



ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ И ПРИКЛАДНАЯ
ЮРИСПРУДЕНЦИЯ
Theoretical and Applied Law



Законы должны идти рука об руку
с прогрессом человеческой души.

Томас Джефферсон



Мириэль Хилдебрант

**Действие юрисдикции, возникшей в результате
текстуальных актов, в киберпространстве**

Майборода В. А.

**Цифровое разрешение на строительство
как комплексный разрешительный документ**

Дорофеева М. А.

**Применение образовательной технологии
модели Liberal Arts and Sciences
при подготовке юристов**

Лепешкина О.И.

**Международные антикоррупционные
стандарты и УК РФ**

2021 № **2(8)**

ISSN 2686-7834

ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР

РАЗУБАЕВ Николай Викторович, доктор юридических наук, профессор, Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы, Санкт-Петербург

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ

ЕСКИНА Людмила Борисовна, профессор, доктор юридических наук, Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы, Санкт-Петербург

КИРИЛЕНКО Виктор Петрович, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы, Санкт-Петербург

ЛУКОВСКАЯ Дженевра Игоревна, доктор юридических наук, профессор, почетный профессор Санкт-Петербургского государственного университета, Санкт-Петербургский государственный университет, Санкт-Петербург

ЛЮБАШИЦ Валентин Яковлевич, доктор юридических наук, профессор, Южный федеральный университет, Ростов-на-Дону

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

МОЛОТНИКОВ Александр Евгеньевич, кандидат юридических наук, доцент кафедры предпринимательского права, Московский государственный университет им. М.В.Ломоносова, Москва

ПОЛЯКОВ Андрей Васильевич, доктор юридических наук, профессор, Санкт-Петербургский государственный университет, Санкт-Петербург

СЕРГЕВНИН Сергей Львович, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы, Санкт-Петербург

ХОХЛОВ Евгений Борисович, доктор юридических наук, профессор, Санкт-Петербургский государственный университет, Санкт-Петербург

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

Киммо НУОТИО, профессор уголовного права, Университет г. Хельсинки, Финляндия

Мелкевик БЪЯРН, профессор Университета Лавалья, Квебек, Канада

© Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, 2021

© Северо-Западный институт управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, 2021

© Все права защищены.

Содержание

- 4 Вступительное слово главного редактора
Судьбы научных дискуссий в век цифровизации правопорядка

СТАТЬИ

- 6 **Мириэль Хилдебрант**
Действие юрисдикции, возникшей в результате текстуальных актов, в киберпространстве
(Перевод *Разуваева Н. В., Шмарко И. К.*)
- 21 **Дорофеева М. А.**
Применение образовательных технологий модели Liberal Arts and Sciences при подготовке юристов
- 30 **Лепешкина О. И.**
Международные антикоррупционные стандарты и УК РФ
- 35 **Майборода В. А.**
Цифровое разрешение на строительство как комплексный разрешительный документ
- 42 **Яровой Д. И.**
Гражданско-правовая ответственность арбитражного управляющего: актуальные проблемы
- 47 **Лантух Н. В.**
Роль уголовного преследования в системе уголовно-процессуальных институтов

ЭССЕ

- 53 **Раджабова Р. Ш.**
Проблемы правового регулирования добычи космических ресурсов с учетом норм международного права
- 61 **Меркурьева А. А.**
Проблемы правового регулирования возникновения права собственности на новую вещь
(п. 1 ст. 218 ГК РФ)
- 66 **Герасимов С. В.**
Нормативно-правовое регулирование особенностей организации противоэпизоотических мероприятий на особо охраняемых природных территориях федерального значения

ОБЗОРЫ

- 76 Обзор межкафедрального научно-практического семинара юридического факультета СЗИУ РАНХиГС на тему «Правовая наука и правоприменительная практика: проблемы взаимодействия» (27 мая 2021 г.)

Вступительное слово главного редактора

Судьбы научных дискуссий в век цифровизации
правопорядка

На современном этапе технологического развития, стимулируемого цифровой трансформацией общества, глубоко затронувшей правопорядок, на передний план выходят научные проблемы, активно обсуждаемые юридическим сообществом. Именно эти проблемы, а также деятельность ученых-юристов, на наш взгляд, начинают определять правовую политику в целом и правоприменительную практику в частности. Следует отметить, что углубляющаяся цифровизация стала в какой-то мере неожиданным трендом, находившимся вне пределов обсуждения еще в начале прошлого десятилетия, когда активизировались дискуссии о путях и перспективах дальнейшего развития права и государства в условиях постмодерна. Так, например, автор этих строк, говоря в свое время о существенных характеристиках постсовременного государства, полагал, что интеллектуальные предпосылки для их содержательного рассмотрения еще не сформировались и едва ли сформируются в ближайшей перспективе¹.

Вот почему, как несложно заметить, понятие «постмодерна» в теоретическом дискурсе имело и продолжает сохранять в себе явно неоднозначные коннотации, обозначая кризисную ситуацию неопределенности в научной и практической сферах, ознаменовавшую последний этап эволюции правопорядка, начавшийся в 1980-х гг. Подобная неопределенность, препятствовавшая формированию каких-либо обоснованных научных выводов, равно как и прогнозов дальнейшего развития, уже достаточно давно стала предметом внимания российских ученых. Так, по словам И. Л. Честнова, «если юриспруденция стремится преодолеть затянувшийся кризис догматизации и реификации права, то она должна искать новые пути. Таковые как раз и находятся в рамках постклассической научно-исследовательской программы»².

Неудивительно, что в таких условиях цифровизация привлекла к себе повышенное внимание исследователей, видевших в ее изучении выход из идейно-методологического тупика, постигшего как общую теорию права, так и отраслевые юридические дисциплины³. Отметим, что проблемы цифровизации впервые стали обсуждаться в рамках дискуссий о цифровой демократии, раскрывших возможности применения цифровых технологий для регулирования политико-юридических отношений⁴. Несмотря на известный скептицизм, демонстрируемый подчас научным сообществом в отношении действенности электронных процедур как средства принятия решений и формирования общей воли, не вызывает сомнений, что сами эти процедуры свидетельствуют о переходе правовой коммуникации на качественно новую ступень эволюционного развития.

В то же время следует заметить, что политическая делиберация, требующая активного участия членов общества и стремящаяся к установлению всеобщего согласования (консенсуса) их мнений⁵, с большим трудом поддается всесторонней цифровизации, а тем более замене человека как экзистенциально и социально свободного существа искусственными нейросетями. Значительно более плодотворным может оказаться обсуждение цифровой трансформации субъективных гражданских прав, способное привести к целому ряду интересных выводов относительно их правовой природы и сущности, способных внести значительный вклад в развитие цивилистической науки⁶.

И хотя, несмотря на напряженные усилия исследователей, специфика цифровой трансформации субъективных гражданских прав (прежде всего, вещных и обязательственных) остается до конца не проясненной, ученые уже сейчас делают предположения относительно видоизменения сущности гражданско-правовых договоров, требующих минимальной активности контрагентов (так называемые «смарт-контракты»)⁷. Весьма перспективной тенденцией

¹ См.: *Разуваев Н. В.* Государство в эволюционном измерении : монография. М. : Юрлитинформ, 2018. С. 438.

² *Честнов И. Л.* Постклассическая теория права : монография. СПб. : ИД «Алеф-Пресс», 2012. С. 116.

³ См., в частности: *Талапина Э. В.* Право и цифровизация: новые вызовы и перспективы // Журнал российского права. 2018. № 2 (254). С. 5–17; *Саурин А. А.* Цифровизация как фактор трансформации права // Конституционное и муниципальное право. 2019. № 8. С. 26–31; *Кожокарь И. П.* Влияние недостатков на судебное правоприменение в эпоху цифровизации права // Юридическая наука. 2019. № 7. С. 9–12.

⁴ См.: *Васькова М. Г.* Проблемы становления и реализации электронной демократии в электронном государстве // Российский юридический журнал. 2010. № 4 (73). С. 47–50; *Чеботарев В. Е., Коновалова Е. И.* Электронная демократия, электронное правительство, электронная демократия на современном этапе развития Российской Федерации // Юридический мир. 2012. № 7. С. 35–38.

⁵ См.: *Rawls J.* Political Liberalism. New York : Columbia University Press, 1993. P. 5; *Habermas J.* Three Normative Models of Democracy // Democracy and Difference / ed. S. Benhabib. Princeton : Princeton University Press, 1996. P. 29; *Mouffe Ch.* Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism [Электронный ресурс] // URL: https://www.ihs.ac.at/publications/pol/pw_72.pdf (дата обращения: 14.06.2021).

⁶ См.: *Санникова Л. В., Харитонова Ю. С.* Правовая сущность новых цифровых активов // Закон. 2018. № 9. С. 93–95; *Василевская Л. Ю.* Цифровые права как новый объект гражданских прав: проблемы юридической квалификации // Хозяйство и право. 2019. № 5 (508). С. 3–14; *Абрамова Е. Н., Брагинец А. Ю.* К вопросу о понятиях права собственности и имущества в цифровую эпоху // Хозяйство и право. 2020. № 6 (521). С. 12–21 и др.

⁷ См.: *Савельев В. А.* Договорное право 2.0: «умные» контракты как начало конца договорного права // Вестник гражданского права. 2016. № 3. С. 48.

динамики системы гражданского права является и цифровизация личных неимущественных прав, способствующая конструированию новых участников правовой коммуникации и появлению субъектов права, которые ранее не обладали свойствами правосубъектности.

Речь идет об искусственном интеллекте, который в рамках традиционной парадигмы рассматривается в качестве базы данных и является объектом, а не субъектом гражданских прав. Выявление места искусственного интеллекта в системе современного правопорядка, на наш взгляд, требует либо полного отказа от идеи свободы как движущей силы юридической коммуникации, что было бы губительным для права как такового, либо переосмысления идеи свободы, утверждающего ее непреходящую ценность в новых условиях. Представляется, что именно последний вариант является предпочтительным и раскрывающим глобальные перспективы эволюции правопорядка в век высоких технологий, стимулирующих парадоксальные иллюзии о способности общества полностью устранить человеческий фактор из механизмов своего развития. Думается, однако, что все ранее сказанное неоспоримо свидетельствует, что именно право служит последним оплотом человечности в бушующем океане технологического детерминизма, что дает основания для хоть и осторожного, но тем не менее уверенного оптимизма относительно непреходящего значения человеческих достоинства и свободы в цифровую эпоху.

Итак, мы видим, что цифровая трансформация общества, права и государства раскрыла новые, подчас неожиданные перспективы развития, но вместе с тем выявила вызовы, ответ на которые должна дать человеческая цивилизация. К числу таких вызовов в первую очередь относятся деперсонификация, анонимизация и, как следствие, утрата взаимного доверия участников правового общения. На этом фоне у некоторых наблюдателей возникает непреодолимое искушение декларировать не только «смерть субъекта», что является тенденцией далеко не новой, поскольку такого рода воззрения высказывались еще Ф. Ницше и М. Фуко⁸, но и кончину правовой науки, в которой якобы не будет необходимости, когда место автономной воли физических лиц, проявления которой требуют теоретического и философского осмысления, займут пресловутые «нейросети».

В такой ситуации редакция видит основную миссию журнала «Теоретическая и прикладная юриспруденция» в том, чтобы всемерно стимулировать продуктивные научные дискуссии вопреки ложному алармизму, пророчащему скорое исчерпание проблематики юридического познания. Одновременно редакция журнала твердо намерена противостоять попыткам протаскать под знаменем «чистой науки» политические лозунги, подменяющие исследовательскую программу той или иной идеологической повесткой. В этом мы руководствуемся принципом объективности, сформулированным М. Вебером, по словам которого: «Журнал не может быть ареной “возражений”, реплик и ответов на них; но он никого... не защищает от объективной научной критики, какой бы резкой она ни была. Тот, кому данные условия не подходят, кто полагает, что сотрудничать с людьми, идеалы которых не совпадают с его собственными, невозможно и в области научного знания, пусть лучше остаются в стороне»⁹.

Вот почему и наш журнал неизменно будет оставаться в стороне от тех, кто, стремясь дискредитировать идею прав и свобод человека, закрепленных в числе прочего в Конституции Российской Федерации¹⁰, использует для этого лозунги академических прав, свободы мнений, мысли и слова, эксплуатируемых исключительно с целью утверждения собственных идеологических позиций. И вместе с тем журнал «Теоретическая и прикладная юриспруденция» будет уделять неизменное внимание актуальным проблемам теории права и отраслевых юридических дисциплин, изучение которых проливает свет на закономерности развития правопорядка в условиях цифровизации. Думается, что содержание очередного номера журнала, представленного вниманию читателей, со всей непреложностью свидетельствует об этом.

*Главный редактор
Разуваев Николай Викторович*

⁸ См.: *Ницше Ф.* Веселая наука // Ницше Ф. Полное собрание сочинений в 13 т. М.: Изд. «Культурная революция», 2014. Т. 3. С. 440; *Фуко М.* Слова и вещи. Археология гуманитарных наук. СПб.: «А-сад», 1994. С. 404; *Рено А.* Эра индивида. К истории субъективности. СПб.: «Владимир Даль», 2002.

⁹ *Вебер М.* «Объективность» социально-политического и социально-научного знания / М. Вебер // Избранное: Протестантская этика и дух капитализма. Изд. 2-е, испр. и доп. М.: «Российская политическая энциклопедия», 2006. С. 279.

