



ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ И ПРИКЛАДНАЯ  
**ЮРИСПРУДЕНЦИЯ**  
Theoretical and Applied Law



Законы должны идти рука об руку  
с прогрессом человеческой души.

Томас Джефферсон



Пол Б. Стефан

**Будущее международного права  
в области защиты прав человека – уроки России**

Луковская Д.И.

**Действительность права в его реальном  
и идеальном измерениях:  
особенности современных теорий  
естественного права**

Краснова Т.С.

**Субъективные права в свете  
обновленных норм о публичных сервитутах**

Жестовская Д.А.

**Прощение долга сквозь призму  
философского и экономического контекста  
правового регулирования**

№ 2

ISSN 2686-7834

## ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР

**РАЗУВАЕВ Николай Викторович**, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского и трудового права Северо-Западного института управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы, Санкт-Петербург

## РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ

**ЕСКИНА Людмила Борисовна**, профессор, доктор юридических наук

**КИРИЛЕНКО Виктор Петрович**, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, заведующий кафедрой международного и гуманитарного права СЗИУ РАНХиГС

**ЛУКОВСКАЯ Дженевра Игоревна**, заведующий кафедрой теории и истории государства и права СПбГУ, доктор юридических наук

**ЛЮБАШИЦ Валентин Яковлевич**, заведующий кафедрой теории государства и права Южного федерального университета, доктор юридических наук

**МОГИЛЕВСКИЙ Станислав Дмитриевич**, директор Института права и национальной безопасности, профессор, Заслуженный юрист РФ, доктор юридических наук

**ПОЛЯКОВ Андрей Васильевич**, профессор кафедры теории государства и права СПбГУ, доктор юридических наук

**СЕРГЕВНИН Сергей Львович**, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, заведующий кафедрой теории и истории права и государства СЗИУ РАНХиГС

**ХОХЛОВ Евгений Борисович**, заведующий кафедрой трудового права СПбГУ, доктор юридических наук

**Феликс Вакас ФЕРНАНДЕС**, доктор философии в области права (специализация в области прав человека), доцент публичного международного права и международных отношений, Университет им. Карлоса III г. Мадрид

**Кармен Перес ГОНСАЛЕС**, доктор философии в области права, профессор публичного международного права и международных отношений, заместитель декана по международному сотрудничеству и академическим обменам, Университет им. Карлоса III г. Мадрид

© Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, 2019

© Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, 2019

© Все права защищены.

# Содержание

- 4 *Вступительное слово главного редактора*

## СТАТЬИ

- 5 **Пол Б. Штефан**  
Будущее международного права в области защиты прав человека — уроки из России
- 20 **Луковская Д. И.**  
Действительность права в современном теоретическом дискурсе
- 27 **Честнов И. Л.**  
Субъективное право в постклассической юридической науке
- 31 **Краснова Т. С.**  
Субъективные права в свете обновленных норм о публичных сервитутах
- 38 **Жестовская Д. А.**  
Прощение долга сквозь призму философского и экономического контекста правового регулирования
- 42 **Шварц Л. В.**  
Предпринимательская деятельность в сети Интернет: основные источники и перспективы правового регулирования
- 51 **Бреднева В. С.**  
Социально-правовая обусловленность деформации профессионального правосознания юристов

## ЭССЕ

- 56 **Спицнадель В. Б.**  
Генезис института уголовного наказания в виде принудительных работ
- 64 **Майборода Э. Т.**  
Наднациональные юрисдикции противодействия коррупции

## ОБЗОРНЫЕ СТАТЬИ

- 69 **Бикметова С. А.**  
Специальные нормы, регулирующие права сторон на результаты научно-технической деятельности, полученные при выполнении научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ за счет Российской Федерации

## Вступительное слово главного редактора

Очередной выпуск журнала «Теоретическая прикладная юриспруденция» имеет тематический характер и посвящен проблеме, привлекающей к себе повышенное внимание как теоретиков права, так и специалистов в области отраслевых юридических дисциплин. Речь идет о проблеме субъективных прав, научная и практическая актуальность которой возрастает в условиях антропологического поворота, затронувшего вслед за другими социально-гуманитарными науками также и юриспруденцию.

Антропологический поворот привел юристов к осознанию «человекоразмерности» права, обусловленной тем, на первый взгляд, тривиальным обстоятельством, что все правовые явления представляют собой результат творческой активности членов общества, создаваемый ими в процессе знаковой и иной социальной коммуникации. Таким образом, подлинным творцом права является не природа и не абстрактно понимаемое государство, а человек во всей полноте психологических, социальных и культурных характеристик. Ради удовлетворения его потребностей и защиты интересов создается право, обеспечивающее реализацию свободы, неизменно присущей человеческой личности.

Высказанные соображения объясняют значимость субъективных прав, которые, будучи первоначально предметом рассмотрения в основном цивилистов, постепенно становятся универсальной категорией, образующей фундамент всего современного правопонимания. Не случайно в науке конституционного права активно обсуждается природа основных прав и свобод человека и гражданина как особая разновидность субъективных прав. Систематически обращаются к проблеме субъективных прав административисты, а также специалисты в области уголовного права. Не остается в стороне и теория права, вплотную подошедшая к созданию общего учения о субъективных правах, призванного выступать концептуальной основой для отраслевых исследований.

Юридический факультет СЗИУ РАНХиГС принимает активное участие в изучении проблемы субъективных прав. В апреле текущего года на факультете состоялись первые Баскинские чтения, посвященные фундаментальным и прикладным аспектам субъективных прав в частном и публичном праве. В конференции, итоги которой получили освещение в предыдущем номере журнала, приняли участие преподаватели, аспиранты и студенты Северо-Западного института управления, других вузов Санкт-Петербурга, а также юристы-практики. Представляется, что столь живой интерес свидетельствует о непреходящем значении категории субъективных прав в различных ее проявлениях.

Продолжением дискуссий, развернувшихся в ходе Баскинских чтений, стал и второй номер журнала «Теоретическая и прикладная юриспруденция». С гордостью хотелось бы отметить, что в данном номере расширился диапазон публикуемых статей, в том числе их географический охват, претендующий уже на интернациональный уровень. Открывает номер статья Пола Б. Стефана, посвященная урокам России в деле международно-правовой защиты прав и свобод человека. В работах И. Л. Честнова и Д. И. Луковской рассмотрены философско-правовые аспекты учения о субъективных правах, представленные в рамках диалога традиционных и новаторских идей. В журнале не оставлены без внимания вопросы реализации субъективных прав в отраслях частного и публичного права (работы В. Б. Спицнаделя, Т. С. Красновой, Д. А. Жестовской, Л. В. Шварц), а также в международном праве (Э. Т. Майборода).

Уделяя значительное внимание догматическим разработкам в сфере субъективных прав, авторы журнала стремятся поместить данную категорию в широкий социально-психологический контекст. В этом смысле примечательна дискуссионная статья В. С. Бредневой, посвященная причинам деформации профессионального сознания юристов, которая, надеемся, станет поводом для конструктивного обсуждения в следующих номерах. Продолжится и публикация практикующих юристов, начало которой положила обзорная статья С. А. Бикметовой, помещенная в настоящем номере.

Хотелось бы пожелать, чтобы доброй традицией стала публикация в журнале работ зарубежных и российских ученых и практиков, представляющих различные подходы к решению наиболее актуальных проблем современного правоведения.

*Главный редактор  
Разуваев Николай Викторович*

Выражаем признательность и благодарность автору статьи Полу Б. Штефану и журналу *“Law and Contemporary Problems”* Университета права Дюка (США) за возможность опубликовать статью и ее перевод в журнале *«Теоретическая и прикладная юриспруденция»*.

## Будущее международного права в области защиты прав человека — уроки из России

**Пол Б. Штефан**

Университет штата Вирджиния\*

### I

#### Введение

Настоящая работа поднимает два обширных и тесно связанных вопроса. Что мы имеем в виду, говоря о международном праве в области защиты прав человека? Как исследователям следует изучать международное право в области защиты прав человека? Один вопрос касается субъекта, второй — объекта. Статьи по данной теме указывают на большое количество различных подходов к обоим вопросам. Но вместо того, чтобы обобщать эти подходы или выносить по ним какое-либо суждение, данная работа охватывает их все и в то же время бросает им вызов. Моя позиция до банальности избита и заключается в том, что то, что ты видишь, зависит от того, где ты находишься. Небанальность заключается в том, что я предлагаю рассмотреть вышеуказанные вопросы на примере России.

Россия важна в данном контексте в связи с тем, что основы международного права по защите прав человека — «место памяти» в данной области, да простит меня Пьер Нора, — закладывались в контексте американо-советских отношений через применение положений Хельсинского Заключительного акта<sup>1</sup> в части прав человека. Позже Россия стала местом проверки утверждения о том, что международное право по защите прав человека имеет наибольшее влияние при распаде авторитарных режимов. В итоге работы экономистов, которые тщательно искали объяснение своим ошибкам в России в 1990-е гг., дали сильный толчок к повороту в сторону эмпирического метода в изучении влияния международного права в области защиты прав человека. Таким образом, переоценка российского контекста обнаруживает варианты происхождения международного права в области защиты прав человека и то, к каким последствиям — скорее нежелательным — оно привело.

В первой части данной работы описывается опыт России, нескромно основываясь на моих собственных приключениях. Повествование от собственного имени вызывает некоторые сложности, не в последнюю очередь из-за высокой вероятности, что читатели не найдут жизнь автора такой же увлекательной, как он сам ее видит. Я постараюсь преодолеть эти препятствия. Вторая часть работы предлагает варианты понимания этого опыта, который может сформировать наш подход и к субъекту, и к объекту международного права в области защиты прав человека. Я готов поспорить, в частности, что знание страны, основанное на глубоком понимании общества, о котором идет речь, необходимо для работы в области прав человека и что специфика местной истории и ценностей может разрушить ожидания правозащитников. Несмотря на скептический настрой по отношению к будущему данной области, я надеюсь обогатить повестку дня для тех, кто работает в сфере прав человека, и исследователей, которые продолжают действовать, несмотря на их методологические взгляды.

<sup>1</sup> Copyright © 2018 by Paul B. Stephan.

Статья также доступна онлайн [Электронный ресурс]. URL: <http://lcp.law.duke.edu/>

\* Джон С. Джеффрис Мл. [John C. Jeffries, Jr.], заслуженный профессор права, и Джон В. Рэй [John V. Ray], профессор-исследователь, Университет штата Вирджиния. Благодарю Лаури Мальксоо [Lauri Mälksoo] за комментарии. Ответственность за все ошибки или неверные суждения несу только я один.

Конференция по безопасности и сотрудничеству в Европе: Заключительный акт, 01.08.1975. Журнал по международному праву штата Вирджиния № 14, п. 1292 (далее — Заключительный акт), переиздан в 73 Dep't State Bull. 323 (1975); SAMUEL MOYN, THE LAST UTOPIA: HUMAN RIGHTS IN HISTORY 148–55 (2010).

## Россия: теория и практика применения международного права в области защиты прав человека

Специалисты по международному праву в области защиты прав человека найдут идею остановиться на России странной, если не отталкивающей. Западные правозащитники склонялись к тому, чтобы рассматривать Советский Союз как негативное поле, воплощающее в себе антипод прав человека. В период расцвета данной теории в 1970-е и 1980-е гг. основная часть активистов и ученых постоянно стремилась к тому, чтобы преподнести свои антикоммунистические достижения в качестве условия к развертыванию критики того, что они считали нарушением прав человека на Западе<sup>2</sup>. С момента распада Советского Союза в 1991 г. они уделяли мало внимания России, считая ее отсталой страной и соперником Турции в борьбе за звание главного источника жалоб в Европейский суд по правам человека. Они считают Россию периферией, а не центром<sup>3</sup>.

Но Россия всегда была и остается гораздо более интересной, чем она есть по мнению большинства. Идея международного права в области защиты прав человека — как набора обязательств, основанных на международном праве, а не просто выражение ценностей — была забыта в послевоенной борьбе за господство между советским блоком с Россией в центре и так называемым капиталистическим миром. Предполагаемый триумф Запада, в свою очередь, поставил идеологические постулаты под вопрос, в то время как проигравшие борьбу, в первую очередь Россия, стремились внедрить практику защиты прав человека через применение международного права. Большое разочарование западных либералов результатами, особенно в России времен Ельцина, привело к появлению нового метода эмпирической науки, изучающей связь между правовыми институтами и экономическим развитием. Эмпирический метод в науке о защите прав человека не является прямым ответвлением правовой литературы, но у них есть много общего.

### А. Хельсинки и советско-американское соперничество

Поворотным моментом — а Сэмюэл Мойн убедительно заявляет, что именно это стало поворотным моментом, — в истории международного права по защите прав человека стал Хельсинский Заключительный акт, подписанный летом 1975-го<sup>4</sup>. Правовой формалист может посчитать это наблюдение странным: по своей сути Заключительный акт был политической декларацией, а не правовым инструментом. Его подписанты просто констатировали «свое намерение действовать в соответствии с положениями, указанными в тексте выше»<sup>5</sup>. Главная задача Заключительного акта состояла в том, чтобы ратифицировать границы послевоенных европейских государств, в частности расширение Советского Союза на Запад, одобренное на Тегеранской и Ялтинской конференциях, но в последствии порицаемое Западом<sup>6</sup>. Положения о правах человека, содержащиеся в разделе III, стали условием подписания акта со стороны Запада. Подразумевая, что Заключительный акт был политическим, а не правовым документом, обязательство позволяло западным странам предоставить политический комфорт Советскому Союзу с сохранением его границ, не требуя от этого государства правового признания присоединения балтийских стран или пересмотра границ с Финляндией, Германией, Польшей и Румынией<sup>7</sup>. Соответственно, политический статус Заключительного акта означал, что он не накладывал никаких правовых обязательств в отношении прав человека на Советский Союз и его сателлиты<sup>8</sup>.

<sup>2</sup> Мойн [Moyn] находит эти антикоммунистические основы в западной практике в сфере прав человека даже ранее. Ibid Pp. 44–45.

<sup>3</sup> Также они считают Россию местом отрицания международного права в области защиты прав человека. См. Lauri Mälksoo, *Introduction—Russia, Strasbourg, and the Paradox of a Human Rights Backlash*, in *RUSSIA AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: THE STRASBOURG EFFECT* 3, 5 (Lauri Mälksoo & Wolfgang Benedek eds., 2018).

<sup>4</sup> MOYN, см. сноску 1, Pp. 148–49.

<sup>5</sup> Заключительный акт, см. сноску 1. В Заключительном акте также указано, что согласно ст. 102 (1) Устава ООН он не может быть зарегистрирован в ООН, что подтверждает отсутствие у Заключительного акта статуса договора согласно международному праву. Ibid.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Япония не являлась стороной Заключительного акта, таким образом, не затрагивался вопрос восточных границ Советского Союза.

<sup>8</sup> Ibid § 1-a-VII.

И все же, как показывает Мойн, этот правовой формализм не стал препятствием для трансформации авторитета и практики в сфере международного права по защите прав человека<sup>9</sup>. Особенно, но не только, в Центральной и Восточной Европе активисты игнорировали различие между политическими и правовыми обязательствами по развитию новой повестки дня международного права в области прав человека. Администрация Картера, начавшая работать в 1977 г., применила это движение в американской политике и в дальнейшем размыла грань между политическим и правовым. То, что раньше было философским течением, в послевоенном западном либерализме стало международным правовым направлением<sup>10</sup>.

Мое участие в этих событиях было каплей в море. В 1975 г. я работал специалистом по Советскому Союзу в подразделении по внутренней политике СССР Службы текущей разведки ЦРУ. Эта Служба существовала с момента основания ЦРУ как оплот американского руководства в тщательном изучении внутренних событий в Советском Союзе<sup>11</sup>. В то время его руководитель и многочисленные аналитики работали в нем с момента создания. В конце весны и начале лета 1975 г. Службу попросили оценить вероятное влияние положений Заключительного акта в части защиты прав человека на внутреннюю политику Советского Союза.

Я не помню детали результатов оценки Заключительного акта со стороны ЦРУ. Как и большинство официальных заявлений, оно формировалось в ходе переговоров между экспертами в различных областях (внутреннее межведомственное взаимодействие, так сказать), которым приходилось сглаживать острые углы и сдерживать серьезные противоречия. Учитывая исключительное положение и, мягко говоря, самоуверенность тогдашнего госсекретаря Генри Киссинджера, можно было засомневаться, сможет ли хоть что-то, исходящее от ЦРУ, иметь влияние на позицию США по отношению к Заключительному акту. Что я помню, так это мнение Службы, выраженное в устной форме в ходе межведомственных переговоров.

Служба, включающая лучших государственных специалистов по советской политике, была настроена крайне скептически по данному вопросу<sup>12</sup>. Она предсказывала, что навязывание советскому режиму идей, для которых у них нет даже терминов в словаре, приведет к возмущению и отрицательной реакции. Внутренние критики режима — диссиденты — скорее всего, пострадали бы, а не получили власть, поскольку руководство стремилось показать, что появление новой терминологии не означает перемен в соотношении сил. В обязанности Службы не входило рассуждать о том, сработает ли идея с правами человека как клин между Советским Союзом и Центральной и Восточной Европой. Я не помню, предсказывала ли Служба, что режим создал бы свой собственный словарь терминов по теме защиты прав человека, основав институты для взращивания противников международного права по защите прав человека<sup>13</sup>. Однако Служба ясно выразилась по наиболее важному аспекту: навязывание обязательств по правам человека Советскому Союзу ухудшило бы уровень жизни диссидентов в короткие сроки и в долгосрочной перспективе ни к чему бы не привело.

Не уверен, знал ли я, и сейчас, конечно, не помню, были ли взгляды Службы включены в доклады, подготовленные на высшем уровне бюрократии, и в итоге донесены до «клиентов» Управления, а именно руководства страны. Можно опустить этот эпизод как пример присущего экспертам консерватизма. Люди, которые много вложили в освоение сложной системы, не любят наблюдать обесценивание их капитала. И все же главная сущность позиции Службы заслуживает рассмотрения. Специалисты считали, что советскому обществу в целом не хватало понимания прав человека в тех формах, которые были предложены Западом. Те несколько человек в обществе, которые воспринимали эти идеи, были радикальными исключениями, аутсайдерами, которые

<sup>9</sup> MOYN, см. сноски 1. P. 122.

<sup>10</sup> Ibid. P. 121.

<sup>11</sup> Близкие по специализации отделения, занимающиеся советской внешней политикой (внешней политикой СССР) и политикой Восточного блока, были объединены в подразделение в ЦРУ.

<sup>12</sup> Когда я говорю «лучшие», я имею в виду людей с большим опытом, а также имеющих доступ к информации, недоступной другим (а в некоторых случаях недоступной вовсе) из государственных и общественных источников. И даже они страдали из-за пробелов в данных. Особенно им не доставало знаний, полученных их политическими руководителями в ходе прямых контактов с советскими лидерами. В то время госсекретарь проводил особенно личную линию дипломатии и очень строго придерживался своего собственного мнения. Мои коллеги описывали, как госсекретаря инструктировали перед защитой дипломной работы одного выпускника, при этом тот, кого инструктировали, оценивал, насколько хорошо инструктор уловил то, что он уже и так знал.

<sup>13</sup> Вскоре после подписания Заключительного акта Институт государства и права при Академии наук СССР открыл кафедру международного права по защите прав человека под руководством Виктора Михайловича Чхиквадзе, бывшего главы Института, известного своим консерватизмом.

работали за пределами границ приемлемых публичных обсуждений<sup>14</sup>. Насколько это понимали эксперты, советское государственное устройство не подавило стремление к западным свободам, свойственное советскому народу. Скорее, оно преуспело в том, что эти свободы перестали быть понятны большинству населения.

Благодаря Хельсинки, идея международного права по защите прав человека, как только она появилась в Советском Союзе, разделилась на два течения. В первом участвовал официальный государственный сектор. В нем идея работала как пустой сосуд, в который «одобренные умы» вливали то содержание, которое сохраняло статус-кво. Личная свобода, согласно «одобренным умам», означала принадлежность к обществу, которое реализует экономическую справедливость в виде полной занятости, гарантированного жилья, здравоохранения и образования, подавления экономического неравенства и подавления социальных отношений, ведущих к эксплуатации. Соответственно, выступления или политические действия, которые мешали выполнению этих задач одобренной технической элиты (отобранной правящей партией), представляли посягательство на права человека.

Второе течение включало всех остальных в Советском Союзе. Для этой небольшой и опальной группы, которую можно было назвать гражданским обществом, права человека представляли из себя то, чем существующая советская реальность не являлась. Для большинства людей без иллюзий официальный и неофициальный секторы были за пределами понимания. Молчаливое большинство российских граждан не обладало возможностями отличить международные права человека от западных идей, таких как марксизм-ленинизм, обещающих так много и дающих так мало. Истошное и отчужденное российское общество в целом не предлагало твердой почвы для новых идеалов, берущих начало в западных рационалистических традициях.

## **В. Международное право в области прав человека и развал советской системы**

Перемотаем время на пятнадцать лет вперед. Международное право в области прав человека приобрело актуальность. В юридическом научном сообществе возникло популярное направление деятельности, обеспечиваемое клиниками, кафедрами и некоммерческими организациями, занимающимися пропагандой, лоббированием и судебными тяжбами. Особенно в Центральной и Восточной Европе, да и не только там, идея прав человека стала узлом противостояния советскому господству. В Западном полушарии устоявшаяся традиция в области прав человека выступила в роли канала для подготовки капитуляции авторитарных, преимущественно милитаристских режимов и восстановления демократических, но не обязательно либеральных, государств. Права человека стали частью лексикографии оппозиции в борьбе с режимом апартеида в Южной Африке, который начал распадаться параллельно с событиями в Советском Союзе.

Разговоры о правах человека неожиданно возникли в советский переходный период, который можно произвольно отнести ко времени начиная с 1986 г., когда перестройка была принята в качестве официальной политики, и до конца 1991 г., когда Советский Союз распался<sup>15</sup>. Основная тема дискуссий, однако, существенно отличалась от той, которую обсуждали на Западе. Господствующий класс реформаторов (Горбачев и его сторонники) выносил на обсуждение не особенности понятий о правах человека, закрепленные в Заключительном Хельсинском акте, а идеи о правовом государстве и общечеловеческих ценностях. Хотя некоторые западные обыватели ошибочно приняли вышеупомянутую концепцию правового государства за англо-американскую концепцию «верховенства права», правящий класс реформаторов имел в виду немецкое «правовое государство» (*Rechtsstaat*), что подразумевает приверженность прозрачности и стабильности, а вовсе не свободе личности<sup>16</sup>. Что касается «универсальных ценностей», то апеллирование к этим ценностям, а не к правам, ведет

<sup>14</sup> См. также: KAI T. ERIKSON, *WAYWARD PURITANS: A STUDY IN THE SOCIOLOGY OF DEVIANCE* (1966).

Советские диссиденты начали использовать термин «права человека» в конце 1960-х гг. как средство определения своей оппозиции к советскому статус-кво. Во многих случаях они узнавали новые слова из западных источников, к которым они время от времени имели исключительный доступ. Однако советская действительность не создавала им условия для визуализации того, как бы выглядело применение их идей в их воображаемом мире, предполагая точное описание того, что советская реальность исключала.

<sup>15</sup> Альтернативным переводом является «реструктуризация», предполагающая скорее корпоративную перестройку и в меньшей степени фундаментальную реформу общества. Я предпочитаю перевод в тексте. Впервые я написал про концепцию в книге Paul B. Stephan, *Perestroika i Sovetologiya [Perestroika and Sovietology]*, 3 SSNA – EKONOMIKA POLITIKA IDEOLOGIYA [USA – ECON. POL. AND IDEOLOGY] 30 (1989) (journal of the Institute for United States and Canada Studies of the U.S.S.R. Academy of Sciences). Отличный обзор этого периода можно найти в книге: WILLIAM TAUBMAN, *GORBACHEV: HIS LIFE AND TIMES* (2017).

<sup>16</sup> См.: Paul B. Stephan, *Further Thoughts on the Rule of Law and a New World Order*, 26 J. MARSHALL L. REV. 739, 739 (1993) (объяснение различий между советской концепцией правового государства и англо-американской концепцией «верховенства права»).

к отделению реформы от международно-правового обязательства. Для радикальных реформаторов, многие из которых были связаны с Борисом Ельциным и его командой, находящихся у власти Российской Федерации с середины 1990-х гг., права человека вновь стали средством отличия их чаяний от существующего положения дел, но в большинстве случаев не имели конкретного программного содержания. Что объединяло радикалов с Ельциным, так это общее желание покончить с Советским Союзом, и эта цель была достигнута гораздо раньше, чем ожидалось.

Две доверительные беседы с ведущими в то время российскими юристами проливают свет на исключительную роль международного права в области прав человека в этих событиях. Первая беседа касалась высказываний Комитета по конституционному надзору СССР — первого шага в сторону создания Конституционного суда<sup>17</sup>. Некоторые из первоначальных дел Комитета касались вопросов, относящихся к сфере международного права в области прав человека. Одно из них затрагивало право на возможность обратиться в суд для пересмотра дел, связанных с увольнением с работы, другое — о распределении бремени доказывания в уголовных делах, а третье — об опубликовании секретных декретов, регулирующих права и обязанности личности<sup>18</sup>. В каждом случае Комитет главным образом опирался на международные договоры в качестве основы для признания недействительными положений внутреннего законодательства по вопросам, о которых шла речь, хотя он также ссылался на внутренние конституционные положения в дополнение к международным нормам.

В начале 1991 г. я встретился в Москве с председателем Комитета Сергеем Сергеевичем Алексеевым. Я спросил его, основывается ли Комитет при принятии решения на международные договоры по правам человека как на средство признания недействительным внутреннего законодательства, когда формальные положения Конституции СССР могли бы послужить достаточной основой для принятия таких решений. Один на один он был обезоруживающе откровенен. «Мы не можем полагаться на наше внутреннее законодательство, — объяснил он, — потому что оно не имеет легитимности в нашем обществе. Только международное право дает нам надежду, что люди будут уважать наши решения»<sup>19</sup>. Он, по-видимому, считал, что функция судебного надзора, в соответствии с которой эксперты аннулируют акты законодательной власти, требует наличия источников легитимности, находящихся за рубежом. По крайней мере, на этом критическом этапе нормы не были имплементированы из международного права, а скорее идеи интернационализма наделили специалистов полномочиями принимать решения, которые в ином случае были бы им недоступны.

Встреча со вторым собеседником произошла год спустя, после того как Российская Федерация вышла из состава Советского Союза. На коктейльной вечеринке я побеседовал с Владимиром Константиновичем Собакиным, с которым познакомился, когда он занимал руководящие должности в аппарате ЦК и был членом Комитета по конституционному надзору. В 1992 г. он перешел в штат нового Конституционного суда Российской Федерации. Это было на пороге годовщины немецкого вторжения 1941 г., возможно, самой большой раны Советского Союза. Поскольку он был ветераном того конфликта, я спросил его, когда было хуже, тогда или сейчас. Он сразу же ответил, что сейчас стало еще хуже. «Тогда у нас был враг»<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Как и Апелляционный комитет Палаты лордов Великобритании (преобразованный в Верховный суд только в 2009 г.), Комитет по конституционному надзору является составной частью законодательного органа и поэтому не имеет возможности выносить судебные предписания от своего имени. Независимо от того, приобрел ли бы он репутацию добросовестного и авторитетного органа, который обязал бы законодательный орган автоматически выполнять свои решения, как того требует британская традиция в отношении Апелляционного комитета. См.: Herbert Hausmaninger, *From the Soviet Committee on Constitutional Supervision to the Russian Constitutional Court*, 25 CORNELL INT'L L.J. 305 (1992).

<sup>18</sup> Заключение Комитета по Конституционному надзору СССР о несоответствии норм законодательства, исключających для ряда категорий работников судебный порядок рассмотрения индивидуальных трудовых споров, положениям Конституции СССР, законам СССР, международным актам о правах человека. Ведомости Съезда Народных Депутатов СССР и Верховного Совета СССР (Вед. СССР). 1990. № 27, п. 524; Заключение Комитета по Конституционному надзору СССР о несоответствии норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства, определяющих основания и порядок освобождения от уголовной ответственности с применением мер административного взыскания или общественного воздействия, Конституции СССР и международным актам о правах человека. Ведомости Съезда Народных Депутатов СССР и Верховного Совета СССР (Вед. СССР). 1990. № 39, п. 775; Заключение Комитета по Конституционному надзору СССР о правилах, допускающих применение неопубликованных нормативных актов о правах, свободах и обязанностях граждан. Ведомости Съезда Народных Депутатов СССР и Верховного Совета СССР (Вед. СССР). 1990. № 50, п. 1080. Мои рассуждения об этих решениях см.: Paul B. Stephan, *Revisiting the Incorporation Debate: The Role of Domestic Political Structure*, 31 VA. J. INT'L L. 417, 433–35 (1991).

<sup>19</sup> Конечно, нет никакой стенограммы; это лучший вариант, что предлагает мне память.

<sup>20</sup> Опять же, неверная память — мой единственный источник.

Как я понял, Собакин имел в виду, что кризис, который наступил, а потом и разрушил Советский Союз, вызвал глубокую обеспокоенность именно потому, что не было внешнего актора, который мог бы помочь освободить россиян от ответственности за их нынешнюю неразбериху и беспорядок. Собакин считал, что другим странам бывшего блока было легче, потому что они могли обвинить русских в своих бедах. Но русские должны были смотреть на себя, чтобы понять, как они упали, а это гораздо более сложная задача.

Я считаю эти истории подлинными, хотя, конечно, и не совсем полными. Оба этих человека как ведущие юристы сумели найти себе значимые роли в режиме Ельцина, но сделали свою карьеру они при советской власти. То, что раскрывают эти встречи, является частью истории международного права в области прав человека и восстановления сверхдержавы. Эти люди выражали понимание международного права в области прав человека через призму собственного восприятия. Для Алексеева содержание международного права имеет значение не столько потому, что оно не является внутренним правом, а потому, что не связано с дискредитирующим и разочарывающим статус-кво. Для Собакина (и, возможно, это притянута за уши) это служило якорем для противостояния противнику. Поскольку российская трагедия носила внутренний характер, международное право в области прав человека не только не помогло выстроить понимание ситуации, но и наметить пути выхода.

В юридическом сообществе были и другие голоса, в том числе те, которые старались говорить в унисон с Западом. Таким людям тут же поступали приглашения приехать и опубликовать свои работы на Западе. В частности, советским специалистам, которым посчастливилось быть обладателями прибалтийского удостоверения личности, удалось эмигрировать, а затем и преуспеть в сообществах, которые были более тесно связаны с Западом, в том числе в области представлений о правах человека. В России, однако, направления обсуждения прав человека, которые казались столь разумными в самой Европе, оставались в значительной степени периферийными как в политическом, так и интеллектуальном плане<sup>21</sup>.

«Могильщики» советского государства не полностью игнорировали концепцию прав человека. В период между неудавшимся августовским переворотом 1991 г., уничтожившим Горбачева как политическую силу, и формальным захватом Российской Федерацией основных ветвей советской власти в декабре российское законодательство приняло «Декларацию прав и свобод личности и гражданина»<sup>22</sup>. Эта декларация в значительной степени опиралась на международное право и, в частности, гласила, что «общепризнанные международные нормы в области прав человека» имеют приоритет перед содержанием внутреннего законодательства<sup>23</sup>. Конституция 1993 г. наделила полномочиями Уполномоченного по правам человека выполнять функции омбудсмена по обеспечению соблюдения Декларации<sup>24</sup>. В 1998 г. произошло присоединение к Европейской конвенции по правам человека. Но ни одна из этих мер не могла быть связана с конкретными шагами, предпринимаемыми российским государством или против него для изменения конкретных аспектов общественной жизни. Они скорее служили прикрытием для России, декларировали и подтверждали разрыв с прошлым, а не устанавливали программу социальных или политических перемен<sup>25</sup>.

Для человека, занимавшегося историей России, заигрывание с международным правом в области прав человека в 1990-х гг. кажется еще одним примером сохраняющейся напряженности

<sup>21</sup> Для расширения понимания культурных различий в сферах от прав человека до прав собственности и других правовых концепций, связанных с либеральными рынками, см.: URIEL PROCACCIA, RUSSIAN CULTURE, PROPERTY RIGHTS, AND THE MARKET ECONOMY (2007).

<sup>22</sup> Постановление Верховного Совета РСФСР о Декларации прав и свобод человека и гражданина. Ведомости Съезда Народных Депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР (Вед. РСФСР). 1991 г. Вып. № 52, п. 1865; Gennady M. Danilenko, *The New Russian Constitution and International Law*, 88 AM. J. INT'L L. 451, 461 (1994). Пять месяцев спустя, в апреле 1992 г., в существующую Конституцию были внесены поправки, придающие Декларации конституционный статус.

<sup>23</sup> Вед. РСФСР, см. сноску 22.

<sup>24</sup> Конституция Российской Федерации ст. 103 (1) (п) (Рус.).

<sup>25</sup> Наиболее близким к конкретным изменениям в социальной практике, связанным с международным правом в области прав человека, был отказ (но не отмена) от смертной казни. Россия подписала, но не ратифицировала Протокол № 6 к Европейской конвенции и, следовательно, не имела юридически обязывающего международно-правового обязательства прекратить казнь людей. Тем не менее Конституционный суд Российской Федерации ссылаясь на Протокол № 6 при толковании внутреннего законодательства как запрещающего применение смертной казни в будущем. Bakhtiyar Tuzmukhamedov, *Doing Away with Capital Punishment in Russia: International Law and the Pursuit of Domestic Constitutional Goals*, in COMPARATIVE INTERNATIONAL LAW 353 (Anthea Roberts, Paul B. Stephan, Pierre-Hugues Verdier & Mila Versteeg, eds., 2018).

в русской культуре, которая пытается найти баланс между восхищением Западом и стремлением принадлежать ему, попыткой сохранить собственную уникальную национальную идентичность, уходящую корнями в Византию, и периодическими победами над иностранными захватчиками, будь то монголы, литовцы, поляки, французы или немцы. Демонстрация признания международного права в области прав человека была шагом навстречу европеизированию. Однако ко второй половине 1990-х гг. влиятельные российские специалисты в области международных отношений по-новому изложили международные права человека, как пример враждебного отношения Запада к идеалам России. Для этих критиков международное право в области прав человека было просто еще одним средством, которым властвовал Запад, чтобы мешать России строить свою уникальную историческую судьбу<sup>26</sup>.

### **С. Ошибки шоковой терапии и эмпирических исследований в области правовых институтов**

Современные славянофилы вновь заняли видное место в 1990-е гг., во многом благодаря тому, что поддерживаемая Западом реструктуризация российской экономической системы стала в общественном сознании, по меньшей мере, катастрофой. Так называемый «Вашингтонский консенсус», в то время просто свод общепризнанных представлений, но сегодня считающийся неолиберальным заблуждением, предписывал быструю приватизацию в качестве предварительного условия для создания рынков<sup>27</sup>. Будучи контрактным консультантом Министерства финансов США, ОЭСР, МВФ и Всемирного банка, я провел эти годы, сталкиваясь с западными специалистами (экономистами, бухгалтерами и юристами), которые реализовывали программу шоковой терапии, ликвидацию экономических институтов советской эпохи в преддверии создания государственных и частных институтов, необходимых для функционирования либеральной экономической системы. Многие из этих деятелей, по-видимому, полагали, что эти учреждения возникнут сами по себе, как если бы частная собственность и свободные рынки представляли собой состояние природы, а не конкретный культурно-исторический артефакт.

С тех пор большинство россиян начали воспринимать 1990-е гг. как «смутное время», термин с глубоким историческим резонансом<sup>28</sup>. Это понятие относится, в частности, к развалу Московского государства в начале семнадцатого столетия и оккупации его территории Литовско-Польским королевством. Тот факт, что россияне сравнивали социальный и экономический крах и вездесущее присутствие Запада в 1990-х с историческим периодом крайнего упадка и национального унижения, указывает на то, как плохо шли реформы. Продолжительность жизни упала до угрожающих уровней, и социальное неравенство быстро увеличивалось. Многие россияне воспринимали маловероятное переизбрание Ельцина в качестве президента в 1996 г. скорее как свидетельство коррупции электорального процесса, в какой-то степени финансируемого Западом, чем как легитимное изъяснение народной воли. Гражданская война в Чечне с последовавшими террористическими актами в Москве и других крупных городах повысила градус страдания и тревоги.

