provision, and can the function of the general provision be

brought into play to refine the duty of diligence and fidelity of directors? For example, Article 147 of the Company Law provides for the duty of diligence and duty of fidelity of directors. With respect to the provisions on directors' exemption from liability, can Article 112(3) of the Company Law be interpreted as a general provision on exemption from liability, thereby expanding other exemptions from liability? Finally, at the level of judicial application, the court should be given certain discretionary power, for the complex reality of the case, just as no two leaves in the world are the same, for the application of the practice should be more substantive than formal, grasp the balance between judicial intervention and corporate autonomy<sup>32</sup>.

## REFERENCE

1. *Shen Sibao*. The latest U.S. standard corporate law. — Law Press, 2006.
2. *Zhang Wenxian*. The general theory of law. — Liaoning University Press, 1988.
3. *Zhang Wenxian*. Research on the Scope of Philosophy of Law. — Beijing, China University of Political Science and Law Press, 2001.
4. *Li Hua*. Research on Directors' Liability Insurance System. — Law Press, 2008.
5. *Zhang Minan*. Research on the legal status of directors in modern common law. — Law Press, 2007.
6. *Shi Shangkuan*. The Law of Debt. — China University of Political Science and Law Press, 2000.
7. *Zheng Yubo*. Corporate law. — Sanmin Press, 1971.
8. *Wang Baoshu*. Chinese Company Law. — China Workers Press, 1995.
9. *Yamamoto Keizo*. General Principles of Civil Law. — Beijing University Press, 2012.
10. *Li Yongjun*. Contract law. — Higher Education Press, 2011.
11. *Deng Feng*. The representative corporation: power and responsibility in Chinese corporate governance. — Peking University Press, 2015.
12. *Huang Hui*. Comparative study of modern company law: international experience and inspiration for China. — Tsinghua University Press, 2020.
13. *Lin Shaowei*. English modern company law. — China Legal Publishing House, 2015.

*Материал поступил в редакцию 27 сентября 2021 г.*

## REFERENCES

1. Shen Sibao. The latest U.S. standard corporate law. Law Press; 2006.
2. Zhang Wenxian. The general theory of law. Liaoning University Press; 1988.
3. Zhang Wenxian. Research on the Scope of Philosophy of Law. Beijing, China University of Political Science and Law Press; 2001.
4. Li Hua. Research on Directors' Liability Insurance System. Law Press; 2008.
5. Zhang Minan. Research on the legal status of directors in modern common law. Law Press; 2007.
6. Shi Shangkuan. The Law of Debt. China University of Political Science and Law Press; 2000.
7. Zheng Yubo. Corporate law. Sanmin Press; 1971.
8. Wang Baoshu. Chinese Company Law. China Workers Press; 1995.
9. Yamamoto Keizo. General Principles of Civil Law. Beijing University Press; 2012.
10. Li Yongjun. Contract law. Higher Education Press; 2011.
11. Deng Feng. The representative corporation: power and responsibility in Chinese corporate governance. Peking University Press; 2015.
12. Huang Hui. Comparative study of modern company law: international experience and inspiration for China. Tsinghua University Press; 2020.
13. Lin Shaowei. English modern company law. China Legal Publishing House; 2015.

<sup>32</sup> *Li Jianwei*. Corporate law remedies for shareholder suppression: British experience and Chinese practice // *Global Law Review*. 2019(3). P. 164.

## ПРАВО И ЦИФРОВАЯ ЭКОНОМИКА

- ✓ Свидетельство о регистрации СМИ — ПИ № ФС77-72703 от 23 апреля 2018 г., ISSN 2618-8198;
- ✓ издается с 2018 г., выходит 4 раза в год;
- ✓ основные языки журнала: русский, английский;
- ✓ включен в Российский индекс научного цитирования (РИНЦ);
- ✓ каждой статье присваивается индивидуальный международный индекс DOI;
- ✓ материалы размещаются в СПС «КонсультантПлюс» и «ГАРАНТ».