¹⁰ См.: Конституция Российской Федерации. Принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе всенародного голосования 01.01.2020 // СЗ РФ. 2020. № 11. Ст. 1416.

Действие юрисдикции, возникшей в результате текстуальных актов, в киберпространстве¹

Мириэль Хилдебрант

профессор, тематика исследований — взаимодействие права и технологий, Брюссельский свободный университет, Бельгия;

профессор, тематика исследований — интеллектуальные среды, защита данных и верховенство закона, Государственный университет в Неймегене, Нидерланды; m.hildebrandt@cs.ru.nl

ORCID 0000-0003-4558-9149

АННОТАЦИЯ

В статье автор рассматривает проблемы философии технологий в части их соотношения с правом и принципом верховенства закона. В частности, автор анализирует, как повлияло на формирование позитивного права в том виде, как мы его сейчас знаем, возникновение технологий печати и картографии, как эти технологии повлияли на перформативный эффект письменных речевых актов, как письменные речевые акты способствовали возникновению территориальной юрисдикции в ее традиционном понимании. Учитывая возникновение и развитие новых технологий, построенных на основе кодов, а не текста, можно говорить о том, что такая новая технология также не может не оказать влияния на позитивное право, как его ранее оказали технологии печати и картографии, что непосредственно сказывается на понимании юрисдикции, а также возникновении конкуренций юрисдикций между собой. Поскольку материальные и процессуальные принципы законности уголовного права зависят от перформативного эффекта письменных юридических речевых актов, подчеркивая их связь с развитием территориальной юрисдикции и возникновением искусственного современного общества, то в условиях применения новых технологий, стирающих границы между государствами и юрисдикциями соответственно, необходимо глубокое переосмысление порядка применения этих принципов, чтобы сохранить достижения современного позитивного права, в частности принцип верховенства закона.

Ключевые слова: письменные нормативные речевые акты, перформативное действие актов, территориальная юрисдикция, нормативная сила фактов, *ius puniendi*

Text-Driven Jurisdiction in Cyberspace

Mireille Hildebrandt

Research Professor on 'Interfacing Law and Technology' at the Vrije Universiteit Brussel;

Full Professor of Smart Environments, Data Protection & the Rule of Law, Radboud University Nijmegen; m.hildebrandt@cs.ru.nl

ORCID 0000-0003-4558-9149

ABSTRACT

In this paper I further develop a philosophy of technology for law and the rule of law, more specifically for the role of territorial jurisdiction in the protection against crime and against arbitrary use of the *ius puniendi*. In the face of the code- and data-driven nature of cyberspace I will discuss modern positive law as based on a text-driven jurisdiction and the main argument of the paper is that we cannot take for granted that the kind of legal protection that is offered by a text-driven criminal jurisdiction will hold in the context of cyberspatial challenges. In the first section, I investigate how modern positive law-as-we-know-it was triggered by the technologies of cartography and the printing press, arguing that both modern democracy and the rule of law are affordances of these technologies, as they enabled the rise of an exclusive, monopolistic territorial jurisdiction. In the second section, I explore the scope of written legal speech acts, integrating speech act theory and philosophy of technology, explaining how the substantive

¹ Данная статья предварительно была опубликована на osf.io (DOI 10.31219/osf.io/jgs9n). Статья является проектом главы будущей книги автора. Редакция журнала «Теоретическая и прикладная юриспруденция» получила право публикации перевода статьи на русский язык, за что мы очень признательны автору. Текст на английском языке Вы можете найти по указанной ссылке. (This article was previously published on osf.io (DOI 10.31219/osf.io/jgs9n). The article is a draft chapter of a future author's book. The editorial board of the journal "Theoretical and Applied Jurisprudence" received the right to publish the translation of the article into Russian, for which we are very grateful to the author. The text in English can be found at the specified link.)

and procedural principles of criminal law legality depend on the performative effect of written legal speech acts, highlighting their connection with the rise of territorial jurisdiction and the creation of an artificial, modern *demos*. In the third section, I discuss the new challenges of competing territorial jurisdictions that claim legal powers outside their territory, coupled by the challenges posed by new types of 'brute jurisdictions' that are based on the force of technological infrastructures that may overrule the performative effect of written legal speech acts. In the conclusions I call for keen attention to which affordances of cartography and the printing press we need to preserve in cyberspace to uphold criminal law principles such as the presumption of innocence, the right to a fair trial and the legality principle, taking note that preservation will require reinvention and imagination rather than taking for granted the mode of existence of text-driven jurisdiction.

Keywords: *ius puniendi*, performative effect of acts, written legal speech acts, territorial jurisdiction, legal powers

I. ВВЕДЕНИЕ

В настоящей статье обсуждаются проблемы философии технологий в части их соотношения с правом и принципом верховенства закона. В частности, исследована роль территориальной юрисдикции в рамках защиты против преступлений и произвольного использования уголовного правосудия (*ius puniendi*). Учитывая природу киберпространства, основанную на кодах и управлении данными, я буду рассматривать современное позитивное право как основанное на текстуальной юрисдикции, а основным аргумент, высказываемый в настоящей статье, состоит в том, что мы не можем принимать как должное тот вид правовой защиты, который предлагается основанным на тексте уголовным правосудием, в условиях виртуального пространства.

В первой части работы я исследую вопрос, как технологии картографии и печатного станка повлияли на возникновение современного позитивного права, и прихожу к выводу о том, что и современная демократия, и принцип верховенства закона получили возможность своего существования благодаря этим технологиям, поскольку они привели к возникновению исключительной, монопольной территориальной юрисдикции.

Во втором разделе я рассмотрю особенности письменных юридических речевых актов посредством объединения теории речевых актов и философии технологий и объясню, как материальные и процессуальные принципы законности уголовного права зависят от перформативного эффекта письменных юридических речевых актов, подчеркивая их связь с развитием территориальной юрисдикции и возникновением демоса (*demos*)².

Третья часть посвящена обсуждению проблем конкурирующих территориальных юрисдикций, претендующих на юридические полномочия за пределами своих территорий, в сочетании с проблемами, вызванными новыми типами «грубой юрисдикции», основанными на силе технологической инфраструктуры, которая может преодолевать перформативный эффект письменных речевых правовых актов. В заключении я призываю обратить пристальное внимание на достижения, которые мы получили благодаря технологиям картографии и печатного станка, которые не должны быть утрачены в условиях киберпространства, чтобы обеспечить сохранение таких принципов уголовного права, как презумпция невиновности, право на справедливое судебное разбирательство и принцип законности. Учитывая, что сохранение этих принципов потребует переосмысления и воображения, не следует относиться к этим проблемам как к малозначительным и не требующим внимания, принимая в качестве данности принцип существования юрисдикции, сформировавшейся под определяющим влиянием текстов.

1.1. Современное позитивное право и территориальная юрисдикция

Сейчас как никогда требуется активное взаимодействие специалистов внутри юридического сообщества, поскольку рост вычислительной инфраструктуры и повсеместное распространение Интернета ставят под сомнение многое из того, что мы считаем само собой разумеющимся, особенно способ существования «юрисдикции». С тех пор как международное и национальное право стало строиться на основе идеи юрисдикции как основополагающей концепции, проблема применения уголовного права за пределами какой-либо территории уже не выглядит как беспочвенный алармизм или еще одно воззвание к признанию исключительности Интернета, а является призывом взглянуть на ситуацию трезво. Этот призыв основан на выводах философии технологии в ее соотношении с правом, которую я развиваю со времени проведения исследования влияния сред, управляемых данными, на право³, а также в отношении интеграции искусственного интеллекта в правовую практику и юридические исследования⁴. Теория и философия права были детьми своего времени, транслирующими нарративы о природе права и верховенства закона, отражающими в себе текстовую реальность. Такая предпосылка, однако, была скрытой презумпцией, которая

² Термин «демос» (*demos*) в настоящей статье употребляется в значении древнегреческого термина, включающего в себя население, составляющее отдельную политическую единицу, как источник демократии. (Прим. автора.)

³ Mireille Hildebrandt, *Smart Technologies and the End(s) of Law. Novel Entanglements of Law and Technology* (Edward Elgar 2015).

⁴ Mireille Hildebrandt, 'A Philosophy of Technology for Computational Law' (LawArXiv 2020) <<https://osf.io/preprints/lawarxiv/7eykj/>> (дата обращения: 07.12.2020).

не может более оставаться таковой. Если в эпоху, когда текст был подобен воздуху, которым мы, юристы, дышим (невидимым, как вода для рыб), не было необходимости даже упоминать о том, что позитивное право полагается на технологии слова, то сейчас приоритет письменного слова и его распространение с помощью печатного станка уже нельзя считать само собой разумеющимся.

В этой статье я буду отстаивать важность позитивного права как исторического артефакта, который содержит в себе особый тип двойного инструментария. С одной стороны, оно предлагает защиту против уголовных преступлений посредством уголовного правосудия (*ius puniendi*), а с другой — обеспечивает защиту от произвола применения права наказаний со стороны государства. В отличие от морали или политики этот двойной инструментарий, с одной стороны, обеспечивает защиту от субъективных моральных предпочтений того, кто занимает должность от имени государства, а с другой стороны, предоставляет защиту от применения простой грубой силы тем лицом, кто сумеет присвоить монополию на насилие. Природа позитивного права влечет за собой придание юридической силы при соблюдении определенных правовых условий, при этом такое правовое последствие является перформативным эффектом специального набора речевых актов, которые были объединены в динамический корпус юридических текстов.

Необходимо отметить, что акцент, сделанный мною при описании двойного инструментария, которым обладает позитивное право, не предполагает позитивистского правопонимания. Напротив, он подчеркивает целенаправленный, ориентированный на справедливость и позитивный характер права⁵, проводя «красную линию» правовой определенности, создаваемой посредством обоих типов защиты, отвергая разделение между законом, моралью и политикой, но при этом выделяя отличительную перформативную роль закона в «современном» обществе, а также систему сдержек и противовесов, которая отличает право как от морали, так и от политики. Без правового эффекта фундаментальные права, включая права собственности и право на человеческое достоинство, становятся моральными императивами, зависящими от субъективных склонностей или персональных привилегий, предоставленных властью. Правовой эффект никогда не становится результатом воздействия грубой силы или механического применения. В этом герменевтическое понимание позитивного права отличается как от формального, так и от социологического позитивизма⁶, что также проясняет, почему особое внимание к позитивному праву не подразумевает под собой юридический позитивизм. Выделение «юридических последствий» как точки сочленения позитивного права и эффективной правовой защиты не означает буквального следования идеям Кельзена, Шмитта, Карре де Мальберга, Харта или Раза, при том что Радбрух, Дюги, Ориу, Дворкин и Уолдрон в своих работах отводили центральную роль позитивному праву, не становясь жертвой правового позитивизма.

1.2. Возможности, предоставляемые технологией печатного станка, — верховенство закона

В данной работе я буду рассматривать герменевтическую природу позитивного права как исторического артефакта, основанную на особой информационно-коммуникационной инфраструктуре, представляющей собой технологии текста как в виде манускрипта (рукописный текст), так и в форме печатного речевого текста (именуемого здесь как «письменные речевые акты»)⁷. Как показали Эйзенштейн и другие, возможности информационно-коммуникационной инфраструктуры (ИКИ) печатного станка отличаются от возможностей устной ИКИ, а также и от рукописных ИКИ, в частности, в отношении необходимости систематизации информации и абстракции⁸. Исследования в области истории информации подтверждают, что скорее письменность и печать способствовали развитию абстрактного мышления,⁹ чем это являлось свойством человеческого мышления самого по себе. Письмо создает дистанцию между автором и текстом, текстом и читателем, а также текстом и его смыслом как во времени, так и в пространстве. Именно так текст позволил обществам организоваться в более крупные сообщества (дистанция в пространстве) и при этом прогнозировать свое развитие заранее на больший временной промежуток (дистанция во времени)¹⁰. Показательна связь между переходом от кочевого общества к оседлому: движение от охоты и собирательства (очень маленькими группами) к земледелию и скотоводству (большими группами) требовало обеспечения больших запасов еды, воды, семян, для чего были нужны навыки счета и планирования, чтобы

⁵ Gustav Radbruch, 'Legal Philosophy', *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin* (Reprint 2014, Harvard University Press 2014) <<https://www.degruyter.com/view/product/252229>> (дата обращения: 28.06.2017); Mireille Hildebrandt, 'Radbruch's Rechtsstaat and Schmitt's Legal Order: Legalism, Legality, and the Institution of Law' (2015) 2 *Critical Analysis of Law* <<http://cal.library.utoronto.ca/index.php/cal/article/view/22514>> (дата обращения: 24.03.2015).

⁶ Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Fontana 1991); Jeremy Waldron, 'The Rule of Law' in Edward N. Zalta (ed), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2020, Metaphysics Research Lab, Stanford University 2020) <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/rule-of-law/>> (дата обращения: 03.05.2020); HLA Hart, *The Concept of Law* (Clarendon Press 1994); Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (Lawbook Exchange 2005); John Austin and W. (ed) Rumble, *The Province of Jurisprudence Determined* (Cambridge University Press 1995).

⁷ См. ниже в разделе II дальнейшее развитие теории речевых актов.

⁸ Elizabeth L. Eisenstein, *The Printing Revolution in Early Modern Europe* (2nd edn, Cambridge University Press 2012) <<http://ebooks.cambridge.org/ref/id/CBO9781139197038>> (дата обращения: 02.05.2019).

⁹ James Gleick, *The Information: a History, a Theory, a Flood* (First Edition, Pantheon 2010).