Одним из главных архитекторов программы шоковой терапии был Андрей Шлейфер, восходящая звезда Гарвардского экономического факультета. Шлейфер работал в России при посредничестве Гарвардского института международного развития (HIID) и получал финансирование от Агентства США по международному развитию (US AID), впоследствии независимое агентство при правительстве США. К 1997 г. Шлейферу должно было быть ясно, что с проектом шоковой терапии что-то не так, когда Агентство США по международному развитию прекратило финансирование программы Гарвардского института международного развития в России, якобы из-за

<sup>26</sup> Например, Sergey Vladimirovich Kortunov, *Kholodnaya Voyna: Paradoksy Odnoy Strategii* [*The Cold War: The Paradoxes of One Strategy*], *Mezhdunarodnaya Zhizn'* 23 (No. 5, 1998), переведен в *Is the Cold War Really Over?* 44 INT'L. AFF. 142 (No. 5, 1998). Я обсуждал значение взглядов Кортунова (он был одним из старших советников Ельцина) в книге Paul B. Stephan, *The Cold War and Soviet Law*, 93 AM. SOC'Y. INT'L L. PROC. 43, 50 (1999). Возвращаясь к этой теме, я отметил близость Кортунова к президенту Путину в книге Paul B. Stephan, *The Impact of the Cold War on Soviet and US Law: Reconsidering the Legacy*, in *THE LEGAL DIMENSION IN COLD WAR INTERACTIONS: SOME NOTES FROM THE FIELD* 141, 156 (Tatiana Borisova & William B. Simons eds., 2012). Более позднюю картину отношения России к международным правам человека в контексте западно-славянофильской диады см.: Mikhail Antonov, *Philosophy Behind Human Rights: Valery Zorkin v. the West?*, in *RUSSIA AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: THE STRASBOURG EFFECT*, смотри сноску 3, P. 150.

<sup>27</sup> Подробнее об этом см.: Umut Özsü, *Neoliberalism and Human Rights: The Brandt Commission and the Struggle for a New World*, 81 LAW & CONTEMP. PROBS. No. 4, 2018, at 139 (2018).

<sup>28</sup> См. ALLEN C. LYNCH, *HOW RUSSIA IS NOT RULED REFLECTIONS ON RUSSIAN POLITICAL DEVELOPMENT* 85–127 (2005).

неправомерных действий самого Шлейфера и его основного помощника Джонатана Хэйя<sup>29</sup>. В 1998 г. Шлейфер опубликовал первую из своих новаторских статей по теории происхождения права, эконометрическому анализу влияния правовых институтов на экономическое развитие<sup>30</sup>. Эти статьи трансформировали изучение бихевиористских последствий права. Как Самюэл Мойн указывает в своей статье, литература по теории происхождения права очерчивает, хоть и не указывает прямо, количественный анализ международных прав человека, который появился в начале этого столетия и который рассматривают несколько статей из этого сборника<sup>31</sup>.

Я могу только строить предположения о том, что привело к этому сдвигу в исследовании Шлейфера. Однако, вполне вероятно, что главная предпосылка шоковой терапии — то, что правовые структуры, необходимые для функционирования либерального общества, появляются спонтанно, как ответ на приватизацию государственных активов, — была далеко не полной и этот недостаток стал ему очевиден. Я представляю себе, что он вынес из российского опыта: признание, что наличие институтов не может «предполагаться», а наоборот, их наличие, а уж тем более создание, должно основываться на определенных условиях, для понимания которых требуется тщательное эмпирическое исследование. Иными словами, я верю, хотя и не могу доказать, что Россия дала импульс интеллектуальному исследованию, которое проложило путь к количественному анализу международного права в области прав человека, а также к появлению «места памяти» (*lieu de memoire*) для самой области.

После 1990-х гг. Россия получила если не Термидор, то, по крайней мере, реставрацию. Владимир Путин как президент и, в промежутках, премьер-министр возник как сильный лидер на месте изнуренного, отжившего свой век Ельцина. Резкий рост цен на нефть вместе с brutальным, но окончательным решением чеченского конфликта и политической стабильностью, которая основывалась на рецентрализации власти в Кремле, привели Путина к новым высотам национальной популярности<sup>32</sup>. Не отрекаясь в явно выраженной форме от международных прав человека, российское государство по нарастающей дистанцировалось от этого понятия. Решающий момент наступил, когда Международный Европейский суд по правам человека определил, что национализация Россией «Юкоса», самой масштабной энергетической компании страны, нарушила Европейскую Конвенцию<sup>33</sup>. В ответ на самое масштабное постановление Европейского суда в истории в защиту жертв нарушения прав человека Российская Федерация наделила полномочиями Конституционный суд пересмотреть это решение на предмет соответствия Конституции. Конституционный суд покорно постановил, что Россия конституционно ограждена от признания решения Европейского суда в данном случае<sup>34</sup>. Без денонсирования Конвенции Россия фактически отказалась от своих обязательств по ней<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> Эти события поставили под угрозу программу, которую я создал, чтобы организовать приезд российских судей в США. Институт международного развития согласился профинансировать поездку до того, как сократили его работу в России. В последний момент Агентство США по международному развитию выделило деньги на мое мероприятие, что позволило нескольким членам Высшего арбитражного суда провести неделю в Налоговом суде США. Правительство США изначально возбудило уголовное дело против Шлейфера и Хэйя, обвиняя их в злоупотреблении служебным положением при финансируемой федеральным правительством программе в личных целях. Затем уголовные обвинения были сняты, а со стороны Шлейфера, Хэйя и Гарварда были заключены компромиссные соглашения об урегулировании спора в рамках гражданского производства; JANINE R. WEDEL, SHADOW ELITE: HOW THE WORLD'S NEW POWER BROKERS UNDERMINE DEMOCRACY, GOVERNMENT AND THE FREE MARKET 144 (2009).

<sup>30</sup> См.: Rafeal LaPorta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer & Robert W. Vishny, *Law and Finance*, 106 J. POL. ECON., no. 6, Dec. 1998, at 1113.

<sup>31</sup> См.: Samuel Moyn, *Beyond the Human Rights Measurement Controversy*, 81 LAW & CONTEMP. PROBS. No. 4, 2018, at 121.

<sup>32</sup> ALLEN C. LYNCH, VLADIMIR PUTIN AND RUSSIAN STATECRAFT 53–64 (2011).

<sup>33</sup> ОАО «Нефтяная Компания «Юкос» против России : заявление № 14902/04, Европейский суд по правам человека (2011 г.) [App. No. 14902/04, Eur. Ct. H.R. (2011)]. Всякий раз, когда я обсуждаю данный спор, я ограничен в раскрытии информации о моем участии во множестве комиссий в качестве эксперта от имени «Юкоса» и его инвесторов, хотя я не был привлечен к делу до Европейского суда. Следовательно, нужно делать скидку на мое мнение. См.: Paul B. Stephan, *Taxation and Expropriation—The Destruction of the Yukos Oil Empire*, 35 HOUSTON J. INT'L L. 1 (2013).

<sup>34</sup> Конституционный суд Российской Федерации. Постановление от 19.01.2017 № 1, ст. 180. Собрание Законодательства Российской Федерации [Электронный ресурс]. URL: [http://www.ksrf.ru/en/Decision/Judgments/Documents/2017\\_January\\_19\\_1-P.pdf](http://www.ksrf.ru/en/Decision/Judgments/Documents/2017_January_19_1-P.pdf) [<https://perma.cc/G7HX-4H5Q>] (официальный перевод на английский).

<sup>35</sup> Приговор заставил Билла Боуринга, в другом случае ярого защитника российского взаимодействия по Европейской Конвенции и Страсбургскому суду, признать, что «возможно, недавнее решение по делу «Юкоса» Российским Конституционным судом привело к окончательному разрыву России с [Европейским Советом]». Bill Bowring, *Russia's Cases in the ECtHR and the Question of Implementation*, in RUSSIA AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: THE STRASBOURG EFFECT, смотри сноски 3, Pp. 188, 221.

## III

## Международное право в области защиты прав человека в свете российского опыта

Этот рассказ о столкновении России с международными правами человека служит четырем целям. Во-первых, он иллюстрирует важность анализа конкретных примеров, которые базируются на глубоком знании местной специфики. Во-вторых, он подтверждает, что характеристики международного права в области защиты прав человека являются одновременно зависимыми географически и темпорально. В-третьих, и в связи со второй целью, он указывает на пути, как можно использовать международное право в области защиты прав человека опосредованно для достижения отличных от защиты человеческого достоинства целей. В-четвертых, он предполагает наличие некоторых трудностей, связанных с количественным анализом национальной практики, касаемо законодательства по международным правам человека.

### А. Важность знания местной специфики

Одним из побочных эффектов окончания холодной войны была неожиданная непопулярность регионоведения как академического подхода к международным отношениям. Это была неполная потеря: региональные эксперты страдали от обособленности и слишком часто противились прокладывать связи между своим знанием и более широкими социальными проблемами. Но лучшие знатоки в области регионоведения могли бы произвести связку исторического, культурного и политического знания с внутренними наблюдениями — то, что другие методологии предложить не могут. Возможна ситуация, когда контекстуального знания слишком много. Но использование метода ответного действия как средства осмысления отдельных наблюдений дает нам нечто, что высокая теория и количественный анализ предложить не могут.

Я не имею в виду, что следует относиться с пренебрежением к теории или к эмпирической работе. Научное знание без теории — это журналистика, бездумный и некритический взгляд которой не привлекает ни других ученых, ни мир в целом. Эмпирическая работа делает возможным бросить вызов теории и пересмотреть ее. Меня беспокоит то, что поворот против регионоведческих исследований в начале 1990-х гг. в Соединенных Штатах, если не во всем научном сообществе, заставил отказаться от основного элемента эмпирической работы и исключил очень важный теоретический аспект — местные особенности.

В своем лучшем проявлении глубокое знание местной специфики дополняет и расширяет то, что мы можем получить из теории и количественного анализа. Это привносит аутентичность и предоставляет дополнительные возможности для фальсификации теоретических утверждений. Такое знание также может служить направляющим принципом количественных исследований, как я это сформулирую ниже. Глубокое знание местной специфики в итоге является важным и, наверное, незаменимым способом изучения значимых социальных феноменов, включая социальные эффекты законодательства по международному праву в области защиты прав человека.

### В. Особые аспекты международного права в области защиты прав человека

Российская история служит другой цели. Она представляет собой доказательство, разрушающее самые напыщенные постулаты международного законодательства по правам человека. Она указывает на то, что международное право в области защиты прав человека это не общепринятый консенсус о фундаментальных принципах благополучных обществ. Скорее, по крайней мере в случае России, то, что складывается в корзину международных прав человека, зависит в большей степени от места и времени.

Это открытие дает возможности для дальнейшего обращения к местному знанию. Как насчет Китая, Индии, Бразилии, Южной Африки, Японии, Индонезии и Малайзии (если рассматривать только большие страны вне традиционного Запада)? Как тонок этот клубок слов, охватывающий регулирование прав человека, и насколько полны местные интерпретации и негласное понимание этих слов? Что меняется со временем и в какую сторону? Является ли понятие международного права в области защиты прав человека универсальной нормой — широко понимаемой, хотя и не обязательно широко соблюдаемой, — вводящей в заблуждение, а возможно, даже мистификацией?

Как человек, который провел слишком много времени в России, как физически, так и интеллектуально я без труда понял идею международного права, возможно, часто и в значительной степени представляющую собой скорее локальные убеждения, чем универсальные нормы. Задолго до появления правозащитного движения 1970-х гг. специалисты из СССР и США продвигали

фундаментально отличное видение того, что представляет собой международное право и какие результаты ожидаются от существования международных правовых обязательств<sup>36</sup>. Развал Советского Союза привел к ситуации, когда некоторые триумфаторы начали заявлять о возникновении новой эры универсальных либеральных ценностей, главным образом зафиксированных в международном праве. Четверть века спустя, похоже, что либеральный интернационализм был проходящим импульсом, более не являющимся доминантным даже в западных столицах (прежде всего в Вашингтоне), где он зародился.

Являясь отражением этих изменений, появилось новое поле исследований: сравнительное международное право, изучающее основания варьирования в утверждениях о международном праве среди государств и регионов. Исследование обнаружило как наличие системных различий в заявлениях, так и разительный контраст в культуре и подготовке юристов-международников<sup>37</sup>. Остается еще много работы, но становится ясно, что и структура стимулов, подобная тем, которые изучаются исследователями международного права с позиции рационализма, и культурные структуры, исследуемые конструктивистами, имеют прямое отношение к тому, что принимается за постулаты международного права в разных частях мира.

Этот всеобщий феномен имеет особое значение для международного права в области защиты прав человека. Многие из нормативной базы этого свода норм основывается на ее стремлении к универсальности. Похоже, что утверждение о том, что данные права происходят прежде всего из естественного права или глубоких моральных обязательств, лишено содержания, если то, что мы наблюдаем в мире, это не просто рассеивание юридических прав, а наличие системных различий в их применении государствами, а также различие в представлениях об этих институтах. Российская история вписывается в более широкий нарратив, который развенчивает универсальность как претенциозную и, возможно, доминирующую концепцию.

Я утверждаю, что поборники международного права в области защиты прав человека не должны быть обескуражены этой новостью<sup>38</sup>. Расхождения в содержании и концептуализации этой нормативно-правовой базы указывают на ее важность, а не на бесполезность. Если бы международное право в области защиты прав человека не имело влияния, то государствам не составило бы труда его объединить. Также не было бы необходимости адаптировать его к местным условиям. То, что адаптация происходит, наводит на мысль, что государства серьезно подходят к закону<sup>39</sup>.

Однако данный аргумент является скорее логически, чем эмпирически обоснованным. Возможно, что государства даже при адаптации этих обязательств также их обходят или игнорируют. Результаты сравнительного международного права, к которым российская история добавляет восклицательный знак, подчеркивают важность изучения вопроса, как международное право в области защиты прав человека проявляется в разных обществах.

### **С. Инструментальное использование международного права в области защиты прав человека**

Российская история предполагает наличие иного взгляда на защиту международных прав человека. В период между 1990 и 1993 гг. развернулась ожесточенная политическая борьба за контроль над государством и его ресурсами. Первый этап включал борьбу между теми, кто обладал властью под эгидой СССР (под руководством Горбачева), и теми, кто ассоциировал себя с реконструкцией РСФСР (под руководством Ельцина). Это соперничество закончилось в декабре 1991 г. договоренностью, согласно которой Ельцин отказался от претензий на нероссийские части СССР в обмен на договор с десятью другими республиками советского государства покинуть Союз и таким образом отказаться от своих притязаний к России (четыре другие республики уже объявили свою независимость). Второй этап вписывается в долгую традицию истории России, так как преобладающая в России группа вела внутреннюю борьбу за сюзеренитет над тем, что осталось от СССР. Конфликт достиг апогея в октябре 1993 г., когда президентская администрация совер-

<sup>36</sup> См., например: Leon Lipson, *Peaceful Coexistence*, 29 LAW & CONTEMP. PROBS. No. 4, 1964, at 871; Leon Lipson, *The Rise and Fall of "Peaceful Coexistence" in International Law*, in PAPERS ON SOVIET LAW 6 (Leon Lipson & Valery Chalidze eds., 1977).

<sup>37</sup> COMPARATIVE INTERNATIONAL LAW, *supra* note 25; ANTHEA ROBERTS, IS INTERNATIONAL LAW INTERNATIONAL? (2017); Anthea Roberts, Paul B. Stephan, Pierre-Hugues Verdier & Mila Versteeg, *Exploring Comparative International Law*, 109 AM. J. INT'L L. 467 (2015).

<sup>38</sup> Paul B. Stephan, *Comparative International Law, Foreign Relations Law and Fragmentation: Can the Center Hold?*, in COMPARATIVE INTERNATIONAL LAW, смотри сноски 25, P. 53.

<sup>39</sup> *Ibid.* P. 67.

шила вооруженное нападение на парламент, окончившееся сотнями жертв и политической (но не физической) ликвидацией оппонентов Ельцина<sup>40</sup>.

Международное право в области защиты прав человека не играло большой роли в этих баталиях, но оно проявило себя на периферии складывающихся отношений. Как уже было замечено ранее, на первом этапе Комитет Конституционного надзора СССР — с одной стороны, а Российское законодательство — с другой продемонстрировали свою лояльность идее международного права в области защиты прав человека. Эти сигналы были скорее концептуальными, чем прагматическими. Они отражали интуитивное понимание того, что охват «иног», хоть и не понятого в полной мере и трудного в применении, сработает лучше в целях увеличения привлекательности определенных программных реформ, чем использование нелегитимной национальной практики. Встал вопрос, какая сторона могла более правдоподобно заявить о своем разрыве с прошлым и готовности повиноваться верховенству международного права в области защиты прав человека, что послужило бы индикатором разрыва.

Второй этап борьбы поставил эти утверждения в новый более мрачный контекст. Одной сферой конфликта между Ельциным и его оппонентами был принцип верховенства права — идея, пересекающаяся с применением прав человека. Советское наследие относилось к самоуправным командным системам, в которых правовое обоснование служило украшением для самоутверждения власти. Новый режим обещал, что будет придерживаться западного понятия о законе, основанного на законности деятельности государственных органов. Проблема, однако, состояла в том, что сохранившаяся Российская Конституция, хотя и с многочисленными поправками начиная с 1990 г., все еще подчиняла президентскую власть парламентскому контролю. Конституционный суд, который предполагал воплощение этого нового подхода к законности, неоднократно занимал сторону парламента в оппозицию президентскому захвату власти. В ответ на это Ельцин распустил Суд, а также отправил танки к зданию парламента. Он позволил Суду открыться только в 1995 г., с новым составом и теперь управляемым в ручном режиме. Прошло двадцать два года, а Суд так серьезно и не ограничивает инициативы, которые исполнительная власть обозначила как важные<sup>41</sup>.

Возможно, нечего добавить об этом эпизоде, кроме того, что внедрение международного права в области защиты прав человека в России в начале 1990-х было искренним, но не полным. Тем не менее форма внедрения имеет вид приманки, конъюнктурного применения абстрактных зарубежных идеалов в целях сглаживания процесса изменения режима. Хотя это всего лишь исходные данные, они согласуются с ложной гипотезой о международном праве в области защиты прав человека, а именно, что государства могут взять на себя обязательства по международным правам человека, чтобы уклониться от пристального внешнего наблюдения за их авторитарным строем<sup>42</sup>.

Это увеличивает вероятность того, что международное право в области защиты прав человека в определенных случаях может иметь обратный эффект и что государственные деятели могут использовать его для достижения собственных целей. Целью исследователя становится соединение неверного направления с планируемым эффектом. Установление интенциональности может быть сложной задачей, даже если она сопровождается основательным описанием. Количественный анализ тоже представляет трудность, принимая во внимание значительный разрыв между корреляцией и причинной зависимостью. Работы, которые фокусируются на обсуждении исключения поведенческого фактора, сталкиваются с наиболее серьезными вызовами<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Нарративы о восстании 1993 г. кардинально отличаются. Для США они представляют собой заслуживающее похвалы подавление реакции реформистскими силами с благими намерениями, которые действовали в соответствии с политикой США. Более радикальный взгляд выражает Линч, *смотри сноску* 28. Р. 136 («Характерной чертой президентства Ельцина является использование им российских танков в октябре 1993 г. для уничтожения российского парламента, соответственно, разрешая самый важный спор России о политике и сущности режима, были применены пули вместо голосования. Российская авторитарная конституция, которая основывается на сильно сконцентрированной власти в руках (избираемых) в исполнительную власть является прямым следствием той провалившейся политики»).

<sup>41</sup> Парадоксально, что Валерий Дмитриевич Зорькин, председатель Конституционного суда, чьего отстранения Ельцин добился в 1995 г., был восстановлен в должности под руководством Путина. Он превратился в открытого активиста защиты идеи, что российская юридическая мысль представляет собой национальную исключительность, к которому западная юридическая мысль относится враждебно. См. в Antonov, сноска 26, Рр. 155–159.

<sup>42</sup> См. Oona Hathaway, *Do Human Rights Treaties Make a Difference?*, 111 YALE L.J. 1935 (2002). Как отмечает Мойн [Moyn], эта работа является лидирующей статьей в области количественного анализа практики международных прав человека. См. Moyn, ссылка 31. Р. 3.

<sup>43</sup> См., например, Hyeran Jo & John Niehaus, *Through Rebel Eyes Rebel Groups, Human Rights, and Humanitarian Law*, 81 LAW & CONTEMP. PROBS. No. 4, 2018, at 101. Необходимо прояснить, что выяснение того, что именно говорят важные деятели, является необходимой частью любого исследования правовых институтов. Но без корреляции слов с действиями многое можно упустить из виду.

Возможно, стоило было бы пренебречь данной российской историей как отклонением. Государства, действующие недобросовестно, встречаются редко и могут не представлять интереса для исследования. Возможно, внимание на таких событиях фокусируется слишком часто, делая отдачу от исследования слишком незначительной в свете вреда, который изложение фактов о недобросовестности причиняет исследованию в целом. Тем не менее эта нерешенная проблема продолжает вызывать беспокойство, особенно если принимать во внимание, что провозглашение традиционных прав человека служит в основном для отвлечения от более фундаментальных вопросов социальной и экономической справедливости.

#### **D. Вызовы для специалистов по количественному анализу**

Как и любая другая методология, эмпирическая работа может иметь свои недостатки. Практикующие ее специалисты могут влюбиться в большие объемы данных и потерять цель их детального исследования. Они могут позволить упрощающему жизнь кодированию предопределять повестку исследований, таким образом оставляя в стороне важные, но трудные для измерения явления. Они могут сосредоточиться на нерелевантных результатах только потому, что их можно получить. При этом количественные инструменты, используемые осмысленно, могут открыть секреты и перевернуть наше представление об общественной жизни.

Аргументы в защиту количественного анализа делятся на две категории. Во-первых, это вопрос, что с чем сравнивается. Неколичественный анализ имеет свои трудности. Наука по своей сути это способ общения, беседы, а беседа о беседе кажется мне неудовлетворительно замкнутой. Это то, что делают ученые, когда пишут друг о друге. Война, страдания и несправедливость заслуживают большего<sup>44</sup>. Ведение военных действий и деградация, а не то, как мы говорим о них, заслуживают нашего внимания<sup>45</sup>.

Во-вторых, количественная эмпирическая работа в ее лучшем проявлении — это демократический и эгалитарный способ, каким разговор науки не является. Несомненно, возможна некоторая пристрастность ученого к тому, что исследуется и как он определяет свое наблюдение. Но как только ученым разработана структура подхода, другие ученые могут протестировать возможность его тиражирования<sup>46</sup>. Есть нечто удовлетворяющее в навязывании этой дисциплины даже самым известным и уважаемым ученым.

Как и участие граждан в политических процессах, эмпирическая работа тоже может быть общедоступной. Научные дискуссии неизбежно способствуют грамотному изложению и фиксации; наблюдения, наоборот, могут фокусироваться на будничном, но значительном. Нет сомнения в том, что количественная эмпирическая работа может скрываться за уравнениями и цифрами, как за способом, отпугивающим критические ответы. Какие вводные — таков и результат: это обычный риск. Но если работать внимательно и с воображением, возможно выявить проблемы, требующие решения, которые выпадают из научной дискуссии именно потому, что они не озвучены.

Таким образом, российская история остается предостережением для тех, кто стремится применить количественный анализ к закону, а особенно к международному праву в области защиты прав человека. Как кодируются глубокие расхождения между официальными обязательствами (конституционные обязательства относительно международного права в области защиты прав человека, как источника юридически осуществимых норм высшего порядка) и структурой инсти-

<sup>44</sup> Мне не понятен, например, вопрос о конституции как зависимой переменной в работе Cosette D. Creamer & Beth A. Simmons, *A History of Self-Reporting: The Impact of Periodic Review on Women's Rights*, 81 LAW & CONTEMP. PROBS. No. 4, 2018, at 31. Является ли предоставление периодической отчетности фактором, который приводит к улучшению показателей, или же улучшение показателей обуславливает увеличение реализуемых ресурсов и обеспечение лучших жизненных возможностей для женщин? Как лучше измерить жизненные возможности и как отделить эффект от отчетности от влияния других переменных, таких как рост дохода, изменение рынка труда, возможностей образования и т. д.? Прекрасная отчетность сама по себе — это пустые слова; жизненные результаты, как мне кажется, — это именно то, что мы хотим измерить. Возможно, совокупность данных, которые они используют, и объясняет это, но как читателю, по крайней мере мне, это не ясно.

<sup>45</sup> Таким образом, несмотря на то, что я восхищаюсь Ооной Хезевей [Oona Hathaway] и Скоттом Шапиро [Scott Shapiro], я сожалею, что эта линия исходит от Хезевей [Oona Hathaway], см. сноску 42, OONA A. HATHAWAY & SCOTT J. SHAPIRO, *THE INTERNATIONALISTS: HOW A RADICAL PLAN TO OUTLAW THE WORLD* (2017). Эта первая, хотя и противоречивая, работа заставила прекратить пустые разговоры, определить и выявить предпочтения определенных режимов. Новая книга, наоборот, уравнивает разговор о переустройстве мира с переустройством мира самого по себе. Нет сомнений, что оба проекта вносят свой вклад, но первый кажется мне бесценным, тогда как последний таковым не является.

<sup>46</sup> Barbara A. Spellman, *Science in Spite of Itself*, 544 NATURE 414 (2017).

туционального внедрения (карманные судебные органы, включая Конституционный суд)? Считается ли сопротивление западному пониманию норм прав человека нарушением или, наоборот, раскрывает сложность и неопределенность международного режима?<sup>47</sup> Является ли Россия страной, пренебрежительно относящейся к законам, или же основоположником норм в сфере прав человека?

Эти вопросы предполагают, по крайней мере, два типа вызовов для количественного эмпирического анализа. Прежде всего, кодирование проблем, которые возникают, когда официальные лица принимают позицию потемкинской деревни по отношению к юридическим обязательствам. Проницательные наблюдатели способны подменить действия (то, что скрывается за фасадом) пустой болтовней (фасад), но понимание, когда и как это делать, требует значительного знания местной специфики. Во-вторых, и это еще большая проблема, есть вероятность того, что местные условия полностью доминируют над конечными результатами исследования страны, что делает сравнительный анализ нерелевантным. Местная специфика может привести нас к выводу, что наблюдения, произведенные в определенное время и в определенном месте, дают резко отклоняющиеся значения, не являющиеся заслуживающими доверия.

Ни один из этих аргументов не должен рассматриваться как отрицающий количественное эмпирическое исследование как таковое. Утверждение, что выполнить подобного рода исследование может быть сложно, не означает, что оно не должно быть проведено. В конце концов, много хорошего может получиться из хорошо продуманного сбора массивов данных, если потом обратиться к ним с толковыми вопросами. Все зависит от того, что мы имеем в виду под хорошо продуманным и толковым.

Напрашивается следующий вывод. В указанном сборнике статей есть мысль, наиболее четко высказанная Самюэлем Мойном: что количественная эмпирическая работа может отвлечь исследователя от того, что действительно является важным вопросом<sup>48</sup>. Удовлетворение, полученное от наглядного исследования мира, как мы его видим, может подменить мысли о том, как должно выглядеть хорошее общество. Мы должны предельно четко понимать предпосылки и основы справедливости, прежде чем посчитаем, что применение юридических инструментов делает этот мир лучше. Изучение этих эффектов при отсутствии вдохновляющего видения добра превращается в трату ценной интеллектуальной энергии.

Я рассматриваю точку зрения Мойна, скорее, как касающуюся больше политической экономии в научном сообществе богатых стран, чем как категориальное утверждение о поиске знания как такового. Те, кто рассуждают о справедливости, и те, кто скрупулезно подсчитывают результаты, соревнуются за скудные академические ресурсы. Академические бюрократы могут быть обмануты ложным сравнением количественных эмпирических работ по социологии с более престижными достижениями точных дисциплин. Эти бюрократы также могут оказать сопротивление поддержке действительно трудновыполнимых исследований по фундаментальным основам справедливости, так как такая работа поднимает неудобные вопросы о статус-кво, которые авторитетные академики предпочитают игнорировать.

У меня нет сомнений, что это так. Но мне интересно, до какой степени научные сообщества богатых стран мира являются местом для поиска революционных мировоззрений и убедительных политических взглядов. Для тех из нас, кто работает в российской традиции и изучает изменения общественных отношений и создание нового типа политики, которые там произошли, вклад университетских преподавателей действительно кажется скудным<sup>49</sup>. Герцен, Энгельс, Бакунин и Кропоткин, а также Плеханов, Засулич, Мартов, Троцкий и Ленин, которые занимались журналистикой и публиковали статьи и книги, насколько мне известно, никогда не занимали академических должностей. Они были представителями интеллигенции, но не учеными.

Конечно, очень может быть, что это замечание демонстрирует бедность представлений о научной среде. Какой бы ни была роль научного сообщества в конце девятнадцатого века на Западе, современные университеты служат стержнем информационной экономики. Именно из-за важности роли академических кругов в служении статус-кво научное сообщество обладает потенциалом бросить вызов и даже трансформировать основанное на знании глобальное общество. Впрочем, вопросы остаются.

<sup>47</sup> Cp. Kevin L. Cope, Charles Crabtree & Christopher J. Fariss, *Conceptualizing Repression*, 81 LAW & CONTEMP. PROBS. No. 4, 2018, at 185

<sup>48</sup> Мойн, см. сноску 31, P. 3.

<sup>49</sup> См. в общих чертах: YURI SLEZKINE, THE HOUSE OF GOVERNMENT (2018) (документирование реформ и реформаторов).

## IV

## Заключение

Что касается вопроса, каким образом научное сообщество должно продолжить изучать международное право в области защиты прав человека, я агностик. Возможно, будущее международного права в области защиты прав человека лежит в открытии нового видения справедливости и глобального человеческого порядка, в преодолении дискуссии о дискуссиях и скрупулезных подсчетах, а также в побуждении к конкретным действиям во многих областях. Возможно, научные работники возьмут на себя лидирующую или, по крайней мере, вспомогательную роль в этом. Я придерживаюсь мнения, что знание местной специфики будет незаменимо для подобных исследований. Под этим я не имею в виду, что без этой информации нельзя обойтись, а скорее, что без сравнительного, всеобъемлющего и расширяющегося знания местной специфики эти начинания вряд ли ждет успех.

## Список литературы:

1. *Allen C. Lynch*. Vladimir Putin and Russian Statecraft (2011).
2. *Allen C. Lynch*. How Russia Is not Ruled. Reflections on Russian Political Development (2005).
3. *Anthea Roberts, Paul B. Stephan, Pierre-Hugues Verdier & Mila Versteeg*. Exploring Comparative International Law, 109 Am. J. Int'l L. 467 (2015).
4. *Anthea Roberts*. Is International Law International? (2017).
5. *Barbara A. Spellman*. Science in Spite of Itself, 544 Nature 414 (2017).
6. *Herbert Hausmaninger*. From the Soviet Committee on Constitutional Supervision to the Russian Constitutional Court, 25 Cornell Int'l L.J. (1992).
7. *Gennady M. Danilenko*. The New Russian Constitution and International Law, 88 Am. J. Int'l L. (1994).
8. *Janine R. Wedel*. Shadow Elite: How the World's New Power Brokers Undermine Democracy, Government and the Free Market 144 (2009).
9. *Kai T. Erikson*. Wayward Puritans: a Study in the Sociology of Deviance (1966).
10. *Sergey Vladimirovich Kortunov*. Kholodnaya Voyna: Paradoksy Odnoy Strategii [The Cold War: the Paradoxes of One Strategy], Mezhdunarodnaya Zhizn' 23 (No. 5, 1998), Translated in Is the Cold War Really Over? 44 Int'l.
11. *Cosette D. Creamer & Beth A. Simmons*. A History of Self-Reporting: the Impact of Periodic Review on Women's Rights, 81 Law & Contemp. Probs. No. 4, 2018. At 31.
12. *Kevin L. Cope, Charles Crabtree & Christopher J. Fariss*. Conceptualizing Repression, 81 Law & Contemp. Probs. No. 4, 2018.
13. *Lauri Mälksoo*. Introduction — Russia, Strasbourg, and the Paradox of a Human Rights Backlash, in Russia and the European Court of Human Rights: the Strasbourg Effect (Lauri Mälksoo & Wolfgang Benedek Eds., 2018).
14. *Leon Lipson*. The Rise and Fall of "Peaceful Coexistence" in International Law, in Papers on Soviet Law 6 (Leon Lipson & Valery Chalidze Eds., 1977).
15. *Leon Lipson*. Peaceful Coexistence, 29 Law & Contemp. Probs. No. 4, 1964.
16. *Oona A. Hathaway & Scott J. Shapiro*. The Internationalists: How a Radical Plan to Outlaw the World (2017).
17. *Oona Hathaway*. Do Human Rights Treaties Make a Difference? 111 Yale L.J. 1935 (2002).
18. *Paul B. Stephan*. Foreign Relations Law and Fragmentation: Can the Center Hold? In Comparative International Law (2018).
19. *Paul B. Stephan*. Taxation and Expropriation — the Destruction of the Yukos Oil Empire, 35 Houston J. Int'l L. 1 (2013).
20. *Paul B. Stephan*. The Impact of the Cold War on Soviet and Us Law: Reconsidering the Legacy, in the Legal Dimension in Cold War Interactions: Some Notes from the Field 141, 156 (Tatiana Borisova & William B. Simons Eds., 2012).
21. *Paul B. Stephan*. Revisiting the Incorporation Debate: the Role of Domestic Political Structure, 31 Va. J. Int'l L. 417, 433–35 (1991).
22. *Paul B. Stephan*. Perestroika I Sovetologiya [Perestroika and Sovietology], 3 Ssha — Ekonomika Politika Ideologiya [USA — Econ. Pol. and Ideology] 30 (1989) (Journal of the Institute for United States).
23. *Paul B. Stephan*. Further Thoughts on the Rule of Law and a New World Order, 26 J. Marshall L. Rev. (1993).
24. *Paul B. Stephan*. The Cold War and Soviet Law, 93 Am. Soc'y. Int'l L. Proc. (1999).
25. *Rafeal Laporta, Florencio Lopez-De-Silanes, Andrei Shleifer & Robert W. Vishny*. Law and Finance, 106 J. Pol. Econ., No. 6, Dec. 1998. At 1113.
26. *Samuel Moyn*. The Last Utopia: Human Rights in History (2010).
27. *Samuel Moyn*. Beyond the Human Rights Measurement Controversy, 81 Law & Contemp. Probs. No. 4, 2018.
28. *Yuri Slezkine*. The House of Government (2018).
29. *Bakhtiyar Tuzmukhamedov*. Doing Away with Capital Punishment in Russia: International Law and the Pursuit of Domestic Constitutional Goals, in Comparative International Law (Anthea Roberts, Paul B. Stephan, Pierre-Hugues Verdier & Mila Versteeg, Eds., 2018).

30. *William Taubman*. Gorbachev: his Life and Times (2017).
31. *Umut Özsu*. Neoliberalism and Human Rights: the Brandt Commission and the Struggle for a New World, 81 *Law & Contemp. Probs.* No. 4 (2018).
32. *Urie Procaccia*. Russian Culture, Property Rights, and the Market Economy (2007).
33. *Hyeran Jo & John Niehaus*. Through Rebel Eyes: Rebel Groups, Human Rights, and Humanitarian Law, 81 *Law & Contemp. Probs.* No. 4, 2018. At 101.