«Право и цифровая экономика» — международное научное и научно-практическое издание. Журнал посвящен рассмотрению проблем правового регулирования цифровой экономики России и иностранных государств.

Круг читателей журнала: государственные служащие, практикующие юристы в сфере правового регулирования цифровой экономики, предпринимательского и конкурентного права, малого и среднего бизнеса, предприниматели, научные работники, преподаватели, аспиранты, магистранты и студенты юридических факультетов вузов, а также читатели, интересующиеся проблемами и актуальными вопросами развития правового регулирования цифровой экономики России и иностранных государств.

Основные рубрики журнала:

- ✓ Государственное регулирование цифровой экономики.
- ✓ Правовое регулирование криптовалюты и майнинга.
- ✓ Краудфандинг (проблемы и перспективы).
- ✓ Правовое регулирование больших данных.
- ✓ Технология блокчейн и криптовалют (bitcoin, Copernicus, Ethereum и т.д.).
- ✓ Интересы и противоречия, связанные с применением блокчейна в финансовой сфере.
- ✓ Финансовые технологии в действующем российском и международном правовом поле.
- ✓ Цифровые технологии в сфере интеллектуальной собственности и инноваций.
- ✓ Правовой статус смарт-контрактов.
- ✓ Защита прав и законных интересов участников цифровых рынков.
- ✓ Информационная безопасность.
- ✓ Консорциумы промышленного Интернета: правовая природа и особенности регулирования.



## KUTAFIN LAW REVIEW

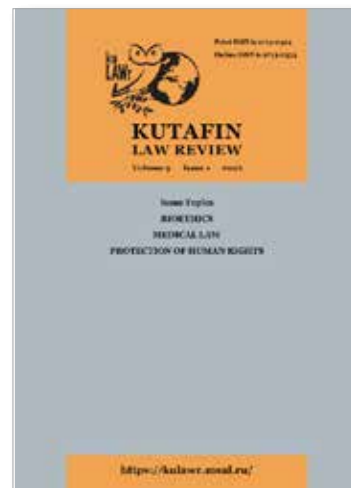
Мультиотраслевой научный юридический журнал, который издается на английском языке с сентября 2014 г. и выходит два раза в год. Журнал нацелен на интеграцию российской правовой науки в мировое юридическое сообщество, организацию диалога правоведов по актуальным проблемам теоретической и практической юриспруденции, расширение кругозора и интеллектуальных горизонтов представителей российского правоведения, повышение узнаваемости и авторитета наших ученых-юристов.

Журнал публикует статьи известных и начинающих ученых, юристов-практиков, а также студентов и аспирантов. Главный критерий отбора публикаций — это качество содержания, которое отражает талант автора, его эрудицию и профессионализм в исследуемой сфере, добросовестность и глубину проведенного анализа, использование богатого арсенала научной методологии, актуальность проблематики и новизну результатов проведенного исследования.

Данное издание создает уникальную возможность писать и публиковать научные статьи на английском языке в целях существенного расширения профессиональной читательской аудитории, повышения индекса цитирования, выхода на международный научный уровень.

В качестве авторов, членов редакционного совета и редакционной коллегии с журналом Kutafin Law Review сотрудничают выдающиеся российские и зарубежные специалисты в различных областях юриспруденции.

**The best ideas are always welcomed!**



Редакционная подписка на журналы Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)  
Журналы Университета распространяются через объединенный каталог «Пресса России» и интернет-каталог агентства «Книга-Сервис».  
Подписаться на журнал можно с любого месяца. Подписные индексы журналов:  
«Актуальные проблемы российского права» – 11178, Lex Russica – 11198,  
«Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)» – 40650, «Право и цифровая экономика» – 39492.  
Будем рады видеть Вас в числе подписчиков!

ISSN 1729-5920



9 771729 592008