¹⁰ Paul Ricoeur, 'The Model of the Text: Meaningful Action Considered as a Text' (1973) 5 *New Literary History* 91.

гарантировать, что временная задержка между сбором урожая и посевом не оставит людей голодными¹¹. Письмо позволяет организовать внешнюю коллективную память, которая также может служить хранилищем правил, по которым живет общество, в то время как распространение идентичных печатных копий текста позволило принимать статутные законы, обязательные для всех субъектов¹². Возникновение современного позитивного права на протяжении пяти или шести веков, таким образом, было вызвано возможностью принимать письменные правовые акты, которые имеют юридическую силу для всех тех, кто подчиняется соответствующей юрисдикции, или возможностью писать трактаты или своды правовых норм (в юрисдикциях общего права) и возможностью судов оставаться в рамках аргументации, вытекающей из ранее вынесенных письменных решений, одновременно предвидя последствия своих решений для будущего прецедентного права.

1.3. Возможности картографической технологии: территориальность современного государства

Современное позитивное право является, таким образом, результатом не только информационно-коммуникативной инфраструктуры использования печатного станка. Оно также тесно связано с возникновением юрисдикции и территории, а также кульминацией развития этих терминологических конструкций в рамках понятия суверенитета. Чтобы понять возникновение позитивного права, нам нужно использовать возможности еще одной технологии, которая объясняет возникновение внутреннего и внешнего суверенитета¹³. Прежде всего интерес представляет тот факт, что возникновение концепции юрисдикции предшествовало возникновению концепции территории. Если формирование понятия юрисдикции относится к началу XIV в., представляя собой объем административной власти, то понятие территории появилось веком позднее, как земля, находящаяся под специальной юрисдикцией (город или государство). Юрисдикция определяла объем властных полномочий, который мог быть основан на власти конкретного лица — *ratione personae* (например, духовенство подпадало под власть Папы), на определенных условиях — *ratione materiae* (например, брак подпадал под власть католической церкви) или на определенных территориальных пределах — *ratione territoriae* (тот, кто жил на определенном участке земли, попадал под власть определенного лорда). Также необходимо отметить, что эти юрисдикции пересекались, конкурировали и не зависели от идеи суверенного государства. Берман и Гленн ярко описали рост монополистических требований государства к территориальной юрисдикции по сравнению со всеми другими видами юрисдикции¹⁴, результатом развития которой стало появление суверенного государства как образования, сочетающего защиту от внешнего вмешательства с полной и высшей внутренней властью. Это привело к тому, что идея внешнего и внутреннего суверенитета кристаллизовалась как две стороны одной медали. Так почему же охват и сфера юрисдикции сместились в сторону территории в качестве исключительного способа «обоснования» осуществления государственной власти? Какая технология привела к такому смещению? В своей основополагающей работе Форд подчеркнул, как технология картографии представила новый тип понимания географического пространства, поскольку она позволила нанести на карту поверхность Земли путем рисования линий и таким образом разделить ее на обособленные регионы¹⁵. Последнее способствовало, во-первых, переходу от власти, основанной на семье, к власти, основанной на земле, во-вторых, обеспечению четких границ для осуществления такой власти, в-третьих, созданию абстрактной территориальности, не зависящей от конкретной текстуры или места проживания на разграниченной территории, и, таким образом, в-четвертых, в основном отображая серию ограниченных пустых пространств, которые покрывают всю поверхность Земли (за исключением открытого моря). Картография, таким образом, предоставила возможность абстрактного восприятия территории, характерного для современной государственности, где суверен — это, во-первых, должность, а во-вторых, просто местоположение¹⁶, а не личность, как это было изначально описано Канторовичем в его работе «Два тела короля»¹⁷. Здесь мы снова видим, что абстракция — это не человеческое изобретение, основанное на гении отдельного человека или влиянии высокоразвитой цивилизации, а результат доступности определенной технологии. Подобно тому, как письмо дало возможность развитию математики и абстрактного мышления, картография способствовала возникновению абстрактного понятия юрисдикции, привязанного к территории, но одновременно открытого для любой политической программы или мандата. Такой взгляд не означает технологический детерминизм; любая возможность одновременно и открывает новые пути, и ограничивает возможности дальнейшего движения. В зависимости от того, как она используется, технология может способствовать развитию или подавлять его, усиливать или препятствовать.

¹¹ Pierre Lévy, *Les Technologies de l'intelligence. L'avenir de La Pensée à l'ère Informatique* (La Découverte 1990).

¹² Hildebrandt M. *Smart Technologies and the End(s) of Law. Novel Entanglements of Law and Technology* (n 1).

¹³ Mireille Hildebrandt, 'Extraterritorial Jurisdiction to Enforce in Cyberspace?' Bodin, Schmitt, Grotius in Cyberspace' (2013) 63 *University of Toronto Law Journal* 196.

¹⁴ Harold Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition* (Harvard University Press 1983); H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World* (Oxford University Press 2007).

¹⁵ Richard T. Ford, 'A History of Jurisdiction' (1999) 97 *Michigan Law Review* 843.

¹⁶ Claude Lefort, *Democracy and Political Theory* (John Wiley & Sons 1991).

¹⁷ Ernst H. Kantorowicz, *The King's Two Bodies. A Study in Mediaeval Political Theology* (Princeton University Press 1957).

1.4. Демократия и верховенство закона как результат технологических достижений

Если картография способствовала возникновению территориальной юрисдикции в том виде, в каком мы ее знаем, и если печатный станок способствовал возникновению верховенства закона в абстрактном пространстве территориальной юрисдикции, мы можем задаться вопросом, какие технологии сделали возможным демократию и верховенство закона. Очевидно, что система международного права, которая возникла в результате непрерывного картографирования суверенных государств, строится на принципе невмешательства как основы внешнего суверенитета, тем самым также устанавливая квазиабсолютные полномочия для внутреннего суверенитета¹⁸. Суверен должен решать, как управлять своим населением, несмотря на то что распространение печатных текстов создает преимущество в виде правил, представленных в письменной форме, поскольку позволяет охватить большее население или население, которое распределено по большой территории. Принцип невмешательства подразумевает, что те, кто находится под территориальной юрисдикцией, становятся зависимыми от прихотей своего суверена, но именно абстрактная природа суверенитета также порождает теоретические размышления о природе правительства, что порождает идею общественного договора в его различных вариантах (Гоббс, Локк, Руссо)¹⁹, а также новые идеи о природе демократии, аристократии, монархии и тирании (Монтескье)²⁰. Таким образом, та же абстракция, которая сформировала понятие суверенного государства, также допускала идею внутреннего разделения суверенитета, формируя институт государства как систему уравновешивающих сил. Если правление на основе закона — это правило, применяемое людьми, делающее их зависимыми от способностей и намерений конкретного человека, то верховенство закона — это господство системы правил и отношений, действующих на разных уровнях, с мета-правилами, которые ограничивают то, какие правила могут быть принятыми и принудительными²¹. Верховенство закона предусматривает писаную или неписаную конституцию, которая ограничивает полномочия суверена, даже если суверен избирается демократическим путем большинством голосов. Возвращаясь к идее, что суверенитет распространяется просто на территорию, позволю процитировать Лефорта: «Эта модель раскрывает революционную и беспрецедентную особенность демократии. Просто пустая территория воплощает в себе локус властных полномочий. Нет необходимости останавливаться на деталях институционального аппарата. Важным моментом является то, что этот аппарат не позволяет правительствам присваивать власть в своих целях, включать ее в себя. Осуществление власти подчиняется процедурам периодического перераспределения. Она представляет собой результат контролируемого конкурса с постоянными правилами. Этот феномен подразумевает институционализацию конфликта. Локус власти — это пустое место, его нельзя занять — оно таково, что ни один человек и никакая группа не могут быть единственными с ним, — и его нельзя представить в чьем-то лице»²².

В некотором смысле современные типы демократии и верховенства закона являются результатами как возможностей картографии (которая предоставляет возможность определения пространства для управления населением, устанавливая четкие границы между тем, кто находится, а кто не находится в пределах определенной юрисдикции), так и печатного станка (что приводит к формированию корпуса письменных правовых норм, требующих интерпретации и систематизации). В результате возникает демос, основанный на территориальной юрисдикции, а не на родстве или других связях, и текстуальная юрисдикция, которая приводит к возникновению процедур *оспаривания* письменных правовых норм из-за наличия дистанции между теми, кто принимает закон, и теми, кто подчиняется его императивам.

II. ЛЕГАЛЬНОСТЬ УГОЛОВНОГО ПРАВА И ДОСТУПНОСТЬ ПИСЬМЕННЫХ РЕЧЕВЫХ АКТОВ

2.1. Недостающее звено между теорией речевого акта и современным позитивным правом

Теория речевого акта сосредоточена на акте говорения и мало обращает внимание на принципиально разные возможности устных и письменных речевых актов. Эта теория основана на идее, что говорение (речь) является формой действия. Как таковая она была впервые разработана Остином в его книге «Как совершать действия при помощи слов»²³. Остин говорил о перформативных речевых актах (или перформативах) всякий раз, когда «высказывание» делает то, что оно говорит, например, когда государственный служащий заявляет, что пара стала мужем и женой. Природа таких «перформативов» не является причиной, а конституирует их действие; государственный служащий не создает брак, но тем не менее регистрирует его. Необходимо отметить, что, по крайней

¹⁸ Jean Bodin, *Bodin: On Sovereignty* (Julian H. Franklin ed, Cambridge University Press 1992).

¹⁹ Celeste Friend, 'Social Contract Theory', *Internet Encyclopedia of Philosophy* <<https://iep.utm.edu/soc-cont/>> (дата обращения: 26.03.2021).

²⁰ Waldron, *supra* note 6.

²¹ Hart, *supra* note 6. Различия между первичными и вторичными нормами.

²² Lefort, *supra* note 16. P. 17.

²³ J. L. Austin, *How to Do Things with Words* (2nd edn, Harvard University Press 1975). [Русский перевод: *Остин Дж. Слово как действие* // Новое в зарубежной лингвистике. Вып. XVII. Теория речевых актов. М.: Прогресс, 1986. С. 22–129 — Прим. ред.]

мере, в гражданско-правовой юрисдикции это не совсем верно, так как брак становится законным только после его регистрации в записи актов гражданского состояния; что, таким образом, требует письменного, а не только устного речевого акта. Серл развил теорию речевого акта, введя концепции институциональных и грубых фактов, в которых стол или камень считаются грубыми фактами, а «брак» или «контракт» считаются институциональными фактами, являющимися результатом перформативных речевых актов²⁴. Это не означает, что, если кто-то хочет, чтобы слова оказали определенное воздействие, они, следовательно, его окажут. Теория речевого акта тесно связана с прагматическим пониманием значения языка, подчеркивая точку зрения Витгенштейна о том, что значение конституируется в использовании и зависит от общего контекста, состоящего из скрытых предположений, взаимных убеждений и совместной практики, которая обосновывает использование и, следовательно, значение слов, и в целом человеческих действий²⁵. Будет ли речевой акт иметь перформативный эффект, зависит от такого общего контекста. Если серьезно относиться к теории Витгенштейна, может быть, лучше понимать теорию речевого акта как теорию использования языка, а не речи, и, принимая серьезно философию технологии, кажется важным проследить влияние технологий слова на природу и область действия письменных речевых актов²⁶.

Это особенно актуально для современного позитивного права, которое по своей природе основано на тексте. Даже Остин, хотя большинство его примеров касается устных перформативов, использовал пример письменного завещания, чтобы объяснить идею речевого акта, который должен быть записан, чтобы «считаться» перформативным, то есть иметь предполагаемую юридическую силу. Несмотря на его дружбу с Гербертом Хартом²⁷, который, кажется, оказал большое влияние на его работу «*Как совершать действия при помощи слов*», Остин воздержался от более глубокого анализа письменных перформативов и их отличия от устных. Это также относится к включению теории речевого акта в теорию права Маккормиком, который был больше склонен к рассмотрению перехода от неформальных норм к формальным, чем к базовой технологической инфраструктуре, которая вызвала экстернализацию имплицитных норм и, таким образом, сделала возможной формализацию правовых норм, что мы теперь принимаем как должное. Как отмечает Хенттонен в своей работе о теории архивов и теории речевого акта: «Явным недостатком теории речевого акта является то, что она мало говорит о контекстной информации, необходимой для понимания речевого акта. Возможно, это является следствием преимущественной направленности исследований Остина и Сёрла на устный акт: в устном общении говорящий и слушающий обычно используют один и тот же контекст, что частично скрывает значение контекста. В условиях письменного текста часто контекст, наоборот, приобретает важное значение»²⁸.