## References:

1. *Allen C. Lynch*. Vladimir Putin and Russian Statecraft (2011).
2. *Allen C. Lynch*. How Russia Is not Ruled. Reflections on Russian Political Development (2005).
3. *Anthea Roberts, Paul B. Stephan, Pierre-Hugues Verdier & Mila Versteeg*. Exploring Comparative International Law, 109 *Am. J. Int'l L.* 467 (2015).
4. *Anthea Roberts*. Is International Law International? (2017).
5. *Barbara A. Spellman*. Science in Spite of Itself, 544 *Nature* 414 (2017).
6. *Herbert Hausmaninger*. From the Soviet Committee on Constitutional Supervision to the Russian Constitutional Court, 25 *Cornell Int'l L.J.* (1992).
7. *Gennady M. Danilenko*. The New Russian Constitution and International Law, 88 *Am. J. Int'l L.* (1994).
8. *Janine R. Wedel*. Shadow Elite: How the World's New Power Brokers Undermine Democracy, Government and the Free Market 144 (2009).
9. *Kai T. Erikson*. Wayward Puritans: a Study in the Sociology of Deviance (1966).
10. *Sergey Vladimirovich Kortunov*. Kholodnaya Voyna: Paradoksy Odnoy Strategii [The Cold War: the Paradoxes of One Strategy], *Mezhdunarodnaya Zhizn'* 23 (No. 5, 1998), Translated in *Is the Cold War Really Over?* 44 *Int'l.*
11. *Cosette D. Creamer & Beth A. Simmons*. A History of Self-Reporting: the Impact of Periodic Review on Women's Rights, 81 *Law & Contemp. Probs.* No. 4, 2018. At 31.
12. *Kevin L. Cope, Charles Crabtree & Christopher J. Fariss*. Conceptualizing Repression, 81 *Law & Contemp. Probs.* No. 4, 2018.
13. *Lauri Mälksoo*. Introduction — Russia, Strasbourg, and the Paradox of a Human Rights Backlash, in *Russia and the European Court of Human Rights: the Strasbourg Effect* (Lauri Mälksoo & Wolfgang Benedek Eds., 2018).
14. *Leon Lipson*. The Rise and Fall of "Peaceful Coexistence" in International Law, in *Papers on Soviet Law 6* (Leon Lipson & Valery Chalidze Eds., 1977).
15. *Leon Lipson*. Peaceful Coexistence, 29 *Law & Contemp. Probs.* No. 4, 1964.
16. *Oona A. Hathaway & Scott J. Shapiro*. The Internationalists: How a Radical Plan to Outlaw the World (2017).
17. *Oona Hathaway*. Do Human Rights Treaties Make a Difference? 111 *Yale L.J.* 1935 (2002).
18. *Paul B. Stephan*. Foreign Relations Law and Fragmentation: Can the Center Hold? In *Comparative International Law* (2018).
19. *Paul B. Stephan*. Taxation and Expropriation — the Destruction of the Yukos Oil Empire, 35 *Houston J. Int'l L.* 1 (2013).
20. *Paul B. Stephan*. The Impact of the Cold War on Soviet and Us Law: Reconsidering the Legacy, in *the Legal Dimension in Cold War Interactions: Some Notes from the Field* 141, 156 (Tatiana Borisova & William B. Simons Eds., 2012).
21. *Paul B. Stephan*. Revisiting the Incorporation Debate: the Role of Domestic Political Structure, 31 *Va. J. Int'l L.* 417, 433–35 (1991).
22. *Paul B. Stephan*. Perestroika I Sovetologiya [Perestroika and Sovietology], 3 *Ssha — Ekonomika Politika Ideologiya* [USA — Econ. Pol. and Ideology] 30 (1989) (*Journal of the Institute for United States*).
23. *Paul B. Stephan*. Further Thoughts on the Rule of Law and a New World Order, 26 *J. Marshall L. Rev.* (1993).
24. *Paul B. Stephan*. The Cold War and Soviet Law, 93 *Am. Soc'y. Int'l L. Proc.* (1999).
25. *Rafeal Laporta, Florencio Lopez-De-Silanes, Andrei Shleifer & Robert W. Vishny*. Law and Finance, 106 *J. Pol. Econ.*, No. 6, Dec. 1998. At 1113.
26. *Samuel Moyn*. The Last Utopia: Human Rights in History (2010).
27. *Samuel Moyn*. Beyond the Human Rights Measurement Controversy, 81 *Law & Contemp. Probs.* No. 4, 2018.
28. *Yuri Slezkine*. The House of Government (2018).
29. *Bakhtiyar Tuzmukhamedov*. Doing Away with Capital Punishment in Russia: International Law and the Pursuit of Domestic Constitutional Goals, in *Comparative International Law* (Anthea Roberts, Paul B. Stephan, Pierre-Hugues Verdier & Mila Versteeg, Eds., 2018).
30. *William Taubman*. Gorbachev: his Life and Times (2017).
31. *Umut Özsu*. Neoliberalism and Human Rights: the Brandt Commission and the Struggle for a New World, 81 *Law & Contemp. Probs.* No. 4 (2018).
32. *Urie Procaccia*. Russian Culture, Property Rights, and the Market Economy (2007).
33. *Hyeran Jo & John Niehaus*. Through Rebel Eyes: Rebel Groups, Human Rights, and Humanitarian Law, 81 *Law & Contemp. Probs.* No. 4, 2018. At 101.

# Действительность права в современном теоретическом дискурсе

**Луковская Дженевра Игоревна**

заведующая кафедрой теории и истории государства и права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, Санкт-Петербург, Российская Федерация, доктор юридических наук, профессор; theory@jurfak.spb.ru

## АННОТАЦИЯ

В статье рассматривается важная, но недостаточно глубоко и подробно раскрытая в юридической литературе категория «действительность права». Автор дает детальный обзор интерпретаций данной категории в работах зарубежных философов права (Р. Алекси, Р. Кауфманна и др.). В результате проведенного анализа автор приходит к выводу, что для адекватного понимания действительности права необходимо сочетание позитивистского и естественно-правового подходов, взаимно дополняющих друг друга. Это дает возможность для построения интегративной теории, в основе которой лежит понимание действительности права как порядка, объединяющего естественное и волеустановленное начала.

**Ключевые слова:** действительность права, позитивизм, юснатурализм, права человека, закон, судебное решение, интегративная теория права

## Validity of Law in Modern Theoretical Discourse

**Dzhenevra I. Lukovskaya**

Head of the Chair of Theory and History of the State and Law of the Faculty of Law of St. Petersburg State University, St. Petersburg, Russian Federation, Doctor of Science (Jurisprudence), Professor; theory@jurfak.spb.ru

## ABSTRACT

The article examines the important, but insufficiently deeply and detailed category of “validity of law” in the legal literature. The author gives a detailed overview of interpretations of this category in the works of foreign philosophers of law (R. Alexie, R. Kauffmann etc.). As a result of the analysis, the author concludes that a combination of positivist and jusnaturalist approaches that complement each other is necessary to adequately understand the validity of the law. This provides an opportunity to build an integrative theory based on an understanding of the validity of law as an order uniting the natural and will-established beginnings.

**Keywords:** validity of law, positivism, jusnaturalism, human rights, law, judgment, integrative theory of law

Действительность права — его сущностный признак. Недействительное право — это «неправо» или даже «противоправо». Только действительное право ориентирует адресатов правовых норм на определенное поведение. «Утратив действительность, — писал Г. В. Мальцев, — юридическая норма перестает быть правом, теряет способность регулировать общественные отношения»<sup>1</sup>. Действительность права — один из важнейших критериев его действительности, хотя это и не означает тождественности понятий действительности и действительности права.

В правотворческой практике возникает или может возникнуть вопрос о действительности права только применительно к отдельным нормам (институтам), законодательным инновациям. Речь о правовой действительности всей соответствующей нормативной системы может идти лишь в крайних случаях, когда под угрозой разрушения оказывается социальный порядок в целом. Тогда, может случиться, приходится констатировать наличие «неправа и противопорядка» (Э. Фехнер).

Проблема действительности права многосложная и многоаспектная. Эта проблема обсуждается в контексте полемики о типах правопонимания, об эволюции различных теоретических подходов к праву<sup>2</sup>. При этом «фокусный» смысл (Д. Финнис) проблемы действительности права усматривают в тех или иных ее аспектах: «...юснатуралисты охотно используют термин “действительность права”, подчеркивая идеальную природу права; юспозитивисты склонны исследовать “нормативность” и формальный аспект права; психологические направления изучают “обязывающую силу” и даже чувство “связанности” правом; правовые реалисты стремятся обнаружить

<sup>1</sup> Мальцев Г. В. Социальные основания права. М., Норма, 2007. С. 589–590.

<sup>2</sup> О дискуссионности этой проблемы в контексте эволюции юридического позитивизма см.: Тимошина Е. В. Концепция нормативности Л. И. Петражицкого и проблема действительности права в юридическом позитивизме XX в. // Правоведение. 2011, № 5. С. 46–71 .

“эффективность” права»<sup>3</sup>. Вопрос об идеальной природе права как базовом концепте юснатурализма актуализируется в современном теоретическом дискурсе в дискуссиях между сторонниками позитивистских и непозитивистских подходов к праву, выделяемых с точки зрения признания или непризнания моральных ценностей в праве<sup>4</sup>.

Современные теории действительности права, в том числе и естественно-правовые, необходимо оценивать, имея в виду стремление их представителей к интегративному (интегральному) понятийному, а также методологическому преодолению (с той или иной аргументацией) плюрализма теоретических взглядов на право. В юснатурализме это выражается в тенденции согласовать приоритетное для данного направления идеальное измерение права с его реальным измерением, естественность с позитивностью права, его действительность с действительностью, найти баланс между ними и тем самым избежать характерного для классических теорий естественного права дуализма естественного и позитивного права как двух противостоящих одна другой нормативных систем. Так, по замыслу известного немецкого теоретика права Р. Алекси, в единой структуре права должны быть сбалансированы, уравновешены различные элементы понятия права и соответствующие им понятия действительности — социальной действительности (действенности), моральной и правовой действительности<sup>5</sup>. Конечным основанием действительности права является «притязание на правильность»<sup>6</sup>. Такое уравновешивание коренится, по Алекси, «в самом основании права. Оно — часть природы права»<sup>7</sup>.

В основе искомого Р. Алекси единства, целостности правопорядка через сбалансирование его различных элементов лежит идея дуальности (не дуализма!) права — его позитивности и естественности (правильности, моральной обоснованности). Позитивность права, подчеркивает Р. Алекси, необходима. Но она не имеет исключительного характера. В противном случае оказалось бы недооцененным притязание права на содержательную правильность (справедливость), которое не исчезает и после институционализации права<sup>8</sup>. Такая содержательная правильность относится только к идеальному измерению права. Правильность иного рода («второго порядка», по Алекси) касается как справедливости, так и юридической определенности, достижимой лишь в сфере позитивности (реального измерения права)<sup>9</sup>. Справедливость как правильность «второго порядка» санкционирует необходимость позитивности права, так как сама эта необходимость «исходит из моральных требований избегать издержек анархии и гражданской войны и достигать преимуществ социальной координации и сотрудничества»<sup>10</sup>. Таким образом, полагает Р. Алекси, удается связать с правом и моральный принцип справедливости, и формальный принцип юридической определенности. Их правильное соотношение — условие гармонии правовой системы<sup>11</sup>.

Важнейшим элементом позитивности права наряду с его надлежащим установлением является, по Алекси, социальная действенность (социальная действительность) права. Нормы, лишённые социальной действенности, считает он, не могут быть и юридически действительными<sup>12</sup>. Критерии социальной действенности: соблюдение норм и применение санкций за их несоблюдение<sup>13</sup>. Эти критерии предполагаются принципом юридической определенности и не выходят за рамки реального измерения права. Между тем Р. Алекси подчеркивает, что в отличие от позитивизма, включающего в понятие правовой действительности лишь элементы социальной действительности, в его непозитивистской теории это понятие охватывает также и элементы моральной действительности<sup>14</sup>.

Свою конструкцию правопорядка Р. Алекси строит с позиций моральной философии права как сторонник «мягкого» интерналистского непозитивизма, следующего знаменитой «формуле» Г. Радбруха. Вслед за Г. Радбрухом он утверждает, что если нормы превышают определенный порог

<sup>3</sup> Васильева Н. С. Проблема действительности права в антиметафизической традиции (концепция Альфа Росса) // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки, 2017. Т. 21, № 3. С. 397.

<sup>4</sup> См.: Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). Пер. с нем. А. Н. Лаптева, Ф. Кальшойера. Москва — Берлин, Инфотропик Медиа, 2011. С. 3–4.

<sup>5</sup> О выделяемых автором понятиях действительности права см. там же. С. 105–108.

<sup>6</sup> См. там же. С. 41–42.

<sup>7</sup> Алекси Р. Дуальная природа права // Правоведение. 2010, № 2. С. 146.

<sup>8</sup> См. там же. С. 145.

<sup>9</sup> См. там же.

<sup>10</sup> Там же.

<sup>11</sup> См. там же. С. 146.

<sup>12</sup> См.: Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). С. 107.

<sup>13</sup> См. там же. С. 105–107.

<sup>14</sup> См. там же. С. 107–108.

несправедливости, то они утрачивают свой правовой характер<sup>15</sup>. В современном демократическом конституционном государстве таким «порогом» являются основные права человека, например, право на жизнь и личную неприкосновенность<sup>16</sup>.

Концепция прав человека строится Р. Алекси на основе дискурсивной теории права, которую он развивает вслед за Ю. Хабермасом. Р. Алекси — автор ее оригинального варианта как процедурной теории практической рациональности. Процедура дискурса, по Алекси, рациональна, если она подчиняется определенным правилам, касающимся адекватного использования юридических аргументов (требования полноты аргументации, отсутствия противоречий, терминологической ясности и др.) и обеспечивающим беспристрастность аргументации. Правила гарантируют свободу и равенство участников дискурса как основу прав человека<sup>17</sup>. Этим универсальным правилам «соответствуют основные принципы демократического конституционного государства, а именно свобода и равенство»<sup>18</sup>. Институциональные процедуры создания права Р. Алекси соединяет с дискурсивными<sup>19</sup>. При этом он ориентируется на критерии рациональности дискурса и соответствия правовой системы претензии на правильность как моральную обоснованность основных прав человека.

Права человека, по Алекси, не привносятся извне, а должны быть обоснованы в ходе рационального дискурса. Права действительны, если они существуют, а существование прав состоит в их обоснованности относительно каждого и всех, кто выражает желание принять участие в рациональном дискурсе<sup>20</sup>. Конституционные права «имеют приоритет над всеми другими нормами»<sup>21</sup>. Но существование прав определяется не конституцией, в том числе и в демократическом конституционном государстве. Существование прав определяется исключительно их обоснованностью в результате intersubjectивного рационального дискурса. Естественно-правовая идея у Р. Алекси в силу ее обсуждаемости и в этом смысле процедурной сконструированности не вписывается в классические теории естественного права и тем самым, кажется, утрачивает характерное для юснатурализма значение абсолютного масштаба для оценки действительности права.

Однако Р. Алекси настаивает на том, что права человека как моральные права (моральные требования) «принадлежат исключительно идеальному измерению права»<sup>22</sup>. И далее: «Их преобразование в конституционные права, т. е. в позитивные права, представляет собой попытку соединить идеальное измерение с реальным»<sup>23</sup>. Баланс идеального и реального измерений права как будто достигается. Но достигается он в рамках позитивного права. И хотя рациональный дискурс вновь и вновь возобновляется, так как появляются моральные требования ранее не зафиксированных в конституции прав, идеальному измерению права суждено быть у Алекси поглощенным его реальным измерением, т. е. позитивным правом. Непозитивизм уступает место позитивизму.

Идея процессуальности естественного права (у Алекси это процесс рационального дискурса), характерная для современного юснатурализма, восходит к известной формуле «естественного права с изменяющимся содержанием» Р. Штамллера<sup>24</sup>. Тогда же, еще в начале XX в., было подвергнуто сомнению и положение классических естественно-правовых теорий о раз и навсегда данных естественных правах человека. Вопрос о существовании прав человека вне позитивного права возникает и сегодня, когда речь идет о признании прав человека, не предусмотренных в законодательстве<sup>25</sup>. Этот вопрос особенно актуален для теории конституционного права и конституционного правосудия<sup>26</sup>. Не исключение и международное право, если не считать исчерпывающими названные на сегодняшний день в международно-правовых актах общепризнанные принципы и нормы международного права. За рамками этих актов, пишет В. В. Лапаева, «всегда ... будут оставаться некие идеи, принципы и нормы, которые еще не получили отражения в официальных

<sup>15</sup> Алекси Р. Дуальная природа права // Правоведение. 2010, № 2. С. 59.

<sup>16</sup> См. там же. С. 80.

<sup>17</sup> См.: Алекси Р. Юридическая аргументация как рациональный дискурс // Российский ежегодник теории права, 2008, № 1. СПб., 2009. С. 446–456.

<sup>18</sup> Там же. С. 453.

<sup>19</sup> См.: там же. С. 454.

<sup>20</sup> См.: Алекси Р. Существование прав человека // Правоведение. 2011, № 4. С. 21–31.

<sup>21</sup> Алекси Р. Дуальная природа права. С. 149.

<sup>22</sup> Там же. С. 150; см. также: Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). С. 129.

<sup>23</sup> Алекси Р. Дуальная природа права. С. 150.

<sup>24</sup> См.: Штаммлер Р. Сущность и задачи права и правоведения. М., 1908.

<sup>25</sup> См., напр.: Гаджиев Г. А. Онтология права. М., Норма, 2013. С. 143.

<sup>26</sup> См. там же. С. 143–144.

документах, но тем не менее уже считаются (или могут считаться) признанными в международном сообществе»<sup>27</sup>. С позиций юснатурализма такие внепозитивные идеи, принципы и нормы относятся к идеальному измерению права. Не следует ли поэтому согласиться и с тем, что «юснатурализму всегда будет присущ тот правовой дуализм, который сопутствовал этому подходу на протяжении всей истории развития»<sup>28</sup>.

Общетеоретическим дискуссиям о соотношении права и справедливости (права и морали), разгоревшимся после Второй мировой войны, в последние десятилетия не уделяется прежнего внимания. Все более заметно стремление перевести этот «основной вопрос» теоретического правоведения в легитимационное пространство правосудия. Отмеченная тенденция подкрепляется идеей целостности права, охватывающей и правоприменительную практику.

Так, Р. Алекси включает в понятие права и процедуру правоприменения, различая вслед за американским философом права Р. Дворкиным правила (нормы) и принципы права. К праву, пишет он, относятся правовые принципы, нормативные документы, которые служат обоснованию решения правоприменителя в зоне неопределенности права, чтобы выполнить притязание на правильность. В этой ситуации идея Р. Алекси о сбалансировании различных аспектов правопорядка означает уравнивание правил (реальное измерение права) и принципов (идеальное измерение). По содержанию судья выносит решение на основе моральных норм (принципов), а по форме — на основе правовых<sup>29</sup>.

Необходим, по мнению Р. Алекси, баланс и между самими принципами. Это не вызывает трудностей для правоприменителя, если речь идет о конституции демократического и социального правового государства, в которой предусмотрены основополагающие принципы достоинства личности, свободы, равенства и т. п. Задача судьи тогда состоит в достижении баланса между принципами посредством их оптимизации<sup>30</sup>. Однако и в других правовых системах решение судьи подразумевает притязание на правильность как правильную моральную обоснованность. Р. Алекси подчеркивает, ссылаясь на И. Канта, регулятивный характер идеи правильной морали в качестве цели, к которой нужно стремиться<sup>31</sup>. В этом смысле права человека как морально обоснованные требования свободы, равенства, справедливости, достоинства личности приобретают у Р. Алекси универсальный характер в качестве потенциального, указывающего «правильный» путь критерия действительности современных конституционных нормативных порядков.

Удалось ли все-таки юснатурализму найти «третий путь» — путь синтеза естественного права и позитивизма? А. В. Поляков склонен считать, что это удалось, например, немецкому правоведа А. Кауфманну (в интерпретации его теории А. В. Поляковым)<sup>32</sup>. Да, А. Кауфманн, представитель феноменолого-экзистенциалистской философии права<sup>33</sup>, исходя из полярности естественного и позитивного права, вместе с тем подчеркивает, что полярность не означает их антиномичности. Онтологическая структура права обнаруживается в двойственности сущности и существования права, его естественности и позитивности<sup>34</sup>. Реальность права «осуществляется через связь эссенциального и экзистенциального элементов, естественности права с позитивностью, так что становится ясно, что справедливость и правопорядок, действительность и действенность, правомерность и власть, легитимность и легальность не идентичны, антиномичны, но как полярные силы связаны друг с другом и находятся в плодотворной изменчивой связи»<sup>35</sup>. От внимания А. Кауфманна не ускользает позитивистский (социолого-позитивистский) характер критериального значения действительности права для определения его действительности. В отличие от позитивизма, пишет А. Кауфманн, усматривающего в действительности нормы как данную ее действительность, естественно-правовое учение признает действительность критерием действительности<sup>36</sup>.

<sup>27</sup> Лапаева В. В. Типы правопонимания: правовая теория и практика. М., Российская академия правосудия, 2012. С. 122.

<sup>28</sup> Там же.

<sup>29</sup> См.: Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). С. 96; см. подробнее: С. 86–102.

<sup>30</sup> См. там же. С. 97.

<sup>31</sup> См. там же. С. 102.

<sup>32</sup> См.: Козлихин И. Ю., Поляков А. В., Тимошина Е. В. История политических и правовых учений. Учебник. Изд. Санкт-Петербургского гос. ун-та, 2007. С. 466–467.

<sup>33</sup> А. В. Поляков относит А. Кауфманна к герменевтическому направлению в философии права (см. там же, с. 466).

<sup>34</sup> См.: Кауфманн А. Онтологическая структура права // Российский ежегодник теории права. 2008, № 1. С. 145.

<sup>35</sup> Там же. С. 157.

<sup>36</sup> Там же. С. 156.

А. Кауфманн постоянно напоминает, что позитивность и сущность права (справедливое по природе) неотделимы друг от друга, сущность права не сверхпозитивна<sup>37</sup>. Однако выясняется, что как возможность права (в аристотелевском смысле) сущность все же сверхпозитивна, хотя в этом своем идеальном бытии она, по Кауфманну, еще и не обладает действительностью, которую впервые обретает через позитивацию<sup>38</sup>. Сначала — в позитивном законе, но окончательно и полно — в «правильном» правоприменительном решении. Только в правосудии (деятельности исполнительной власти и др.) право становится целиком действительным<sup>39</sup>. А значит, по Кауфманну, и действительным.

Право, согласно теории Кауфманна, справедливо по природе, поскольку оно коренится в природе вещей<sup>40</sup>. Но неизбежен вопрос: как из природной бытийственности права вывести его должествование для законодателя, судьи? А. Кауфманну приходится обратиться к идее естественного закона (не естественного права) как основной норме, принципу логически (не онтологически) первичной стадии становления права, предшествующей стадиям позитивного закона и правоприменительного решения<sup>41</sup>. Особое внимание он обращает на то, что это именно закон, а не право, что закон первичен именно логически, а не онтологически<sup>42</sup>. Ведь автор сам критиковал «все попытки обосновать наряду с реально действующим позитивным правом идеально действующее, сверхпозитивное право (сущность права)»<sup>43</sup>.

В конечном счете преодолеть дуализм естественного и позитивного права А. Кауфманн пытается путем удвоения понятия справедливости (и легитимации): закон, будучи эманацией воли законодателя, «справедлив по закону», право — по природе<sup>44</sup>. И все-таки справедливость закона «по закону» предполагает, что он основан на принципах, ценностях права, которые законодатель просто «полагает как данное»<sup>45</sup>. Однако эти принципы и ценности, по Кауфманну, сами по себе и не право, а в «окоченевшем» законе, не обладающем, как он считает, нормативностью, право еще не полностью действительно. Но, возразим, ведь именно через законы сущность права актуализируется в конкретном правоприменительном решении, которое, будучи творческим произведением, «всегда проистекает из природы вещей»<sup>46</sup>. Так что, «начав с онтологической структуры права, Кауфманн незаметно для самого себя приходит к аксиологии. Ведь бытие права (принятие верного решения в конкретной ситуации, учитывающего природу вещей) возможно лишь на основе закона, т. е. того, как должно быть с точки зрения тех ценностей, которые обосновывают закон»<sup>47</sup>.

Если в дискурсивных теориях процессуальность естественного права определяется дискурсом, то в контексте кауфманнского бытия универсалий динамизм, процессуальность являются способом самого существования права как его никогда не прекращающихся актуализации и конкретизации, в конечном счете — в «правильном» решении правоприменителей. Право (естественное право), пишет А. Кауфманн, не статично, оно «обладает временной структурой историчности» и «должно постоянно вновь осуществляться, чтобы прийти к самому себе, это не готовое право, но во все времена становящееся право»<sup>48</sup>. Естественность и позитивность права существуют, подчеркивает он, только в отношении друг друга, и это отношение непрерывной актуализации, приводящей их снова и снова в соответствие с тем, что должно было осуществиться. В этом Кауфманн усматривает подлинный смысл естественно-правовой проблемы<sup>49</sup>.

Правовая теория А. Кауфманна человекоцентрична. Естественно-правовую категорию природы человека он переосмысливает с персоналистских философских позиций, исходя из соразмерности права и человека как личности (персоны) — одновременно духовной индивидуальности и социальной индивидуальности<sup>50</sup>. Но Кауфманн все же никак не может избежать постоянного прогля-

<sup>37</sup> См.: Кауфманн А. Онтологическая структура права // Российский ежегодник теории права. 2008, № 1. С. 159 и др.

<sup>38</sup> См. там же. С. 158.

<sup>39</sup> См. там же. С. 173.

<sup>40</sup> См. там же. С. 171.

<sup>41</sup> См. там же. С. 173.

<sup>42</sup> См. там же. С. 172.

<sup>43</sup> Там же. С. 159.

<sup>44</sup> См. там же. С. 171.

<sup>45</sup> См. там же.

<sup>46</sup> Там же. С. 169.

<sup>47</sup> Стомба А. В. Артур Кауфманн: в поисках «целого» прав // Там же. С. 147.

<sup>48</sup> Кауфманн А. Онтологическая структура права. С. 165, 169.

<sup>49</sup> См. там же. С. 169.

<sup>50</sup> См. там же.

дываемого в его теории дуалистического напряжения между духовностью и социальностью человека, между сущностью и существованием — «явленностью» сущности, например, судье как «данного» в природе вещей и одновременно «предзаданного», в котором, однако, и кроется то, что «должно было осуществиться». Следствием такого напряжения, нарушающего онтологическую релятивистскую безусловность существования естественного права только в его соотношении с позитивностью права, идеального измерения права с его реальным измерением, и оказывается неизбежная абсолютизация аксиологической составляющей права, характерная для юснатурализма<sup>51</sup>. По меньшей мере под вопросом остается поэтому то, удалось ли Кауфманну решить поставленную перед собой задачу — «отыскать синтез между абсолютивизмом и релятивизмом, между значимостью и бытием...»<sup>52</sup>.

Дуализм естественного и позитивного права был существенно поколеблен еще в естественно-правовых концепциях начала XX в. (В. С. Соловьев, А. С. Яценко). Не удалось преодолеть его и к настоящему времени. Тем не менее в базовом, «фокусном» смысле дуализм естественного и позитивного права все же не вписывается в онтологические естественно-правовые теории. Право и закон фигурируют в них в бытийно-онтологической взаимосвязи и, вопреки критике Г. Кельзена, не «по ту сторону позитивности». В единой структуре права естественно-правовая идея вполне органично уживается с позитивностью права. Это особенно заметно в теории Р. Алекси, с трудом скрывающего свои колебания между естественным правом и позитивизмом.

## Литература

1. Алекси Р. Дуальная природа права // Правоведение. 2010, № 2. С. 138–152.
2. Алекси Р. Понятие и действительность права (ответ юридическому позитивизму). Пер. с нем. А. Н. Лаптева, Ф. Кальшойера. Москва — Берлин, Инфотропик Медиа, 2011. 173 с.
3. Алекси Р. Существование прав человека // Правоведение. 2011, № 4. С. 21–31.
4. Алекси Р. Юридическая аргументация как рациональный дискурс // Российский ежегодник теории права. 2008, № 1. СПб., 2009. С. 446–456.
5. Васильева Н. С. Проблема действительности права в антиметафизической традиции (концепция Альфа Росса) // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия «Юридические науки». 2017. Т. 21, № 3. С. 396–414.
6. Гаджиев Г. А. Онтология права. М., Норма, 2013. 319 с.
7. Кауфманн А. Онтологическая структура права // Российский ежегодник теории права. 2008, № 1. СПб., 2009. С. 151–174.
8. Козлихин И. Ю., Поляков А. В., Тимошина Е. В. История политических и правовых учений: учебник. Изд. Санкт-Петербургского гос. ун-та, 2007. С. 466–467.
9. Лапаева В. В. Типы правопонимания: правовая теория и практика. М., Российская академия правосудия, 2012. 578 с.
10. Мальцев Г. В. Социальные основания права. М., Норма, 2007. 799 с.
11. Поляков А. В. Коммуникативно-феноменологическая концепция права // Неклассическая философия права: вопросы и ответы. Харьков, 2013. С. 94–126.
12. Стомба А. В. Артур Кауфманн: в поисках «целого» права // Российский ежегодник теории права. 2008, № 1. СПб., 2009. С. 144–150.
13. Тимошина Е. В. Концепция нормативности Л. И. Петражицкого и проблема действительности права в юридическом позитивизме XX в. // Правоведение. 2011, № 5. С. 46–71.
14. Штаммлер Р. Сущность и задачи права и правоведения. Пер. и предисл. В. А. Краснокутского. М., 1908. 166 с.

## References

1. *Alexi R.* The Dual Nature of Law [Dual'naya priroda prava] // Jurisprudence [Pravovedenie]. 2010, № 2. P. 138–152. (Trans. from eng)
2. *Alexi R.* The Concept and Validity of Law (a Response to Legal Positivism). Moscow — Berlin, Infotropic Media, 2011. 173 p. (Trans. from germ)
3. *Alexi R.* The Existence of Human Rights [Sushchestvovaniye prav cheloveka] // Jurisprudence [Pravovedenie]. 2011, № 4. P. 21–31.

<sup>51</sup> А. В. Поляков, нащупав «третий путь» в концепции А. Кауфманна, тем не менее в своей более поздней общей характеристике юснатурализма сохраняет указание на присущую юснатурализму абсолютизацию аксиологической составляющей права (см.: Поляков А. В. Коммуникативно-феноменологическая концепция права // Неклассическая философия права: вопросы и ответы. Харьков, 2013. С. 103).

<sup>52</sup> Кауфманн А. Онтологическая структура права. С. 166.

4. *Alexi R.* Legal Argumentation as a Rational Discourse [Yuridicheskaya argumentatsiya kak ratsional'nyy diskurs] // Russian Yearbook of the Theory of Law [Rossiyskiy yezhegodnik teorii prava]. 2008, № 1. SPb., 2009. P. 446–456. (Trans. from eng)
5. *Vasilieva N. S.* The Problem of Legal Validity in The Anti-Metaphysical Approach (Alf Ross's Conception) [Problema deystvitel'nosti prava v antimetafizicheskoy traditsii (kontseptsiya Al'fa Rossa)] // RUDN Journal of Law [Vestnik Rossiyskogo universiteta druzhby narodov. Seriya "Yuridicheskiye nauki"]. 2017. Vol. 21, № 3. P. 396–414.
6. *Gadzhiev G. A.* Ontology of Law [Ontologiya prava]. M., Norma, 2013. 319 p. (In rus)
7. *Kaufmann A.* Ontological Structure of Law [Ontologicheskaya struktura prava] // Russian Yearbook of the Theory of Law [Rossiyskiy yezhegodnik teorii prava]. 2008, № 1. SPb., 2009. P. 151–174. (Trans. from germ)
8. *Kozlikhin I. Yu., Polyakov A. V., Timoshina E. V.* History of Political and Legal Doctrines. Textbook. Ed. St. Petersburg State University [Istoriya politicheskikh i pravovykh ucheniy. Uchebnik. Izd. Sankt-Peterburgskogo gosudarstvennogo universiteta], 2007. P. 466–467. (In rus)
9. *Lapaeva V. V.* Types of Legal Understanding: Legal Theory and Practice [Tipy pravoponimaniya: pravovaya teoriya i praktika]. M., Russian Academy of Justice, 2012. 578 p. (In rus)
10. *Maltsev G. V.* Social Grounds of Law [Sotsial'nyye osnovaniya prava]. M., Norma, 2007. 799 p. (In rus)
11. *Polyakov A. V.* Communicative-Phenomenological Concept of Law // Non-Classical Philosophy of Law: Questions and Answers [Kommunikativno-fenomenologicheskaya kontseptsiya prava // Neklassicheskaya filosofiya prava: voprosy i otvety]. Kharkov, 2013. P. 94–126. (In rus)
12. *Stovba A. V.* Arthur Kaufmann: in Search of "Whole" Law [Artur Kaufmann: v poiskakh "tselogo" prava] // Russian Yearbook of the Theory of Law [Rossiyskiy yezhegodnik teorii prava]. 2008, № 1. SPb., 2009. P. 144–150. (In rus)
13. *Timoshina E. V.* The Concept of Normativity of L. I. Petrazhitsky and the Problem of the Validity of Law in Legal Positivism of the Twentieth Century [Kontseptsiya normativnosti L. I. Petrazhitskogo i problema deystvitel'nosti prava v yuridicheskom pozitivizme XX v] // Jurisprudence [Pravovedeniye]. 2011, № 5. P. 46–71. (In rus)
14. *Stammler R.* The Essence and Tasks of Law and Jurisprudence [Sushchnost' i zadachi prava i pravovedeniya]. Translate of V. A. Krasnokutsky. M., 1908. 166 p. (Trans. from germ)

# Субъективное право в постклассической юридической науке

**Честнов Илья Львович**

профессор кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского юридического института (филиала) Университета прокуратуры РФ, Санкт-Петербург, Российская Федерация, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ; [ilchestnov@yandex.ru](mailto:ilchestnov@yandex.ru)

## АННОТАЦИЯ

Автор статьи формулирует содержание и признаки субъективного права в контексте постклассической юридической науки. Постклассическая юриспруденция предполагает переосмысление объективности права. Поэтому объективное и субъективное право взаимодополняют друг друга. Содержание субъективного права образуют правовые действия людей, результаты действий и психические процессы, опосредующие эти действия.

**Ключевые слова:** субъективное право, постклассическая юридическая наука, действие права, правовые фреймы и скрипты

## Subjective Right in the Post-Classical Legal Science

**Ilya L. Chestnov**

Professor of Chair of Theory and History of State and Law, St. Petersburg Law Institute of (branch) of the University of the Office of the Prosecutor of the Russian Federation, Saint Petersburg, Russian Federation, Doctor of Science (Jurisprudence), Professor, Honored Jurist of the Russian Federation; [ilchestnov@yandex.ru](mailto:ilchestnov@yandex.ru)

## ABSTRACT

The writer formulates the content and characteristics of a subjective right in post-classical legal science context. Post-classical jurisprudence develop rethinking the objectivity of law. Therefore, objective and subjective law complement each other. The content of subjective law is formed by the legal actions of people, the results of actions and mental processes that mediate these actions.

**Keywords:** subjective right, post-classical legal science, legal action, legal frames and scripts

Постклассическая юридическая наука предполагает переосмысление основных правовых явлений с позиций новой картины мира. Это касается в том числе иного прочтения субъективного права во взаимосвязи с объективностью права. Объективность как независимость социальных явлений и процессов проблематизируется человеческим его содержанием и социокультурным контекстом, в котором существует право. Трактовка права как неких платоновских эйдосов или «природы вещей» — это эссенциализм или вульгарный натурализм, реифицирующий правовую реальность. Сегодня такой подход преодолевается признанием интерсубъективности социального мира и права в том числе. Право существует только в том случае, в каком оно сконструировано людьми (хотя и не по своему произволу, а с учетом внешних социальных и природных факторов или обстоятельств). Далее — право существует, только если оно (как совокупность правил поведения) зафиксировано в знаковой форме, хотя бы в форме обычной или традиции, мифа или ритуала. Важно также то, что существование права предполагает воспроизводство соответствующих правил поведения ментальными и поведенческими практиками широких слоев населения. Таким образом, человекоцентризм, сконструированность, знаковая опосредованность, социокультурная контекстуальность и практическая воспроизводимость — вот главные характеристики, отличающие постклассическое представление о праве.

Особо важную роль в постклассической концепции права играет субъективное право, находящееся в диалогическом отношении с объективным правом. Постклассическая юридическая методология не отрицает, а переосмысливает объективное право. Последнее не существует без или вне взаимосвязи с субъективным правом. Это связано с тем, что социальный мир, включая мир права, — это не люди, действия, результаты действий и предметы (вещи), опосредующие действия людей, а значения и смыслы, приписываемые людьми своим действиям, самим себе, результатам действий и предметам. Тем самым внешнее как «объективное» или «материальное» («объективная сторона» правомерного или противоправного поведения) дополняется внутренним, психическим или ментальным аспектом бытия права («субъективной стороной»). Важно при этом то, что именно психический аспект мотивирует человека на совершение какого-либо действия, выступая его «причиной»<sup>1</sup> в соответствующем социокультурном контексте.

<sup>1</sup> Полагаю, что причин в прямом, буквальном смысле слова или «механической причинности» в социальном мире не существует. Обусловливание поведения осуществляют психические или ментальные явления и процессы: цель, интересы, потребности, мотивы.

Субъективное право с позиций постклассической юридической науки — это реализация объективного права, реализация деонтических возможностей (того, что разрешено, обязательно или запрещено) в юридически значимом поведении. Одновременно субъективное право — это процесс осмысления ситуации с позиций личностной мотивации (психического комплекса, включающего интериоризацию ценностей, цель, интересы, потребности, мотив).

Важность исследования субъективного права состоит в том, что только через субъективную сторону юридического (юридически значимых практик) внешние «объективные» факторы влияют на право. Как именно? Это и призвана эксплицировать новая — постклассическая — теория субъективного права. Ко всему прочему, она же ориентирована на прояснение того, как действует право.

Право само по себе не «действует». В нашем, надеюсь, лучшем из миров, действуют только люди. В этом смысле субъектом права в эмпирической правовой реальности всегда является человек. В одних случаях (юридически значимых ситуациях) он действует от своего личного имени и представляет себя лично; в таком случае юридически он считается физическим лицом. В других случаях конкретный индивид действует от имени и по поручению должности; тогда юридически он именуется должностным лицом. Иногда человек действует (как правило, вступает в правоотношения) от имени коллективного субъекта; формально юридически, с позиций классической догматики права, это означает, что юридическое действие совершает коллективный субъект, хотя фактически — человек «из плоти и крови».

«Действие» права в таком случае представляет собой соотнесение личностных экспектаций (ожиданий) и поведения конкретного человека — носителя статуса субъекта права с информацией, сформулированной в норме права. Исходя из такой перспективы анализа субъективного права, структуру последнего образуют: люди — носители статуса субъектов права, их взаимодействия, результат, психическое опосредование, включающее мотивацию акторов, осмысление и оценку взаимодействия и результата акторами и наблюдателем с позиций господствующих юридических значений — правовых социальных представлений. В этом смысле интересны и перспективны размышления по данному поводу представителей инструментальной теории частного права Б. И. Пугинского и С. Ю. Филипповой.