И Энском, и Маккормик уделяли особое внимание контекстным знаниям, которые подразумеваются в речевых актах. Они рассматривали этот вопрос с точки зрения контекста, который имплицитно определяет навигацию по институциональным фактам, подчеркивая, что в нормальных обстоятельствах такое неявное знание не требует уточнения. Любопытно, однако, что в праве это знание явно выражено. Например, при определении юридических полномочий Маккормик описывает исходную информацию, которая должна быть в наличии для того, чтобы конкретный юридический речевой акт действительно имел предполагаемый перформативный эффект: «(a) какое лицо или лица, имеющие (b) общие полномочия или конкретную должность (c) в зависимости от требуемых обстоятельств и (d) при отсутствии каких-либо неблагоприятных обстоятельств (e) посредством специальных процедур или формальностей, и (f) каким действием (g) в отношении каких-то иных лиц (при наличии) (h), имеющих общие полномочия (i) в отношении какой-либо вещи или деятельности, могут привести к предусмотренному правовому результату»²⁹. Подобные вопросы демонстрируют, что правовые системы являются сложными комплексными структурами и зависят от противоречивых положений о юридических компетенциях, которые в конечном итоге зависят от окончательного метаправила признания, составляющего такой порядок, закрепляющего политический порядок в его правовом институте. Как юрист-позитивист Маккормик очень хорошо осведомлен о роли государства в установлении, исполнении и прекращении юридических институциональных фактов, но он как-то упускает из виду наиболее очевидный вопрос: почему современное право представляет собой письменное право и как оно

²⁴ John R. Searle, *Speech Acts, an Essay in the Philosophy of Language* (1969); John Searle, *The Construction of Social Reality* (The Free Press 1995). Серл опирался на Элизабет Энском, «О грубых фактах» (1958) 18, анализ 69; и я скорее разделяю взгляды Энском, а не Серла в части определения относительной природы грубых фактов: квалифицируется ли факт как грубый или институциональный, зависит от того, как он соотносится с другими «фактами» и с контекстом «высказывания».

²⁵ Ludwig Wittgenstein and GEM Anscombe, *Philosophical Investigations: The German Text, with a Revised English Translation*, vol 3rd (Blackwell Pub 2003); Ricoeur (n 8); Charles Taylor, *The Language Animal: The Full Shape of the Human Linguistic Capacity* (Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press 2016); Ezequiel A. Di Paolo, Elena Clare Cuffari and Hanne de Jaegher, *Linguistic Bodies: The Continuity Between Life and Language* (2018); Charles S. Peirce and Patricia Ann Turrissi, *Pragmatism as a Principle and Method of Right Thinking: The 1903 Harvard Lectures on Pragmatism* (State University of New York Press 1997). См. также Ricoeur (supra note 10).

²⁶ О различии природы письменных и устных речевых актов см. Beatrice Fraenkel, 'Actes écrits, actes oraux: la performativité à l'épreuve de l'écriture' [2006] *Études de communication. Langages, information, mediations* 69. and Pekka Henttonen, *Records, Rules and Speech Acts. Archival Principles and Preservation of Speech Acts* (Tampere University Press 2007).

²⁷ Fraenkel, supra note 26. P. 7.

²⁸ Henttonen, supra note 26. P. 31.

²⁹ Anscombe, supra note 24; Neil MacCormick, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory* (Oxford University Press 2007).

соотносится с развитием концепции суверенного государства. Этот вопрос имеет ключевое значение для развития государственного уголовного права (*ius puniendi*).

Современное позитивное право включает в себя как письменные, так и неписанные перформативы, то есть высказывания, имеющие юридическую силу. Эти перформативы тесно связаны с *институциональными фактами*, такими как брак, контракт, собственность, и с *источниками права*, такими как Конституция, законодательство, решения государственных административных органов, прецедентное право, фундаментальные принципы и обычное право. Как объясняет Френкель, за исключением устных перформативов, письменные юридические перформативы имеют два измерения, которые совпадают в устных речевых актах: (1) момент их произнесения (их запись и исполнение) и (2) момент чтения (тем лицом, к кому обращается правовая норма)³⁰. Различие между этими моментами стало возможным благодаря постоянной доступности того, что было произнесено в форме идентичного текстового воплощения (будь то письменное решение или статут). Именно потому, что нормативная сила письменных юридических перформативов действует в течение длительного времени после момента их принятия, на основе внешней памяти, или третичных ретенций³¹, как сказал бы Стиглер³², контекст интерпретации будет меняться с течением времени и изменением пространства, очевидно, требуя внимания к лежащим в основе предположениям и неявным контекстным знаниям. Письменный характер юридических речевых актов частично объясняет природу современного позитивного права как комплексной системы взаимодействующих правовых норм. Это объясняет, почему контекстные знания, которые определяют объем юридической силы, должны быть понятно сформулированы в мельчайших деталях, а также разъясняет, почему современное позитивное право образует такую сложную систему, поскольку это возможно благодаря явной детализации письменных юридических перформативов. Френкель утверждает, что современное позитивное право обязательно зависит от конкретной перформативности письменных речевых актов, подчеркивая, что: (1) разделение между компетентным лицом, которое выполняет юридический речевой акт, и его закреплением в тексте обеспечивает более разнообразный и адаптивный ресурс для тех, кто находится под его юрисдикцией³³, (2) описание происхождения высказывания путем прослеживания его до соответствующей суверенной власти подтверждает его обязательный характер и, таким образом, обеспечивает сложный, иерархический и системный характер современного права (например, различие между первичными и вторичными нормами)³⁴ и (3) непрерывность интерпретации юридических перформативов требует напряженной работы, когда контекст высказывания далек и отличается от контекста «чтения», что, в свою очередь, требует от судов необходимости учитывать в принимаемых решениях законные ожидания, основанные на ранее принятых судебных решениях, а также воздействие их собственных решений на будущую правоприменительную практику³⁵.

Таким образом, именно письменный характер юридических речевых актов объясняет сложность и комплексный характер внутреннего суверенитета и сопутствующих полномочий государства, включая институт и конфигурацию *ius puniendi*, что, в свою очередь, включает сложную организацию правовой защиты от государственного вмешательства путем потенциально произвольного применения *ius puniendi*. Упомянутый выше двойной инструментарий верховенства закона в основном зависит от уровня абстракции, который обеспечивается письменными правовыми перформативами, разработанными в стабильном контексте внутреннего суверенитета (в свою очередь, благодаря свойствам территориальности, предоставляемой картографией). Этот стабильный контекст внутреннего суверенитета, основанного на территориальной юрисдикции, позитивном праве и эффективной правовой защите, подвергается воздействию новой территориальности киберпространства.

³⁰ Fraenkel, supra note 26.

³¹ Прим. редакции: «Третичные ретенции — вся сфера техники как мнемотехники, базовым примером которой выступает алфавитная запись (но также и архитектура или различные инженерные устройства). Третичные ретенции являются, с одной стороны, экстерноризированной памятью, но, с другой стороны, сами оформляют первичные и третичные ретенции, оказываясь залогом полноценной индивидуации, которая всегда под вопросом». Цит. по *Кралечкин Дмитрий*. Разум и глупости в цифровую эпоху // Логос, 2013. № 3 (93). С. 178–186.

³² Bernard Stiegler, 'Die Aufklaerung in the Age of Philosophical Engineering' in Mireille Hildebrandt, Kieron O'Hara and Michael Waidner (eds), *The Value of Personal Data. Digital Enlightenment Forum Yearbook 2013* (IOS Press 2013) <<http://www2012.wwwconference.org/documents/Stiegler-www2012-keynote.pdf>> (дата обращения: 19.10.2020).

³³ Fraenkel (at 9–10) bases her analysis on Reinach's phenomenology, see James DuBois and Barry Smith, 'Adolf Reinach' in Edward N Zalta (ed), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2018, Metaphysics Research Lab, Stanford University 2018) <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/reinach/>> (дата обращения: 19.10.2020).

³⁴ Френкель (на стр. 10) не обращается к первичным и вторичным нормам, хотя она утверждает, что основывает понятие, как она его называет, «экспозиции» на позитивизме Харта и необходимости обязательного юридического текста, чтобы проследить его происхождение от органа власти; на самом деле она ссылается на Гоббса, что кажется более убедительным. Поскольку ее точка зрения касается сложности и систематичности, которые создают и требуют письменные перформативы, я считаю, что различие между первичными и вторичными нормами Харта имеет решающее значение.

³⁵ Френкель (на стр. 11) ссылается на знаменитый образ цепной новеллы Дворкина, который связывает автора судебного решения как с предыдущими, так и с последующими решениями, принимая во внимание намерения предыдущих авторов, законные ожидания сторон и необходимость обобщения отношения мотивов решения (*ratio decidendi*) к потенциально непредсказуемым будущим решениям.

2.2. Законность уголовного права: общество и юрисдикция

Новая территориальность киберпространства напрямую связана с различием между типом кибернетики (управляемостью), который определяет киберпространство, с одной стороны, и спецификой печатного станка и картографии, с другой стороны. В то время как печатный текст вызывает последовательную диахронную обработку информации, Интернет приводит к случайной синхронной обработке; если картография приводит к установлению стабильных географических границ, которые определяют взаимоисключающие физические пространства, то Интернет и Всемирная паутина создают гибкие и динамические границы, которые формируют существование одновременных пересекающихся пространств, где ни границы, ни территория не имеют географических или физических пределов. До появления киберпространства контекст зависел от фактического места нахождения человека в конкретном трехмерном пространстве (школа, дом, больница, магазин); в киберпространстве такое местоположение больше не определяет контекст, потому что можно легко перемещаться из одного контекста в другой, оставаясь в том же физическом месте (работа из дома, удаленный мониторинг здоровья, покупки в Интернете).

По умолчанию киберпространственный контекст не определен географически и, следовательно, не содержится в национальных границах, что вызывает сложные вопросы юрисдикции, когда принципы доктрины территории, личности и собственности не решают проблемы, а скорее создают их. Если контекст — это то, что обеспечивает перформативный эффект письменных юридических речевых актов, то потеря идентифицируемого контекста может привести к невозможности применения правовой защиты, предлагаемой современным позитивным правом.

Выше я утверждала, что теория речевого акта должна получить дальнейшее развитие, чтобы соответствовать конкретным характеристикам письменных юридических речевых актов. Только после признания их действия в качестве составляющей определенной типа правовой защиты и, следовательно, их связи с принципом законности уголовного права Беккариа (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) мы начинаем понимать проблемы консолидации юридических последствий и, следовательно, правовой защиты в киберпространстве. Это особенно касается требований законности, которые лежат в основе уголовного расследования и уголовного судопроизводства, включая презумпцию невиновности и право на справедливое судебное разбирательство, обеспечивающие правовую защиту от произвольного или непропорционального использования уголовного расследования государствами. В этих условиях необходимо сохранить и, возможно, заново изобрести этот двойной инструментарий верховенства закона. Как защита от киберпреступлений, так и защита от незаконного использования юридических полномочий государства во многом зависят от территориальной юрисдикции, которая представляет определенный демос, в котором заключается контекст для перформативного эффекта закона.

Принципы материального и процессуального уголовного права Беккариа часто рассматриваются как часть утилитарной теории уголовного права. Вместо этого я хотела бы исследовать приемлемость его теории общественного договора для понятия территориальной юрисдикции и защиты, которую она предлагает посредством верховенства закона. Как утверждал Дэвид Янг³⁶, нет никаких оснований пытаться вместить идеи Беккариа в прокрустово ложе как ретрибутивизма (основанного на строгой интерпретации категорического императива Канта), так и чисто утилитарного подхода (даже если Бентам разделял взгляды Беккариа). По словам Янга, Беккариа написал свою основополагающую работу по уголовному праву и уголовному процессу, основываясь на договорной теории, которая рассматривает отдельных людей и человеческое общество в качестве взаимозависимых, объясняя наказание как основанное на «общественном договоре», базирующемся на безоговорочном уважении не только к закону, но и к индивидуальной свободе, даже если субъект-актор считается преступником: «Нет свободы, когда закон в некоторых случаях позволяет человеку перестать быть личностью и стать вещью»³⁷.

По словам Янга, Беккариа «считал людей не единицами приятных и болезненных ощущений, цель которых просто максимизировать социальное счастье, а скорее ответственными носителями прав, существами, которые в силу своего человеческого бытия могут предъявлять определенные требования, в которых соображение полезности может отсутствовать»³⁸. Это особенно интересно, поскольку Беккариа также отметил, что люди могут быть вынуждены соблюдать общественный договор, который унижает их как личность, позволяя другим получать прибыль от своих страданий. В этом случае Беккариа предполагает, что, если общественный договор не отвечает интересам каждого гражданина, его нарушение со стороны тех, кто терпит на себе неблагоприятные последствия исполнения этого договора, может не влечь за собой наказание. С точки зрения теории письменного юридического речевого акта это основополагающий аргумент, который можно было бы перефразировать как утверждение, что неписанный общественный договор, который образует информационный посыл для суверенного государства, всегда должен предполагать возможность его изменения таким образом, чтобы он мог требовать присоединения каждого человека, находящегося под его юрисдикцией³⁹. Теория общественного договора фактически возникла, когда письменный

³⁶ David B. Young, 'Cesare Beccaria: Utilitarian or Retributivist?' (1983) 11 Journal of Criminal Justice 317.

³⁷ Young, *supra* note 35; Cesare Beccaria, *An Essay on Crimes and Punishments. By the Marquis Beccaria of Milan. With a Commentary by M. de Voltaire. A New Edition Corrected* (Gale ECCO, Print Editions 2010). Young. P. 321, Beccaria, Chapter 20. P. 79.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ О реконструктивной теории см., например, Frédéric Vandenberghe, *What's Critical About Critical Realism?* (1st edition, Routledge 2014).

закон начал распространяться, требуя философского обоснования, чтобы разобраться в бесчисленных подробных письменных речевых актах (законодательство, административные решения, судебные акты). На самом деле теория общественного договора возникла задолго до того, как представительная, совещательная и основанная на участии демократия, как мы ее знаем, стала самостоятельной, примерно в то же время, что и призыв Монтескье к созданию системы сдержек и противовесов. Хотя Монтескье не придерживался теории общественного договора [Данное утверждение автора может показаться спорным отечественному читателю, традиционно относящему Ш. Монтескье, как и Ч. Беккариа к числу представителей теории общественного договора. Со своей стороны, автор полагает, что общественный договор представляет собой результат выражения автономной воли индивидов, участвующих в нем, тогда как, по мнению Ш. Л. Монтескье, поведение людей детерминировано разнообразными факторами, включая географические. — прим. ред.], его аргументация строилась на пристальном внимании к обоснованию философии различных типов правительства и тому, как они могут или не могут защитить от произвольного наказания. Уголовное право и уголовное судопроизводство состоят из множества письменных юридических речевых актов, которые необходимо понимать в контексте общих предположений и взаимных убеждений. Оба принципа законности уголовного права требуют, чтобы письменный юридический речевой акт был постижимым как воплощение целостности права, обеспечивая как согласованность всей совокупности перформативов уголовного права, так и равные заботу и уважение к каждому гражданину. Если согласованность либо уважение к каждому человеку утрачиваются, общественный договор становится хрупким именно потому, что в конечном счете он зависит не от грубой силы или механического применения, а от общей совокупности институциональных фактов, в которых нам нужно ориентироваться.

Письменные юридические перформативы создают обширную и сложную сеть, опирающуюся на авторитет в ходе создания смыслов, порожденных в результате дискуссий. Эта сеть находится в пределах территориальной юрисдикции, которая ограничивает объем таких перформативов населением в рамках явных национальных границ. Таким образом, информационно-коммуникационная инфраструктура (ИКИ) печатного станка и картографии представляла особый тип уголовно-правовой законности как в смысле создания определенного рода предмета спора, который присущ системе, требующей итеративной интерпретации, так и в смысле обеспечения закрытости таким образом, чтобы быть предсказуемым и достаточно надежным в контексте демоса, формируемого территориальной юрисдикцией. Хотя идею закрытости не следует сводить к суверенным императивам. Чтобы письменные перформативы были «практичными и эффективными», они требуют поддержки суверенного государства. Важно признать, что, если бы охват письменных речевых актов был глобальным или неопределенным, этого бы невозможно было достичь именно потому, что совершенно разные базовые знания, предположения и взаимные убеждения создали бы аномию (*anomia*), а не справедливость, правовую определенность и целесообразность.

III. КОНКУРЕНЦИЯ ЮРИСДИКЦИЙ

3.1. Юрисдикция по выбору?

В своей замечательной работе «Переосмысление понятия юрисдикции в киберпространстве»⁴⁰ Рид и Мюррей (Reed and Murray) говорят о «конкурирующих нормативах» как об основной проблеме реализации принципа верховенства права в киберпространстве. Трансграничность киберпространства влияет на детерриториализацию и ретерриториализацию⁴¹, основанные на материальных возможностях глобального потока информации в Интернете, управления передачей и на интернет-протоколах (TCP / IP), передаче протоколов гипертекста Всемирной паутины (http)⁴², дополненные облачными серверами, виртуальными платформами, интерфейсами прикладного программирования (API) и целым рядом приложений, включая приложения Интернета вещей. Предоставляя как физическим, так и юридическим лицам возможность беспрепятственно торговать, воровать и совершать преступления сквозь национальные границы без фактического пересечения каких-либо физических границ, киберпространство создает разнообразные требования к экстерриториальной юрисдикции, что, в свою очередь, порождает новый тип плюрализма в отношении применения права и компетентных судов. Поскольку государства берут на себя трансграничную юрисдикцию на основе множества юридически значимых соответствующих понятий (предмет, последствия, личность, территория), киберпространство приводит к тому, что юридические и физические лица сталкиваются

⁴⁰ Chris Reed and Andrew Murray, *Rethinking the Jurisprudence of Cyberspace* (Edward Elgar Pub 2018); Mireille Hildebrandt, 'Chris Reed and Andrew Murray, Rethinking the Jurisprudence of Cyberspace, Cheltenham: Edward Elgar, 2018, 256 Pp., Hb £72.00.' n/a The Modern Law Review <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1468-2230.12491>> (дата обращения: 19.12.2019).

⁴¹ Wouter de Been, Payal Arora and Mireille Hildebrandt (eds), *Crossroads in New Media, Identity and Law: The Shape of Diversity to Come* (2015th edition, AIAA 2015); Jack Goldsmith and Tim Wu, *Who Controls the Internet?: Illusions of a Borderless World* (Oxford University Press, USA 2008); Milton Mueller, 'The New Cyber-Conservatism: Goldsmith/Wu and the Premature Triumphalism of the Territorial Nation-State: A Review of Goldsmith and Wu's 'Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World' (*Internet Governance Project. Paper IGP06-003*, June 2006) <<http://internetgovernance.org/pdf/MM-goldsmithWu.pdf>> (дата обращения: 25.05.2021); Julie E. Cohen, 'Cyberspace As/And Space' (2007) 107 Columbia Law Review 210.

⁴² Milton L. Mueller, *Networks and States: The Global Politics of Internet Governance* (The MIT Press 2010); Milton L. Mueller, *Ruling the Root: Internet Governance and the Taming of Cyberspace* (New e edition, MIT Press 2004).

ся с потенциально противоречивым набором юридических обязательств, которые они не могут выполнить в полном объеме. Я считаю, что Рид и Мюррей правы, утверждая, что это, по-видимому, опровергает многие предположения, лежащие в основе монополистических требований территориальной юрисдикции, которые, в свою очередь, являются базой как позитивного права, так и принципа верховенства закона. Я не согласна с тем, что это создает новый вид свободы выбора юрисдикции в зависимости от индивидуальных предпочтений или индивидуальный закон, применяемый в связи с тем, что на уровне локального и временного «сообщества» есть те, кто решают соблюдать ту же правовую норму. Хотя я не сомневаюсь, что некоторые из крупных игроков на глобальном уровне способны тщательно выбирать правила, которых они придерживаются, но большинство из нас не может позволить себе такую роскошь.

Более того, переключение с одного общественного договора на другой, основанное на их предполагаемых преимуществах, игнорирует природу общественного договора, базирующуюся на определенной философии, которая обеспечивает целостность и надежность правовой системы⁴³. «Перепрыгивая» с одной юрисдикции на другую, чтобы избежать оплаты издержек в каждой из них и получить определенную выгоду, мы в конце концов приходим к *аномии*, упомянутой в конце предыдущего раздела; это нивелирует перформативный эффект письменных правовых норм и нарушит как правовую определенность, так и справедливость. Не только потому, что несправедливо получать выгоды повсюду без несения соответствующих затрат в определенных локациях (вспомните о «налоговых гаванях»), но и потому, что справедливость и правовая определенность связаны с предсказуемостью, присущей равному обращению, и требуют стабильного понимания того, с каким обращением мы должны проводить сравнения. Последнее определяет общество и определяется обществом.

Как мы видели выше, картография и печатный станок позволили создать *общество* нового типа, то есть население, проживающее на определенной территории. Это *общество* следует рассматривать не как конкретное сообщество, а как исторический артефакт, который объединяет такие понятия, введенные Ф. Теннисом, как «община» (*Gemeinschaft*) и «общество» (*Gesellschaft*), в качестве измерений частично «органически выращенного» (коллективно — *gemeinschaftlich*) и частично сознательно построенного (социально — *gesellschaftlich*) искусственного общества⁴⁴. Ни справедливость, ни правовая определенность «не работает», если равенство касается одних сегодня и других завтра, в зависимости от того, что более выгодно. В данном случае речь идет об *обществе* не как о романтическом коммунитаризме (направление в социальной философии, критикующее идеи индивидуализма и либерализма и настаивающее на приоритете общины и коллективизма при сохранении свободы личности — прим. ред.), а о возможностях совместного институционального мира, который сможет объединить непрерывность и прерывность, стабильность и изменчивость, аналогию и дисаналогию, общину (*Gemeinschaft*) и общество (*Gesellschaft*) (по Ф. Теннису: один из двух идеальных типов социальных отношений и, соответственно, обществ, основанный на рациональной воле его членов, характеризующийся индивидуалистическим, рациональным, обезличенным поведением индивидов, — прим. ред.). Такой общий институциональный мир зависит от искусственного конструирования общности людей, основанного не на родстве или местной близости, а на исключительной территориальной юрисдикции государства, которое создает интерпретирующее сообщество, основанное на множественной интерпретируемости текста с учетом пространственной и временной дистанции между письменным юридическим речевым актом и его перформативным действием. Основываясь на таком дистанцировании, я бы сказала, что различие между *Gemeinschaft* (обычно переводится как община) и *Gesellschaft* (обычно переводится как общество) совпадает с различием между устной речью и текстом. Тип сообщества, который обеспечивается устным взаимодействием, отличается от сообщества, представляемого текстом, из-за разницы в объеме и масштабе, предоставляемых личным общением, с одной стороны, и текстом, с другой. Однако современные государства придерживаются и зависят от множества сообществ (в том числе на основе местоположения, семьи, образования, занятости, профессии), одновременно создавая и сохраняя институциональную основу, на которой базируются законные ожидания граждан, которые могут никогда не встретить друг друга. В этом смысле *Gemeinschaft* и *Gesellschaft* представляют собой категории измерения, а не отдельные объекты. Однако ключевым здесь является роль государства как средства достижения справедливости и правовой определенности в рамках — искусственно созданного, гетерогенного — демоса. Если киберпространство подрывает представление об обществе как точке отсчета для справедливости и правовой определенности, одни цинично будут пожирать плоды этой ситуации, а другие заплатят за это.

3.2. Сила права и сила технологий

При обсуждении конкуренции юрисдикций возникает еще один вопрос. Можно заметить, что монополистическим притязаниям позитивного права возникает противодействие с совершенно другой стороны⁴⁵. Новый источник конкуренции возникает в результате *перформативного эффекта* не имеющих границ управляемых кодированием

⁴³ Dworkin, supra note 6; Charles Taylor, *Philosophical Arguments* (Harvard University Press 1995).

⁴⁴ Ferdinand Toennies, Jose Harris (ed.) *Tonnies: Community and Civil Society* (Cambridge University Press 2010); Eric Hobsbawm, *The Invention of Tradition (Canto) Publisher: Cambridge University Press* (Cambridge University Press 1992).

⁴⁵ Рид и Мюррей подчеркивают это, особенно в гл. 5 «Нормативная конкуренция в киберпространстве», где они обсуждают правовые, социальные нормы и расчетные нормативы, Reed and Murray, supra note 40.

инфраструктур, таких как: социальные сети; технологические платформы; децентрализованные автономные сообщества, пользующиеся в духе идеологии криптоанархизма компьютерными кодами во избежание слежки со стороны государства и для защиты своей приватности, а также другие разновидности специализированных интернет-технологий. Это может также касаться сети Даркнет, где, например, процветает детская порнография, что ставит под сомнение принцип невмешательства, лежащий в основе территориальной юрисдикции, поскольку органы юстиции будут искать способы взлома удаленных серверов данных. Это может касаться использования посредством целенаправленных убийств на иностранной территории автономного оружия в трансграничных конфликтах, где война не была объявлена, что противоречит Женевским конвенциям. Это также может относиться к промышленному шпионажу и вмешательству в проведение выборов с помощью изощренного вредоносного ПО, способного нарушить критическую инфраструктуру, вызывая дальнейшее ослабление принципа невмешательства. Отметим, что перформативный эффект этих инфраструктур или «сила технологий» — это не вопрос речевых актов, а скорее новый тип «грубых фактов». Такие «грубые факты» вступают в конкуренцию с правовыми письменными речевыми актами национальных юрисдикций и международного права, или иначе «силой права». Важно то, что эта «сила технологий» обладает одновременно перформативным и нормативным эффектом в смысле стимулирования, усиления, подавления или предотвращения определенных поведенческих паттернов. Не в смысле регулярности, а в смысле того, что эти модели постепенно становятся ориентирами для взаимных ожиданий, тем самым порождая что-то вроде «нормативной силы фактов».

В контексте права и юрисдикции мы можем вспомнить теорию о двойственной природе «нормативной силы фактов» исследователя публичного права Еллинека, рассматриваемой им в его основополагающей работе о двойственной природе государства как фактического образования и юридического лица⁴⁶. Еллинек исследовал то, что мы теперь назвали бы перформативным эффектом «фактического», то есть привычек и обычаев, порождающих взаимные ожидания, основанные на силе воздействия текущего положения дел. Он основывал свою идею нормативной силы фактов на индивидуальной психологии человека и обоснованно предполагал, что перформативный эффект человеческого взаимодействия может как усиливать, так и нивелировать перформативный эффект юридических письменных норм. Его цель не состояла в том, чтобы противопоставить перформативный эффект правовой конституции государства фактическому характеру ее власти и авторитета, а подчеркнуть взаимодействие между ними. В той же работе Еллинек представил «три элемента государственности» (территория, население и правительство), которые издавна определили государственность в контексте международного права⁴⁷, дополненную признанием государства другими государствами и возможностью вести внешние отношения⁴⁸. Примечательно, что государственность Еллинека была сосредоточена на внутреннем суверенитете, который, однако, критически зависит от внешнего суверенитета, особенно с точки зрения «нормативной силы фактов». Если государство неэффективно защищает свою территорию, свое население и свою монополию на насилие на этой территории от вмешательства других государств, оно не может считаться государством. Точно так же, как правительство, которое не может обеспечить соблюдение своей монополии на насилие против партизанов на своей территории, не может быть квалифицировано как государство. Такое государство может быть названо несостоявшимся государством (*failed state*). Внутренний и внешний суверенитет являются взаимозависимыми; один не может существовать без другого.