С классической, традиционной точки зрения субъективное право определяется как мера юридической свободы лица. При этом такая мера свободы включает:

- 1) право как меру возможного поведения субъекта;
- 2) право как возможность требовать определенных действий (бездействия) обязанного субъекта.

Одновременно имеется в виду «не просто определенная мера или возможность, но юридическая возможность, т. е. возможность, обеспеченная принудительной силой государства»<sup>2</sup>. Такой подход исходит из сугубо догматического, формального подхода к трактовке правоотношения, когда последнее рассматривается как «прием научного мышления». «Правоотношение — это идеальная (умозрительная, мыслимая) «связка» из прав и обязанностей, представляющая собою отражение в зеркале правовых норм конкретных фактических отношений. Фактическое общественное отношение представляет собой объективно существующую связь (например, экономическую) между людьми, которая проявляется в тех или других поступках (действиях). С некоторыми из этих поступков право связывает возникновение прав и обязанностей. Права и обязанности являются идеальными категориями. Они недоступны человеческому восприятию с помощью органов чувств. Тем не менее в их объективном существовании сомневаться не приходится: независимо от того, воспринимают их люди или нет, конкретное лицо обладает определенной возможностью, обеспеченной принудительной силой государства, т. е. субъективным правом. Точно так же существуют и обязанности, вне зависимости от осознания этого факта людьми. А вот правоотношения не существуют — они только мыслятся. Мыслить субъективное право вместе (в единстве, в связи) со средством своего обеспечения (как правило — юридической обязанностью), т. е. в рамках единой системы, которая и получает наименование правоотношения, просто удобно; именно этим удобством в конечном счете предопределяется использование понятия о правоотношении в научном обороте, да и в практической деятельности юриста»<sup>3</sup>.

При таком подходе правоотношение лишается статуса фактического бытия (существования), о чем прямо провозглашается его авторами. Юридическое в таком случае — это некая модель

<sup>2</sup> Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / Под общ. ред. В. А. Белова. М. : Юрайт-Издат. 2007. С. 217.

<sup>3</sup> Указ. соч. С. 210–211.

фактического общественного отношения, мыслительная конструкция, удобная в использовании<sup>4</sup>. Чем же такая модель-правоотношение отличается от модели-нормы права? Более того, субъективно право как «определенная возможность», «существующая объективно независимо от того, воспринимают их люди или нет», — это и есть объективное право! Получается, что субъективное право — это некая разновидность или сторона объективного права?

Полагаю, что гораздо более перспективным является социологический, а не формально-юридический (догматический) подход<sup>5</sup> к анализу и субъективного права, и правоотношения. Правоотношение в социологии права это не модель общественного отношения (последнее необходимо трактовать как конкретные интеракции двух и более людей — акторов), а само фактическое взаимодействие, обладающее юридической значимостью. Его «материальность» выражается в конкретных поведенческих актах и их результатах, сопровождаемых психическими процессами<sup>6</sup>. Модель общественного отношения находится в норме права, которая реализуется в правоотношении и / или простых формах реализации права — соблюдения, исполнения или использования (в зависимости от деонтической модальности соответствующей нормы права, запрещающей, обязывающей или разрешающей определенное поведение). Субъективное право в таком случае это не просто потенциальная возможность, сформулированная в нормативном правовом акте или декларации, закрепляющей права человека, а фактическая реализация этой возможности или меры свободы.

Приблизительно в таком ключе подходит к данному вопросу С. Ю. Филиппова, активно разрабатывавшая инструментальный подход (я бы сказал — социолого-инструментальный) в частном праве. Она исходит из того, что «правовая деятельность есть лишь момент общей человеческой деятельности, единой в своей целостности и смысле. Это вызвано тем, что в реальной жизни правовая деятельность не представляет собой какую-то особую деятельность, отличную от иных видов человеческой активности. ...На наш взгляд, невозможно помыслить самостоятельной, отдельной от правовой, деятельности человека. В каждом действии сосуществует право и «не-право», т. е. как юридический, так и неюридический аспект»<sup>7</sup>. Правовая деятельность в инструментальном подходе представляет собой «воплощение правовых средств в движении к достижению правовой цели». Признаками правовой деятельности, по мнению С. Ю. Филипповой, является: «1) взаимосвязь (взаимозависимость) субъекта и объекта деятельности. Отношения субъекта и объекта представляют собой единую, целостную систему; 2) правовая деятельность, как и любая деятельность, состоит в движении, изменении. Это значит, что действия субъекта представляют собой деятельность только при появлении во внешнем для субъекта мире определенных изменений; 3) целесообразность деятельности — цель и направление деятельности формируется человеком — субъектом деятельности исходя из понимания им окружающего мира; 4) субъектом правовой деятельности может быть только человек, поскольку только он может осознать свою самостоятельность по отношению ко всему остальному миру, поставить цель и выработать путь движения к ней. ... 5) правовая деятельность представляет собой систему»<sup>8</sup>.

Важным в рассматриваемом подходе представляется анализ процесса целеполагания, включающий: «1) возникновение потребности; 2) осознание потребности (по нашему мнению, этот этап можно назвать возникновением интереса); 3) появление (постановка) цели»<sup>9</sup>. Почему это важный момент? Потому что, как справедливо замечает С. Ю. Филиппова, «если люди, вместе с их интересами и целями, исключены из сферы права, то вполне понятна неспособность юриспруденции признавать за ними возможность «творить право». Это представляется ненужным, поскольку государству известны все людские потребности (в очищенном, обобщенном и препарированном виде), а потому только оно, в силу своего статуса может создать наилучшие модели. ...Вербальное выражение пожеланий законодателя лишь тогда повлияет на поведение субъектов, когда они сами, своим поведенческим и мыслительным актом включают соответствующие средства в собственную деятельность по постановке и достижению правовых целей»<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> Чем-то это напоминает постмодернизм (о чем, скорее всего, авторы излагаемой точки зрения и не дозревают) — например, прагматизм Р. Рорти или симулякр Ж. Бодрийяра.

<sup>5</sup> Такой подход, конечно, также имеет право на существование, однако, как минимум, он должен быть дополнен социологическим для полноты картины субъективного права.

<sup>6</sup> Не всегда осознанными, но всегда ментальными, психическими.

<sup>7</sup> Филиппова С. Ю. Инструментальный подход в науке частного права. М.: Статут, 2013. С. 184–185.

<sup>8</sup> Филиппова С. Ю. Указ. соч. С. 181–182.

<sup>9</sup> При этом мотивация, по мнению С. Ю. Филипповой, относится к осознанию потребности. (См.: Указ. соч. С. 42–43).

<sup>10</sup> Филиппова С. Ю. Указ. соч. С. 180, 119.

Полагаю, что данный подход может быть развит и уточнен акцентом на психические процессы восприятия, категоризации и оценки (юридической квалификации) поведенческого аспекта субъективного права, а также анализа того, как именно происходит взаимообусловленность внешних социальных явлений и субъективного права. Восприятие юридически значимой ситуации осуществляется через ее соотнесение с имеющимися в правосознании индивида схемами — фреймами и скриптами, сценариями, образующими содержание типичных моделей такого рода ситуаций. Одновременно с восприятием производится процесс категоризации или типизации — подведение воспринимаемого под представление индивида о типичной («нормальной») ситуации и поведении в ней. Это же с юридической точки зрения включает процесс квалификации, который в социологической перспективе может быть описан как соотнесение собственного наблюдения с позицией социально значимого («нормативного») Другого — с позицией предполагаемого внешнего наблюдателя.

«Фрейм — это такая когнитивная структура в феноменологическом поле человека, — полагает известный исследователь дискурс-анализа М. Л. Макаров, — которая основана на вероятностном знании о типичных ситуациях и связанных с этим знанием ожиданиях по поводу свойств и отношений реальных или гипотетических объектов. По своей структуре фрейм состоит из вершины (темы), т. е. макропропозиции, и слотов или терминалов, заполняемых пропозициями. Эта когнитивная структура организована вокруг какого-либо концепта, но в отличие от тривиального набора ассоциаций такие единицы содержат лишь самую существенную, типичную и потенциально возможную информацию, которая ассоциирована с данным концептом»<sup>11</sup>.

«Сценарий или, по-другому, сценарный фрейм содержит стандартную последовательность событий, обусловленную некоей рекуррентной ситуацией. Сценарии организуют поведение и его интерпретацию. Для сценариев характерны ситуативная привязанность и конвенциональность. Как фрейм, так и сценарий необходимо трактовать в терминах памяти. Это не только информационные структуры, они сообщают о результатах, конечных состояниях, по которым и запоминаются нам, поскольку это механизмы, объясняющие достижение понимания с использованием накопленного ранее знания, а предварительное знание и есть тот тип информации, который хранится в памяти.

Самое замечательное в этом нашем рассуждении заключается в том, что в «готовом виде» сценарии в памяти вообще-то не хранятся. Применение сценария к анализу дискурса — это реконструкции, что мы сами строим сценарии по мере того, как в этом возникает необходимость, в процессе восприятия речи, чтобы осуществить интерпретацию дискурса, используя накопленный ранее опыт и информацию, размещенную на разных уровнях памяти»<sup>12</sup>.

Через эти сценарии (фреймы и скрипты) происходит интериоризация социальных представлений о внешних факторах, задающих контекст правовой ситуации, и о том, как ее оценивает социально значимый Другой (как она юридически квалифицируется). Одновременно социальные юридические значения приобретают индивидуальный смысл при их соотнесении с личностной мотивацией и ожиданиями — ожиданиями «нормального» поведения от контрагента в данной конкретной ситуации.

Вышеизложенное, как представляется, наглядно свидетельствует о необходимости дальнейших исследований субъективного права. При этом наиболее перспективным подходом к изучению субъективного права на сегодняшний день является постклассическая методология права.

## Литература

1. Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / Под общ. ред. В. А. Белова. М. : Юрайт-Издат. 2007. 993 с.
2. Филиппова С. Ю. Инструментальный подход в науке частного права. М : Статут, 2013. 350 с.
3. Макаров М. Л. Основы теории дискурса. М. : Гнозис, 2003. 280 с.

## References

1. Civil Law: Actual Problems of Theory and Practice [Grazhdanskoye pravo: aktual'nyye problemy teorii i praktiki] / Ed. V. A. Belova. M. : Yurayt-Izdat, 2007. 993 p. (In rus)
2. Filippova S. Yu. Instrumental Approach in the Science of Private Law [Instrumental'nyy podkhod v nauke chastnogo prava]. M. : Statute [Statut], 2013. 350 p. (In rus)
3. Makarov M. L. Fundamentals of the Theory of Discourse [Osnovy teorii diskursa]. M. : Gnosis [Gnozis], 2003. 280 p. (In rus)

<sup>11</sup> Макаров М. Л. Основы теории дискурса. М. : Гнозис, 2003. С. 153.

<sup>12</sup> Макаров М. Л. Указ. соч. С. 154–155.

# Субъективные права в свете обновленных норм о публичных сервитутах

**Краснова Татьяна Сергеевна**

доцент кафедры правовой охраны окружающей среды юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, Санкт-Петербург, Российская Федерация, кандидат юридических наук; tskrasnova.spb@gmail.com

## АННОТАЦИЯ

В статье анализируются результаты проведенной в 2018 г. реформы земельного законодательства, а именно введение в Земельный кодекс РФ (далее — ЗК РФ) обновленных положений о публичных сервитутах. Можно утверждать, что сегодня в ЗК РФ содержатся правила о двух разновидностях публичных сервитутов — в интересах неопределенного круга лиц (ст. 23) и в пользу определенных лиц (гл. V.7). При этом обе разновидности публичных сервитутов устанавливаются в соответствии с ЗК РФ, т. е. к правоотношениям, возникающим в связи с установлением, осуществлением и прекращением действия публичного сервитута, положения Гражданского кодекса РФ (далее — ГК РФ) не применяются. В свете этого возникает вопрос о правовой природе обновленных публичных сервитутов, в частности, вопрос о том, являются ли они субъективными вещными правами. Ответы на этот и некоторые другие вопросы предлагает автор статьи.

*Ключевые слова:* субъективное право, вещное право, сервитут, публичный сервитут, границы (пределы) субъективного права

## Subjective Rights in the Light of the Reform on Public Servitudes

**Krasnova Tatiana Sergeevna**

Docent (Associate Professor) at the Legal Protection of Environment Department of the Law Faculty of St. Petersburg State University, Saint Petersburg, Russian Federation, PhD in Law; tskrasnova.spb@gmail.com

## ABSTRACT

The article is dedicated to the results of the land law reform which was carried out in 2018, namely the introduction of updated provisions on public servitudes to the Land Code of the Russian Federation. It can be argued that today in the Land Code of the Russian Federation there are rules on two types of public servitudes — for benefit of any number of unspecified persons (art. 23) and in favour of certain entities (Ch. V.7). Both types of public servitudes are established in accordance with the Land Code of the Russian Federation, i. e. the provisions of the Civil Code of the Russian Federation are inapplicable to the legal relations arising in connection with establishment, implementation and termination of public servitudes. In this context the question on the legal nature of public servitudes arises. In particular are public servitudes subjective property rights? The author of the article offers answers to this and some other questions.

*Keywords:* subjective right, property right, servitude, public servitude, bounds (limits) of subjective right

## I. Вводные положения

1 сентября 2018 г. вступил в силу Федеральный закон от 03.08.2018 № 341-ФЗ «О внесении изменений в Земельный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части упрощения размещения линейных объектов» (далее — Закон № 341-ФЗ). Основной целью проведения реформы было провозглашено создание законодательной базы для упрощения размещения определенных линейных объектов на чужих земельных участках.

Примечательно, что Закон № 341-ФЗ — это реализация проекта Федерального закона № 187920-7 «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в части упрощения строительства, реконструкции, капитального ремонта и (или) эксплуатации линейных объектов», внесенного 29 мая 2017 г. в Государственную Думу Федерального Собрания РФ Правительством РФ (далее — законопроект № 187920-7)<sup>1</sup>. Реформаторы обращались к вопросу упрощения размещения определенных линейных объектов на чужих земельных участках и раньше. Однако и предшествующие законопроекты, и законопроект № 187920-7 подверглись обстоятельной критике со стороны Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражд-

<sup>1</sup> Текст см.: [Электронный ресурс] URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28SpravkaNew%29?OpenAgent&RN=187920-7&02> (дата обращения: 15.09.2019).

данского законодательства<sup>2</sup>. Между тем это не помешало законопроекту № 187920-7 воплотиться в федеральный закон<sup>3</sup>.

Согласно п. 2–3 ст. 23 ЗК РФ сервитут может быть установлен решением исполнительного органа государственной власти или органа местного самоуправления в целях обеспечения государственных или муниципальных нужд, а также нужд местного населения без изъятия земельных участков (публичный сервитут). Публичный сервитут устанавливается в соответствии с ЗК РФ. К правоотношениям, возникающим в связи с установлением, осуществлением и прекращением действия публичного сервитута, положения ГК РФ о сервитуте и положения гл. V.3 ЗК РФ не применяются.

Таким образом, публичный сервитут не регламентируется нормами о сервитутах, содержащимися в ст. 216, 274–277 ГК РФ, а также нормами о сервитутах, содержащимися в гл. V.3 ЗК РФ. В свете этого возникают вопросы о правовой квалификации публичного сервитута:

- Является ли публичный сервитут субъективным правом?
- Является ли публичный сервитут субъективным вещным правом?
- Определяет ли публичный сервитут границы (пределы) субъективного права?

Попробуем разобраться.

## II. Две разновидности публичных сервитутов

На основании систематического толкования норм ЗК РФ, в частности ст. 23 и гл. V.7, можно заключить, что публичные сервитуты устанавливаются либо в интересах неопределенного круга лиц, либо в пользу определенного лица.

В интересах неопределенного круга лиц устанавливаются публичные сервитуты для прохода или проезда через земельный участок, в том числе в целях обеспечения свободного доступа граждан к водному объекту общего пользования и его береговой полосе; размещения на земельном участке межевых знаков, геодезических пунктов государственных геодезических сетей, гравиметрических пунктов, нивелирных пунктов и подъездов к ним; проведения дренажных работ на земельном участке; забора (изъятия) водных ресурсов из водных объектов и водопоя; прогона сельскохозяйственных животных через земельный участок; сенокосения, выпаса сельскохозяйственных животных в установленном порядке на земельных участках в сроки, продолжительность которых соответствует местным условиям и обычаям; использования земельного участка в целях охоты, рыболовства, аквакультуры (рыбоводства) (подп. 1–7 п. 4 ст. 23 ЗК РФ).

В пользу определенных лиц устанавливаются публичные сервитуты для размещения линейных объектов, их неотъемлемых технологических частей, если указанные объекты являются объектами федерального, регионального, местного значения, либо необходимы для организации электро-, газо-, тепло-, водоснабжения населения и водоотведения, подключения (технологического присоединения) к сетям инженерно-технического обеспечения, либо переносятся в связи с изъятием земельных участков, на которых они ранее располагались, для публичных нужд; складирования строительных и иных материалов, размещения временных или вспомогательных сооружений (включая ограждения, бытовки, навесы) и (или) строительной техники, которые необходимы для обеспечения строительства, реконструкции, ремонта объектов транспортной инфраструктуры федерального, регионального, местного значения, на срок указанных строительства, реконструкции, ремонта; устройства пересечений автомобильных дорог или железнодорожных путей с железнодорожными путями общего пользования на земельных участках, находящихся в государственной собственности, в границах полос отвода железных дорог, а также устройства пересечений автомобильных дорог или железнодорожных путей с автомобильными дорогами или примыканий автомобильных дорог к другим автомобильным дорогам на земельных участках, находящихся в публичной собственности, в границах полосы отвода автомобильной дороги; размещения автомо-

<sup>2</sup> Текст см.: [Электронный ресурс] URL: <http://privlaw.ru/sovet-po-kodifikacii/2017-2/obzor2017-7/> (дата обращения: 15.09.2019).

<sup>3</sup> Комментарии к Закону № 341-ФЗ представлены, в частности: Болтанова Е. С. Публичный сервитут в целях строительства сооружений: вопросы конституционных прав граждан и обеспечения баланса интересов // Закон. 2019. № 2. С. 45–55; Краснова Т. С. Публичный сервитут для размещения линейного объекта: комментарий к новеллам Земельного кодекса РФ // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. № 3. С. 124–144; Мельников Н. Н. Критический анализ Федерального закона об упрощении размещения линейных объектов и подразумеваемый сервитут как механизм устранения выявленных недостатков // Хозяйство и право. 2018. № 10. С. 64–73; Новая жизнь публичных сервитутов. Событие. Комментарии экспертов (А. А. Иванова, А. О. Рыбалова, Р. С. Бевзенко и др.) // Закон. 2018. № 10. С. 17–37.

бильных дорог и железнодорожных путей в туннелях; проведения инженерных изысканий в целях подготовки документации по планировке территории, предусматривающей размещение линейных объектов федерального, регионального, местного значения, проведения инженерных изысканий для строительства, реконструкции указанных объектов, а также перечисленных выше линейных объектов (подп. 8 п. 4 ст. 23, гл. V.7 ЗК РФ).

Есть отличия и в порядках установления двух разновидностей публичных сервитутов. Первые (в интересах неопределенного круга лиц) возникают на основании решений исполнительных органов государственной власти или органов местного самоуправления (п. 2 ст. 23 ЗК РФ). Стоит отметить, что ранее такие сервитуты устанавливались в более строгом порядке — законом или иным нормативным правовым актом РФ, нормативным правовым актом субъекта РФ, нормативным правовым актом органа местного самоуправления, с учетом результатов общественных слушаний. По нашему мнению, упрощение порядка установления публичных сервитутов в интересах неопределенного круга лиц неоправданно, поскольку и ранее действовавший порядок далеко не всегда эффективно защищал права и законные интересы собственников служащих земельных участков. Новое регулирование вряд ли улучшит эту ситуацию.

Вторые публичные сервитуты (в пользу определенных лиц) возникают на основании решений органов власти соответствующих уровней по ходатайствам определенных лиц — субъектов естественных монополий; организаций связи; владельцев объектов транспортной инфраструктуры федерального, регионального, местного значения; организаций, предусмотренных п. 1 ст. 56.4 ЗК РФ и подавших ходатайства об изъятии земельных участков для публичных нужд (п. 18 ст. 23, гл. V.7 ЗК РФ).

При этом обращает на себя внимание тот факт, что, несмотря на различие целей публичных сервитутов, обе разновидности устанавливаются в императивном порядке — по решениям органов власти. С таким порядком установления сервитутов мы принципиально не согласны по целому ряду политико-правовых соображений. В частности, это связано с необходимостью акцентировать внимание на принципиальной значимости автономии воли в сервитутном праве, а именно на приоритете добровольного и добровольно-принудительного распоряжения правом собственности на служащую недвижимость, на согласованных с собственником недвижимости условиях, с учетом индивидуальных характеристик недвижимости. Однако это тема для отдельной публикации<sup>4</sup>.

### **III. Правовая квалификация публичного сервитута в интересах неопределенного круга лиц**

Относительно правовой квалификации публичных сервитутов необходимо отметить следующее.

При обращении к публичным сервитутам, устанавливаемым в интересах неопределенного круга лиц, мы обнаружим, что реформа не коснулась правовой природы данного института. Публичный сервитут этой разновидности как раньше, так и сейчас предоставляет неопределенному кругу лиц возможность ограниченно пользоваться чужим земельным участком. В связи с этим в цивилистической доктрине сложилось практически единогласное мнение о том, что при установлении публичного сервитута в интересах неопределенного круга лиц не возникает субъективное вещное право, а возникают границы (пределы) права собственности на служащий земельный участок. Сегодня этот вывод подтверждается, например, тем, что в силу п. 3 ст. 23 ЗК РФ публичный сервитут не регламентируется нормами ГК РФ о сервитутах.

Сформировавшееся в доктрине негативное отношение к квалификации публичного сервитута в интересах неопределенного круга лиц в качестве обременения права собственности на недвижимость, т. е. в качестве ограниченного вещного права, обосновывается следующим. Правовой режим публичного сервитута в интересах неопределенного круга лиц определяется нормами публичного, а не частного права; такой сервитут не требует господствующей и служащей недвижимости, не предполагает конкретных сервитуариев<sup>5</sup>. Кроме того, если публичный сервитут в интересах неопределенного круга лиц нарушает права и законные интересы собственника служащего земельного участка, данный собственник вправе оспорить в судебном порядке акт об установлении сервитута или обратиться в суд с негативным иском в защиту права собственности на служащий земельный участок. Если нарушается возникшая на основании такого публичного сервитута

<sup>4</sup> Краснова Т. С. Автономия воли и ее ограничение в сервитутном праве. М., 2019. С. 50–144.

<sup>5</sup> Рыбалов А. О. Легальный сервитут в российском праве // Вестник гражданского права. 2010. № 5. С. 7–8; Рыбалов А. О. Некоторые вопросы установления публичных сервитутов (на примерах из судебной практики) // Закон. 2016. № 6. С. 42–52.

та возможность ограниченного пользования служащим земельным участком, как правило, она защищается публично-правовыми способами и только в редких случаях негативным иском (и то опосредованно).

Примечательно, что согласно ст. 295, 295.2 Проекта федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в часть первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» публичный сервитут в интересах неопределенного круга лиц также предлагается квалифицировать в качестве границы (предела) права собственности на недвижимость. При этом авторы данного Проекта предлагают нормы о публичном сервитуте в интересах неопределенного круга лиц, закрепленные в ст. 23 ЗК РФ, незначительно изменить и перенести в ГК РФ.

Однако мы не можем согласиться с тем, что публичный сервитут в интересах неопределенного круга лиц предлагается использовать как инструмент, устанавливающий границы (пределы) права собственности на недвижимость. Такой вывод связан хотя бы с тем, что данный публичный сервитут в императивном порядке наделяет всех и каждого возможностью ограниченно пользоваться чужим частным земельным участком, зачастую бессрочно и бесплатно. В связи с этим происходит необоснованное ущемление права собственника земельного участка.

В то же время отказ от неудачного законодательного регулирования не должен повлечь отказ от обеспечения объективно существующих интересов неопределенного круга лиц в ограниченном пользовании чужой недвижимостью. Мы считаем, что правовыми средствами удовлетворения таких интересов должны выступать не императивно установленные границы (пределы) права собственности на недвижимость, а диспозитивно или диспозитивно-императивно установленные субъективные вещные права. При реализации этой идеи в том числе понятию «публичный сервитут» будет придан смысл, соответствующий его природе.

Так, публичный сервитут в интересах неопределенного круга лиц можно было бы квалифицировать в качестве особого сервитута — публично-вещного права, т. е. субъективного вещного права, устанавливаемого в пользу неопределенного круга лиц, по аналогии с отдельными сервитутами, существующими в некоторых западных правовых системах. Например, в Германии в основе всех собственнических правоотношений (как в частном, так и в публичном праве) лежит единое частноправовое понимание собственности, которое модифицируется в зависимости от субъектов, объектов, целей установления правоотношений. В случае установления обременения права собственности на недвижимость в виде возможности ограниченно пользоваться ею со стороны неопределенного круга лиц возникает вещное право ограниченного пользования, защищаемое абсолютными частноправовыми способами, т. е. публично-вещное право, квалифицируемое как «модифицированное» субъективное вещное право<sup>6</sup>.

Это направление видится интересным как для теоретических, так и для практических исследований. Поскольку, с одной стороны, традиционно считается, что существование субъективного вещного права у всех и каждого недопустимо. С другой стороны, административная и судебная практика продемонстрировали, что отказ такого рода правам в квалификации в качестве субъективных вещных влечет их квалификацию в качестве публично-правовых ограничений (границ [пределов] права), что не отвечает интересам конкретных субъектов гражданского оборота, лишаящихся по меньшей мере возможности защищать эти права в частноправовом порядке.

В этом смысле диспозитивное или диспозитивно-императивное введение публичного сервитута в пользу неопределенного круга лиц способствовало бы тому, чтобы обеспечить неотъемлемые права и свободы различных участников гражданского оборота: с одной стороны, на частноправовых основаниях противопоставить сервитут собственнику служащей недвижимости (в том числе с предоставлением ему частноправового иска — аналога *actio popularis*), с другой стороны, согласовать условия такого противопоставления с этим собственником в частноправовом порядке (посредством заключения соглашения или принятия судебного решения).

Интересно, что в целом в не вполне удачном законопроекте № 187920-7 была предпринята заслуживающая внимания попытка квалифицировать права неопределенного круга лиц ограниченно

<sup>6</sup> Винницкий А. В. Публичная собственность. М., 2013. С. 22–180, 405–445. Интересные рассуждения на эту и смежные с ней темы см. также, в частности, здесь: *Bogusz B. Land: Balancing Competing Economic and Social Interests // Modern Studies in Property Law / Ed. by W. Barr. Oxford — Portland, Oregon, 2015. Vol. 8. P. 85–95; Parchomovsky G., Bell A. Land Burdens in the Service of Conservation // Towards a Unified System of Land Burdens? Intersentia Antwerpen — Oxford, 2006. P. 137–162; Resta G. Systems of Public Ownership // Comparative Property Law. Global Perspective; ed. by M. Graziadei, L. Smith. Cheltenham, UK, 2017. P. 216–257; Van Erp S., Akkermans B. Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Property Law. Oxford and Portland, Oregon, 2012. P. 137–138, 251–252, 319–329.*

пользоваться чужими земельными участками в качестве субъективных вещных прав сервитутного типа. Другое дело, что сопутствующие приведенным положения законопроекта № 187920-7 не выдерживают критики. В частности, невозможно согласиться с императивным порядком установления таких сервитутов; с отказом от учета целевого назначения и разрешенного использования служащих земельных участков; с предоставлением сервитутодателям возможности требовать соразмерной платы за установление сервитутов только в случаях существенного затруднения в использовании служащих земельных участков; с отсутствием положений о порядке защиты указанных сервитутов. Нельзя исключать и того, что наделение неопределенного круга лиц субъективными вещными правами было технической ошибкой законопроекта № 187920-7 и его разработчики не вкладывали в приведенные положения такого глубокого смысла.

#### **IV. Правовая квалификация публичного сервитута в пользу определенного лица**

При обращении к публичным сервитутам, устанавливаемым в пользу определенных лиц, возникает также несколько интересных вопросов.

С одной стороны, данные публичные сервитуты нельзя определить как вводящие границы (пределы) права собственности на недвижимость хотя бы по той причине, что они устанавливаются в пользу определенных лиц, перечисленных в гл. V.7 ЗК РФ. Здесь важно подчеркнуть, что при установлении публичного сервитута в пользу определенного лица осуществляется непосредственная эксплуатация чужого земельного участка этим лицом для достижения конкретных целей (например, для размещения того или иного линейного объекта) и лишь опосредованное удовлетворение интересов общества (например, получение того или иного ресурса). В связи с чем сам термин «публичный» применительно к сервитуту, возникающему на основании гл. V.7 ЗК РФ, вызывает споры.

С другой стороны, данные публичные сервитуты затруднительно определить и в качестве субъективных вещных прав сервитутного типа, поскольку в силу прямого указания п. 3 ст. 23 ЗК РФ на них не распространяется действие норм ГК РФ о сервитутах и гл. V.3 ЗК РФ.

Как известно, формально перечень вещных прав в ст. 216 ГК РФ не закрыт. Тем самым можно было бы предположить, что публичный сервитут в пользу определенного лица — самостоятельное ограниченное вещное право. Подтверждением сказанному могла бы служить норма п. 3 ст. 5 ЗК РФ, согласно которой обладатели публичного сервитута — это лица, имеющие право ограниченного пользования землями и (или) чужими земельными участками, установленное в соответствии с гл. V.7 ЗК РФ. То есть по мысли законодателя при установлении публичного сервитута в интересах неопределенного круга лиц носители субъективного права не появляются, а при установлении публичного сервитута в пользу определенного лица — появляются.

Однако непонятно, есть ли смысл создавать новое ограниченное вещное право, которое настолько похоже на сервитут, еще и называть его сервитутом.

Важно и то, что публичный сервитут в пользу определенного лица возникает в императивном порядке, а именно по решению органа власти. Тогда как согласно п. 3 ст. 2 ГК РФ к имущественным отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении одной стороны другой, в том числе к налоговым и другим финансовым и административным отношениям, гражданское законодательство не применяется, если иное не предусмотрено законодательством. Согласно подп. 2 п. 1 ст. 8 ГК РФ гражданские права и обязанности возникают из актов органов власти, которые предусмотрены законом в качестве основания возникновения гражданских прав и обязанностей. Таким образом, нельзя исключать того, что в отсутствие специального указания в законе об обратном на публичный сервитут не распространяются не только нормы ГК РФ о сервитутах, но и любые другие нормы гражданского законодательства, в том числе о вещных правах.

На основании изложенного можно утверждать, что сегодня в гл. V.7 ЗК РФ оказались закрепленными положения о субъективных вещных правах, устанавливаемых императивно и не подчиняющихся нормам гражданского права. По нашему мнению, такое решение далеко не очевидно и явно не отвечает интересам целого ряда участников гражданского оборота.

#### **V. Заключение**

В завершение статьи следует заключить, что, по мысли законодателя, сегодня в российском правопорядке функционируют:

- 1) сервитуты в их традиционном понимании, предоставляющие правообладателям субъективные вещные права (ст. 216, 274–277 ГК РФ);

- 2) модифицированные сервитуты в их традиционном понимании для установления в отношении публичных земельных участков, предоставляющие правообладателям субъективные вещные права (гл. V.3 ЗК РФ);
- 3) публичные сервитуты, фактически не являющиеся сервитутами, а устанавливающие границы (пределы) права собственности на недвижимость, т. е. не предоставляющие субъективные вещные права (подп. 1–7 п. 4 ст. 23 ЗК РФ);
- 4) публичные сервитуты для непосредственной реализации интересов определенных лиц и только опосредованной реализации публичных интересов, по существу предоставляющие субъективные вещные права, но формально неясно какие — частные или публичные (подп. 8 п. 4 ст. 23, гл. V.7 ЗК РФ).

И это не полный список сервитутных обременений, ведь есть еще сервитуты (в том числе публичные), закрепленные в отдельных федеральных и региональных законах. В свете этого завершим статью постановкой перед читателями вопроса: насколько оправдано подобное усложнение сервитутного права России?

## Литература

1. Болтанова Е. С. Публичный сервитут в целях строительства сооружений: вопросы конституционных прав граждан и обеспечения баланса интересов // Закон. 2019. № 2. С. 45–55.
2. Винницкий А. В. Публичная собственность. М., 2013. 732 с.
3. Краснова Т. С. Автономия воли и ее ограничение в сервитутном праве. М., 2019. 255 с.
4. Краснова Т. С. Публичный сервитут для размещения линейного объекта: комментарий к новеллам Земельного кодекса РФ // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. № 3. С. 124–144.
5. Мельников Н. Н. Критический анализ Федерального закона об упрощении размещения линейных объектов и подразумеваемый сервитут как механизм устранения выявленных недостатков // Хозяйство и право. 2018. № 10. С. 64–73.
6. Новая жизнь публичных сервитутов. Событие. Комментарии экспертов (А. А. Иванова, А. О. Рыбалова, Р. С. Бевзенко и др.) // Закон. 2018. № 10. С. 17–37.
7. Рыбалов А. О. Легальный сервитут в российском праве // Вестник гражданского права. 2010. № 5. С. 4–12.
8. Рыбалов А. О. Некоторые вопросы установления публичных сервитутов (на примерах из судебной практики) // Закон. 2016. № 6. С. 42–52.
9. Bogusz B. Land: Balancing Competing Economic and Social Interests // Modern Studies in Property Law / Ed. by W. Barr. Oxford — Portland, Oregon. 2015. Vol. 8. P. 75–95.
10. Parchomovsky G., Bell A. Land Burdens in the Service of Conservation // Towards a Unified System of Land Burdens? Intersentia Antwerpen — Oxford, 2006. P. 137–162.
11. Resta G. Systems of Public Ownership // Comparative Property Law. Global Perspective; ed. by M. Graziadei, L. Smith. Cheltenham, UK. 2017. P. 216–257.
12. Van Erp S., Akkermans B. Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Property Law. Oxford and Portland, Oregon. 2012. 1170 p.

## References

1. Boltanova E. S. Public Easement for Construction Activities: Addressing Citizens' Constitutional Rights and Balancing Interests [Publichnyy servitut v tselyakh stroitel'stva sooruzheniy: voprosy konstitutsionnykh prav grazhdan i obespecheniya balansa interesov] // Law [Zakon]. 2019. № 2. P. 45–55. (In rus)
2. Vinnitsky A. V. Public property [Publichnaya sobstvennost']. M., 2013. 732 p. (In rus)
3. Krasnova T. S. Autonomy of Will and Its Restriction in Easement Law [Avtonomiya voli i yeye ogranicheniye v servitutnom prave]. M., 2019. 255 p. (In rus)
4. Krasnova T. S. Public Easement for Placing a Linear Object: Commentary on the Novels of the Land Code of the Russian Federation [Publichnyy servitut dlya razmeshcheniya lineynogo ob'yekta: kommentariy k novellam Zemel'nogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii] // The Herald of Commercial Justice of Russia [Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya RF]. 2019. № 3. P. 124–144. (In rus)
5. Melnikov N. N. A Critical Analysis of the Federal Law on the Simplification of the Placement of Linear Objects and the Implied Easement as a Mechanism for Eliminating Identified Shortcomings [Kriticheskiy analiz Federal'nogo zakona ob uproshchenii razmeshcheniya lineynykh ob'yektov i podrazumevayemyy servitut kak mekhanizm ustraneniya vyyavlennykh nedostatkov] // Economy and Law [Khozyaystvo i Pravo]. 2018. № 10. P. 64–73. (In rus)
6. A New Life of Public Easements. Event. Comments of experts [Novaya zhizn' publichnykh servitutov. Sobytiye. Kommentarii ekspertov] (A. A. Ivanova, A. O. Rybalov, R. S. Bevzenko, etc.) // Law [Zakon]. 2018. № 10. P. 17–37. (In rus)
7. Rybalov A. O. Legal Easement in Russian Law [Legal'nyy servitut v rossiyskom prave] // Bulletin of Civil Law [Vestnik grazhdanskogo prava]. 2010. № 5. P. 4–12. (In rus)

8. *Rybalov A. O.* Certain Issues of Establishing Public Easements (as Illustrated by Courts Practice) [Nekotoryye voprosy ustanovleniya publichnykh servitutov (na primerakh iz sudebnoy praktiki)] // Law [Zakon]. 2016. № 6. P. 42–52. (In rus)
9. *Bogusz B.* Land: Balancing Competing Economic and Social Interests // Modern Studies in Property Law / Ed. by W. Barr. Oxford — Portland, Oregon. 2015. Vol. 8. P. 75–95.
10. *Parchomovsky G., Bell A.* Land Burdens in the Service of Conservation // Towards a Unified System of Land Burdens? Intersentia Antwerpen — Oxford. 2006. P. 137–162.
11. *Resta G.* Systems of Public Ownership // Comparative Property Law. Global Perspective; ed. by M. Graziadei, L. Smith. Cheltenham, UK. 2017. P. 216–257.
12. *Van Erp S., Akkermans B.* Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Property Law. Oxford and Portland, Oregon. 2012. 1170 p.

# Прощение долга сквозь призму философского и экономического контекста правового регулирования

**Жестовская Дария Андреевна**

научный сотрудник отдела общих проблем частного права Исследовательского центра частного права им. С. С. Алексеева при Президенте РФ, Санкт-Петербург, Российская Федерация; dzhestovskaya@mail.ru

## АННОТАЦИЯ

Реформирование правил о прощении долга (ст. 415 Гражданского кодекса РФ) в 2015 г. поставило вопрос о том, не изменила ли данная новелла принципиальные основы гражданского законодательства. В новой редакции статьи для прощения долга не требуется согласия должника. Не является ли это шагом к тому, что и для дарения не потребуются согласия одаряемого? Автор на основе философских исследований С. С. Алексеева анализирует данную новеллу и оценивает ее роль в развитии гражданского законодательства.

*Ключевые слова:* дарение, прощение долга, согласие, односторонняя сделка

## Debt Release in the Context of Philosophical and Economic Aspects of Legal Regulation

**Dariya A. Zhestovskaya**

Researcher of the Department of the General Problems of the Private Law of the Private Law Research Centre under the President of the Russian Federation named after S. S. Alekseev, Saint Petersburg, Russian Federation; dzhestovskaya@mail.ru

## ABSTRACT

The reform of the rules on debt release (Article 415 of the Civil Code of the Russian Federation) in 2015 raised the question of whether this novelty changed the fundamental principles of civil law. Amendments to the article do not require the consent of the debtor to forgive the debt. Is this a step to the rule that it is not required the consent of the donee in the donation? The author analyzes these amendments on the base of philosophical studies of S. Alekseev and assesses its role in the development of civil law.

*Keywords:* donation, debt release, consent, unilateral transaction

Требуется ли согласие лица на благодеяние в его пользу?

В контексте российского законодательства данный вопрос может показаться неактуальным. Самая распространенная правовая конструкция, опосредующая благодеяние одним лицом другому, — договор дарения. Закон устанавливает именно договорную конструкцию правоотношения. Это означает, что согласие одаряемого на благодеяние в его пользу необходимо. Таким образом, закон в своих правовых конструкциях отражает ценность в правопорядке базового принципа автономии личности — навязанное благодеяние недопустимо<sup>1</sup>.

В то же время не все советские правоведы соглашались с такой квалификацией отношения дарения. Б. Б. Черепахин полагал, что договорная конструкция дарения является фикцией, прикрывающей существо отношений дарения, которые должны быть квалифицированы как односторонняя сделка<sup>2</sup>. Однако такая позиция здесь приводится не ради исторической справки. Несмотря на то, что закон в части регулирования отношений дарения остается неизменным, повод поставить этот вопрос на современном этапе развития гражданского права все же возник. В результате реформирования Гражданского кодекса РФ (далее — ГК РФ) в 2015 г. претерпела изменения ст. 415 ГК РФ, посвященная прощению долга. Даже без обращения к деталям проблемы разграничения конструкций дарения и прощения долга сложно отрицать, что прощение долга, так же как и дарение, опосредует отношения благодеяния. Однако в результате реформы необходимость получения согласия должника на прощение долга была поставлена под сомнение. П. 2 ст. 415 ГК РФ сформулирован следующим образом:

**«Обязательство считается прекращенным с момента получения должником уведомления кредитора о прощении долга, если должник в разумный срок не направит кредитору возражений против прощения долга».**

<sup>1</sup> Алексеев С. С. Юридические конструкции — ключевое звено права. В порядке постановки проблемы // Цивилистические записки. М., 2001. С. 7.

<sup>2</sup> Черепахин Б. Б. Дарение по Гражданскому кодексу РСФСР. Труды по гражданскому праву. Книга четвертая. М., 1923. С. 47.

Должник не должен выражать свое согласие, но может направить возражение о прощении долга. В доктрине данная новелла толкуется по-разному. Высказывается позиция, согласно которой прощение долга представляет собой одностороннюю сделку<sup>3</sup>. Ряд авторов продолжают видеть в сделке по прощению долга двусторонний характер, однако с презюмируемым акцептом должника<sup>4</sup>. В любом случае отношение к воле должника в новой конструкции меняется. Воля должника либо не нужна, либо презюмируется. За этими тонкими настройками института прощения долга стоят принципы гражданского права и теоретические основы построения правового регулирования. Точечное изменение нормы об одном из оснований прекращения обязательств способно поставить вопрос о степени реализации в отечественном праве принципа индивидуализма и автономии воли.

Может, принцип автономии воли перестает быть непререкаемой ценностью гражданского права?

В обоснование нового подхода законодателя к прощению долга можно предложить следующий аргумент. Много ли должников откажутся от того, чтобы их долг простили? Такие должники, конечно, будут, но они в меньшинстве. Гражданское право должно отвечать интересам не меньшинства, а большинства. Что более распространено, то и должно быть общим правилом. Если большинство должников согласилось бы с прощением долга, то зачем устанавливать в качестве правила по умолчанию необходимость получения согласия? Такое регулирование требует дополнительных издержек на согласование воли, а следовательно, является экономически неэффективным.

### Экономический анализ права против философии права

На институтах дарения и прощения долга видно, что правовое регулирование может иметь разные основы. К таким основам можно, в частности, отнести экономический анализ права и философию права. В науке экономического анализа права сформулировано понятие *majoritarian default rule* (мажоритарная диспозитивная норма). Это диспозитивная норма, которая соответствует воле большинства<sup>5</sup>. Такой подход к формулированию диспозитивных норм уменьшает трансакционные издержки на согласование условий договора, отличных от диспозитивной нормы<sup>6</sup>. А экономия трансакционных издержек, в свою очередь, ведет к повышению экономической эффективности, что является одной из целей правового регулирования. Если следовать логике экономического анализа, то уменьшить издержки позволяет модель, которая не требует выражения воли одаряемого на получение дара и воли должника на прощение долга. Если большинство лиц, в пользу которых совершается благодеяние, согласно на это, нормы, опосредующие такое благодеяние, должны быть сконструированы по модели односторонней сделки.

Таким образом, возможным обоснованием внесения изменений в ст. 415 ГК РФ является выбор законодателем экономической основы правового регулирования. В то же время дарение остается именно договорной конструкцией. Что может лежать в основе данного правового регулирования института дарения?

Философия права формулирует следующий принцип: «Никто не может навязать непрошеную выгоду другому». Этот принцип ярко проявлялся в римском праве, в котором существовала максима *“alteriisti pulari nemo protest”*<sup>7</sup>. Она означала, что каждый может только самостоятельно приобретать то, в чем он имеет интерес. Именно на основе данной максимы в римском праве отрицались такие институты, как представительство и договоры в пользу третьего лица<sup>8</sup>. Формулирование такого принципа связано с философским контекстом крайнего индивидуализма римской юриспруденции.

Однако в континентальном праве с развитием институтов представительства и договоров в пользу третьего лица эта римская максима была пересмотрена. Догматический принцип уступил место потребностям экономики<sup>9</sup>. Есть ли вероятность, что такая же судьба ждет и договор дарения,

<sup>3</sup> Договорное и обязательственное право (общая часть) : постатейный комментарий к ст. 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / В. В. Байбак, Р. С. Бевзенко, О. А. Беляева [и др.]; отв. ред. А. Г. Карапетов. М., 2017. С. 796 (автор — А. А. Павлов).

<sup>4</sup> Там же.

<sup>5</sup> Карапетов А. Г. Экономический анализ права. М., 2016. С. 429.

<sup>6</sup> Posner R. A. *Economic Analysis of Law*. 8th ed. New York : Aspen Publishers, 2010. P. 119.

<sup>7</sup> D. 45.1.38.17.

<sup>8</sup> См.: Бибикина Е. В. Договор в пользу третьего лица в российском и европейском частном праве (сравнительно-правовой обзор) // Договоры и обязательства : сборник работ выпускников РШЧП. I том. С. 77–78.

<sup>9</sup> Там же. С. 93–94.

который на основе экономического анализа права трансформируется в одностороннюю сделку? Или потребности экономики все-таки не всегда способны вытеснить подходы правопорядка, основанные на догме права и философии права?

## Экономический анализ и философия права: вместе или порознь

Особое значение в контексте философии права имеет социологическое понимание права. С. С. Алексеев отмечал, что право обладает способностью реагировать на изменяющиеся условия общественной жизни<sup>10</sup>. Право не только опосредует социальные отношения, но и является продуктом социального взаимодействия. Получается, что право — это то, что действительно встречается в общественных отношениях, распространено в них и востребовано. И тогда мы опять приходим к идее права как права большинства. Сконструированная законодателем норма должна являться обобщением практики социального взаимодействия. И следовательно, такая норма должна представлять собой *majoritarian default rule* — мажоритарную диспозитивную норму, то есть норму, которая соответствует превалирующей социальной модели поведения. Однако основой *majoritarian default rule* здесь становится не принцип экономической эффективности, а социологическое понимание права.

Интересную метаморфозу демонстрирует и подход Б. Б. Черепяхина. Конструкцию дарения как односторонней сделки он выводит догматически, на основе представлений о юридически значимой воле<sup>11</sup>.

Получается, что и философия права, и экономический анализ права могут приводить к одним и тем же результатам и необязательно находятся в непримиримом противоречии. Из приведенных рассуждений следует, что обосновать односторонний характер сделок, опосредующих благодеяние, может как экономический анализ, так философия права.

В то же время следует отметить, что социологический подход к праву не всегда предопределяет выбор модели правового регулирования.

С. С. Алексеев считал, что задачей философии права является объяснение смысла и предназначения права сквозь мировоззрение общества, через призму общественных ценностей<sup>12</sup>. Он называл философию права интеграцией философских идей и данных правоведения<sup>13</sup>. Ученый в своих исследованиях отмечал, что в основе частного права лежат философские идеи равенства, личной свободы, автономии воли<sup>14</sup>.

Принцип автономии воли раскрывается в рассуждениях М. М. Агаркова. Ученый полагает, что, если имя человека использовано в положительном контексте, например, ему приписаны какие-нибудь геройские поступки, он все равно имеет право на защиту своего имени<sup>15</sup>. Иное привело бы к нарушению права быть собой. Имя в его правовом значении, по мнению М. М. Агаркова, является обособлением индивидуализации, а в его философской основе лежит моральное достоинство человека<sup>16</sup>. Этот пример показывает значение ценности и независимости человеческой личности в определении своего неимущественного и имущественного положения, даже если кто-то хочет это положение улучшить.

Сложно отрицать, что принцип личной свободы и автономии воли является философской основой частного права и сегодня. Данные ценности формируют в качестве субъекта права свободное автономное лицо, которое само вправе принять решение, желает оно получить благодеяние или нет. Из этого следует, что существующие в обществе ценности не позволяют экономическому анализу предопределить выбор нормативных правовых конструкций.

В то же время при выборе философии права в качестве основы правового регулирования вновь возникает интересная метаморфоза. С. С. Алексеев отмечает, что фундаментальная ценность свободы имеет прежде всего экономическое значение. Именно ценность свободы лежит в основе принципов свободы конкуренции, свободы договора — основных принципов рыночной экономики, предопределяющих экономическую эффективность обмена<sup>17</sup>. Таким образом, конструирование

<sup>10</sup> Алексеев С. С. Социальная ценность права в советском обществе. М., 1971. С. 126.

<sup>11</sup> Черепяхин Б. Б. Указ. соч. С. 46–48.

<sup>12</sup> Алексеев С. С. Философия права. М., 1997. С. 2.

<sup>13</sup> Там же. С. 12.

<sup>14</sup> Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. М., 2001. С. 161, 729.

<sup>15</sup> Агарков М. М. Право на имя // Сборник статей по гражданскому и торговому праву. Памяти профессора Габриэля Феликсовича Шершеневича. М., С. 143.

<sup>16</sup> Там же.

<sup>17</sup> Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. М., 2001. С. 728–730.

правового регулирования по догматическим принципам позволяет достигать цели, которые ставит перед собой экономический анализ права. В контексте проблемы навязанного благодеяния принцип свободы личности не позволяет установить в качестве общего правила односторонний характер сделок, опосредующих благодеяние.

На основе приведенных рассуждений можно сделать вывод, что экономический анализ права и философия права не являются взаимоисключающими предпосылками построения правового регулирования. Любая правовая норма может иметь в основе философскую ценность и одновременно обеспечивать достижение экономической эффективности. Выбор конкретной модели правового регулирования должен определяться взвешенным соотношением философских и экономических ценностей на долгосрочную перспективу.

## Литература

1. Агарков М. М. Право на имя // Сборник статей по гражданскому и торговому праву. Памяти профессора Габриэля Феликсовича Шершеневича. М. : Статут, 2005. 620 с.
2. Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. М. : Издательство НОРМА, 2001. 752 с.
3. Алексеев С. С. Социальная ценность права в советском обществе. М. : Юрид. лит., 1971. 223 с.
4. Алексеев С. С. Философия права. М. : Издательство НОРМА, 1997. 336 с.
5. Алексеев С. С. Юридические конструкции — ключевое звено права (в порядке постановки проблемы) // Цивилистические записки : межвузовский сборник научных трудов. М. : Статут, 2001. С. 5–20.
6. Бибикова Е. В. Договор в пользу третьего лица в российском и европейском частном праве (сравнительно-правовой обзор) // Договоры и обязательства : сборник работ выпускников РШЧП. I том. 957 с.
7. Договорное и обязательственное право (общая часть) : постатейный комментарий к ст. 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / В. В. Байбак, Р. С. Бевзенко, О. А. Беляева [и др.]; отв. ред. А. Г. Карапетов. М. : М-Логос, 2017. 1120 с.
8. Карапетов А. Г. Экономический анализ права. М. : Статут, 2016. 528 с.
9. Черепяхин Б. Б. Дарение по Гражданскому кодексу Р.С.Ф.С.Р. Труды по гражданскому праву. Книга четвертая. М., 1923. С. 45–47.
10. *Posner R. A.* Economic Analysis of Law. 8th ed. New York : Aspen Publishers, 2010. 787 p.

## References

1. *Agarkov M. M.* The Right to a Name [Pravo na imya] // Collection of Articles on Civil and Commercial Law. In Memory of Professor Gabriel Feliksovich Shershenevich [Sbornik statey po grazhdanskomu i torgovomu pravu. Pamyati professora Gabrielya Feliksovicha Shershenevicha]. M. : Statute [Statut], 2005. 620 p. (In rus)
2. *Alekseev S. S.* Ascent to the Law. Searches and Solutions [Voskhozhdeniye k pravu. Poiski i resheniya]. M. : NORMA Publishing House [Izdatel'stvo NORMA], 2001. 752 p. (In rus)
3. *Alekseev S. S.* The Social Value of Law in Soviet Society [Sotsial'naya tsennost' prava v sovetskom obshchestve]. M. : Jurid. lit. [Yurid. lit.], 1971. 223 p.
4. *Alekseev S. S.* Philosophy of Law [Filosofiya prava]. M. : NORMA Publishing House [Izdatel'stvo NORMA], 1997. 336 p. (In rus)
5. *Alekseev S. S.* Legal Constructions — a Key Link in Law (in the Manner of Statement of the Problem) [Yuridicheskiye konstruktzii — klyuchevoye zveno prava (v poriyadke postanovki problemy)] // Civilistic Notes: Interuniversity Collection of Scientific Papers [Tsivilisticheskiye zapiski: Mezhvuzovskiy sbornik nauchnykh trudov]. M. : Statute [Statut], 2001. P. 5–20. (In rus)
6. *Bibikova E. V.* A Contract in Favor of a Third Party in Russian and European Private Law (Comparative Legal Review) [Dogovor v pol'zu tret'yego litsa v rossiyskom i yevropeyskom chastnom prave (sravnitel'no-pravovoy obzor)] // Contracts and Obligations: a Collection of Works of Graduates of the Russian Chamber of Public Law [Dogovory i obyazatel'stva : sbornik rabot vypusnikov RSHCHP]. Vol. I. 957 p. (In rus)
7. Contractual and Law of Obligations (General Part): Article-by-Article Commentary on Articles 307–453 of the Civil Code of the Russian Federation [Dogovornoye i obyazatel'stvennoye pravo (obshchaya chast') : postateynnyy kommentariy k stat'yam 307–453 Grazhdanskogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii] / V. V. Baibak, R. S. Bevzenko, O. A. Belyaeva [and others]; open ed. A. G. Karapetov. M. : M-Logos, 2017. 1120 p. (In rus)
8. *Karapetov A. G.* Economic Analysis of Law [Ekonomicheskiy analiz prava]. M. : Statute [Statut], 2016. 528 p. (In rus)
9. *Cherepakhin B. B.* Donation Under the Civil Code R.S.F.S.R. Civil Law Works. Book Four [Darenie po Grazhdanskomu kodeksu R.S.F.S.R. Trudy po grazhdanskomu pravu. Kniga chetvertaya]. M., 1923. P. 45–57. (In rus)
10. *Posner R. A.* Economic Analysis of Law. 8th ed. New York : Aspen Publishers, 2010. 787 p.

# Предпринимательская деятельность в сети Интернет: основные источники и перспективы правового регулирования

**Шварц Лариса Владимировна**

доцент кафедры гражданского и трудового права Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ, Северо-Западный институт управления, Санкт-Петербург, Российская Федерация, кандидат юридических наук; shvarz7@yandex.ru

## АННОТАЦИЯ

Действующее российское законодательство определяет интернет как разновидность информационно-телекоммуникационной сети. Статья посвящена проблемам правового регулирования предпринимательского использования интернета. Одним из основных сегодня вопросов в контексте отношений «предпринимательская деятельность — интернет» является вопрос о соотношении применения действующих норм законодательства и принятия специальных нормативных актов, учитывающих специфику Всемирной сети. По мнению автора, придавать особый статус заключению и исполнению сделок посредством интернет-пространства, принимая специальные законы, нет необходимости, достаточно развить положения уже существующих, разрабатывая механизм применения интернет-технологий.

*Ключевые слова:* Интернет, предпринимательская деятельность, правовое регулирование, законодательство

## Business Activity on the Internet: Main Sources and Prospects of Legal Regulation

**Larisa V. Shvarts**

Associate Professor of Department of Civil and Labor Law of Russian Academy of National Economy and Public Administration under the President of the Russian Federation, North-West Institute of Management, Saint Petersburg, Russian Federation, PhD in Jurisprudence; shvarz7@yandex.ru

## ABSTRACT

The current Russian legislation defines the Internet as a kind of information and telecommunication network. The article is devoted to the problems of legal regulation of business use of the Internet. One of the main issues today in the context of relations "business — Internet" is the question of the ratio of the application of existing legislation and the adoption of special regulations that take into account the specifics of the world wide web. According to the author, there is no need to give a special status to the conclusion and execution of transactions through the Internet space, adopting special laws, it is enough to develop the provisions of existing ones, developing a mechanism for the use of Internet technologies.

*Keywords:* Internet, business activity, legal regulation, legislation

Интернет-пространство активно заполняется коммерческим контентом, управляемым предпринимателями. Торговля интенсивно переходит из «реального» рынка в сетевой, стали появляться ранее не существовавшие формы предпринимательства, обусловленные развитием и внедрением интернет-технологий. Ответом на такую практически стихийную экономическую реформу стало создание нормативной базы, регулирующей специфические отношения в сети Интернет как на международном уровне, так и на уровне отдельных государств.

В данном контексте нельзя не упомянуть принятую 23.11.2005 Конвенцию ООН (далее — Конвенция) об использовании электронных сообщений в международных договорах<sup>1</sup>. Страны — участники Конвенции обязаны признать законность электронных сообщений, используемых в договорах, а также учитывать место и время отправки сообщений. Также Конвенция прописывает понятие «электронных условий», введение которого в условия договора означает для сторон, что они признают обмен электронными сообщениями в качестве средства ведения деловых переговоров и признания за ними силы сделки. Для России документ вступил в силу 01.08.2014.

Активное участие в регулировании интернет-предпринимательства принимает Всемирная организация интеллектуальной собственности, главное направление деятельности которой заключается в обеспечении охраны интеллектуальной собственности, что актуально и для электронной коммерции. Так, совместно с Всемирной торговой организацией (ВТО) было разработано «Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности», известное как Соглаше-

<sup>1</sup> Конвенция на русском языке опубликована на официальном интернет-портале правовой информации [Электронный ресурс]. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 18.09.2019).

ние по ТРИПС и действующее в России с 22.08.2012<sup>2</sup>. Оно устанавливает и позволяет урегулировать в рамках ВТО правила международной торговли интеллектуальной собственностью на мировом рынке.

Всемирная торговая организация также разработала и заключила Соглашение по информационным технологиям (СИТ), предусматривающее снижение тарифов на товары, которые непосредственно связаны с информационными технологиями<sup>3</sup>.

В рамках Европейского союза действуют Директива № 2011/83/ЕС «О правах потребителей», а также Директива 2000/31/ЕС «О некоторых правовых аспектах информационных услуг на внутреннем рынке, в частности, об электронной коммерции»<sup>4</sup>. Согласно данным документам каждый потребитель вправе воспользоваться средствами защиты в стране постоянного места жительства<sup>5</sup>. По сути, в Европейском союзе сделаны все необходимые предварительные шаги к формированию рамочных правил для развития электронной коммерции. И несмотря на то, что Россия не участвует в данном процессе, европейский опыт правового регулирования имеет особую важность, поскольку наша страна принадлежит к той же правовой семье, что и большинство европейских стран.

Комиссией ООН по международному торговому законодательству были разработаны Типовой закон ЮНСИТРАЛ (англ. United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL) об электронных подписях<sup>6</sup>, Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле<sup>7</sup>. Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронных подписях для России не имеет большого смысла, так как уже принят Федеральный закон «Об электронной подписи». Типовой закон об электронной торговле более интересен для российских законодателей и предпринимателей в силу отсутствия собственного, так как затрагивает вопросы электронной торговли в целом, применение юридических требований в отношении сообщений данных, передачи сообщений данных, транспортных документов и перевозки грузов.

При толковании перечисленных актов следует учитывать их международное происхождение и необходимость содействовать достижению единообразия в их применении и соблюдению добросовестности.

Относительно организации интернет-предпринимательства внутри страны следует отметить, что, несмотря на непринятие законопроекта № 11081-3 «Об электронной торговле»<sup>8</sup>, в настоящее время в России существует определенная законодательная база ведения предпринимательской деятельности в сети Интернет, которая имеет тенденцию к дальнейшему расширению и детализации.

Основным источником правового регулирования предпринимательской деятельности выступает Гражданский кодекс РФ. В целом гражданское законодательство не дает определения предпринимательской деятельности в сети Интернет, но представляется, что интернет-коммерция обладает тем же набором признаков, что и родовое понятие, однако разница заключается в средстве осуществления такой деятельности — интернет-пространство. Таким образом, интернет-предпринимательство включает в себя предпринимательскую деятельность, осуществляемую за счет сети Интернет, пронизывая все сферы бизнеса, такие как страхование, торговля, электронные деньги, маркетинг, банкинг, обмен информацией.

Законодатель устанавливает специальные требования к осуществлению предпринимательской деятельности посредством цифрового пространства также в законах, регулирующих обособленные правоотношения, например: Федеральном законе от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации,

<sup>2</sup> Собрание законодательства РФ. 10.09.2012. № 37 (приложение, ч. VI). С. 2818–2849.

<sup>3</sup> См.: Загашвили В. С. Всемирная торговая организация перед лицом новых вызовов // Российский внешнеэкономический вестник. № 7. М., 2016. С. 17.

<sup>4</sup> Официальный сайт законодательства Европейского союза [Электронный ресурс]. По состоянию на 25.08.2017. URL: <http://eur-lex.europa.eu> (дата обращения: 10.09.2019).

<sup>5</sup> См.: Архипов В. В., Килинкарлова Е. В., Мелашенко Н. В. Проблемы правового регулирования оборота товаров в сети Интернет: от дистанционной торговли до виртуальной собственности. М.: Закон. 2014. № 6. С. 121.

<sup>6</sup> Документ опубликован не был. [Электронный ресурс]. URL: <https://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/ml-elecsig-r.pdf> (дата обращения: 18.09.2019).

<sup>7</sup> Типовой закон на русском языке опубликован в издании: Комиссия ООН по праву международной торговли. Ежегодник. 1996 г. Т. XXVII. Нью-Йорк: Организация Объединенных Наций, 1998. С. 319–323.

<sup>8</sup> В 2004 г. проект Федерального закона был отклонен во втором чтении. Несмотря на непринятие законопроекта, содержащиеся в нем положения имеют значение для понимания специфической терминологии, а также толкования действующих норм гражданского права в контексте электронного бизнеса и принимаются многими предпринимателями в качестве нелегальных определений и даже в какой-то степени своеобразной модели поведения, хотя и не установленной на уровне закона, но «обычной».

информационных технологиях и о защите информации»<sup>9</sup>, Законе РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей»<sup>10</sup>, Федеральном законе от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе»<sup>11</sup>.

Так, своеобразным видом посредничества в сети Интернет выступает деятельность организаторов — владельцев сайта (программного обеспечения) по принципу «убера»<sup>12</sup>. В российском законодательстве участников таких интернет-отношений именуют владельцами агрегаторов, а именно: Закон РФ «О защите прав потребителей» ввел общее понятие агрегатора, Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» использует термин «новостной агрегатор», Распоряжением Правительства РФ от 28.04.2018 № 824р вводится понятие «единого агрегатора торговли», с использованием которого заказчики вправе осуществлять закупки для обеспечения государственных и муниципальных нужд. В теории было дано следующее унифицированное определение данному термину: владельцы агрегаторов — это «организации или индивидуальные предприниматели, которые не являются реальными продавцами, но выступают своего рода посредниками и непосредственными получателями денежных средств от потребителей в счет оплаты товаров, представленных на их сайтах»<sup>13</sup>.

«Сайты-посредники» пользуются большой популярностью как среди субъектов предпринимательской деятельности, так и обычных физических лиц, что обусловлено в первую очередь простотой поиска; для организаций, предоставляющих такие услуги, прибыль от данной деятельности очень высока. Но из-за отсутствия четкой правовой регламентации их деятельности хозяйствующие субъекты, владеющие сайтами и не являющиеся классическими продавцами (исполнители), фактически не несли бремя соблюдения прав потребителей на информацию о продавце (изготовителе, исполнителе), реализуемых товарах и предлагаемых услугах. Однако они выступают в качестве непосредственных получателей денежных средств, потому должны включаться в правоотношения между исполнителем (продавцом) и заказчиком.

Директивой Европейского парламента и Совета Европейского союза от 25.10.2011 2011/83/ЕС о правах потребителей данная тенденция учтена и определено понятие «дистанционные контракты» (организованные схемы дистанционных продаж товаров или дистанционного оказания услуг без необходимости одновременного физического присутствия продавца и потребителя, с исключительным использованием одного или нескольких дистанционных средств связи вплоть до момента заключения контракта)<sup>14</sup>. В ст. 8 Директивы особо оговаривается, что посредник — организатор схемы дистанционной продажи — обязан предоставлять полную и достоверную информацию о товаре (услуге) до заключения договора, а также о продавце (исполнителе).

Следуя принципу содействия надлежащему функционированию внутреннего рынка посредством достижения высокого уровня защиты потребителей, российский законодатель компенсировал отсутствующую норму, установив, что организатор распространения информации в сети Интернет (владелец социальной сети или мессенджера), который, с одной стороны, не вмешивается в деятельность своих пользователей, однако, с другой стороны, предоставляя интернет-пространство, в случае нарушения частных или публичных интересов выступает в качестве лица, обязанного принять предусмотренные законом меры, что также соответствует статусу посредника.

По вопросу о необходимости введения ответственности владельцев агрегаторов за достоверность сведений и контроля за соответствием продавцов необходимо отметить, что законодателем были внесены значительные изменения в Закон «О защите прав потребителей»<sup>15</sup>. Так, согласно ч. 2.1 ст. 12 данного закона «владелец агрегатора, предоставивший потребителю недостоверную или неполную информацию о товаре (услуге) или продавце (исполнителе), на основании которой потребителем был заключен договор купли-продажи (договор возмездного оказания услуг) с продавцом (исполнителем), несет ответственность за убытки, причиненные потребителю вследствие

<sup>9</sup> Российская газета. 29.07.2006. № 165.

<sup>10</sup> Российская газета. 16.01.1996. № 8.

<sup>11</sup> Российская газета. 15.03.2006. № 51.

<sup>12</sup> Термин «убер» берет начало от названия американской компании Uber Technologies Inc. Uber является компанией, организующей перевозки пассажиров и багажа, при этом сам Uber не является перевозчиком и не несет по общему правилу ответственность в качестве перевозчика. Uber занимается сведением клиента и перевозчика, такая бизнес-модель стала весьма популярна (в том числе с различными особенностями и на различных рынках), а наименование «Uber» — нарицательным.

<sup>13</sup> Лейба А. Состояние конкуренции в розничной интернет-торговле // Конкуренция и право. № 3. М., 2016., С. 45.

<sup>14</sup> Директива Европейского парламента и Совета Европейского союза от 25.10.2011. 2011/83/ЕС [Электронный ресурс]. URL: <http://www.wipo.int/> (дата обращения: 10.09.2019).

<sup>15</sup> О внесении изменений в Закон Российской Федерации «О защите прав потребителей»: федеральный закон от 29.07.2018 № 250-ФЗ // Собрание законодательства РФ, 30.07.2018, № 31, ст. 4839.

предоставления ему такой информации». Перечень случаев ответственности владельцев агрегаторов не исчерпывается внесенными изменениями, позиция о возможности привлечения агрегаторов по другим правовым основаниям нашла подтверждение в разъяснениях Верховного Суда РФ<sup>16</sup>.

Обращает на себя внимание еще один важный вопрос. Организатор распространения информации в сети Интернет обязан соблюдать требования законодательства о защите интеллектуальной собственности, однако в отличие от «простого» владельца сайта, который самостоятельно занимается его наполнением, организатор в основном предоставляет зарегистрированным пользователям такую возможность. Ответственность за размещение несанкционированного контента при этом будет нести лицо, имеющее доступ к пользованию сайтом и размещающее информацию от своего имени. От организатора требуется содействие в изъятии объектов собственности из общего доступа. За нарушение данных требований организаторы будут нести административную ответственность, а их сайты подвергнуты блокировке. Как известно, сеть Интернет предоставляет пользователям возможность быстро и бесконтрольно осуществлять размещение информации, что вместе с большим количеством интернет-ресурсов делает практически неэффективным контроль над несанкционированным распространением и использованием объектов интеллектуальной собственности. Вместе с тем в сфере предпринимательской деятельности обладание интеллектуальной собственностью играет большую роль. Она обеспечивает уникальность предприятия, его привлекательность для контрагентов, дает возможность извлекать пассивный доход.

Особенной категорией споров по защите интеллектуальных прав выступают споры, связанные с доменным именем. В российском законодательстве в настоящее время доменное имя не является объектом интеллектуальной собственности. В проекте Федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» доменное имя рассматривалось как средство индивидуализации, давалось его определение и закреплялось, что исключительное право на доменное имя возникает с момента регистрации. Но в процессе рассмотрения законопроекта данные положения были исключены. В. И. Еременко, доктор юридических наук, в свое время возглавляющий Отдел права Евразийского патентного ведомства, по данному поводу высказался следующим образом: «Такой финал является закономерным, поскольку нигде в мире официально не признано исключительное право на доменное имя, в том числе на международном уровне»<sup>17</sup>.

Однако в качестве обеспечительных мер по доменному спору можно предусмотреть запрет администратору совершать какие-либо действия с доменным именем, включая отчуждение, отказ, смену регистратора, а также запрет регистратору аннулировать доменное имя и передавать права администрирования доменного имени другому лицу<sup>18</sup>. Еще один важный аспект для разрешения подобных споров — это привлечение в качестве ответчика администратора доменного имени. Так, согласно ст. 1253.1 Гражданского кодекса РФ информационный посредник по общему правилу несет ответственность за нарушение интеллектуальных прав в информационно-телекоммуникационной сети на общих основаниях при наличии вины.

Существенную роль для совершения гражданско-правовых сделок в интернет-пространстве играет Федеральный закон от 06.04.2011 № 63-ФЗ «Об электронной подписи»<sup>19</sup>. Внедрение электронного документооборота практически во все сферы деятельности сделало необходимым наличие цифрового аналога привычной росписи. Закон закрепляет основные понятия, применяемые в данных отношениях. Так, под электронной подписью понимается информация в электронной форме, которая присоединена к другой информации в электронной форме (подписываемой информации) или иным образом связана с такой информацией и которая используется для определения лица, подписывающего информацию. Также закон определяет виды электронных подписей и устанавливает порядок их получения и использования. В целом данный акт принят, чтобы

<sup>16</sup> О некоторых вопросах применения законодательства о договоре перевозки автомобильным транспортом грузов, пассажиров и багажа и о договоре транспортной экспедиции : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26.06.2018 № 26 // Российская газета. № 142. 04.07.2018.

<sup>17</sup> См.: Еременко В. И. О совершенствовании правового регулирования доменных имен в Российской Федерации // Законодательство и экономика. № 10. М., 2012. С. 42.

<sup>18</sup> Об утверждении справки о некоторых вопросах, связанных с процессуальным порядком применения обеспечительных мер по доменному спору : постановление Президиума Суда по интеллектуальным правам от 15.10.2013 № СП-23/3 [Электронный ресурс]. Документ опубликован не был. URL: <http://www.ipc.arbitr.ru/> (дата обращения: 20.09.2019).

<sup>19</sup> Российская газета. 08.04.2011. № 75.

обеспечить сохранение подлинности и достоверности электронных документов и информации, заверенных электронной подписью подписанта, при соблюдении требований, указанных в законе.

В связи с этим хотелось заметить, что с 13.08.2019 вступил в силу Федеральный закон от 02.08.2019 № 286-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О государственной регистрации недвижимости”»<sup>20</sup>, согласно которому предусматривается запрет на рассмотрение поданного в форме электронного документа заявления о государственной регистрации перехода или прекращения права собственности на объект недвижимости, принадлежащий физическому лицу, если в Едином государственном реестре недвижимости отсутствуют сведения о возможности представления такого заявления в форме электронного документа и (или) электронного образа документа, подписанных усиленной квалифицированной электронной подписью. Таким образом, подать документы на регистрацию перехода права собственности дистанционно, без разрешения собственника, стало невозможно, что позволит минимизировать риски совершения мошеннических операций с недвижимостью.

В России также действует Федеральный закон от 27.06.2011 № 161-ФЗ «О национальной платежной системе», который вводит первичные для электронной торговли понятия, такие как «электронное средство платежа», «электронные денежные средства», «оператор электронных денежных средств» и др. Электронные системы платежа организуются хозяйствующими субъектами, которыми, как правило, выступают небанковские кредитные организации, деятельность которых регламентируется Федеральным законом от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности», актами Центрального Банка Российской Федерации.

В свою очередь, Кодекс РФ об административных правонарушениях устанавливает ответственность за нарушение требований к осуществлению предпринимательской деятельности как в целом, так и посредством сети Интернет. Так, с сентября 2018 г. установлена административная ответственность за неисполнение требований, связанных с запретом использования информационных сетей для обхода блокировок, согласно которым поисковые системы обязаны подключиться к Единому реестру запрещенных сайтов Роскомнадзора (Федеральной службы по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций), как это уже делают операторы сотовой связи. Также теперь провайдеры будут отвечать за непредставление или несвоевременное представление в Роскомнадзор данных, позволяющих идентифицировать владельца программно-аппаратных средств доступа к информационным ресурсам или сетям, доступ к которым ограничен. Данное правило будет распространяться на сведения об уведомлении владельца этих средств о необходимости размещения данных, позволяющих его идентифицировать (ст. 19.7.10 КоАП РФ).

Говоря о перспективах развития предпринимательской деятельности через интернет, выделим два важных документа. Указом Президента РФ от 09.05.2017 № 203 «О Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017–2030 гг.» утверждены национальные интересы в области цифровой экономики<sup>21</sup>. Распоряжением Правительства РФ от 28.07.2017 № 1632-р во исполнение вышеназванного Указа Президента была утверждена государственная программа «Цифровая экономика Российской Федерации»<sup>22</sup>.

С целью реализации задач программы в Государственной Думе весной 2017 г. приступил к работе Экспертный совет по цифровой экономике и блокчейн-технологиям при Комитете по экономической политике, промышленности, инновационному развитию и предпринимательству.

Благодаря инициативе Экспертного совета с 01.10.2019 вступил в силу Федеральный закон от 18.03.2019 № 34-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и ст. 1124 ч. 3 Гражданского кодекса Российской Федерации»<sup>23</sup>. В гл. 6 ч. 1 Гражданского кодекса РФ включена ст. 141.1 «Цифровые права», согласно которой цифровыми правами признаются названные в таком качестве в законе обязательственные и иные права, содержание и условия осуществления которых определяются в соответствии с правилами информационной системы, отвечающей установленным законом признакам. Соответственно, к объектам гражданских прав в числе имущественных прав добавлены цифровые права (ст. 128 ГК РФ). Осуществление, распоряжение, в том числе передача, залог, обременение цифрового права другими способами или ограничение распоряжения цифровым правом возможны только в информационной системе без обращения к третьему лицу.