Само *ius puniendi* зависит от монополии на насилие и, следовательно, от объединенной силы внутреннего и внешнего суверенитета, потому что без этого оно опустилось бы до частной мести и / или войны. Очевидно, что и *ius puniendi*, и само верховенство закона зависят от совокупной силы письменных юридических речевых актов и нормативной силы фактических властных отношений, поддерживаемых технологическими возможностями взаимноисключающей территориальной юрисдикции.

Однако с появлением киберпространств кажется, что все это становится доступным. Это не означает отрицание или игнорирование того факта, что государства становятся более эффективными в использовании юридических полномочий внутри и за пределами своих границ; это скорее признание того, что крупные технологические компании и глобальные технологические платформы одновременно захватывают полномочия по регулированию человеческого поведения, не заботясь о территориальной юрисдикции, не говоря уже о верховенстве закона. Возможно, лучшим примером здесь является уведомление о заражении (*exposure notification*), разработанное Apple и Google во время пандемии COVID-19, основанное на использовании их контроля над глобальным рынком мобильных устройств. Система уведомлений позволила органам здравоохранения разработать национальное приложение, которое позволяет комбинировать отслеживание контактов людей через Bluetooth с лицами, получившими положительный результат теста на COVID-19. Идея заключалась в том, чтобы внести свой вклад в отслеживание потенциальных заражений, способствуя, по крайней мере, сдерживанию распространения болезни. Здесь важно то,

⁴⁶ Nicoletta Bersier Ladavac, Christoph Bezemek and Frederick Schauer (eds), *The Normative Force of the Factual: Legal Philosophy Between Is and Ought* (1st ed. 2019 edition, Springer 2019). Andreas Anter, *Die Normative Kraft Des Faktischen: Das Staatsverständnis Georg Jellineks: 6* (2020); Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (O Häring 1905) <<http://archive.org/details/allgemeinestaat00jellgoog>> (дата обращения: 31.03.2021).

⁴⁷ Georg Jellinek, *supra* note 46. Chapter 13 'Die rechtliche Stellung des Elemente des Staates'. Pp. 381–420.

⁴⁸ Montevideo Convention on the Rights and Duties of States, 26 December 1933, 165 LNTS 19, art. I.

что Apple и Google написали код и обеспечили создание инфраструктуры, которая позволяла получать уведомления. Таким образом они регулировали поведение государств, определяя, к каким данным они могут и не могут получить доступ. Данные действия не были основаны на общественном договоре, международном праве или демократической легитимации, а строились на фактических полномочиях крупных технологических компаний осуществлять управление посредством своих технологических платформ и инфраструктуры. Правительства, которые возражали против ограничений их полномочий, налагаемых на них данными системами уведомления, обнаружили, что у них нет возможности осуществлять свои полномочия в сфере общественного здравоохранения из-за своей зависимости от глобальной инфраструктуры, находящейся вне их досягаемости. Хотя нет никакого смысла утверждать, что крупные технологические компании создали что-то вроде суверенитета, который представляет собой специфичную юридическую и фактическую конструкцию, основанную на исключительной территориальной юрисдикции. Они, похоже, разработали новый тип «грубой юрисдикции», основанный на нормативной силе, проистекающей из их контроля над новой информационно-коммуникативной инфраструктурой (ИКИ). В то время как ИКИ печатного текста была создана государством для принятия письменных юридических речевых актов, перформативный эффект которых зависит от общего контекста и подразумеваемого общественного договора, как обсуждалось выше, ИКИ глобальных инфраструктур, управляемых кодом и данными, нелегко поставить под контроль государств. Появление таких терминов, как «цифровой суверенитет» и «суверенитет данных», свидетельствует об осведомленности государств о существовании конкурирующей «юрисдикции» тех, кто разрабатывает код новых ИКИ, но нет четкого понимания, как может быть образован такой суверенитет. Это не возврат к заявлениям об исключительности, предполагающим, что киберпространство не регулируется или не поддается регулированию, а признание наличия конкуренции между экономической и технологической властью, с одной стороны, и государственной властью, с другой стороны.

IV. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Сегодня наша критически важная инфраструктура образуется по большей части взаимосвязанной вычислительной техникой. Точнее говоря, наша информационно-коммуникационная инфраструктура (ИКИ) становится в большей степени цифровой и как таковая управляет традиционной критически важной инфраструктурой, такой как коммунальные услуги (водоснабжение, газ и электричество, общественный транспорт, финансовые учреждения и цепочки поставок), а также определяет наш доступ к информации (ее поиску) и является средством как в нашей локальной, так и в глобальной коммуникации.

Растущая зависимость от взаимосвязанных вычислительных ИКИ создает потенциально катастрофические точки уязвимости, одновременно обеспечивая контроль за обществом и всеобъемлющее невидимое изменение курса развития общественных отношений. Это, в свою очередь, вызывает совершение киберпреступлений и трансграничные киберрасследования, генерируя пересекающиеся юрисдикционные претензии в рамках материального, а также процессуального уголовного права. Одновременно с этим частные компании, отдельные лица и государства разрабатывают и развертывают вычислительные системы, способные к трансграничному шпионажу, распространению фейковых новостей и персонализированного таргетинга, которые могут напрямую «регулировать» поведение граждан нескольких юрисдикций таким образом, что это будет противоречить соответствующей применяемой правовой базе.

Проследив, как технологии картографии и печатного станка привели к возникновению Вестфальской системы международного права, которая установила систему смежных, четко разграниченных между собой государств, прочно основанных на территориальной юрисдикции, я исследовала недостающее звено теории речевого акта, а именно различные возможности устных и письменных речевых актов. Это позволило прийти к выводу о решающей важности письменных юридических речевых актов для образования юрисдикций, основанных на тексте, и находящейся в их основе философии, тем самым объясняя необходимость общественного договора, который формирует неписанный контекст писаного закона, объединяющего разнообразные и искусственно построенные *демасы* юридических субъектов, которые находятся под регулированием соответствующей юрисдикции. Неоднозначность значений естественного языка, которая значительно усиливается из-за возникающей дистанцированности текста во времени и пространстве, порождает потребность в интерпретации и сопутствующую возможность оспаривать письменные юридические речевые акты. Оба этих явления приводят к возникновению условий для реализации принципа верховенства закона как системы сдержек и противовесов, необходимой для прекращения споров, усиливающих конфликтность, характеризующую систему. Именно искусственный характер демоса, ограниченного и связанного территориальной юрисдикцией, которой общество подчиняется, не позволяет возникающим конфликтам расторгнуть общественный договор, тем не менее создавая условия как для оспаривания, так и прекращения прений по вопросам содержания письменных речевых актов.

Детально разработанный, высокодинамичный и никогда не принимаемый как должное общественный договор, который обосновывает верховенство закона в территориальной юрисдикции, теперь сталкивается с двумя видами фундаментальных проблем: во-первых, с проблемой несовместимых письменных юридических речевых актов,

которые являются результатом попыток применения материальной и следственной уголовной юрисдикции при работе с киберпреступлениями; во-вторых, с вызовом «грубых юрисдикций», перформативный эффект которых может преобладать над письменными юридическими речевыми актами, даже в той степени, в которой они вызывают «нормативную силу фактов».

Перформативный эффект, создаваемый этими новыми «грубыми юрисдикциями», в существенной степени отличается от перформативного эффекта, вызываемого письменными речевыми правовыми актами. Это, прежде всего, «грубый факт» по сравнению с институциональными фактами, вытекающими из письменных юридических перформативов⁴⁹. Вычислительные системы все чаще определяют нашу архитектуру выбора, ограничивая тот его тип, который мы имеем при общении, поиске информации, чтении, приеме на работу или в образовательные учреждения, осуществляя мониторинг посредством программного обеспечения для обнаружения мошенничества или отменяя выплаты пособий по безработице с помощью автоматизированных систем принятия решений, или просто при покупке вещей или получении ипотеки. Эти системы побуждают или даже вынуждают нас вести себя определенным образом, не согласованным в рамках общественного договора. Они также могут подавлять или отменять наш потенциал действия, часто даже не замечая, как нас сдерживают и подталкивают. Нормативная сила фактов здесь не только в новых привычках и ожиданиях, связанных с распространением смартфонов и видеоконференцсвязи, поисковых систем и электронной коммерции, но в первую очередь в результате *грубой технологической силы*, которая автоматизирует поведение машин, которое в значительной степени скрыто под поверхностью повседневной жизни.

В этой статье я утверждаю, что это имеет серьезные последствия для юрисдикции уголовного права. Одна из причин, по которой ЕС имеет ограниченную власть (юрисдикцию) в области уголовного права, заключается в том, что уголовное право тесно связано с суверенитетом, поскольку *ius puniendi* связано с монополией на насилие, запрещающей применение закона тем, кто такой монополией не обладает. Другая причина заключается в том, что применение уголовного права касается не только компенсации причиненного вреда, но и наложения штрафа или заключения под стражу с целью осудить действия, признанные противоправными⁵⁰.

В некотором смысле уголовное право ближе к моральной основе демоса, чем гражданское или административное право; это часть неписаной конституции общества и общественного договора, который конституирует это право, а также определяется им как уголовно-правовая реакция на нарушение юридических норм, определяющих и поддерживающих имплицитную философию закона, разделяемую данным человеческим сообществом. Таким образом, наказание направлено на то, чтобы не допускать непризнание субъектом таких норм, отстаивать и укреплять их действие. В другой работе я утверждала, что европейское уголовное право требует и может одновременно установить самостоятельную европейскую идентичность и, таким образом, определить европейское общество, отмечая, что можно идентифицировать себя с более чем одним обществом и что общество интегрирует различия, а не обязательно навязывает однородность⁵¹. Множественность, в рамках которой лицо может себя идентифицировать более чем с одним обществом, и множественность, присущая одному и тому же обществу, однако не означает, что что-то меняется. Мы не можем обходить стороной и выбирать юрисдикцию, которая оправдывает наши действия, и множественность мнений в обществе предполагает соблюдение стандартов, основанных на общих ценностях. Право не совпадает с моралью. Мы можем быть не согласны с тем, что должно быть выполнено, по причинам различных моральных ценностей, но мы должны выполнить все действия, вытекающие в результате применения закона. Это хорошая причина для того, чтобы, с одной стороны, отказаться от излишне активного применения уголовных санкций и, с другой стороны, с осторожностью относиться к тем обязанностям, за неисполнение которых такие санкции следуют. Киберпространственная «юрисдикция», однако, может «наказывать и преследовать» с помощью силы технологий, то есть перформативных эффектов кода, который она приводит в действие. Это не основано на каком-либо общественном договоре, а навязывается, например, крупными технологическими компаниями, которые контролируют глобальную инфраструктуру мобильных приложений.

Как юристы, мы должны действовать сообща. Верховенство закона — это исторический артефакт, созданный особыми технологиями. Чтобы поддерживать верховенство закона, мы должны выяснить, какие возможности в этой сфере важны и как они работают в «юрисдикциях», основанных на коде и данных. Если мы в ближайшем будущем не разрешим этот вопрос, то нормативная сила «грубой юрисдикции» может взять верх и мы можем даже не вспомнить, почему взаимокомпенсирующие силы замедляют инновации, снижают эффективность, но тем не менее остаются устойчивыми перед лицом необоснованных и необъяснимых «грубых фактов» и «грубой силы».

⁴⁹ Ср. Оригинальная статья Энском, которая вдохновила Серла на проведение различий между грубыми и институциональными фактами, см. выше сноску 24, Энском верно оценил это различие как относительное. По моим собственным словам, независимо от того, является ли что-то институциональным или грубым фактом, это результат перформативного эффекта того, как мы используем язык.

⁵⁰ RA Duff, *Punishment, Communication, and Community* (Oxford University Press 2001).

⁵¹ M. Hildebrandt, 'European Criminal Law and European Identity' (2007) 1 *Criminal Law and Philosophy* 57.