<sup>20</sup> Российская газета. 07.08.2019. № 172.

<sup>21</sup> Собрание законодательства РФ. 15.05.2017. № 20, ст. 2901.

<sup>22</sup> Собрание законодательства РФ. 07.08.2017. № 32. Ст. 5138.

<sup>23</sup> Российская газета. 20.03.2019. № 60.

Регламентированы положения, касающиеся определения обладателя цифровых прав. Установлено, что переход цифрового права на основании сделки не требует согласия лица, обязанного по такому цифровому праву.

Кроме того, законом предусмотрены условия соблюдения письменной формы сделки, совершенной с помощью электронных либо иных технических средств, позволяющих воспроизвести на материальном носителе в неизменном виде содержание сделки, при этом требование о наличии подписи считается выполненным, если использован любой способ, позволяющий достоверно определить лицо, выразившее волю (ст. 160 ГК РФ). Представляется, что под возможностью воспроизвести содержание сделки на материальном носителе подразумевается в том числе возможность выделить условия сделки в отдельный файл, который можно сохранить (к примеру, на жесткий диск сервера или устройства) и распечатать.

Что касается исполнения обязательства, возникающего при наступлении определенных обстоятельств, предусмотренных условиями сделки, волеизъявление кредитора теперь может выражаться путем применения информационных технологий (ст. 309 ГК РФ).

Претерпела изменения в связи с принятием указанного закона и ч. 2 ГК РФ. Установлено, что договор розничной купли-продажи считается заключенным в надлежащей форме с момента выдачи продавцом покупателю в том числе электронного или иного документа, подтверждающего оплату товара при дистанционных способах продажи товаров (заказа, работ, услуг) (ст. 493 ГК РФ).

В законе № 34-ФЗ предусмотрены положения, касающиеся сбора и обработки обезличенной информации о пользователях. Так, гл. 39 дополнили ст. 783.1, где определены особенности договора об оказании услуг по предоставлению информации, в частности, в таком договоре может быть предусмотрена обязанность сторон не совершать в течение определенного периода действий, в результате которых информация может быть раскрыта третьим лицам. Заметим, что аналогичные нормы о конфиденциальности уже существуют, например, ст. 771, 1032, 1467, 1470 ГК РФ. Изначально новая норма должна была урегулировать особенности оборота больших данных, одновременно изменив понятие «база данных» в ст. 1260 ГК РФ. Однако понятие базы данных осталось прежним и вопрос о правовом регулировании больших данных остался открытым, в связи с чем непонятно появление самостоятельной нормы.

Также законом предусмотрено, что договор номинального счета, договор страхования могут быть также заключены путем составления одного электронного документа, подписанного сторонами, или обмена электронными документами (ст. 860.2 и 940 ГК РФ).

Вместе с тем установлен запрет составления завещания с использованием электронных либо иных технических средств (ст. 1124 ч. 3 ГК РФ).

Таким образом, в настоящее время обязательственные и иные права на объекты могут быть удостоверены цифровыми правами, содержание и условия которых определяются в соответствии с информационной системой по модели описания ценной бумаги в ст. 142 ГК РФ, а исполнение обязательств по сделкам возможно в автоматическом режиме. Законодатель не стал включать самоисполняемые договоры (так называемые смарт-контракты) в ГК РФ в качестве отдельного вида договоров, но определил их в качестве подвида письменной формы сделки. При таком подходе отпадает необходимость в изменении уже существующих правовых моделей, а также упрощается их внедрение в правовую систему и сознание правоприменителей.

Перечисленные нововведения в положения Гражданского кодекса РФ в редакции Федерального закона от 18.03.2019 № 34-ФЗ «О внесении изменений в ч. 1, 2 и ст. 1124 ч. 3 Гражданского кодекса Российской Федерации» применяются к правоотношениям, а также к тем правам и обязанностям, которые возникли после 01.10.2019.

Кроме того, с 01.01.2020 вступает в силу Федеральный закон от 02.08.2019 № 259-ФЗ «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»<sup>24</sup>. Как было сказано в Пояснительной записке к данному законопроекту, он разработан в рамках реализации IV Стратегии развития малого и среднего предпринимательства в России на период до 2030 г., утвержденной Правительством РФ. В соответствии с данной стратегией должны быть предложены решения, связанные с развитием альтернативного источника финансирования малого и среднего бизнеса — коллективного финансирования (краудфандинга и краудинвестинга). Как отметил А. Аксаков, председатель Комитета Госдумы по финансовому рынку: «Это уже происходит, мы просто устанавливаем нормы, которые регулируют этот процесс. Уже сейчас инвестируют граждане в разные проекты, увидев хорошую рекламу, вкладывают свои деньги и иногда что-то зарабатывают, но зачастую

<sup>24</sup> Российская газета. 07.08.2019. № 172.

теряют. В том числе потому, что этот процесс не урегулирован законодательно»<sup>25</sup>. В связи с чем данным актом урегулированы правоотношения о привлечении инвестиций с использованием информационных технологий, а также об операторах инвестиционных платформ по организации розничного финансирования, то есть о краудфандинге. В законе № 259-ФЗ указано, что привлекать деньги для малого и среднего бизнеса в целях розничного финансирования смогут только определенные российские компании и индивидуальные предприниматели — операторы инвестиционных платформ. Они будут организовывать привлечение инвестиций через инвестиционные платформы — специальные площадки в интернете. По новым правилам размер капитала операторов инвестиционной платформы должен быть не менее 5 млн руб. Реестр таких операторов будет вести Банк России. Законом урегулирован и ряд других вопросов, таких как: ограничения на привлечение инвестиций (одно лицо сможет привлекать не более 1 млрд руб. в год); особенности инвестирования физическими лицами (неквалифицированные инвесторы не вправе инвестировать в течение одного календарного года в рамках всех инвестиционных платформ в РФ более 600 тыс. руб.) и др. В таком порядке в следующем году в инвестиционной платформе могут приобретаться, отчуждаться и осуществляться следующие цифровые права (утилитарные цифровые права): право требовать передачи вещи (вещей); право требовать передачи исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и (или) прав использования результатов интеллектуальной деятельности; право требовать выполнения работ и (или) оказания услуг. Утилитарным цифровым правам в Федеральном законе от 02.08.2019 № 259-ФЗ посвящена отдельная статья. С учетом ее положений, а также положений Закона о цифровых правах под утилитарными цифровыми правами следует понимать обязательственные цифровые права, не подлежащие государственной регистрации, изначально возникшие в качестве цифровых прав, оборот которых возможен только в инвестиционной платформе.

Законом предусмотрена возможность депозитарного учета утилитарных цифровых прав. Речь идет о том, что регулируется не только возникновение и обращение утилитарных цифровых прав, а также выдача и обращение неэмиссионных бездокументарных ценных бумаг, удостоверяющих утилитарные цифровые права (цифровых свидетельств), распоряжаться которыми имеет возможность депозитарий, и закрепляющие права их владельцев требовать от этого депозитария оказания услуг по осуществлению утилитарных цифровых прав и (или) распоряжения ими определенным образом.

Федеральным законом от 02.08.2019 № 259-ФЗ внесены соответствующие изменения в целый ряд законодательных актов, в частности, изменения внесены в Закон о рекламе. Установлено, что реклама услуг по содействию в инвестировании с использованием инвестиционной платформы должна содержать: адрес сайта в интернете, на котором осуществляется раскрытие информации оператором инвестиционной платформы; указание на то, что заключение с использованием инвестиционной платформы договоров, по которым привлекаются инвестиции, является высокорискованным и может привести к потере инвестированных денежных средств в полном объеме. Не допускается реклама, связанная с привлечением инвестиций с использованием инвестиционной платформы следующими способами: предоставление займов; приобретение размещаемых акций непубличного акционерного общества и эмиссионных ценных бумаг, конвертируемых в акции непубличного акционерного общества; приобретение утилитарных цифровых прав. Изменения внесены и в Закон о национальной платежной системе: так, теперь не являются электронными денежными средствами денежные средства, полученные организациями, осуществляющими деятельность по организации привлечения инвестиций.

В качестве заключительных положений законом указано, что осуществление деятельности по организации привлечения инвестиций с использованием инвестиционных платформ после 01.01.2020 допускается лицами, сведения о которых включены в реестр операторов инвестиционных платформ. Но это требование не распространяется на организации, осуществляющие данную деятельность на 01.01.2020. Указанные организации обязаны привести свою деятельность в соответствие с установленными требованиями до 01.07.2020.

В целом требования, предъявляемые законом к участникам инвестиционной платформы, разумные. Ограничения для физических лиц по суммарному объему инвестиций позволит защитить их от необдуманного вложения средств в рискованные проекты. Однако в настоящее время становится ясно, что существующие платформы не вписываются в рамки нового регулирования, так как предполагают привлечение инвестиций в форме криптовалют, а не фиатных средств. Поэтому одна из целей регулирования — легализация инвестирования в токены, по сути, не достигается,

<sup>25</sup> [Электронный ресурс]. URL: <http://duma.gov.ru/news/27031/> (дата обращения: 07.10.2019).

платформы и иностранные инвесторы не будут перестраивать применяемые ими инфраструктуру и технологию под требования российского законодателя.

Помимо прочего неясным остается вопрос об ответственности. Закон содержит статью, предусматривающую ответственность оператора инвестиционной платформы за убытки, причиненные вследствие раскрытия недостоверной, неполной или вводящей в заблуждение информации, за нарушение прописанных в законе правил, а также за несоответствие платформы требованиям закона. Об иной ответственности закон не содержит информации. В то же самое время в законе прописан целый ряд запретов, например, запрет на привлечение через платформу инвестиций в недвижимое имущество. В этой связи непонятно, какой вид ответственности будут нести операторы в случае нарушения установленных императивных запретов?

Кроме того, на стадии принятия остался еще один законопроект, связанный с поправками ГК РФ, — № 419059-7 «О цифровых финансовых активах и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (о регулировании учета и обращения цифровых прав). Планировалось, что он вступит в силу с октября 2019 г., как и закон № 34-ФЗ. Как указывалось в пояснительной записке к законопроекту № 419059-7, внесенному на рассмотрение в Государственную Думу РФ 20.03.2018, его целью является «законодательное закрепление в российском правовом поле определений наиболее широко распространенных в настоящее время финансовых активов, создаваемых и / или выпускаемых с использованием цифровых финансовых технологий, к которым законопроект относит распределенный реестр цифровых транзакций...»<sup>26</sup>. Однако если первая редакция проекта вполне соответствовала данному пояснению, то впоследствии его содержание претерпело существенные изменения. Из проекта был исключен внушительный глоссарий. В первой статье осталось лишь определение понятия «цифровые финансовые активы», остальные понятия, которыми оперирует документ, отдельно не раскрываются. В целом можно отметить, что законопроект имеет хоть и непродолжительную, но достаточно нелинейную историю, во многом отразившую неоднозначное отношение государственных органов к технологии распределенных реестров и связанных с ней инструментов. Органы государственной власти РФ до сих пор не могут определиться, что же им делать с криптовалютой. Закон о цифровых финансовых активах вроде бы почти готов, однако новые инициативы продолжают всплывать. Так, Министерство финансов России предложило разбить криптовалюты на три категории: виртуальные активы, технические токены и цифровые финансовые активы, тем самым повысив эффективность регулирования отношений между держателями токенов<sup>27</sup>. Министерство финансов и Банк России выступают против того, чтобы криптовалюта получила статус законного средства платежа, полагая, что она может составить конкуренцию рублю. В законопроекте прямо указывается на то, что цифровые активы не являются законным средством платежа. Предполагается, что инициаторы законопроекта желают придать криптовалюте легальный статус имущества. При этом токен / криптовалюта не признаны ценной бумагой, но требования к ним фактически повторяют требования законодательства о ценных бумагах.

Анализ законопроекта также показал, что многие положения законопроекта носят декларативный характер, не предусматривая внесение изменений в действующее законодательство. В паспорте к законопроекту указано, что принятие проекта закона не повлечет за собой необходимость внесения изменений в отраслевые законодательные акты. Однако в таком случае законопроект «оторван» от российской правовой системы. При этом присутствует «излишнее» дублирующее регулирование рассматриваемой сферы. Очевидно, что указанный законопроект имеет не только внутренние противоречия, но и не соотносится с уже принятыми законами в сфере цифровой экономики по ключевым аспектам (в том числе в отношении терминологического аппарата), а также с действующим российским законодательством. Не случайно изначально предполагалось, что правовое регулирование отношений, связанных с цифровыми активами, должно быть системным. Даже если законопроект о цифровых финансовых активах примут, есть большая вероятность, что криптовалюты будут запрещены в качестве платежного средства на территории России. Поэтому и принятый закон о краудинвестинге регулирует инвестирование в виде традиционных денежных средств, намеренно исключая криптоактивы.

Новые нормы должны поработать определенное время, и тогда после обобщения практики станет понятно, как этим новшеством правильно пользоваться. Ввиду чего отметим, что правовой

<sup>26</sup> См.: Пояснительная записка к проекту федерального закона «О цифровых финансовых активах». [Электронный ресурс]. URL: <http://www.asozd.duma.gov.ru/> (дата обращения: 14.09.2019).

<sup>27</sup> Минфин нашел способ регулирования криптовалют [Электронный ресурс]. URL: <https://yandex.ru/news/story> (дата обращения: 15.09.2019).

фундамент для осуществления предпринимательской деятельности посредством сети Интернет на территории России есть. Не случайно в качестве аргумента против принятия закона об электронной торговле было отсутствие целесообразности введения норм, регулирующих уже урегулированные общественные отношения. Усложнение законодательства само по себе не влечет большего продвижения цифровой торговли в Российской Федерации, а создает дополнительные трудности для правоприменителя, ведь Гражданский кодекс РФ составлен таким образом, что включает в себя универсальные базовые положения, сложность заключается лишь в верном толковании и использовании.

Таким образом, коренная причина заключается не в отсутствии законодательной базы (нынешнее законодательство не устанавливает запретов относительно ведения бизнеса в цифровой среде), а в отсутствии практики осуществления предпринимательской деятельности в сети Интернет. Представляется, что не усложнение законодательства позволит развиваться цифровой экономике, а накопление опыта (административного, судебного, делового), складывающегося в устойчивую практику толкования. Данный подход позволит учитывать все тенденции регламентации электронной торговли на уровне международных организаций и лучший зарубежный опыт регулирования данного явления.

### Литература

1. Архипов В. В., Килинкарлова Е. В., Мелашенко Н. В. Проблемы правового регулирования оборота товаров в сети Интернет: от дистанционной торговли до виртуальной собственности. М. : Закон. 2014. № 6. С. 120–143.
2. Еременко В. И. О совершенствовании правового регулирования доменных имен в Российской Федерации // Законодательство и экономика. № 10. М., 2012. С. 41–64.
3. Загашвили В. С. Всемирная торговая организация перед лицом новых вызовов // Российский внешнеэкономический вестник. № 7. М., 2016. С. 14–27.
4. Лейба А. Состояние конкуренции в розничной интернет-торговле // Конкуренция и право. № 3. М., 2016. С. 43–47.

### References

1. *Arkhipov V. V., Kilinkarov E. V., Melaschenko N. V.* Problems of Legal Regulation of Circulation of Goods on the Internet from Distance Selling to Virtual Property [Problemy pravovogo regulirovaniya oborota tovarov v seti Internet: ot distantsionnoy trgovli do virtual'noy sobstvennosti]. M. : Law [Zakon]. 2014. No 6. P. 120–143. (In rus)
2. *Eremenko V. I.* On Improving the Legal Regulation of Domain Names in the Russian Federation [O sovershenstvovanii pravovogo regulirovaniya domennykh imen v Rossiyskoy Federatsii] // Legislation and Economics [Zakonodatel'stvo i Ekonomika]. No 10. M., 2012. P. 41–64. (In rus)
3. *Zagashvili V. S.* World Trade Organization in the Face of New Challenges [Vsemirnaya trgovaya organizatsiya pered litsom novykh vyzovov] // Russian Foreign Economic Bulletin [Rossiyskiy vneshneekonomicheskiy vestnik]. No 7. M., 2016. P. 14–27. (In rus)
4. *Leiba A.* The State of Competition in Retail Internet Trade [Sostoyaniye konkurentsii v roznichnoy internet-torgovle] // Competition and Law [Konkurentsiya i Pravo]. No 3. M., 2016. P. 43–47. (In rus)

# Социально-правовая обусловленность деформации профессионального правосознания юристов

**Бреднева Валентина Сергеевна**

доцент кафедры юриспруденции Сахалинского государственного университета, г. Южно-Сахалинск, Российская Федерация, кандидат юридических наук; brednevavs@mail.ru

## АННОТАЦИЯ

Структурные элементы правосознания юристов могут деформироваться под влиянием различных факторов, что порождает неблагоприятные последствия для личности, государства и общества. Правоприменители имеют возможность снижать воздействие отдельных деформирующих факторов, предотвращать риск профессионального выгорания, если выбор профессиональной юридической деятельности (профессии) будет соответствовать их нравственным представлениям.

*Ключевые слова:* профессиональное правосознание, деформация, юридическая деятельность, профессиональное выгорание, фактор

## Social and Legal Conditionality of Deformation of Professional Legal Consciousness of Lawyers

**Valentina S. Bredneva**

Associate Professor of Law of the Sakhalin State University, Yuzhno Sakhalinsk, Russian Federation, PhD in Jurisprudence; brednevavs@mail.ru

## ABSTRACT

Structural elements of legal consciousness of lawyers can be deformed under the influence of various factors, which creates adverse consequences for the individual, the state and society. Law enforcers have the ability to reduce the impact of certain deforming factors, to prevent the risk of professional burnout, if the choice of professional legal activity (profession) will correspond to their moral ideas.

*Keywords:* professional legal consciousness, deformity, legal activities, professional burnout, the factor

Деформация профессионального правосознания возникла не одномоментно. Юристы, как и другие члены социума, испытывают на себе воздействие внешней среды: огромное многообразие экономических, политических, культурных факторов влияют на формирование рационально-идеологических, социально-психологических и поведенческих элементов правосознания.

Формирование правовых ценностей, стандартов правового поведения происходит в течение всей жизни. С самого детства человек приобретает навыки и усваивает стандарты нормативного поведения, узнает первые юридические предписания в процессе игр, чтения сказок, постепенно в упрощенной форме складывается собственная картина правовой жизни.

В дальнейшем субъекты осваивают модели поведения в процессе специального образования — юридического: посредством целенаправленного воздействия формируются профессиональные юридические знания, навыки и компетенции<sup>1</sup>.

Элементы правосознания в современном обществе полностью не сформированы, нестабильны, что содействует усилению тенденций противоправного поведения даже при незначительном обострении социально-экономической обстановки. Социальные отношения в обществе в значительной мере основаны на морали. Население, с которым работают юристы, в основном не обладает юридическими знаниями, а потому действие в правовом поле для субъектов обыденного правосознания непривычно и вынужденно; реализация гражданами своих прав и интересов затруднена.

Продолжающиеся экономические кризисы негативно влияют на формирование правового сознания. Можно обнаружить закономерность: ухудшение экономических условий жизни влечет рост криминализации общества и, как следствие, увеличение деформации правосознания (в том числе и профессионального).

<sup>1</sup> Bredneva V. S., Khudoykina T. V. The limits of the concept "professional legal awareness deformation" from the psychological and legal perspectives // The limits of the concept "professional legal awareness deformation" from the psychological and legal perspectives [Электронный ресурс] // ESPACIOS. 2018. Vol. 39. No. 27. P. 1–7. URL: <http://www.revistaespacios.com/a18v39n27/18392701.html> (дата обращения: 10.08.2019).

Такие проблемы признаны на государственном уровне и отражены в Распоряжении Правительства РФ от 17.11.2008 № 1662-р (ред. от 10.02.2017) «О Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 г.»: «Действенность институциональных изменений зависит от того, в какой степени принятые законодательные нормы подкреплены эффективностью их применения на практике. В России образовался существенный разрыв между формальными нормами (законами) и неформальными нормами (реальным поведением экономических субъектов), что выражается в низком уровне исполнения законодательства и терпимом отношении к такому неисполнению со стороны власти, бизнеса и широких слоев населения, то есть в правовом нигилизме. Такая ситуация значительно осложняет формирование новых институтов, в том числе необходимых для развития инновационной экономики»<sup>2</sup>.

При этом сама «деформация правосознания» может осознаваться субъектами права (юристами в силу наличия образования), но субъекты воспринимают свое «аномальное восприятие права и отклоняющееся поведение в сфере права» как способ приспособления к сложной неблагоприятной окружающей среде.

Наиболее опасно, когда непочтительное отношение к праву проявляют не просто субъекты обыденного правосознания, но и отдельные правоприменители. Ученые отмечают длительную тенденцию деформации профессионального правосознания, проявляющегося в формировании преступных установок и ориентаций<sup>3</sup>.

С 2011 по 2016 г. следователями проверено около 200 тыс. сообщений о коррупционных преступлениях. Возбуждено около 120 тыс. уголовных дел. В суд направлено почти 50 тыс. уголовных дел. В качестве обвиняемых по направленным в суд делам о преступлениях коррупционной направленности привлечено 3 360 лиц, обладающих согласно главе 52 УПК РФ особым правовым статусом. В их числе 1 113 глав муниципальных образований органов местного самоуправления, 1 133 депутата местных органов власти, 395 следователей и руководителей следственных органов, 286 адвокатов, 82 прокурора, 58 депутатов законодательных органов субъектов Российской Федерации, 23 судьи<sup>4</sup>.

Еще одной проблемой является и то, что в России уровень принудительного исполнения судебных актов не превышает 52%<sup>5</sup>.

Становится очевидным, социум, в котором нормы права нарушаются властными субъектами, представителями государства, невозможно убедить в целесообразности и полезности правовых предписаний.

Деформация профессионального правосознания в различных формах проявляется все более отчетливо, в частности, в криминализации различных сфер жизни общества, препятствуя формированию эффективной правовой системы в государстве. Высокий уровень правового сознания личности предполагает отрицательное отношение к нарушению законности и правопорядка, умалению субъективных прав и свобод граждан.

Не следует считать, что деформация профессионального правосознания свойственна только отечественным юристам. В англоязычной литературе поднимаются аналогичные вопросы в научных трудах<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> О Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года (вместе с «Концепцией долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года»): распоряжение Правительства РФ от 17.11.2008 № 1662-р (ред. от 10.02.2017).

<sup>3</sup> Сауляк О. П. Правовой нигилизм как инвариант отечественного правосознания // Российская юстиция. 2009. № 9. С. 3; Федоренко М. П., Степанов К. В. К вопросу состояния законности и дисциплины в свете требований обращения Министра внутренних дел России к сотрудникам органов внутренних дел // Вестник Южно-Сахалинского филиала ДВЮИ МВД России. 2005. № 2. С. 3–7.

<sup>4</sup> Козлова Н. Александр Бастрыкин: СКР предельно жестко подходит к привлечению к уголовной ответственности за коррупционные преступления [Электронный ресурс] // Российская газета. 24.07.2016. Федеральный выпуск № 7030 (162). URL: <https://rg.ru/2016/07/24/bastrykin-ochishchenie-riadov-sk-i-drugih-vedomstv-prodolzhitsia.html> (дата обращения: 10.08.2019).

<sup>5</sup> О Федеральной целевой программе «Развитие судебной системы России» на 2007–2011 гг.: постановление Правительства РФ от 21.09.2006 № 583, Москва.

<sup>6</sup> *Chemerinsky E.* Protecting Lawyers from their Profession: Redefining the Lawyer's Role, 5 J. Legal Prof. 31 (1980) [Электронный ресурс]. URL: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3808&context=facpubs> (дата обращения: 10.08.2019); *Helm L.* Mental Health and Legal Profession: a Preventative Strategy. Law Institute of Victoria Ltd. P. 67 [Электронный ресурс]. URL: <https://www.liv.asn.au/PDF/For-Lawyers/Member-Benefits-and-Privileges/MentalHealthReportSummary.aspx> (дата обращения: 10.08.2019); *Susan S. Silbey.* Legal Culture and Legal Consciousness, Editor(s): James D. Wright. International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences (Second Edition), Elsevier, 2015, P.726–733 [Электронный ресурс]. URL: <https://doi.org/10.1016/B978-0-08-097086-8.86067-5> (дата обращения: 10.08.2019).

Во многих правовых системах юрист традиционно рассматривается как защитник клиента. Задача субъекта профессионального правосознания заключается только в том, чтобы представлять и защищать интересы клиента без анализа того, правильно или неправильно, морально или аморально поведение представляемого. Предполагается, что оцениваться аргументы будут судом.

Такое представление роли юристов игнорирует вопрос о том, до какой степени личные убеждения представляемого должны влиять на профессиональное поведение юристов. В научной литературе редко анализируются последствия поведения юристов, отстаивающих интересы клиентов, противоречащих их нравственности, воле. Психологи описывают различные механизмы происходящей деформации правосознания в таком случае.

Существует механизм «установочной поддержки» противоречивой позиции — это непреднамеренные, неосознаваемые эффекты, изменение рационально-идеологических, эмоциональных элементов правосознания, происходящие в процессе убеждения других людей.

Если юрист излагает доводы, противоречащие его взглядам, то невербальные формы общения, коммуникативное поведение могут выдавать эти сомнения. Юрист становится более убедительным, если сам разделяет озвученные убеждения. Специальный субъект, защищающий положение, попытается найти все аргументы, поддерживающие его и уменьшающие значение доводов другой стороны.

Субъект профессионального правосознания подсознательно стремится достигнуть построения последовательности среди всех своих взглядов и мнений. Когда есть непоследовательная мысль, человек испытывает неприятное психоэмоциональное состояние, названное внутренним конфликтом. Чтобы избежать этого дискомфорта, юрист будет стремиться уменьшить разногласие и найти баланс. Логически такая ситуация будет выглядеть в виде следующей формулы: Я верю Y, но представляю интересы не-Y.

Психологи определяют много переменных, которые приводят к вероятности изменений отношения к ситуации и поведению. Для юриста это могут быть различные стимулы, вариативность интерпретации правовых и моральных норм, которые позволят изменить поведение так, чтобы собственные взгляды, убеждения совпадали с профессиональной позицией.

Иногда юристу приходится прилагать немалые усилия, чтобы оправдать свою работу, особенно если субъект понимает, что его действия могут причинить вред обществу или окружающей среде.

Например, юрист, который придерживается концепции сохранения окружающей среды, но при этом вынужден представлять промышленность в противостоянии с контролирующими органами, осуществляющими надзор за охраной окружающей среды, должен будет приложить большие усилия для самооправдания, подбирая оригинальные способы убеждений.

Чем больше усилий израсходовано для «установочной поддержки», тем больше развиваются внутренние разногласия и последующее самоубеждение.

Когда юрист принимает профессиональную задачу, которая вступает в противоречие с его собственным мнением, он становится заложником ситуации, временно мотивированным, чтобы продумать все положительные аргументы и подавить мысли об отрицательных аспектах. Этот психо-поведенческий механизм увеличивает возможность принятия новой ранее неприемлемой позиции.

Ряд авторов считают, что эмоциональное отношение определяет поведение<sup>7</sup>. Соответственно, эмоционально-психологические элементы профессионального правосознания обуславливают поведенческие.

Таким образом, юрист с большой долей вероятности примет новый взгляд на правовую ситуацию и это отразится на профессиональном поведении. Ученые отмечают, что для людей трудно выбирать одно, а при этом верить в другое. В конечном счете или действие будет соизмеримо со взглядами (например, юрист отказывается от дела, которое считает безнравственным), или юрист поменяет свои взгляды. В ряде случаев определяющим фактором могут стать размеры гонораров.

Роль государства, образовательных учреждений в том, чтобы убедить юристов, что не следует заниматься той профессиональной практикой, которая является безнравственной, не соответствует взглядам субъекта, посягает на важные нравственные ценности.

Кроме того, для преодоления деформации профессионального правосознания юрист должен выбирать виды деятельности, минимизирующие вероятность наличия клиентов, которые потребуют включения механизма «установочной поддержки».

<sup>7</sup> Daryl J. Bem, H. Keith McConnell. Testing the Self Perception Explanation of Dissonance Phenomena, 74 Journal of Personality and Social Psychology. Vol. 14. No. 1. P. 23–31. 1970 [Электронный ресурс]. URL: <http://dx.doi.org/10.1037/h0020916> (дата обращения: 10.08.2019).

Обязательство специального субъекта перед собой и его взглядами должно быть доминирующим. Выбор базовых ценностей и представлений формируется с опытом в процессе проявления различной социальной активности и предопределяет поведение человека в будущем. Такие фундаментальные убеждения являются неотъемлемой частью самореализации и самоопределения.

Выбор направления профессиональной деятельности не должен формироваться случайно. Если роль юриста будет рассматриваться только в обслуживании интересов иных субъектов, то подсознательно будут меняться личные убеждения и профессиональное поведение самого юриста, будет развиваться внутриличностный конфликт, усиливаться деформация профессионального правосознания.

Такой подход может показаться эгоистичным, но он направлен на защиту психического и физического здоровья специалистов в сфере права, преодоления деформации правосознания. Юрист только сохраняет свои взгляды, свое внутреннее «я». Такой подход гарантирует, что юрист не будет работать против своего представления о том, каким должно быть общество в идеале.

Отказываясь приводить, например, доводы в пользу несоблюдения норм охраны труда или правил противопожарной безопасности, юрист тем самым помогает обществу.

Социальная роль юристов заключается в том, чтобы защитить общественно-важные отношения, поддерживать правопорядок.

Взгляды юристов должны быть сформированными и понятными для работодателя и клиентов, нравственные и правовые противоречия не должны возникать в процессе юридической работы, создавая рабочий конфликт и риски привлечения к уголовной ответственности. Например, в ситуации, когда юрист устраивается на работу для решения корпоративных задач, а ему предлагается зарегистрировать общества с ограниченной ответственностью, которые образуют сомнительные финансовые схемы.

Правовые системы разных стран и само общество основаны на идее, что у человека, действительно, есть свобода выбирать различные альтернативы среди ценностей и верований. Эти положения закрепляются в конституциях и международных правовых актах.

Даже в вышеприведенном примере юриста, защищающего промышленность от ответственности, имеются альтернативные варианты обоснования принимаемых решений. Нельзя сказать, что экологическая обстановка относится к неважным факторам в формировании идей и поведения. Но вполне возможен вариант, когда юрист в системе иерархии собственных ценностей может искренне считать более важным сохранение единственного градообразующего предприятия и защиту его от банкротства.

Сложившиеся ценности могут быть продуктом воспитания, образования, социальной среды, но это не означает, что необходимо позволить всем формируемым ценностям полностью управлять профессиональной деятельностью субъекта. Основная идея в этом, чтобы приложить все усилия и выбрать то, что объективно подходит субъекту профессионального правосознания.

Применение этого принципа на практике поднимет вопрос: кто будет представлять непопулярные взгляды? И как быть адвокатам, которые в силу ст. 49 Уголовно-процессуального кодекса РФ<sup>8</sup> не вправе отказаться от принятой на себя защиты подозреваемого, обвиняемого?

Что касается адвокатов, то можно согласиться с высказываемой позицией, которая предлагает внести изменения в Уголовно-процессуальный кодекс РФ и разрешить отказываться от такого представительства.

В условиях высокой конкуренции на рынке юридических услуг вряд ли с представительством возникнут проблемы. Даже если не будет адвоката, искренне одобряющего действия подзащитного, вероятно, будут адвокаты, нейтрально относящиеся к ситуации, которые будут видеть задачу не в оправдании содеянного, а в соразмерном, справедливом наказании, соблюдении прав подзащитного в процессе расследования и судебного разбирательства.

С другой стороны, формально никто не может быть уверен, что с юридической точки зрения хорошо и что плохо, пока факты не будут установлены судом.

Таким образом, деформацию правосознания предопределяют неблагоприятные экономические факторы. В целом традиционная роль юриста подчеркивает обязательства перед клиентами, работодателем и правовой системой. При этом в доктрине и практике упускается из рассмотрения проблема выполнения профессиональных обязанностей юриста, противоречащих его собственным убеждениям. Подобная ситуация оказывает деформирующее воздействие на правосознание юристов, обуславливает негативные изменения рационально-идеологических, эмоциональных, поведенческих элементов.

<sup>8</sup> Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 № 174-ФЗ (ред. от 02.08.2019).

На основе проведенного исследования юристам предлагается выбирать профессиональные виды деятельности с учетом собственных нравственных взглядов с целью преодоления деформации профессионального правосознания. Пересмотр на различных уровнях подхода к профессиональным обязанностям юриста, позволит повысить эффективность юридической деятельности и получить более высокий социальный результат.

## Литература

1. Козлова Н. Александр Бастрыкин: СКР предельно жестко подходит к привлечению к уголовной ответственности за коррупционные преступления // Российская газета. 24.07.2016. Федеральный выпуск № 7030 (162) [Электронный ресурс]. URL: <https://rg.ru/2016/07/24/bastrykin-ochishchenie-riadov-sk-i-drugih-vedomstv-prodolzhitsia.html> (дата обращения: 10.08.2019).
2. Сауляк О. П. Правовой нигилизм как инвариант отечественного правосознания // Российская юстиция. 2009. № 9. С. 2–3.
3. Федоренко М. П., Степанов К. В. К вопросу состояния законности и дисциплины в свете требований обращения Министра внутренних дел России к сотрудникам органов внутренних дел // Вестник Южно-Сахалинского филиала ДВЮИ МВД России. 2005. № 2. С. 3–7.
4. Bredneva V. S., Khudoykina T. V. The Limits of the Concept “Professional Legal Awareness Deformation” from the Psychological and Legal Perspectives // The Limits of the Concept “Professional Legal Awareness Deformation” from the Psychological and Legal Perspectives // ESPACIOS. 2018. Vol. 39. № 27. P. 1–7 [Электронный ресурс]. URL: <http://www.revistaespacios.com/a18v39n27/18392701.html> (дата обращения: 28.09.2019).
5. Chemerinsky E. Protecting Lawyers from their Profession: Redefining the Lawyer’s Role, 5 J. Legal Prof. 31 (1980) [Электронный ресурс]. URL: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3808&context=facpubs> (дата обращения: 25.09.2019).
6. Daryl J. Bem, H. Keith McConnell. Testing the Self Perception Explanation of Dissonance Phenomena, 74 Journal of Personality and Social Psychology. Vol. 14, № 1. P. 23–31. 1970 [Электронный ресурс]. URL: <http://dx.doi.org/10.1037/h0020916> (дата обращения: 10.08.2019).
7. Helm L. Mental Health and Legal Profession: a Preventative Strategy. Law Institute of Victoria Ltd. 2014. P. 1–12 [Электронный ресурс]. URL: <https://www.liv.asn.au/PDF/For-Lawyers/Member-Benefits-adn-Privileges/MentalHealthReportSummary.aspx> (дата обращения: 25.09.2019).
8. Susan S. Silbey. Legal Culture and Legal Consciousness, Editor(s): James D. Wright. International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences (Second Edition), Elsevier, 2015, P. 726–733 [Электронный ресурс]. URL: <https://doi.org/10.1016/B978-0-08-097086-8.86067-5> (дата обращения: 25.09.2019).

## References

1. Kozlova N. Alexander Bastrykin: TFR is Extremely Tough on Bringing to Criminal Liability for Corruption Crimes [Aleksandr Bastrykin: SKR predel’no zhestko podkhodit k privlecheniyu k ugovolnoy otvetstvennosti za korruptsiyonnyye prestupleniya] // Rossiyskaya Gazeta [Rossiyskaya gazeta]. July 24, 2016. Federal issue [Federal’nyy vypusk] No. 7030 (162). (In rus)
2. Saulyak O. P. Legal Nihilism as an Invariant of Domestic Legal Consciousness [Pravovoy nihilizm kak invariant otechestvennogo pravosoznaniya] // Russian Justice [Rossiyskaya yustitsiya]. 2009. No. 9. P. 2–3. (In rus)
3. Fedorenko M. P., Stepanov K. V. To the Issue of the State of Legality and Discipline in the Light of the Requirements of the Appeal of the Minister of Internal Affairs of Russia to the Employees of Internal Affairs Bodies [K voprosu sostoyaniya zakonnosti i distsipliny v svete trebovaniy obrashcheniya Ministra vnutrennikh del Rossii k sotrudnikam organov vnutrennikh del] // Bulletin of the Yuzhno-Sakhalinsk branch of the Far Eastern Institute of the Ministry of Internal Affairs of Russia [Vestnik Yuzhno-Sakhalinskogo filiala DVYUI MVD Rossii]. 2005. No. 2. P. 3–7. (In rus)
4. Bredneva V. S., Khudoykina T. V. The Limits of the Concept “Professional Legal Awareness Deformation” from the Psychological and Legal Perspectives // The Limits of the Concept “Professional Legal Awareness Deformation” from the Psychological and Legal Perspectives // ESPACIOS. 2018. Vol. 39. No. 27. P. 1–7 [Электронный ресурс]. URL: <http://www.revistaespacios.com/a18v39n27/18392701.html> (дата обращения: 28.09.2019).
5. Chemerinsky E. Protecting Lawyers from their Profession: Redefining the Lawyer’s Role, 5 J. Legal Prof. 31 (1980). [Электронный ресурс]. URL: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3808&context=facpubs> (дата обращения: 25.09.2019).
6. Daryl J. Bem, H. Keith McConnell. Testing the Self Perception Explanation of Dissonance Phenomena, 74 Journal of Personality and Social Psychology. Vol. 14. No. 1. P. 23–31. 1970 [Электронный ресурс]. URL: <http://dx.doi.org/10.1037/h0020916> (дата обращения: 10.08.2019).
7. Helm L. Mental Health and Legal Profession: a Preventative Strategy. Law Institute of Victoria Ltd. 2014. P. 1–12 [Электронный ресурс]. URL: <https://www.liv.asn.au/PDF/For-Lawyers/Member-Benefits-adn-Privileges/MentalHealthReportSummary.aspx> (дата обращения: 25.09.2019).
8. Susan S. Silbey. Legal Culture and Legal Consciousness, Editor(s): James D. Wright. International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences (Second Edition), Elsevier, 2015, P. 726–733 [Электронный ресурс]. URL: <https://doi.org/10.1016/B978-0-08-097086-8.86067-5> (дата обращения: 25.09.2019).

## Генезис института уголовного наказания в виде принудительных работ

**Спицнадель Владимир Борисович**

заведующий научной кафедрой уголовного права Северо-Западного института **управления** Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, Санкт-Петербург, Российская Федерация, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, генерал-лейтенант вн. службы, более шести лет возглавлял Управление Федеральной службы исполнения наказаний по Санкт-Петербургу и Ленинградской области; spitsnadel-vb@ranepa.ru

### *АННОТАЦИЯ*

Статья посвящена особенностям формирования правовой базы исполнения такого вида уголовного наказания, как принудительные работы. В работе используются формально-логический, исторический и сравнительноправовой методы исследования. Анализируется история появления и развития данного вида наказания, проводится исследование смиренных, работных домов и исправительных арестантских отделений как прообраза современных исправительных центров. Подведены итоги первого года исполнения принудительных работ в Российской Федерации. Обозначены основные проблемы и сложности, связанные с исполнением наказания в виде принудительных работ.

*Ключевые слова:* принудительные работы, смиренные и работные дома, исправительный центр, исполнение наказания

## The Genesis of the Institute of Criminal Punishment in Forced Works

**Vladimir B. Spitsnadel**

Head of the Department of Criminal Law of North-West Institute of Management of Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, Saint Petersburg, Russian Federation, Doctor of Science (Jurisprudence), Professor, Honored Lawyer of the Russian Federation, General-Lieutenant of Internal Troops, over Six Years Was Chief of the Management of the Federal Penitentiary Service on Saint Petersburg and Leningrad Region; spitsnadel-vb@ranepa.ru

### *ABSTRACT*

The article is devoted to the peculiarities of the formation of the legal basis for the execution of this type of criminal punishment, like forced labor. The scientific paper uses formal-logical, historical and comparative-legal research methods. The history of the appearance and development of this type of punishment is analyzed, the study of the strait-jackets, workhouses and penitentiary detachments as a prototype of modern correctional centers is being conducted. The results of the first year of compulsory labor in the Russian Federation were summed up. The main problems and difficulties associated with the execution of punishment in the form of forced labor are indicated.

*Keywords:* forced labor, Strait and workhouses, a correctional center, the sentence

---

Характерной чертой пенитенциарной политики государств на современном этапе является сокращение объема применения наказания в виде лишения свободы, с заменой на наказания, не связанные с изоляцией осужденных от общества. На втором Конгрессе союза криминалистов, который состоялся в 1890 г. в Берне, в повестку был включен вопрос о принудительных работах как альтернативе краткосрочному лишению свободы. Хотя единого мнения по значению принудительных работ как мере уголовного наказания и их месту в системе наказаний достигнуто не было, но оформились два подхода к реализации принудительных работ как самостоятельной меры уголовного наказания: сторонники первого полагали, что принудительные работы должны ограничивать право на свободу труда, а не личную свободу осужденного, а сторонники второго считали, что без ограничения свободы на достаточный срок теряется смысл наказания как воспитательной меры. На последующих конгрессах союза криминалистов вопрос об этом виде наказания не обсуждался.

С принятием 07.12.011 Федерального закона № 420-ФЗ в Уголовном и Уголовно-исполнительном кодексах Российской Федерации наряду с уже существующими обязательными и исправительными работами появился новый вид наказания — принудительные работы. В первой редакции закона предполагалось начать применение указанного наказания с 01.01.2013, однако срок переносился дважды — на 1 января 2014 г. и на 1 января 2017 г. Основной причиной переносов сроков явились значительные затраты на введение наказания и организацию его исполнения, поскольку, по замыслу законодателя, судебное решение о наказании принудительными работами надлежит исполнять в исправительных центрах в регионе проживания или получения приговора.

Следует отметить, что принудительные работы для российского права не являются абсолютно новаторской нормой. Схожее по содержанию наказание применялось в России еще в эпоху Петра I. Этот период развития пенитенциарной системы государства Российского характеризовался увеличением численности арестантов, ограниченным количеством мест лишения свободы и нехваткой средств для их содержания. Поэтому в Артикул воинский 1715 г. и Генеральный регламент 1720 г. были введены нормы об обязательных принудительных работах для арестованных. Таким образом, арестанты, отбывая наказание в изоляции от общества, использовались в качестве бесплатной рабочей силы при различных работах, проводимых в местах заключения.

В первой половине XVIII в. задача извлечения выгоды от труда осужденных к лишению свободы для чиновников становится приоритетной. Появляются прообразы современных исправительных центров — смирительные и работные дома, а также исправительные арестантские отделения.

В 1721 г. Сводом правил Главного магистрата в ряде городов были учреждены смирительные дома для мужчин и прядильные дома для женщин, чтобы заключенные, как минимум, сами обеспечивали свое пропитание<sup>1</sup>.

Принятый 7 ноября 1775 г. в правление императрицы Екатерины II законодательный акт «Учреждения для управления губерний Всероссийской империи» смирительные и работные дома отдал в ведение Приказа общественного призрения, причем в смирительные дома предполагалось направление «лиц непотребного и невоздержанного жития» (п. 391), а работные дома предназначались для содержания неимущих «дабы работою доставить прокормление» (п. 390)<sup>2</sup>.

В смирительный дом люди «обществу стыд и зазор наносящие» принимались на время или навсегда по «повелению наместнического правления», или по приговору прочих судов, или по прошению отцов или матерей, а также по требованию помещика или хозяина.

Идея работных домов состояла в том, чтобы помочь неимущим, нуждающимся хоть в каком-то заработке, а также приучить к труду туляццев. В работный дом в случае нужды можно было прийти добровольно или попасть принудительно — полиция свозила туда празднующихся и профессиональных попрошайек. Их условно делили на призреваемых «надежного» и «ненадежного» поведения. Первым давали более простые работы, ко вторым приставляли надзирателя и запрещали покидать помещение.

Указом от 3 апреля 1781 г., данным Сенату «О суде и наказаниях за воровство разных родов и о заведении рабочих домов во всех Губерниях», круг лиц, содержащихся в работных домах, был расширен — в них стали направлять виновных в совершении воровства-кражи на сумму до 20 руб.

И рабочие, и смирительные дома предназначались были для работы и наказания «всякой ленивой черни, беспаспортников, беглых крепостных людей и служителей, здоровых нищих, пьяниц, забияк, распутных людей, бездельников и так далее»<sup>3</sup>. Характер работ отдавался на усмотрение Приказа общественного призрения и определялся в зависимости от пола, возраста, физического состояния, преступления и пользы, от работы получаемой.

С появлением работных и смирительных домов труд приобретает элементы воспитательного воздействия и рассматривается как средство, способное отвлечь от дурных привычек и наклонностей.

Если изначально смирительные дома предназначались для содержания лиц, преступниками не являющихся, и, соответственно, местом отбывания наказания не считались, то в Уложении о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. временное заключение в смирительном доме обозначено как исправительное наказание, причем оговаривалось, что осужденные на заключение в домах рабочих и смирительных употребляются только на определенные уставами этих домов работы.

Сроки временного заключения в смирительном доме с потерей некоторых прав и преимуществ определялись от года до трех лет, а без ограничения прав и преимуществ — от трех месяцев до года. Сроки пребывания в работном доме зависели от причины, по которой призреваемый поступил в дом. Так, направленные за совершение кражи отбывали наказание в зависимости от стоимости украденного, их работа оценивалась в пять копеек на каждый день; беглые и беспаспортные должны пробыть там, пока их кто не потребует<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Фумм А. М. Уголовно-исполнительные нормы как основа пенитенциарной политики Российского государства XVIII в. // Уголовно-исполнительная система: право, экономика, управление. 2014. № 4. С. 27.

<sup>2</sup> Здесь и далее цит.: Полное собрание законов Российской империи. Собрание второе. Т. XX. 1845 г. Отделение первое. СПб., 1846. 1045 с.

<sup>3</sup> Георги И. Г. Описание российско-императорского столичного города Санкт-Петербурга и достопамятностей в окрестностях оного, с планом / И. Г. Георги. [Б. м.] : Adamant Media Corporation, 2001. С. 283.

<sup>4</sup> Георги И. Г. Описание российско-императорского столичного города Санкт-Петербурга и достопамятностей в окрестностях оного, с планом / И. Г. Георги. [Б. м.] : Adamant Media Corporation, 2001. С. 284.

15 августа 1845 г. были приняты «Дополнительные правила к Уставу о содержащихся под стражею», которые включали положения «О осужденных к заключению в рабочем доме» и «О осужденных к заключению в смирительном доме»<sup>5</sup>. Определялось, что работники получают в месяц по полтора пуда муки, по полтора гарнца крупы и по два фунта соли. По исполнении порученной им работы они могут отдыхать или трудиться для собственной выгоды.

В системе наказаний Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1885 г. заключение в смирительном доме уже отсутствует.

Арестантские роты гражданского ведомства были учреждены в 1830 г. и до 1864 г. состояли в ведомстве Главного управления путей сообщения и публичных зданий, предназначались для содержания и исправления в поведении людей податных сословий. Правительством был разработан типовой проект зданий арестантских рот гражданского ведомства, который 5 августа 1839 г. был утвержден и рекомендован для применения во всех губерниях.

В Уложении о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. оговаривалось, что присужденные к отдаче на время в исправительные арестантские роты гражданского ведомства могут быть употребляемы и в городские и всякие другие работы. В системе наказаний Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1885 г. время работ в исправительных арестантских отделениях определялась по мере вины в пяти степенях: минимально — один год, максимально — четыре года.

В арестантские роты поступали: по приговорам суда — преступники; по распоряжению правительства — бродяги и беглые, показывающие себя из податного состояния или из разночинцев; по приговору городских и сельских обществ — «люди от развратной жизни впавшие в податные недоимки, для отработки этой недоимки и для нравственного их исправления»; по приговорам обществ и распоряжению помещиков — люди порочные для исправления в поведении<sup>6</sup>.

Функционировали арестантские роты следующим образом: военное управление каждой ротой сосредоточивалось в лице командира роты, который также следил, чтобы каждый арестант овладел несколькими ремеслами, губернская строительная комиссия обеспечивала их работами, а унтер-офицерский состав роты осуществлял круглосуточный надзор за арестантами во время работ и отдыха, офицеры и солдаты из губернского батальона внутренней стражи несли внешнюю охрану здания роты, священник заботился о нравственном исправлении.

Вопросы содержания арестантов в роте и употребление их в работы регламентировались принятым 15 августа 1845 г. «Положением о исправительных арестантских ротах гражданского ведомства». Основными целями создания арестантских рот гражданского ведомства объявлялись их помощь в работах по городу, уменьшение количества пересыльных лиц в Сибирь и расходов на их конвоирование. Для арестантов устанавливалась шестидневная рабочая неделя, причем в субботу работы продолжались только до обеда. Труд арестантов оплачивался «поценно по установленным ценам на 30–40% ниже справочных». Так, к примеру, труд камнетеса в Рязанской губернии в 1846 г. оплачивался в размере 45 коп. в день, а такая же работа арестанта роты оценивалась в 32 коп. Однако применение труда арестантов оставалось экономически невыгодным для губернских властей, так как он не окупал финансовых затрат на содержание арестантской роты. Целесообразность существования исправительных арестантских рот подвергалась сомнению еще и потому, что возможность обеспечить арестантов работой круглогодично отсутствовала. На зиму городские работы, как правило, приостанавливались, и остро стоял вопрос о занятости арестантов. Другой проблемой существования арестантских рот была трудность в обеспечении арестантов квалифицированной работой, за которую бы им достаточно платили и которая могла бы стать в дальнейшем средством для свободной самостоятельной деятельности.

Это привело к роспуску в 1870 г. всех арестантских рот и образованию на их базе нового типа пенитенциарных учреждений — исправительных арестантских отделений. Военизированный режим в них был упразднен, внешние работы для арестантов были прекращены, основной упор делался на развитие работ в мастерских внутри мест заключения. Исправительные арестантские отделения были включены в единую систему исполнения уголовных наказаний и подчинены созданному в 1879 г. Главному тюремному управлению Министерства внутренних дел.

Как мы видим, в царской России предпринимались попытки достичь компромисса между государственной необходимостью использования наказания в качестве меры устрашения, экономи-

<sup>5</sup> См.: Полное собрание законов Российской империи. Собрание второе. Т. XX. 1845 г. Отделение первое. СПб., 1846. С. 1027, 1031.

<sup>6</sup> Островский А. А. Правовые основы создания и деятельности арестантских рот гражданского ведомства в Российской империи // Ученые записки Крымского федерального университета имени В. И. Вернадского. 2015. № 1. С. 97.

ческой потребностью тратить как можно меньше средств на содержание учреждений исполнения наказания, а в идеале даже получать прибыль, и социальной обязанностью перевоспитания и социальной адаптации осужденных. Государство апробировало различные виды наказаний, где ограничение свободы служило средством привлечения к труду. Арестантские роты характеризовались достаточно суровыми условиями режима содержания, труд арестантов использовался преимущественно губернскими строительными комитетами и комиссиями. В то же время рабочие и смиренные дома были более легкой формой наказания, в которых заключенные получали более комфортные условия содержания и работы по сравнению с арестантскими исправительными ротами.

Советский период развития пенитенциарного права характеризовался фигурированием принудительных работ в декретах и иных нормативно-правовых актах, предшествовавших оформлению кодифицированного законодательства. Впервые на законодательном уровне принудительные работы были закреплены в Декрете СНК РСФСР от 08.05.1918 «О взяточничестве», который устанавливал, что лицо, виновное в даче взятки или принятии взятки, приговаривается к наиболее тяжелым, неприятным и принудительным работам. Принудительные общественные работы фигурировали в качестве мер наказания в Декрете СНК от 20.07.1918 № 3 «О суде», Декрете СНК от 22.07.1918 «О спекуляции», постановлении СНК от 19.09.1918 «Об усилении уголовной репрессии за перевозку помимо почтового ведомства писем, денег и маловесных посылок», постановлении Совета рабочих и крестьянской обороны от 25.12.1918 «О дезертирстве».

В этот период времени принудительные работы носили двойной характер: во-первых, усиливали карательное содержание лишения свободы и назначались в совокупности; во-вторых, в отдельных случаях, с учетом роли виновных в совершении преступления, предусматривались в качестве основного вида наказания.

Порядок исполнения рассматриваемого вида наказания устанавливало Постановление ВЦИК от 16.06.1919 «Организация лагерей принудительных работ». Управление лагерями принудительных работ осуществлялось Отделом народного комиссариата внутренних дел. В них направлялись лица на основании постановлений отделов управлений чрезвычайных комиссий, революционных трибуналов, народных судов и других советских органов. Все заключенные назначались на работы, вид которых определялся администрацией лагеря, и занимались физическим трудом в течение срока отбывания наказания. У каждого осужденного имелся лицевой счет и книжка, что позволяло регулировать доходы осужденных с учетом заработка и необходимости содержания лагеря.

Принудительные работы как вид наказания фигурировали в Руководящих началах по уголовному праву РСФСР от 12.12.1919 (принудительные работы без помещения в места лишения свободы), Уголовном кодексе РСФСР 1922 г. (принудительные работы без содержания под стражей) и Уголовном кодексе РСФСР 1926 г. (принудительные работы без лишения свободы).

В гл. IV Исправительно-трудового кодекса РСФСР 1924 г. содержались положения о деятельности Бюро принудительных работ без содержания под стражей. Указанные бюро на правах отдельной части состояли при губернской (областной) инспекции мест заключения. Расходы по их содержанию покрывались из отчислений от заработной платы осужденных.

Сотрудники бюро вели учет приговоренных к принудительным работам; распределяли их на работы; осуществляли общий надзор за соблюдением ими правил, установленных на время отбытия принудительных работ; представляли распределительной комиссии ходатайства о досрочном освобождении. Работы проводились в предприятиях управления местами заключения и его органов или в других учреждениях и предприятиях по соглашению с Народным трудовым комиссариатом (НТК) и его местными органами. Условия труда осужденных регламентировались НТК РСФСР и статьями Кодекса законов о труде. Отбывающим наказание предоставлялось время на приготовление к обеду, обед и послеобеденный отдых, а также двухнедельный отпуск раз в году, отпуска по болезни или материнству. Из получаемой осужденными заработной платы удерживалось 25%, которые поступали в специальный фонд главного управления местами заключения РСФСР и расходовались на организацию работы и улучшение быта отбывающих наказание.

Находившиеся на учете в бюро принудительных работ не имели права без разрешения переходить на другую работу, изменить местожительство.

Как и в царской России, принудительные работы имели целью полное, целесообразное, выгодное использование рабочей силы и самокупаемости. При организации исполнения наказания в виде принудительных работ предполагалось широко использовать труд лиц, отбывающих наказание, местными государственными учреждениями и государственными предприятиями для выполнения хозяйственных работ — мелиоративных, дорожных, по ремонту школ, детских домов, что позволило бы осуществлять с большой экономией в средствах ряд значимых социальных проектов.

При таких обстоятельствах государство рекомендовало судам активнее применять принудительные работы, в связи с чем доля осужденных к принудительным работам в общем числе осужденных стремительно росла: возросла с 15,3% в первой половине 1928 г. до 57,7% во второй половине 1929 г. и оставалась выше 50% в первой половине 1930 г. Давление на судей было такое, что в 1930 г. 20% всех убийц, 31% насильников, 46,2% грабителей и 69,7% воров были осуждены к принудительным работам без содержания под стражей<sup>7</sup>.

Организация принудительных работ зависела от срока наказания: лица, осужденные по постановлению административных органов к краткосрочному (от одного дня до одного месяца) отбыванию принудительных работ, направлялись на групповые работы, не требующие квалификации (уборка снега, расчистка свалок), а лица, которым по приговору суду назначены долгосрочные принудительные работы (от одного месяца до одного года), использовались на работах на специальных предприятиях (например, жестяночная и картузная мастерские) или на крупных дорожных и строительных работах. Применялась урочная система с зачетом времени, данного на выполнение урока, независимо от времени, фактически на это затраченного.

Как мы видим, в период с 1918 по 1933 г. в РСФСР была предпринята активная попытка организовать исполнение принудительных работ на началах хозяйственной выгоды и достаточной репрессивности.

В исправительно-трудовых кодексах РСФСР 1933 и 1970 гг. законодатель преобразовал принудительные работы в исправительно-трудовые работы. В процессе развития пенитенциарной системы советского общества применялись такие формы привлечения к труду, как условное освобождение из мест лишения свободы с обязательным привлечением к труду (1964–1993 гг.) и условное осуждение к лишению свободы с обязательным привлечением к труду (1970–1993 гг.).

С 1933 г. вплоть до 2011 г. термин «принудительные работы» в национальной системе права не использовался.

ФСИН России приступил к исполнению нового вида наказания в виде принудительных работ с 1 января 2017 г.

К этому сроку согласно Распоряжению правительства от 12.11.2016 № 2392-р «О создании федеральных казенных учреждений» были созданы и открылись четыре исправительных центра: в Тюменской области на базе исправительной колонии № 6 (Ишим) на 100 мест; в Ставропольском крае на базе воспитательной колонии в Георгиевске на 144 места; в Тамбовской области на базе ИК-3 (пос. Зеленый) на 70 мест; в Приморском крае на базе колонии-поселения № 51 (Уссурийск) на 150 мест. Кроме того, созданы семь участков для осужденных к принудительным работам: в Республике Башкортостан при колонии-поселении-5 (Уфа) на 100 мест, в Забайкальском крае при ИК-10 (Краснокаменск) на 50 мест, в Самарской области при ИК-10 (пос. Волжский) на 35 мест, в Смоленской области при ИК-1 (пос. Анохово) на 55 мест, в Архангельской области при ИК-21 (пос. Североонежск) на 50 мест, в Новосибирской области при ИК-8 (Новосибирск) на 92 места, в Карелии при ИК-7 (Сегежа) на 50 мест. Таким образом, лимит наполнения исправительных центров и участков для осужденных к принудительным работам составляет 896 мест по всей стране.

Предметом деятельности исправительных центров является исполнение в соответствии с законодательством Российской Федерации уголовного наказания в виде принудительных работ; основные задачи: надзор за осужденными, воспитательная работа, материально-бытовое устройство осужденных, привлечение осужденных к труду, трудоустройство осужденных в организациях любой организационно-правовой формы, организация пропускного режима на территории учреждения.

Порядок назначения и исполнения данного вида наказания регламентирован ст. 53.1 УК РФ, гл. 8.1 УИК РФ и Приказом Министерства юстиции РФ от 29.12.2016 № 329 «Об утверждении Правил внутреннего распорядка исправительных центров уголовно-исполнительной системы».

Установлено, что осужденные к принудительным работам отбывают наказание в специальных учреждениях — исправительных центрах или изолированных участках, созданных при исправительных учреждениях. Место отбывания наказания определяется в пределах территории субъекта Российской Федерации, в котором осужденный проживает или вынесен приговор, если привлечение к труду по данному правилу невозможно, то осужденный направляется в исправительные центры, расположенные на территории другого субъекта Российской Федерации. Прибытие к месту исполнения наказания осуществляется лицом самостоятельно за счет государства, за исключением лиц, находящихся к моменту вступления приговора в законную силу под стражей, — они

<sup>7</sup> Козлов Д. С. Принудительные работы как вид наказания в историческом аспекте // Вестник Новгородского государственного университета им. Ярослава Мудрого. 2013. № 73, т. 1. С. 137.

направляются под конвоем и подлежат освобождению из-под стражи по прибытии в исправительный центр. В случае уклонения осужденного к принудительным работам от получения предписания он объявляется в розыск.

Срок принудительных работ исчисляется со дня прибытия осужденного в исправительный центр. В срок отбытия наказания не засчитывается время самовольного отсутствия осужденного на работе или в исправительном центре свыше одних суток.

Осужденные к принудительным работам находятся под надзором и обязаны выполнять правила внутреннего распорядка исправительных центров; работать там, куда они направлены администрацией исправительного центра; постоянно находиться в пределах территории исправительного центра; проживать, как правило, в специально предназначенных для них общежитиях, не покидать их в ночное и нерабочее время, в выходные и праздничные дни без разрешения администрации исправительного центра; участвовать без оплаты труда в работах по благоустройству зданий и территории исправительного центра в порядке очередности в нерабочее время продолжительностью не более двух часов в неделю; постоянно иметь при себе документ установленного образца, удостоверяющий личность осужденного.

Для решения неотложных вопросов администрация исправительного центра может разрешить осужденным выезд за его пределы на срок до пяти суток.

Для осужденных установлен ряд запретов. Запрещается:

- 1) приобретать, хранить и использовать предметы, изделия и вещества, изъятые из гражданского оборота; все виды оружия, боеприпасы, взрывчатые, легковоспламеняющиеся, радиоактивные и ядовитые вещества; все виды алкогольных напитков, дрожжи, пиво; наркотические вещества, психотропные токсические и сильнодействующие вещества, их аналоги и лекарственные вещества, обладающие наркотическим действием, не предписанные медицинским назначением; материалы, предметы и видеофильмы эротического и порнографического содержания; экстремистские материалы и символику экстремистской организации; игральные карты; татуировочные машинки и принадлежности к ним;
- 2) находиться без разрешения администрации ИЦ (исправительного центра) в общежитиях, в которых они не проживают;
- 3) отказываться от работы, определенной администрацией ИЦ;
- 4) заниматься азартными играми с целью извлечения материальной или иной выгоды;
- 5) курить в не отведенных для этого местах;
- 6) приобретать, изготавливать, хранить и использовать запрещенные предметы и вещества;
- 7) стирать, сушить белье, чистить одежду и обувь в не отведенных для этого местах;
- 8) переоборудовать жилые комнаты;
- 9) готовить и принимать пищу в не отведенных для этого местах;
- 10) изготавливать самодельные электрические приборы и пользоваться ими;
- 11) передавать другим лицам документ, удостоверяющий личность осужденного, и пропуск на право выезда за пределы ИЦ.

Помещения, в которых проживают осужденные, могут подвергаться обыску, а вещи — досмотру. При обнаружении запрещенных предметов и веществ они по постановлению начальника исправительного центра подлежат изъятию и передаются на хранение либо уничтожаются.

Осужденным, не допускающим нарушений правил внутреннего распорядка и отбывшим не менее одной трети срока наказания, может быть разрешено проживание с семьей на арендованной или собственной жилой площади в пределах муниципального образования, на территории которого расположен исправительный центр. Не имеющим взысканий осужденным разрешается выезд за пределы исправительного центра на период ежегодного оплачиваемого отпуска. Осужденные вправе участвовать в спортивных мероприятиях, заниматься творчеством и обучаться по заочной форме в профессиональных образовательных организациях и образовательных организациях высшего образования, находящихся в пределах муниципального образования, на территории которого расположен исправительный центр.

Норма жилой площади в расчете на одного осужденного — не менее четырех квадратных метров. Осужденные к принудительным работам одежду, обувь, за исключением одежды и обуви, являющихся средствами индивидуальной защиты, и питание приобретают за счет собственных средств. При отсутствии у осужденных собственных средств обеспечения их одеждой, обувью и питанием осуществляется за счет средств федерального бюджета по нормам, установленным Постановлением Правительства РФ от 25.05.2012 № 514.

Осужденным оказывается необходимая лечебно-профилактическая и санитарно-профилактическая помощь.

Осужденные привлекаются к труду в организациях любой организационно-правовой формы в соответствии с трудовым законодательством Российской Федерации, за исключением правил приема на работу, увольнения с работы, перевода на другую работу, отказа от выполнения работы, предоставления отпусков. По истечении шести месяцев отбывания наказания осужденному предоставляется ежегодный оплачиваемый отпуск продолжительностью 18 календарных дней. Осужденным к принудительным работам, не обеспеченным работой, ежегодный оплачиваемый отпуск не предоставляется. Законом предусмотрено изъятие из заработной платы осужденного от 5 до 20%, удержания перечисляются на счет территориального органа уголовно-исполнительной системы.

С осужденными администрацией исправительного центра проводится воспитательная работа, применяются меры поощрения и взыскания. Надзор за отбыванием наказания осуществляется администрацией исправительного центра, в том числе и с применением аудиовизуальных, электронных и иных технических средства надзора, и состоит в наблюдении и контроле за поведением осужденных в исправительном центре, по месту работы, а также в иных местах их пребывания.

Не останавливаясь на специфике назначения принудительных работ как уголовного наказания, поскольку данный вопрос выходит за рамки нашего исследования, обратимся к проблемам, которые обозначили себя в процессе первого года исполнения данного вида наказания.

Во-первых, механизм привлечения к труду в учреждениях, организациях, предприятиях различных форм собственности отработан недостаточно. Трудоустройство осужденных что в царской России, что сейчас оказалось самым сложным аспектом исполнения наказания, связанного с привлечением к труду. Ряд госкомпаний, безусловно, заинтересованы в работе осужденных, однако в современном мире практически любой вид трудовой деятельности требует хотя бы минимальных профессиональных навыков и умений, которыми «маргинальные осужденные», утратившие социальные связи и нигде ранее не работавшие, не обладают. Поэтому встает вопрос об организации обучения для выполнения работ, решение которого законом возложено на администрации организаций, в которых работают осужденные к принудительным работам. Однако процедура прохождения этого обучения не установлена. Квоты рабочих мест для осужденных также не предусмотрены. А сделанная в законе оговорка, что осужденным к принудительным работам, не обеспеченным работой, ежегодный оплачиваемый отпуск не предоставляется, позволяет сделать вывод, что законодатель изначально предусмотрел ситуацию, когда лица, отбывающие принудительные работы, работать, собственно, и не будут. Это положение нивелирует воспитательное воздействие и репрессивную функцию данной меры наказания.

С первой проблемой неразрывно связана и вторая — предусмотренное законом изъятие из заработной платы осужденного от 5 до 20% предполагает как минимум достойное денежное содержание, однако, по данным ФСИН, зарплата осужденных к принудительным работам в среднем составляет от 8 тыс. до 15–20 тыс. руб. в месяц. Таким образом, цель экономии бюджетных средств на содержание пенитенциарных заведений представляется весьма утопичной. Неквалифицированный труд исключает хорошую заработную плату, что уменьшает возможность стимулировать социально полезное для общества поведение осужденных. Кроме того, возникает конкуренция за рабочие места между осужденными и работниками, что в условиях нынешней социально-экономической обстановки может привести к росту напряженности в обществе.

В-третьих, официально трудоустроить осужденных иностранцев по ныне действующему законодательству нельзя — для работы в России они должны иметь патент, а выдавать его осужденным запрещено.

В-четвертых, вызывает большие сомнения использование в законе термина «принудительные работы», хотя бы по той причине, что принудительный труд запрещен как на международном уровне (Конвенция Международной организации труда от 28.07.1930 № 29 «О принудительном и обязательном труде»; Конвенция Международной организации труда от 25.06.1957 № 105 «Об упразднении принудительного труда» [105-MOT]), так и в национальном законодательстве (ч. 2 ст. 37 Конституции РФ, ст. 4 Трудового кодекса РФ).

В заключение хотелось бы отметить, что инициатива возрождения в законодательстве Российской Федерации принудительных работ как вида уголовного наказания достаточно спорная. Принудительные работы представляют собой специфический вид наказания, заключающийся, с одной стороны, в ограничении свободы, а с другой — в ограничении трудовой правоспособности. В отношении осужденных к принудительным работам объемных изъятий из общего правового статуса граждан не предусмотрено. Они фактически ограничены только в двух конституционных правах: право на свободу передвижения и выбор места жительства и право на свободу выбора труда. Исторический опыт показывает, что при исполнении наказаний практически невозможно совместить

две взаимоисключающие функции — репрессию и самокупаемость. Поэтому при реализации такого вида наказания, как принудительные работы, не стоит забывать об имеющемся опыте и, исходя из него, оценивать реальность заявленных целей.

## Литература

1. Георги И. Г. Описание российско-императорского столичного города Санкт-Петербурга и достопамятностей в окрестностях оною, с планом /И. Г. Георги. [Б. м.] : Adamant Media Corporation, 2001. 567 с.
2. Козлов Д. С. Принудительные работы как вид наказания в историческом аспекте //Вестник Новгородского государственного университета им. Ярослава Мудрого. № 73, т. 1, 2013. С. 136–140.
3. Островский А. А. Правовые основы создания и деятельности арестантских рот гражданского ведомства в Российской империи // Ученые записки Крымского федерального университета имени В. И. Вернадского. № 1, 2015. С. 94–101.
4. Полное собрание законов Российской империи. Собрание второе. Т. XX. 1845 г. Отделение первое. СПб., 1846. 1045 с.
5. Фумм А. М. Уголовно-исполнительные нормы как основа пенитенциарной политики Российского государства XVIII в. // Уголовно-исполнительная система: право, экономика, управление. 2014. № 4. С. 27–31.

## References

1. *Georgi I. G.* Description of the Russian-Imperial Capital City of St. Petersburg and Memorials in the Vicinity Thereof, with a Plan [Opisaniye rossiysko-imperatorskogo stolichnogo goroda Sankt-Peterburga i dostopamyatnostey v okrestnostyakh onogo. s planom] / I. G. Georgi. [B. m.] : Adamant Media Corporation, 2001. 567 p. (In rus)
2. *Kozlov D. S.* Forced Labor as a Form of Punishment in the Historical Aspect [Prinuditel'nyye raboty kak vid nakazaniya v istoricheskom aspekte] // Bulletin of Yaroslav-the-Wise Novgorod State University [Vestnik Novgorodskogo gosudarstvennogo universiteta im. Yaroslava Mudrogo]. No. 73, vol. 1, 2013. P. 136–140. (In rus)
3. *Ostrovsky A. A.* The Legal Basis for the Creation and Activities of Arresting Companies of Civilian Departments in the Russian Empire [Pravovyye osnovy sozdaniya i deyatel'nosti arestantskikh rot grazhdanskogo vedomstva v Rossiyskoy Imperii] // Scientific Notes of the Crimean Federal University Named after V. I. Vernadsky [Uchenyye zapiski Krymskogo federal'nogo universiteta imeni V.I. Vernadskogo]. No. 1, 2015. P. 94–101. (In rus)
4. The Complete Collection of Laws of the Russian Empire. The Second Meeting [Polnoye sobraniye zakonov Rossiyskoy imperii. Sobraniye vtoroye]. Т. XX. 1845. The First Branch. St. Petersburg. 1846. 1045 p. (In rus)
5. *Fumm A. M.* Criminal Executive Standards as the Basis of the Penitentiary Policy of the Russian State of the XVIII Century [Ugolovno-ispolnitel'nyye normy kak osnova penitentsiarnoy politiki Rossiyskogo gosudarstva XVIII v.] // The Penal System: Law, Economics, Management [Ugolovno-ispolnitel'naya sistema: pravo, ekonomika, upravleniye.]. No. 4, 2014. P. 27–31. (In rus)

# Наднациональные юрисдикции противодействия коррупции

**Майборода Эльвира Тагировна**

доцент кафедры правоведения Северо-Западного института управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, Санкт-Петербург, Российская Федерация, кандидат философских наук, доцент; ellamaiboroda@mail.ru

## АННОТАЦИЯ

Актуальность статьи обусловлена значимостью формирования международных правовых институтов, направленных на борьбу с коррупцией и проблемой имплементации международных правил антикоррупционной направленности в национальные правовые системы. Обращение к формально-юридическим методам дало возможность исследовать следующие группы наиболее важных антикоррупционных регуляторов: международные антикоррупционные нормы и принципы; международно-правовые механизмы мониторинга исполнения антикоррупционных конвенций; международно-правовые меры предупреждения коррупции. Эмпирические данные указывают на то, что отсутствие системного противодействия коррупции как негативному социально-правовому явлению приводит к эрозии правовых институтов и в конечном счете к их полной неработоспособности. Представляется необходимой дальнейшая интеграция международного сотрудничества в данной сфере, результатом которой должно являться формирование нормативного единства институтов национальных юрисдикций в борьбе с коррупцией.

*Ключевые слова:* борьба с коррупцией; национальные правовые системы; международные антикоррупционные нормы и принципы; международные организации

## International Jurisdiction on Fighting Against Corruption

**Elvira T. Mayboroda**

Associate Professor of the Chair of Law of the North-West Institute of Management of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, St. Petersburg, Russian Federation, PhD in Philosophy, Associate Professor; ellamaiboroda@mail.ru

## ABSTRACT

The urgency of the article is stipulated by the importance to form international legal institutes aiming at fighting against corruption and the problem related to implementing international regulations of the anti-corruption purposefulness in national legal systems. The use of formal legal methods allowed to research the following groups of the most important anti-corruption regulators: international anti-corruption standards and principles, international and legal mechanisms of monitoring the fulfillment of anti-corruption conventions, and international legal measures to prevent corruption. Empiric data show that the lack of the system counteraction to corruption as a negative social and legal phenomenon causes the erosion of legal institutes, and finally, their full non-operability. It is necessary to further integrate international cooperation in this area. It must result in the formation of the standard unanimity of institutes of national jurisdiction in fighting against corruption.

*Keywords:* fights against corruption, national legal systems, international anti-corruption standards and principles, international organizations

Глобальное и региональное взаимодействие в международных процессах затрагивает не только современные государства, но и различные структуры и организации, такие, например, как политические и экономические сообщества. Столь разноцелевые и многовекторные по деятельности институты достаточно гармонично сосуществуют и благодаря интеграционным процессам взаимодействуют, что составляет суть современного миропорядка. Понятие «интеграция» невозможно использовать в каком-то определенном аспекте без учета всех слагаемых глобализации как процесса гиперинтеграции. При этом затруднительно выделить абсолютные доминанты данного процесса, они меняются в зависимости от постоянных либо перманентных детерминант объективной и субъективной обусловленности. Особого внимания при этом заслуживает процесс интернационализации и негативного интегрирования противоправных явлений, характерных практически для всех национально-социальных и международных инновационных мероприятий, не обладающих историческим опытом и сложившейся методологией их проведения. При этом необходимо признать, что интеграция международных организаций при наличии различных целей успешно противодействует угрозам глобальной безопасности, в том числе в сфере борьбы с коррупцией.