References

1. Anscombe, G. E. M., 'On Brute Facts' *Analysis*, Volume 18, Issue 3, January 1958. Pp. 69–72.
2. Anter, A., *Die Normative Kraft Des Faktischen: Das Staatsverständnis Georg Jellineks*: 6. 2020.
3. Austin, J. and Rumble, W. (eds), *The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge University Press, 1995.
4. Austin, J. L., *How to Do Things with Words*. 2nd edn, Harvard University Press, 1975.
5. Beccaria, C., *An Essay on Crimes and Punishments. By the Marquis Beccaria of Milan. With a Commentary by M. de Voltaire. A New Edition Corrected*. Gale ECCO, Print Editions, 2010.
6. Been, W. de, Arora, P. and Hildebrandt, M. (eds), *Crossroads in New Media, Identity and Law: The Shape of Diversity to Come*. 2015th edition, AIAA 2015.
7. Berman, H., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*. Harvard University Press, 1983.
8. Bodin, J., *Bodin: On Sovereignty*. Julian H. Franklin ed, Cambridge University Press, 1992.
9. Cohen, J. E., 'Cyberspace As / And Space'. 2007. 107 *Columbia Law Review*. Pp. 210–256.
10. DuBois, J. and Smith, B., 'Adolf Reinach' in Edward N. Zalta (ed), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Fall 2018, Metaphysics Research Lab, Stanford University 2018 [Electronic resource]. URL: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/reinach/> (accessed 19 October 2020).
11. Duff, R. A., *Punishment, Communication, and Community*. Oxford University Press, 2001.
12. Dworkin, R., *Law's Empire*. Fontana, 1991.
13. Eisenstein, E. L., *The Printing Revolution in Early Modern Europe*. 2nd ed., Cambridge University Press 2012 [Electronic resource]. URL: <http://ebooks.cambridge.org/ref/id/CBO9781139197038> (accessed 2 May 2019).
14. Ford, R. T., *Law's Territory* (A History of Jurisdiction). 97 *Michigan Law Review* 843, 1999.
15. Fraenkel, B., 'Actes écrits, actes oraux : la performativité à l'épreuve de l'écriture'. *Études de communication. Langages, information, mediations*, 2006. No. 29. Pp. 69–93.
16. Friend, C., 'Social Contract Theory', *Internet Encyclopedia of Philosophy* [Electronic resource]. URL: <https://iep.utm.edu/soc-cont/> (accessed 26 March 2021).
17. Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*. O Häring, 1905 [Electronic resource]. URL: <http://archive.org/details/allgemeinestaat00jellgoog> (accessed 31 March 2021).
18. Gleick, J., *The Information: a History, a Theory, a Flood*. First Edition, Pantheon, 2010.
19. Glenn, H. P., *Legal Traditions of the World*. Oxford University Press, 2007.
20. Goldsmith, J. and Wu, T., *Who Controls the Internet?: Illusions of a Borderless World*. Oxford University Press, USA, 2008.
21. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*. Clarendon Press, 1994.
22. Henttonen, P., *Records, Rules and Speech Acts. Archival Principles and Preservation of Speech Acts*. Tampere University Press, 2007.
23. Hildebrandt, M., 'European Criminal Law and European Identity'. *Criminal Law and Philosophy*, 2007. No. 1. Pp. 57–78.
24. Hildebrandt, M., 'Extraterritorial Jurisdiction to Enforce in Cyberspace? Bodin, Schmitt, Grotius in Cyberspace'. *University of Toronto Law Journal*, 2013. No. 63 (2). Pp. 196–224.
25. Hildebrandt, M., *Smart Technologies and the End(s) of Law. Novel Entanglements of Law and Technology*. Edward Elgar, 2015.
26. Hildebrandt, M., 'Radbruch's Rechtsstaat and Schmitt's Legal Order: Legalism, Legality, and the Institution of Law'. *Critical Analysis of Law*, 2015. Vol. 2 No. 1 [Electronic resource]. URL: <http://cal.library.utoronto.ca/index.php/cal/article/view/22514> (accessed 24 March 2015).
27. Hildebrandt, M., 'A Philosophy of Technology for Computational Law'. *LawArXiv 2020* [Electronic resource]. URL: <https://osf.io/preprints/lawarxiv/7eykj/> (accessed 7 December 2020).
28. Hildebrandt, M., 'Chris Reed and Andrew Murray, Rethinking the Jurisprudence of Cyberspace, Cheltenham: Edward Elgar, 2018, 256 Pp., n/a *The Modern Law Review* [Electronic resource]. URL: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1468-2230.12491> (accessed 19 December 2019).
29. Hobsbawm, E., *The Invention of Tradition (Canto)*. Publisher: Cambridge University Press, 1992.
30. Kantorowicz, E. H., *The King's Two Bodies. A Study in Mediaeval Political Theology*. Princeton University Press, 1957.
31. Kelsen, H., *Pure Theory of Law*. Lawbook Exchange, 2005.
32. Ladavac, N. B., Bezemek, C. and Schauer, F. (eds), *The Normative Force of the Factual: Legal Philosophy Between Is and Ought*. 1st ed. 2019 edition, Springer, 2019.
33. Lefort, C., *Democracy and Political Theory*. John Wiley & Sons, 1991.
34. Lévy, P., *Les Technologies de l'intelligence. L'avenir de La Pensée à l'ère Informatique*. La Découverte, 1990.
35. McCormick, N., *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*. Oxford University Press, 2007.
36. Mueller, M., 'The New Cyber-Conservatism: Goldsmith/Wu and the Premature Triumphalism of the Territorial Nation-State: A Review of Goldsmith and Wu's 'Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World'. *Internet Governance Project. Paper IGP06-003*, June 2006 [Electronic resource]. URL: <http://internetgovernance.org/pdf/MM-goldsmithWu.pdf> (accessed 24 May 2021).

37. Mueller, M. L., *Ruling the Root: Internet Governance and the Taming of Cyberspace*. New e edition, MIT Press, 2004.
38. Mueller, M. L., *Networks and States: The Global Politics of Internet Governance*. The MIT Press, 2010.
39. Paolo, E. A. D., Cuffari, E. C. and Jaegher, H. de, *Linguistic Bodies: The Continuity between Life and Language*, 2018.
40. Peirce, C. S. and Turrisi, P. A., *Pragmatism as a Principle and Method of Right Thinking : The 1903 Harvard Lectures on Pragmatism*. State University of New York Press, 1997.
41. Radbruch, G., 'Legal Philosophy', *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin*. Reprint 2014, Harvard University Press, 2014 [Electronic resource]. URL: <https://www.degruyter.com/view/product/252229> (accessed 28 June 2017).
42. Reed, C. and Murray, A., *Rethinking the Jurisprudence of Cyberspace*. Edward Elgar Pub, 2018.
43. Ricoeur, P., 'The Model of the Text: Meaningful Action Considered as a Text'. *New Literary History*, 1973. Vol. 5. No. 1. Pp. 91–117.
44. Searle, J., *The Construction of Social Reality*. The Free Press, 1995.
45. Searle, J. R., *Speech Acts, an Essay in the Philosophy of Language*, 1969.
46. Stiegler, B., 'Die Aufklaerung in the Age of Philosophical Engineering' in Mireille Hildebrandt, Kieron O'Hara and Michael Waidner (eds), *The Value of Personal Data. Digital Enlightenment Forum Yearbook2013* (IOS Press 2013) [Electronic resource]. URL: <https://digitalenlightenment.org/2013-digenlight-yearbook-the-value-of-personal-data> (accessed 24 May 2021).
47. Taylor, C., *Philosophical Arguments*. Harvard University Press, 1995.
48. Taylor, C., *The Language Animal: The Full Shape of the Human Linguistic Capacity*. Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press, 2016.
49. Tönnies, F., *Tönnies: Community and Civil Society*. Cambridge University Press, 2010.
50. Vandenberghe, F., *What's Critical About Critical Realism?* 1st edition, Routledge, 2014.
51. Waldron, J., 'The Rule of Law' in Edward N Zalta (ed), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2020, Metaphysics Research Lab, Stanford University 2020) [Electronic resource]. URL: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/rule-of-law/> (accessed 3 May 2020).
52. Wittgenstein, L. and Anscombe, G. E. M., *Philosophical Investigations : The German Text, with a Revised English Translation*, 3rd edition. Blackwell Pub, 2003.
53. Young, D. B., 'Cesare Beccaria: Utilitarian or Retributivist?' *Journal of Criminal Justice*, 1983. Vol. 11, issue 4. Pp. 317–326.

Применение образовательной технологии модели Liberal Arts and Sciences при подготовке юристов

Дорофеева Марина Александровна

кандидат исторических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Юридической школы Дальневосточного федерального университета, Владивосток, Российская Федерация; dorofeeva.ma@dvfu.ru

АННОТАЦИЯ

В данной статье рассматриваются методики обучения критическому мышлению студентов юридических направлений подготовки. Представлена проблема отсутствия функциональной грамотности и слабого критического мышления у студентов младших курсов. Проанализированы достоинства образовательной технологии Liberal Arts and Sciences. Автор приходит к выводу, что она может применяться в рамках таких дисциплин, как теория государства и права, история государства и права, философия права, история политических и правовых учений, история юридической науки и др., для исправления функциональной неграмотности и формирования критического мышления, которые являются определяющими для успешной профессиональной деятельности в условиях четвертой промышленной революции.

Ключевые слова: юридическое образование, гибкие навыки, либеральные искусства и науки, критическое мышление, функциональная неграмотность

Educational Technology of the Liberal Arts and Sciences Model Application in the Training of Lawyers

Marina A. Dorofeeva

PhD in History, Associate Professor, Law School, Far Eastern Federal University, Vladivostok, Russian Federation; dorofeeva.ma@dvfu.ru

ABSTRACT

This article describes the methods of teaching critical thinking to law students. Problems of the lack of functional literacy and weak critical thinking, which are crucial for successful professional activity in the conditions of the fourth industrial revolution, among junior students are presented. The authors propose to apply the methods of the Liberal Arts and Sciences within the disciplines of theory of state and law, history of state and law, philosophy of law, history of political and legal doctrines, history of legal science, etc. to correct functional illiteracy and form critical thinking.

Keywords: legal education, liberal arts and sciences, soft skills, critical thinking, functional illiteracy

В XXI в. в связи с реальностью четвертой промышленной революции юридическая профессия и юридическое образование (как и все социальные институты) оказываются в мире VUCA — мире изменчивости, неопределенности, сложности и неясности. Требования к сотрудникам, предъявляемые четвертой промышленной революцией, отражаются и на системе высшего образования.

Во-первых, современное общество декларирует менеджмент талантов (Talent Management). К. Шваб убежден, что в будущем талант в большей степени, чем капитал, будет представлять собой критический фактор производства. Рынок труда будет все больше разделяться на сегменты низкоквалифицированные / низкооплачиваемые и высококвалифицированные / высокооплачиваемые¹. Теперь не фирма выбирает человека, а человек — фирму². Четвертая промышленная революция порождает принцип уникальности создателя продукта / услуги как драйвера успеха. Возникает другое мировоззрение, новое видение, основанное на том, что сотрудники воспринимаются как

¹ См.: Schwab Klaus. The Fourth Industrial Revolution. What It Means and How to Respond [Электронный ресурс] // Foreign Affairs: multiplatform media organization. December 12, 2015. URL: <https://www.foreignaffairs.com/about-foreign-affairs> (дата обращения: 02.09.2019).

² См.: Ушева М. Н. Талант менеджмент в современном управлении человеческими ресурсами [Электронный ресурс] // Маркетинг і менеджмент інновацій. 2011. № 3. Т. 2. С. 176–177. URL: http://mmi.fem.sumdu.edu.ua/sites/default/files/mmi2011_3_2_173_179.pdf (дата обращения: 21.09.2019).

стратегический ресурс, формирующий эту уникальность. В этой связи на первое место выходит индивидуальность профессионала-творца. Таким образом, перед любой системой высшего образования ставится первостепенная задача, помимо формирования профессиональных знаний и качеств, раскрытия личностного потенциала человека.

Во-вторых, вызов российскому высшему образованию усугублен проблемой новой конкуренции. В ряде профессий уже сегодня наблюдается конкуренция между человеком и искином. Эксперты ВЭФ прогнозируют, что соотношение задач, выполняемых людьми и машинами в базовых двенадцати отраслях промышленности в 2018 г. (в среднем 71% и 29%), к 2022 г. значительно изменится в пользу последних (58% и 42% соответственно). Среди прочих в категорию «избыточных» (Redundant), то есть могущих быть подверженными автоматизации, попали рабочие места и профессиональные роли юристов³.

Таким образом, встает вопрос: что должен уметь выпускник юридического факультета (университета), чтобы реализовывать себя в экономике знаний и успешно конкурировать с искином?

Эксперты ВЭФ на основании проведенных исследований утверждают, что уже сейчас на рынке труда крайне востребованы:

- аналитическое мышление и способность генерировать инновации;
- навыки технологического проектирования;
- навыки дизайн-технологии и программирования;
- навыки анализа и оценки систем.

Однако наиболее конкурентоспособны будут профессионалы с развитыми «человеческими» навыками, поскольку не ожидается, что они могут быть автоматизированы в ближайшем будущем, такими как:

- креативность, оригинальность и инициативность;
- критическое мышление, анализ, в том числе детализированный;
- комплексное решение проблем;
- генерирование идей;
- умение убеждать, умение общаться, коммуницировать, вести переговоры;
- гибкость, эмоциональный интеллект;
- лидерство и способность оказывать социальное влияние.

Также работодателю будут важны умения быстро обучаться и планировать свою образовательную стратегию⁴.

Поэтому актуальной задачей высшего юридического образования становится формирование и развитие soft skills как совокупности критического, креативного и проектного мышления, умения работать в команде, умения договариваться в любой ситуации, способности к выстраиванию мультикультурных коммуникаций, знания иностранных языков.

Также серьезной мировой проблемой является функциональная неграмотность как неспособность читать и писать на уровне, необходимом для выполнения простейших общественных задач; в том числе неумение: читать текст, находить нужную для деятельности информацию, понимать смысл прочитанной книги или инструкции, написать логически связанный текст⁵. Она делает невозможным формирование критического мышления как системы суждений, которая используется для анализа вещей и событий с формулированием обоснованных выводов и позволяет выносить обоснованные оценки, интерпретации, а также корректно применять полученные результаты к ситуациям и проблемам⁶.

Авторское исследование поколенческих особенностей (на примере студентов Юридической школы ДВФУ) показывает проблему наличия как минимум у пятой части первокурсников функциональной неграмотности⁷. В итоге это приводит к неспособности студентов эффективно обучаться на университетских программах — невозможности формировать понятийное мышление, самообучаться и осуществлять исследовательскую деятельность, освоение которой является критерием получения образования высшего уровня.