На сегодняшний день трудно найти в международно-правовой практике вопросы более дискуссионные, чем определение закономерностей форм проявления коррупции, способов легити-

мации противодействия ей, закрепления понятийного аппарата и другое. Прежде всего, это объясняется конфликтами соотношения коллективных интересов и индивидуально-государственных потребностей, определяемых национально-ментальными, экономико-ментальными особенностями, уровнем национальной самоидентификации каждого государства с безусловно эмоционально-пропагандистским завышением, а иногда и эксклюзивированием их роли в тех или иных событиях и процессах международного характера.

Впервые на международном уровне проблема коррупции и необходимость противодействия ей стали предметом рассмотрения на V Конгрессе ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями (Женева, 1975). Как справедливо отмечает С. А. Лошакова, коррупция в 1970–80 гг. рассматривалась больше как национальная проблема, чем транснациональная<sup>1</sup>. А вот глобальный, транснациональный характер коррупции начали отмечать в 1990-е гг., с интенсификацией интеграционных процессов в мировой экономике. На современном этапе исследования сосредоточены на международных антикоррупционных стандартах<sup>2</sup> — новом виде глобального регулирования в области противодействия коррупции, которые «выходят за рамки отдельного государства» и направлены на установление определенных правил соответствия, призванных обеспечивать систематизацию деятельности трансграничных компаний в контексте деловой этики<sup>3</sup>.

В Резолюции VIII Конгресса ООН «Коррупция в сфере государственного управления» отмечалось, что «проблемы коррупции в государственной администрации носят всеобщий характер и что, хотя они оказывают особенно пагубное влияние на страны с уязвимой экономикой, это влияние ощущается во всем мире».

Программа развития ООН определяет коррупцию как угрозу стабильности и безопасности общества, подрывающую демократические институты и ценности, этические ценности и справедливость и наносящую ущерб устойчивому развитию и правопорядку.

В п. 52 итогового документа Саммита ООН, посвященного «Целям развития тысячелетия», который проводился в рамках 65-й сессии Генеральной Ассамблеи, отмечается, что «следует уделять первоочередное внимание борьбе с коррупцией как на международном, так и национальном уровне. Это связано с тем, что коррупция в значительной мере препятствует эффективной мобилизации и распределению ресурсов и отвлекает их от тех направлений деятельности, которые имеют крайне важное значение для искоренения нищеты и борьбы с голодом и для обеспечения устойчивого развития»<sup>4</sup>.

Практически во всех международных правовых актах антикоррупционного характера содержится большое число норм административного права, определяющих организационно-управленческие аспекты осуществления этих конвенций. Наиболее пристального внимания заслуживают отдельные положения Конвенции ООН против коррупции. Ст. 12 устанавливает обязанность государств-участников принять меры по предупреждению коррупции в частном секторе и установить ответственность за несоблюдение таких мер. Статья также обязывает государства принять нормы, направленные на предотвращение конфликта интересов. В результате такие нормы вошли как в законодательство государств, так и в кодексы деловой этики и антикоррупционные политики компаний. В настоящее время идентификация учредителей и руководителей в обязательном порядке осуществляется при регистрации юридических лиц в государствах — участниках конвенции. Требованиям конвенции являются ограничения в отношении профессиональной деятельности бывших публичных должностных лиц. Данные положения имплементированы в законодательство Российской Федерации принятием Федерального закона от 25.12.2008 № 273-ФЗ «О противодействии коррупции»<sup>5</sup>.

Заметную активную роль в выработке механизмов борьбы с коррупцией играет Организация международного развития и сотрудничества (ОМРиС), ее Центр развития и Комитет поддержки развития (КПР). Совместно эти структуры, каждый в своей компетенции, осуществляют комплексное

<sup>1</sup> Лошакова С. А. Международно-правовое сотрудничество государств в борьбе с коррупцией как фактор обеспечения безопасности в Европе // Безопасность бизнеса. 2014. № 4. С. 36.

<sup>2</sup> Черепанова В. А. Международные антикоррупционные стандарты: классификация, оценка эффективности, дальнейшие перспективы развития // Аудитор. 2017. № 9. С. 48.

<sup>3</sup> Молчанова М. А. Международные антикоррупционные стандарты в транснациональных компаниях: основные векторы развития // Международное уголовное право и международная юстиция. 2018. № 6. С. 27.

<sup>4</sup> Резолюция ООН А/65/1, 2010 [Электронный ресурс]. URL: <https://www.un.org/ru/ga/65/docs/65res1.shtml> (дата обращения: 10.02. 2019).

<sup>5</sup> О противодействии коррупции: федеральный закон от 25.12.2008 № 273-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 29.12.2008, № 52 (ч. 1), ст. 6228.

воздействие на проблему коррупции путем создания собственных антикоррупционных стандартов с целью имплементации их положений в свои национальные законодательства<sup>6</sup>.

Своего апогея борьба против коррупции достигла в 1999 г. с принятием Конвенции по борьбе с коррупцией иностранных государственных чиновников при осуществлении международных сделок. Этот документ представляет собой итог длительного и рутинного процесса, локомотивом которого была деятельность Рабочей группы ОМРиС по коррупции в сфере международных торговых сделок. Рабочая группа подготовила пакет антикоррупционных документов, среди которых были рекомендации, разработанные в 1994, 1996 и 1997 гг., и сама конвенция. Цель принятия этих документов состоит в том, чтобы страны мира как субъекты международного права признали уголовным преступлением факт подкупа иностранных государственных чиновников, разработали необходимые асимметричные меры, направленные на противодействие коррупции при осуществлении сделок в международной торговле. Комитет поддержки развития сфокусировал свои усилия на борьбе с коррупционными схемами в различных финансовых проектах, которые осуществляют страны-доноры в государствах третьего мира и развивающихся странах. Надзор за распределением фондов — есть залог эффективной экономической помощи, что отчетливо стало ясно в результате работы различных международных организаций со странами постсоветского пространства. Высокий процент коррупционности национальных элит этих государств показал необходимость использования специальных антикоррупционных мер в двустороннем надзоре за распределением финансовой помощи как со стороны донора, так и получателя. Принятые рекомендации 1996 г. расширили поле деятельности стран — членов КПП в борьбе с коррупционной составляющей в системе международного экономического сотрудничества. Это выразилось в стремлении стран — членов КПП представить свои законодательные антикоррупционные предложения для правового обеспечения надзора за распределением экономической и финансовой помощи.

В настоящее время приоритетным направлением в деятельности ОМСиР и Центра развития являются глобальные меры и выработка единой политики нейтрализации коррупционных явлений в системе реализации экономической деятельности и формирования общественных институтов с целью ускорить интеграцию стран с переходной экономикой в глобальную мировую экономику. Мониторинг ситуации влияния коррупции на экономическое развитие Сенегала, Мали и Мозамбика<sup>7</sup>, анализ гонконгской антикоррупционной кампании сформировали понимание бесперспективности применения шаблонного метода для всех стран.

Агентство международного развития США (АМР США) курирует невоенную помощь другим странам, которые входят в сегмент «национальных интересов США» по следующим направлениям: поддержка торговли, сельского хозяйства, экономического роста и его мониторинга, здравоохранения<sup>8</sup>.

С 1989 г. АМР начинает участвовать в антикоррупционной деятельности по подготовке специального проекта, направленного на создание в зоне жизненных интересов США прозрачных и подконтрольных территорий для осуществления американской финансовой элитой различных бизнес-проектов.

Для этого АМР провело кропотливую работу по созданию «свободных» СМИ, формированию в отдельно взятой стране так называемого гражданского общества, правового поля, в рамках которого стало бы возможным осуществлять свою экономическую деятельность.

Непреодолимым препятствием для создания единых мировых рыночных механизмов управления является коррупционность национальных правительств стран, которым различные международные организации, в том числе и американские, выделяли деньги на экономические реформы. Для мониторинга ситуации с коррупцией в органах государственной власти, в правоохранительных органах, экономической деятельности АМР проводит конференции по вопросам обмана и коррупции, одна из которых была профинансирована через Проект совершенствования регионального финансового менеджмента в Латинской Америке и Карибское бюро агентства. Регулярно стали проводиться рабочие семинары в Панаме, Никарагуа, на Гаити, анализировавшие уязвимые места в работе службы Генерального аудитора в борьбе с коррупцией.

Приоритетным направлением в деятельности АМР США является латиноамериканский регион, Центральная и Восточная Европа и СНГ. В связи с этим были созданы Бюро латиноамериканских

<sup>6</sup> *Klyukovskaya I. N., Galstyan I. S., Lauta O. N., Mayboroda E. T., Cherkashin E. Y.* International Organizations on Fighting Against Corruption: Legal Means and Methods of their Implementation in National Legal Systems // *Journal of Advanced Research in Law and Economics*. 2016. № 7. P. 1737.

<sup>7</sup> Сборник докладов на совместной конференции Азиатского банка развития — Организации экономического сотрудничества “Combating Corruption in the Asian and Pacific region” [Электронный ресурс]. URL: <http://www.adb.org> (дата обращения: 10.02. 2019).

<sup>8</sup> Артемьев М. А. Как работает Америка. М. : Фонд «Либеральная миссия», 2009. С. 28.

стран, Бюро стран Восточной Европы, Бюро новых независимых государств и Центра демократии. Эти центры финансируют исследования по злободневным вопросам коррупции, проводят международные конференции по данной тематике и рабочие семинары. Участниками конференций и семинаров являются представители власти, бизнеса, СМИ, ученые, то есть те, кто может совместными действиями проводить социально-экономические реформы и внедрять комплексный подход в борьбе с коррупцией во всех направлениях общественной, государственной и экономической жизни.

Важной составляющей деятельности Всемирного Банка (далее — Банк) является содействие инновационному развитию государств и регионов в целях достижения устойчивого экономического роста, с возможностью решать общественные, экономические и экологические проблемы. Окончательной целью стратегии Банка в помощи странам по адресному воздействию на коррупцию является не полное уничтожение коррупции (что в условиях современного мироустройства выглядит утопией), но поддержка этих стран в прорыве от систематической коррупции к созданию условий оптимального управления, которые минимизировали бы негативный эффект коррупции на общественное развитие. Стратегия Банка основана на трех направлениях:

- проведение реформ в экономической сфере;
- укрепление институтов гражданского общества;
- международная деятельность.

Междисциплинарной группой Совета Европы по коррупции было предложено следующее определение: «Коррупция представляет собой взяточничество и любое другое поведение лиц, которым поручено выполнение определенных обязанностей в государственном или частном секторе, которое ведет к нарушению обязанностей, возложенных по статусу государственного должностного лица, частного сотрудника, независимого агента, или иного рода отношений и имеет целью получение любых незаконных выгод для себя и других»<sup>9</sup>.

Современные основы понимания коррупции как не просто негативного, а именно криминального явления заложила Конвенция ООН против транснациональной организованной преступности (2000)<sup>10</sup>.

Общепринятыми международными стандартами противодействия коррупции следует считать Глобальный договор ООН, основанный в том числе на принципе, провозглашающем, что «деловые круги должны противостоять всем формам коррупции»<sup>11</sup>. К 2018 г. к нему присоединились более 9 тыс. компаний и 4 тыс. некоммерческих организаций, в том числе более 50 крупнейших российских организаций (Внешэкономбанк, «Роснефть», РЖД, «Лукойл» и другие)<sup>12</sup>.

Важнейшими предпосылками успешности международного сотрудничества в области противодействия коррупции стали следующие направления:

- сотрудничество правоохранительных органов в процессуальной и криминалистической областях (например, Интерпола);
- его научная обоснованность (например, координирующая деятельность Исследовательского института ООН по преступности и правосудию — ЮНИКРИ);
- деятельность неправительственных организаций (в частности, Transparency International).

Использование сравнительно-юридического подхода и входящих в него методов юридической компаративистики позволило сопоставить международные антикоррупционные конвенции, принятые как под эгидой международной универсальной организации — Организации Объединенных Наций, так и на уровне ряда международных региональных организаций: Совета Европы, Европейского союза. Эмпирические данные указывают на то, что отсутствие системного противодействия коррупции как негативному социально-правовому явлению приводит к эрозии правовых институтов и в конечном счете к их полной неработоспособности. Нормативно присутствующие, но фактически не работающие социально-правовые институты являются элементом его постоянной дестабилизации. Представляется необходимой дальнейшая интеграция международного сотрудничества в данной сфере, результатом которой должно являться формирование нормативного единства институтов национальных юрисдикций в борьбе с коррупцией.

<sup>9</sup> Фролова О. Е. Об отрицательной информации на примере слова «коррупция» // Эксперт-криминалист. 2015. № 4. С. 13.

<sup>10</sup> Кибальник А. Г. Сложности в понимании преступлений против порядка управления // Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права. 2005 Т. 9. № 3. С. 475.

<sup>11</sup> Официальный сайт Глобального договора ООН [Электронный ресурс]. URL: <http://www.globalcompact.ru/10-principzipov.html> (дата обращения: 10.02.2019).

<sup>12</sup> Молчанова М. А. Международные антикоррупционные стандарты в транснациональных компаниях: основные векторы развития // Международное уголовное право и международная юстиция. 2018. № 6. С. 29.

## Литература

1. Артемьев М. А. Как работает Америка. М. : Фонд «Либеральная миссия», 2009. 152 с.
2. Кибальник А. Г. Сложности в понимании преступлений против порядка управления // Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права. 2005. Т. 9. № 3. С. 475–482.
3. Лошакова С. А. Международно-правовое сотрудничество государств в борьбе с коррупцией как фактор обеспечения безопасности в Европе // Безопасность бизнеса. 2014. № 4. С. 36–39.
4. Молчанова М. А. Международные антикоррупционные стандарты в транснациональных компаниях: основные векторы развития // Международное уголовное право и международная юстиция. 2018. № 6. С. 27–32.
5. Фролова О. Е. Об отрицательной информации на примере слова «коррупция» // Эксперт-криминалист. 2015. № 4. С. 13–15.
6. Черепанова В. А. Международные антикоррупционные стандарты: классификация, оценка эффективности, дальнейшие перспективы развития // Аудитор. 2017. № 9. С. 48–57.
7. *Klyukovskaya I. N., Galstyan I. S., Lauta O. N.* [и др.]. International Organizations on Fighting Against Corruption: Legal Means and Methods of their Implementation in National Legal Systems // Journal of Advanced Research in Law and Economics. 2016. № 7. P. 1734–1743.

## References

1. *Artemyev M. A.* How America Works [Kak rabotayet Amerika] M. : Foundation “Liberal Mission” [Fond «Liberal’naya missiya»], 2009. 152 p. (In rus)
2. *Kibalnik A. G.* Difficulties in Understanding Crimes Against the Order of Management [Slozhnosti v ponimanii prestupleniy protiv poryadka upravleniya] // Criminology Journal of Baikal National University of Economics and Law. 2005. T. 9. Vol. 3. P. 475–482. (In rus)
3. *Loshakova S. A.* International Legal Cooperation of States in the Fight Against Corruption as a Factor in Ensuring Security in Europe [Mezhdunarodno-pravovoye sotrudnichestvo gosudarstv v bor’be s korruptsiyey kak faktor obespecheniya bezopasnosti v Yevrope] // Business security. 2014. № 4. P. 36–39. (In rus)
4. *Molchanova M. A.* International Anti-Corruption Standards in Multinational Companies: the Main Vectors of Development [Mezhdunarodnyye antikorrupsionnyye standarty v transnatsional’nykh kompaniyakh: osnovnyye vektory razvitiya] // International Criminal Law and International Justice [Mezhdunarodnoye ugovnoye pravo i mezhdunarodnaya yustitsiya]. 2018. № 6. P. 27–32. (In rus)
5. *Frolova O. E.* About Negative Information on the Example of the Word “Corruption” [Ob otritsatel’noy informatsii na primere slova «korruptsiya»] // Expert-criminalist. 2015. № 4. P. 13–15. (In rus)
6. *Cherepanova V. A.* International Anti-Corruption Standards: Classification, Performance Evaluation, Further Development Prospects [Mezhdunarodnyye antikorrupsionnyye standarty: klassifikatsiya, otsenka effektivnosti, dal’neyshiyey perspektivy razvitiya] // Auditor. 2017. № 9. P. 48–57. (In rus)
7. *Klyukovskaya I. N., Galstyan I. S., Lauta O. N.* at al. International Organizations on Fighting Against Corruption: Legal Means and Methods of their Implementation in National Legal Systems // Journal of Advanced Research in Law and Economics. 2016. № 7. P. 1734–1743.

# Специальные нормы, регулирующие права сторон на результаты научно-технической деятельности, полученные при выполнении научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ за счет Российской Федерации

**Бикметова Светлана Александровна**

заместитель генерального директора по правовым вопросам — главный юрист ПАО «Информационные телекоммуникационные технологии», Санкт-Петербург, Российская Федерация; biksveta@mail.ru

## АННОТАЦИЯ

В статье проведен анализ специальных норм, регулирующих правовые отношения между государственными заказчиками и исполнителями по поводу распределения прав сторон на результаты научно-технической деятельности, полученные при выполнении научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ за счет Российской Федерации. Показано, что в целом эволюция нормативно-правовой базы в рассматриваемой сфере имеет как положительную, так и отрицательную тенденцию. Сделаны выводы о том, что система правового регулирования правоотношений по поводу распределения прав на результаты научно-технической деятельности, полученные при выполнении научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ за счет Российской Федерации, развиваясь, совершенствуясь, по-прежнему находится в стадии становления, ее нельзя считать завершенной.

**Ключевые слова:** интеллектуальная собственность, результаты научно-технической деятельности, договоры на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ, государственный заказчик

## Special Rules Governing the Rights of the Parties to the Results of Scientific and Technical Activities Obtained in the Performance of Research, Development and Technological Works at the Expense of the Russian Federation

**Svetlana A. Bikmetova**

Deputy General Director for Legal Affairs — Chief Lawyer PJSC of "Information Telecommunication Technologies", Saint Petersburg, Russian Federation; biksveta@mail.ru

## ABSTRACT

The article analyzes the special rules governing the legal relations between state customers and contractors on the distribution of the rights of the parties to the results of scientific and technical activities obtained in the performance of research, development and technological works at the expense of the Russian Federation. It is shown that in General, the evolution of the regulatory framework in this area has both positive and negative trends. Conclusions are drawn that the system of legal regulation of legal relations concerning distribution of the rights to the results of scientific and technical activity received at performance of research, developmental and technological works at the expense of the Russian Federation, developing, being improved, is still in a formation stage, it cannot be considered complete. **Keywords:** intellectual property, the results of scientific and technical activities, contracts for the implementation of research, development and technological works, the state customer

Необходимость специального регулирования правовых отношений в данной сфере определяется потребностью конкретизации общих положений закона в специальных нормативно-правовых актах, поскольку в правоотношении одной из сторон выступает специальный субъект, обладающий особым правовым статусом, а именно — Российская Федерация в лице своих представителей.

Проблемы регулирования отношений по поводу созданных за счет государства результатов интеллектуальной деятельности вызывает интерес исследователей и практиков, неоднократно становились предметом научных исследований, а также отдельных статей, что говорит об актуальности рассматриваемой темы. Следует отметить работы А. В. Атамась, Е. Г. Баклановой, В. Ф. Евстафьева, Д. В. Орехова, Л. Н. Хитровой, Ю. А. Ковалева.

По общему правилу (ст. 1298, 1373, 1432, 1464, 1471 Гражданского кодекса Российской Федерации) права на созданные за счет Российской Федерации результаты интеллектуальной деятельности принадлежат организации, выполняющей государственный контракт (исполнителю), если государственным контрактом не предусмотрено, что это право принадлежит Российской Федерации, от имени которой выступает государственный заказчик, либо совместно исполнителю и Российской Федерации.

Специальные нормы, регулирующие правовые отношения между государственными заказчиками и исполнителями по поводу распределения прав сторон на результаты научно-технической деятельности, полученные при выполнении научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ за счет Российской Федерации, нашли свое отражение в ряде подзаконных нормативных актов.

Системный анализ законодательства в указанной сфере показал, что данные нормы содержатся более чем в пятидесяти нормативных актах, в том числе в актах министерств и ведомств, что, безусловно, создает сложности в правоприменении.

Основу формирования системы специальных норм в рассматриваемой сфере заложили указы Президента Российской Федерации от 14.03.1998 № 556 «О правовой защите результатов научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ военного, специального и двойного назначения»<sup>1</sup> (утратил силу в связи с изданием указа Президента РФ от 24.05.2011 № 673) и от 22.07.1998 № 863 «О государственной политике по вовлечению в хозяйственный оборот результатов научно-технической деятельности и объектов интеллектуальной собственности в сфере науки и технологий»<sup>2</sup>. Данными указами Правительству Российской Федерации было поручено обеспечить проведение организационных мероприятий, направленных на осуществление правовой защиты интересов государства в процессе экономического и гражданско-правового оборота результатов интеллектуальной деятельности, полученных при выполнении государственных контрактов (договоров); определить порядок использования результатов научно-технической деятельности, полученных при проведении по государственным контрактам научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ для государственных нужд.

Также при осуществлении государственной политики по вовлечению в хозяйственный оборот результатов научно-технической деятельности и объектов интеллектуальной собственности в сфере науки и технологий были определены приоритетными в первую очередь направления, обеспечивающие сбалансированность прав и законных интересов субъектов правоотношений, включая государство, в области создания, правовой охраны и использования результатов научно-технической деятельности и объектов интеллектуальной собственности в сфере науки и технологий.

Безусловно, данные указы явились значимым руководством для органов государственной власти, поскольку была выражена обеспокоенность состоянием дел в рассматриваемой сфере и был задан вектор развития правовой базы.

Нормативным актом, выражающим политику государства по вопросам регулирования отношений, связанных с реализацией созданных за счет федерального бюджета научно-технических решений, является распоряжение Правительства РФ от 30.11.2001 № 1607-р «Об основных направлениях реализации государственной политики по вовлечению в хозяйственный оборот результатов научно-технической деятельности»<sup>3</sup>.

Распоряжение определило направления государственного регулирования правовых отношений в области обращения прав на результаты научно-технической деятельности, полученные при исполнении государственных контрактов и договоров на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ для федеральных государственных нужд.

В частности, в распоряжении отмечено, что приоритетными для государства являются разработки, содержащие охраноспособные объекты интеллектуальной собственности и иные результаты научно-технической деятельности, обеспечивающие наибольшую социально-экономическую эффективность, а также решение задач укрепления обороноспособности страны. В условиях ограниченности бюджетных средств государство может взять на себя расходы, связанные в основном с первым этапом — созданием результатов научно-технической деятельности в приоритетных областях науки и техники.

Распоряжением определено, что в обязательном порядке обеспечивается закрепление за государством прав на те объекты интеллектуальной собственности и другие результаты научно-технической деятельности, созданные за счет средств федерального бюджета, которые, во-первых, непосредственно связаны с обеспечением обороны и безопасности страны, во-вторых, доведение которых до стадии промышленного применения берет на себя государство.

В распоряжении содержится также важное утверждение о необходимости введения в хозяйственный оборот прав государства на результаты научно-технической деятельности путем их передачи либо организации-разработчику, либо инвестору, либо иному хозяйствующему субъекту.

<sup>1</sup> Российская газета, 19.05.1998, № 94.

<sup>2</sup> Российская газета, 28.07.1998, № 141.

<sup>3</sup> Собрание законодательства РФ, 10.12.2001, № 50, ст. 4803.

При этом отмечено, что при передаче хозяйствующим субъектам прав на результаты научно-технической деятельности, созданные за счет средств федерального бюджета, государство не рассматривает в качестве основной цели возмещение затрат на финансирование этой деятельности. Вопросы урегулирования прав государства на результаты научно-технической деятельности должны определяться в государственных контрактах на выполнение работ для государственных нужд, других предусмотренных законодательством договорах (соглашениях). При этом в контрактах и договорах, одной из сторон в которых выступает государство и которые предусматривают последующую передачу прав на результаты научно-технической деятельности, необходимо предусматривать получение государством неисключительной, безотзывной и безвозмездной лицензии на использование результатов научно-технической деятельности для государственных нужд.

В этих контрактах и договорах следует предусматривать конкретные обязательства организаций, которым передаются права государства по обеспечению доведения разработок до стадии промышленного применения и реализации готовой продукции, порядок материального поощрения организаций-исполнителей, порядок выплаты вознаграждения авторам, а также конкретные обязательства стороны, реализующей в производственной практике результат научно-технической деятельности, и санкции за невыполнение этих обязательств.

Значимость распоряжения № 1607-р состоит в том, что правительством были предложены механизмы введения в оборот прав государства на результаты научно-технической деятельности.

Постановлением Правительства РФ от 02.09.1999 № 982 «Об использовании результатов научно-технической деятельности»<sup>4</sup> определены основные положения, регулирующие деятельность государственных заказчиков при урегулировании вопросов, касающихся использования результатов работ.

Во-первых, постановлением возложено на государственных заказчиков по государственным контрактам и договорам на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ для федеральных государственных нужд при закреплении за Российской Федерацией прав на результаты научно-технической деятельности, полученных при реализации указанных государственных контрактов и договоров, распоряжение этими правами от имени Российской Федерации. Во-вторых, установлено, что использование объектов интеллектуальной собственности в сфере науки и технологий для обеспечения федеральных государственных нужд осуществляется, как правило, на основе безвозмездной неисключительной лицензии, предоставляемой государственным заказчиком.

В соответствии с постановлением Правительства Российской Федерации от 22.04.2009 № 342 (в ред. постановления Правительства РФ от 08.12.2011 № 1024) «О некоторых вопросах регулирования прав на результаты научно-технической деятельности» федеральные органы исполнительной власти и организации, выступающие от имени Российской Федерации государственными заказчиками научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ по государственным контрактам для государственных нужд (далее — государственные контракты), при заключении государственных контрактов обязаны предусматривать в них условия о закреплении в установленном порядке исключительных прав на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, селекционные достижения, топологии интегральных микросхем, программы для электронно-вычислительных машин, базы данных и секреты производства (ноу-хау) (далее — результаты научно-технической деятельности):

- за Российской Федерацией, если:
  - 1) результаты научно-технической деятельности изъяты из оборота;
  - 2) Российская Федерация приняла на себя осуществление финансирования работ по доведению результатов научно-технической деятельности до стадии практического применения, завершающейся этапом постановки продукции на производство, включающим подготовку производства, изготовление установочной серии и квалификационные испытания;
  - 3) исполнитель не обеспечил до истечения шести месяцев после окончания научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ совершение всех действий, необходимых для признания за ним или приобретения им исключительных прав на результаты научно-технической деятельности;
  - 4) результаты научно-технической деятельности созданы в ходе научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ, выполняемых во исполнение международных обязательств Российской Федерации;

<sup>4</sup> Российская газета, 17.09.1999, № 183.

- за Российской Федерацией или, по решению государственного заказчика, совместно за Российской Федерацией и организацией, выполняющей научно-исследовательские, опытно-конструкторские и технологические работы (исполнителем):

1) если данные результаты непосредственно связаны с обеспечением обороны и безопасности государства;

- за исполнителем на условиях, определяемых государственным контрактом, в иных случаях.

Таким образом, постановление № 342 определило критерии закрепления исключительных прав за субъектами правовых отношений, что явилось важным шагом в развитии правового регулирования в рассматриваемой сфере.

Имеющим особое значение является постановление Правительства РФ от 22.03.2012 № 233 (в ред. постановления Правительства РФ от 30.03.2019 № 384) «Об утверждении Правил осуществления государственными заказчиками управления правами Российской Федерации на результаты интеллектуальной деятельности гражданского, военного, специального и двойного назначения»<sup>5</sup>, которое определило, что включает в себя управление правами Российской Федерации на результаты интеллектуальной деятельности, а именно:

- а) осуществление мероприятий по оформлению прав Российской Федерации на результаты интеллектуальной деятельности, используемые и (или) созданные при выполнении государственных контрактов;
- б) государственный учет результатов научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ гражданского, военного, специального и двойного назначения;
- в) организацию работ по оценке стоимости и принятие на бухгалтерский учет прав на результаты интеллектуальной деятельности;
- г) распоряжение правами Российской Федерации на результаты интеллектуальной деятельности;
- д) организацию использования результатов интеллектуальной деятельности.

Значительный вклад в регулирование вопросов использования результатов научно-технической деятельности, полученных за счет средств Российской Федерации, внесен постановлением Правительства РФ от 26.01.2012 № 9<sup>6</sup> (в ред. постановления Правительства РФ от 18.11.2017 № 1397) «Об осуществлении контроля и надзора в сфере правовой охраны и использования результатов интеллектуальной деятельности гражданского назначения, созданных за счет бюджетных ассигнований федерального бюджета, а также контроля и надзора в установленной сфере деятельности в отношении государственных заказчиков и организаций — исполнителей государственных контрактов, предусматривающих проведение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ».

Постановлением утверждено «Положение об осуществлении контроля и надзора в сфере правовой охраны и использования результатов интеллектуальной деятельности гражданского назначения, созданных за счет бюджетных ассигнований федерального бюджета, а также контроля и надзора в установленной сфере деятельности в отношении государственных заказчиков и организаций — исполнителей государственных контрактов, предусматривающих проведение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ». В соответствии с постановлением под федеральным государственным надзором понимается деятельность Федеральной службы по интеллектуальной собственности, направленная на предупреждение, выявление и пресечение нарушений государственных органами, органами управления государственных внебюджетных фондов, федеральными казенными учреждениями, иными получателями средств федерального бюджета, размещающими заказы на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ гражданского назначения на основании государственных контрактов, и организациями — исполнителями государственных контрактов и договоров, финансирование которых осуществляется за счет бюджетных ассигнований федерального бюджета, требований, установленных законодательством Российской Федерации в сфере интеллектуальной собственности.

В развитие нормативной базы о введении в хозяйственный оборот результатов научно-технической деятельности, полученных за счет средств Российской Федерации, постановлением Правительства от 26.12.2013 № 1275 (в ред. постановления Правительства РФ от 02.12.2017 № 1465) «О примерных условиях государственных контрактов (контрактов) по государственному оборонному заказу» утверждено «Положение о примерных условиях государственных контрактов (контрактов)

<sup>5</sup> Собрание законодательства РФ, 02.04.2012, № 14, ст. 1637.

<sup>6</sup> Российская газета, 01.02.2012, № 20.

по государственному оборонному заказу». П. 22 Положения определено, что в государственный контракт на выполнение научно-исследовательских или опытно-конструкторских работ могут включаться условия о закреплении права собственности на результаты научно-исследовательских или опытно-конструкторских работ, в том числе в отношении результатов интеллектуальной деятельности, полученных в ходе выполнения государственного контракта, распределение и порядок закрепления прав на создаваемые охраноспособные результаты интеллектуальной деятельности. Также в соответствии с п. 22 в контракты могут включаться, помимо прочих, следующие условия:

- 1) обязанность головного исполнителя по обеспечению правовой охраны создаваемых результатов интеллектуальной деятельности в соответствии с решением государственного заказчика путем:
  - осуществления юридически значимых действий по оформлению прав на созданные результаты интеллектуальной деятельности на территории Российской Федерации и на территориях иностранных государств;
  - принятия мер по сохранению конфиденциальности сведений, составляющих секрет производства (ноу-хау);
- 2) обязанность государственного заказчика предоставлять главному исполнителю безвозмездную простую (неисключительную) лицензию на использование результатов интеллектуальной деятельности, исключительное право на которые принадлежит Российской Федерации, для выполнения работ по государственному контракту (контракту).

Постановлением Правительства Российской Федерации от 02.07.2014 № 606 (в ред. постановления Правительства от 30.05.2017 № 663) «О порядке разработки типовых контрактов, типовых условий контрактов, а также о случаях и условиях их применения»<sup>7</sup> утверждены Правила разработки типовых контрактов, типовых условий контрактов, в соответствии с которыми в государственном контракте должны быть предусмотрены условия о правах сторон на результаты интеллектуальной деятельности, созданные при выполнении работ.

Следует также упомянуть утвержденные Роспатентом 02.03.2006 «Методические рекомендации по отражению в государственных контрактах вопросов правовой охраны и использования результатов научно-технической деятельности»<sup>8</sup>, в которых изложены рекомендации по вопросу отражения в государственных контрактах положений, устанавливающих права и обязанности сторон по закреплению прав, правовой охране и использованию созданных результатов научно-технической деятельности.

В Методических рекомендациях указано, что в обязательном порядке сторонами должны быть урегулированы следующие положения:

1. Закрепление прав на результаты научно-технической деятельности, полученные при выполнении работ по контракту.
2. Обязательства исполнителя по обеспечению государственных интересов.
3. Обязательства по обеспечению правовой охраны полученных результатов путем оформления патентов либо с использованием режима коммерческой тайны.
4. Обязательства исполнителя по проведению патентных исследований в полном объеме в соответствии с ГОСТ Р 15.011-96.
5. Обязательства государственного заказчика и исполнителя в отношении использования предшествующей интеллектуальной собственности или прав и информации, принадлежащей третьим лицам.
6. Обязательства обладателя прав на созданные объекты интеллектуальной собственности по выплате вознаграждения их авторам.
7. Порядок использования результатов работ, полученных в рамках государственного контракта.

Решение вопросов распределения прав между государством, финансирующим интеллектуальную деятельность, и исполнителем работ должно осуществляться в рамках государственного контракта (договора).

Полное и точное указание в государственных контрактах прав и обязанностей государственного заказчика и исполнителя работ в отношении созданных результатов научно-технической деятельности должно способствовать дальнейшему совершенствованию контрактной системы исполнения государственных заказов, повышению ответственности государственных заказчиков

<sup>7</sup> Собрание законодательства РФ, 14.07.2014, № 28, ст. 4053.

<sup>8</sup> Методические рекомендации по отражению в государственных контрактах вопросов правовой охраны и использования результатов научно-технической деятельности // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права, № 5, 2006. С. 47.

за правовую охрану и использование научно-технических результатов, создаваемых за счет федерального бюджета, защите интересов государства при вовлечении результатов научно-технической деятельности в хозяйственный оборот и повышению эффективности легального использования созданных результатов научно-технической деятельности.

В целом эволюция нормативно-правовой базы в рассматриваемой сфере имеет, на наш взгляд, как положительную, так и отрицательную тенденции. Положительная состоит в том, что государство явно выражает обеспокоенность по поводу сохранения прав на результаты, полученные за счет бюджета, при этом стремясь обеспечить сбалансированность прав и интересов участников правовых отношений. В качестве отрицательной следует отметить во многом декларативность имеющихся в правовых актах норм, поскольку не определен механизм их реализации. В частности, определив, что приоритетными для государства при закреплении за ним прав, являются разработки, содержащие охраноспособные результаты научно-технической деятельности, обеспечивающие наибольшую социально-экономическую эффективность, законодатель не раскрыл механизм реализации данной нормы, не определил критерии эффективности, поэтому, конечно, на практике такие нормы не работают. И складывается объективная ситуация, когда при наличии большого массива подзаконных нормативно-правовых актов требуется введение новых, разъясняющих механизм реализации предыдущих. Конечно, такое положение не обеспечивает устойчивости правоприменения в рассматриваемой сфере.

Подводя итог, следует отметить, что система правового регулирования прав на результаты научно-технической деятельности, полученные при выполнении научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ за счет Российской Федерации, развиваясь, совершенствуясь, по-прежнему находится в стадии становления, ее нельзя считать завершенной.



# ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ И ПРИКЛАДНАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ

2019. № 2

Директор  
издательско-полиграфического центра  
Е. Ю. КНЯЗЕВ

Корректоры  
Е. А. ЛЫСУНЕЦ

Верстка С. И. ШИРОКОЙ

## УЧРЕДИТЕЛЬ

Российская академия народного хозяйства и государственной службы  
при Президенте Российской Федерации

Свидетельство о регистрации СМИ  
ЭЛ № ФС 77-77212 от 08.11.2019 г.

*Точка зрения редакции может не совпадать с мнением авторов статей.  
При перепечатке ссылка на журнал «Теоретическая и прикладная юриспруденция» обязательна.*

## АДРЕС РЕДАКЦИИ:

199004, Санкт-Петербург, В. О., 8-я линия, д. 61.  
Тел.: (812) 335-94-72, 335-42-10. E-mail: shmarko-ik@ranepa.ru

Подписано к публикации 19.11.2019.  
Минимальные системные требования — наличие устройства CD-ROM и ПО для прочтения pdf-файлов.  
Сайт журнала <https://www.tajournal.ru>  
Объем данных 1,6 Мб.  
Тираж (количество носителей) 30 шт.

Макет подготовлен издательско-полиграфическим центром Северо-Западного института управления  
Российской академии народного хозяйства и государственной службы  
при Президенте Российской Федерации  
199004, Санкт-Петербург, 8-я линия В. О., д. 61  
Тел. (812) 335-94-97