Существующая система российского высшего образования, включая юридическое, представляет собой, на взгляд автора, неудачную имитацию американско-европейских образцов, возникшую в результате механистического заимствования в рамках присоединения к Болонскому процессу. Российские вузы были вынуждены традиционную

³ World Economic Forum [Электронный ресурс]. Insight Report “The Future of Jobs. Report 2018”. P. VIII. URL: http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs_2018.pdf (дата обращения: 21.09.2019).

⁴ Op. cit.

⁵ Гаврилюк В. В., Сорокин Г. Г., Фарахутдинов Ш. Ф. Функциональная неграмотность в условиях перехода к информационному обществу. Тюмень : ТюмГНГУ. 2009. С. 9–10.

⁶ Facione Peter A. Critical Thinking: A Statement of Expert Consensus for Purposes of Educational Assessment and Instruction. Executive Summary [Электронный ресурс] // The Delphi Report. The Complete American Philosophical Association Delphi Research Report. P. 4. Queensborough Community College. N-Y. 1990. URL: <http://www.qcc.cuny.edu/SocialSciences/ppacorino/CT-Expert-Report.pdf> (дата обращения: 25.01.2019).

⁷ См.: Дорофеева М. А. Стратегии самостоятельной работы студентов-первокурсников Юридической школы ДВФУ как проявление характеристик поколения Z // IV Тихоокеанский юридический форум, посвященный празднованию 60-летия непрерывного юридического образования в Дальневосточном федеральном университете и 99-летию юридического образования на Дальнем Востоке России. 2–4 октября 2018 г. Владивосток : Изд-во Дальневост. федерал. ун-та. 2018. С. 79.

пятилетнюю советскую модель подготовки выпускника втиснуть в четыре года. При этом сохранилась индустриальная логика подготовки специалистов (актуальная для XX в.) и не были восприняты фундаментальные принципы и ценности зарубежной системы с точки зрения организации и подходов к обучению. В итоге мы имеем линейный образовательный процесс, как конвейерное производство, когда студент проходит фиксированный набор и последовательность курсов без их конкуренции в рамках устойчивых и инертных образовательных программ. Имеет место низкий статус именно тех предметов, которые призваны формировать навыки эффективного мышления, коллаборации, лидерства и самообучения. Учитывая вышесказанное, данная имитационная модель не может ответить на современные потребности выпускников и работодателей: образовательная программа в этом формате не способна меняться, сложно актуализирует содержание, прямолинейна, то есть оценивает студента в жестко установленной последовательности сессий, чем воспроизводит практики бесконечных пересдач, инфантилизируя студента и профессионально деформируя преподавателя⁸.

На современном этапе приходит осознание дефектности подобной имитационной системы. Высшую школу Российской Федерации ожидает очередная серьезная трансформация. В соответствии с ФЗ № 273 от 29.12.2012 «Об образовании в Российской Федерации», Посланием Президента Российской Федерации Федеральному Собранию 2020 г., Поручениями Президента Российской Федерации Пр-294 п. 2а-16 от 26.02.2019, Пр-113 от 24.01.2020, приказом Министерства науки и высшего образования № 602 от 23.04.2020 «О координационных советах по областям образования» начинается реформирование архитектуры образовательных программ.

Государственной Думой Российской Федерации одобрены в первом чтении поправки к ФЗ «Об образовании в Российской Федерации». В ст. 11, ч. 5 предлагается, что федеральные государственные образовательные стандарты (ФГОС) профессионального образования могут разрабатываться по уровням образования либо по профессиям, специальностям и направлениям подготовки соответствующих уровней профессионального образования или укрупненным группам профессий, специальностей и направлений подготовки, а также по областям и видам профессиональной деятельности. В записке к проекту поясняется, что обучающимся теперь предоставляется возможность получения нескольких квалификаций в рамках освоения ими основных профессиональных образовательных программ⁹. Министерством науки и высшего образования при наборе на программы высшего образования в 2021–2022 гг. разрешено проводить конкурс среди прочего по нескольким специальностям и (или) направлениям подготовки в пределах укрупненной группы специальностей или направлений подготовки (УГСН)¹⁰.

Таким образом, если студенты поступают по конкурсу на направления / специальности в рамках УГСН, на втором курсе у них встанет вопрос о выборе конкретного(-ой) направления / специальности. Когда поправки к закону «Об образовании в Российской Федерации» будут приняты, то каждый студент получит право на дополнительную квалификацию, которая как образовательный трек в зарубежной практике носит название *minor*. Таким образом, планируемые изменения образовательного законодательства приведут к тому, что учебные планы у всех студентов будут изначально индивидуальными и уникальными.

В этой связи можно говорить, что фактически планируется переход к принципам организации образования классического американского бакалавриата. Один из них — управляемая свобода студента в выборе дисциплин через форматы свободного учебного плана, ядерной программы и / или свободного распределения. При свободном учебном плане студент выбирает утвержденное количество любых курсов в рамках организационных требований. В ядерной (*core*) программе студент проходит через все пространство дисциплин по заранее утвержденному плану, и только после этого у него есть возможность выбрать специализацию. Дисциплины ядра должны сформировать некую интегративную модель профессиональной компетентности, включающую в себя кластеры универсальных знаниевых, функциональных и поведенческих (социальных) характеристик. Эта модель выкристаллизовывалась исследованиями и практиками ученых и педагогов США, Великобритании и Франции¹¹. Следующий вариант — модель распределительных требований, когда способ организации образовательного процесса подразумевает, что лучший способ ввести студента в ту или иную предметную область науки — не читать единый курс, а дать возможность студенту выбрать тему, которая его интересует, и погрузиться в предметную область¹².

⁸ См.: *Щербенок А.* Управление университетами. Образовательный процесс в университете: бакалавриат. Российский бакалавриат как образовательная труба : онлайн-курс. Лекция 2. (МООС) [Электронный ресурс] // Московская школа управления СКОЛКОВО. URL: <https://online.skolkovo.ru> (дата обращения: 15.04.2017).

⁹ О внесении изменений в Федеральный закон «Об образовании в Российской Федерации» в части совершенствования регулирования применения профессиональных стандартов в сфере профессионального образования : законопроект № 1076089-7 (принят в первом чтении 10.03.2021) [Электронный ресурс] // Официальный сайт Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации. URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/1076089-7> (дата обращения: 09.04.2021).

¹⁰ Об утверждении Порядка приема на обучение по образовательным программам высшего образования — программам бакалавриата, программам специалитета, программам магистратуры : приказ Министерства науки и высшего образования РФ от 21 августа 2020 г. № 1076 [Электронный ресурс] // Портал ГАРАНТ.РУ. URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/74441661/> (дата обращения: 09.04.2021).

¹¹ См.: *Митин А. Н.* Архитектура компетенций управленческого и юридического труда. Екатеринбург. 2013. С. 46–52.

¹² См.: *Щербенок А.* Указ. соч. [Электронный ресурс]. URL: <https://online.skolkovo.ru> (дата обращения: 15.04.2017).

Таким образом, студенту дается право определиться со сферой профессиональных интересов уже после поступления в университет. Для этого учащийся попадает в ситуацию обеспечения широты требований к образованию. Широта требований может обеспечиваться через core и / или распределительные требования: обязательными курсами, в рамках которых все студенты обязаны ознакомиться с важными методами исследования или подходами к знанию и / или классическими гуманитарными текстами. Также возможен вариант широты образования, когда студенты обязаны погрузиться в определенное количество предметных областей, но конкретные дисциплины они выбирают самостоятельно¹³. Автор встречала в академических требованиях американских вузов варианты от пяти до двенадцати областей.

Глубина изучения предметной области предполагает, что будущий выпускник погружается в определенный набор базовых профессиональных дисциплин, изучаемых в определенной последовательности с разным уровнем сложности (major). Дополнительная квалификация (и уникальное для рынка труда сочетание компетенций) обеспечивается выбором предметов из несмежных областей знания (minor).

На взгляд автора, современное образование по модели свободных искусств и наук (Liberal Arts and Sciences — LAS) является актуальным образцом системы высшего образования, способным преодолеть вызовы, стоящие перед мировым высшим образованием XXI в. Стоит, однако, понимать, что модель LAS — это лишь одна из ряда моделей¹⁴, которая основывается на фундаментальном принципе организации образовательного процесса в американских высших учебных заведениях — индивидуализации образовательной траектории. Индивидуальная образовательная траектория в целом отражает гибкий подход к сборке студентом своего обучения как начального этапа процесса управления карьерой. По мнению Натальи Шумковой, заместителя первого проректора ВШЭ, директора центра корпоративного обучения Высшей Школы Бизнеса ВШЭ, управление карьерой — это базовый инструмент для реализации идеи lifelong learning («обучение длиною в жизнь»). Он применим и к формированию профессиональной идентичности юриста на всех этапах развития карьеры¹⁵.

Важно отметить, что модель LAS — это не просто архитектура образовательной программы. Она существует, только если соблюдено «единство системы управления, принципов построения учебного плана и используемых педагогических подходов»¹⁶. В целом это «система высшего образования, призванная воспитывать у учащихся желание и способность учиться, критически мыслить и умело выражать свои мысли, а также воспитывать граждан, способных стать активными участниками демократического общества. Такую систему отличает гибкий план обучения, совмещающий широту дисциплинарного охвата с глубиной изучения предмета, поощряющий *междисциплинарность* и предоставляющий студентам максимальную свободу выбора. Кроме того, модель распространяется через ориентированную на студента педагогику — интерактивную или вовлекающую учащихся в работу с текстами как в аудитории, так и за ее пределами»¹⁷.

Президент Бард-колледжа, одного из ведущих американских вузов с программой LAS, Лео Ботстайн считает: «В наши дни границы между научными дисциплинами размываются. Это касается юриспруденции, медицины и в особенности естественных наук — химии, биологии, физики, поскольку передовые направления исследований, скажем, в биологии подразумевают обязательное знание физики и химии. Даже если исходить из убеждения, что в вузе нужно учиться только тому, что действительно необходимо учащемуся для его будущей профессиональной деятельности, современным студентам необходимо с самого начала расширять свои представления о нужных им знаниях. Эта модель образования противоположна системе, которая предполагает прохождение нескольких обязательных этапов, установленных предыдущими поколениями и признанных в качестве официального способа получения статуса профессионала. Таким образом, если вы хотите стать более квалифицированным юристом, бизнесменом, врачом, специалистом по инновациям или инженером, образование по модели свободных искусств и наук предлагает вам наилучший путь для развития творческих и новаторских способностей, а также для более конкурентоспособного профессионального обучения»¹⁸.

В качестве примера синкретичности и междисциплинарности конкретной профессии он приводит именно юриста. «Любой юрист сегодня должен иметь знания из области естественных наук и биологии, а также обладать компьютерной и информационной грамотностью. Ему придется заниматься рассмотрением дел, связанных

¹³ Беккер Дж. Что такое образование по модели свободных искусств и наук и чем оно не является // Свободные искусства и науки на современном этапе: опыт США и Европы в контексте российского образования. СПб. : СПбГУ, 2014. С. 23.

¹⁴ В бакалавриате США существуют общие степени и степени с указанием предметной области. К общим бакалаврским степеням относятся Bachelor of Arts (BA — в области гуманитарных наук, общественных наук и искусств) и Bachelor of Science (BS — в области технических, точных и естественных наук). Степени бакалавра с указанием предметной области могут быть исследовательскими (Bachelor of Science in Public Affairs и т. п.) и профессиональными (Bachelor of Engineering, Bachelor of Architecture и т. п.).

¹⁵ Секция «Проблемы юридического образования в новом мире». Международная конференция «Глобализация и право: проблемы формирования Global Legal Skills». Факультет права Высшей школы экономики. Москва, 25 марта 2021 г. 00:17:54–00:51:20. [Электронный ресурс] URL: <https://www.youtube.com/watch?v=PtdAEMd5sKI&list=PL7B5LIC4JvVdBmxA77JAQvzvGMgNsB24u&index=2&t=2618s> (дата обращения: 30.03.2021).

¹⁶ Беккер Дж. Указ. соч. С. 16.

¹⁷ Там же. С. 17.

¹⁸ Интервью с президентом Бард-колледжа Леоном Ботстайном // Вопросы образования. 2015. № 4. С. 12.

с патентами и лечением пациентов, свободой слова и распространения информации, интеллектуальной собственностью и авторскими правами. Если он совершенно не разбирается в технологии и науке, он окажется беспомощным при рассмотрении конкретных случаев. Если кто-то подаст в суд на компанию в связи с болезнью, вызванной условиями труда, а юрист не знает даже, с чего начать и как разобраться в возможных причинах этой болезни, он будет вынужден положиться на мнение эксперта. Задача либерального образования состоит в том числе в предоставлении учащимся базовых естественно-научных знаний, даже если они выбрали гуманитарную специальность»¹⁹.

Однако для модели LAS неприемлема ситуация усиленной роли специализации (major) по сравнению с широкой образованностью. Но из-за сложности юридической профессии акцент именно на профессиональных дисциплинах характерен для юридического образования во всем мире. И понятно, что в рамках подготовки юристов системно использовать непосредственно модель LAS невозможно. Однако, например, американские юридические факультеты и колледжи решили данный вопрос оптимально: они позволяют получать юридические степени и быть готовыми к профессиональной деятельности только лицам, уже имеющим степень любого бакалавриата. То есть американское юридическое образование хочет видеть своего абитуриента со сформированными качествами определенной гуманитарной и / или естественнонаучной подготовки, аналитики, критического мышления, функциональной грамотности уровня академического текста и письма и т. п.

В свете вышесказанного использование образовательной модели LAS в совокупности применительно к российскому юридическому образованию также не представляется возможным. Однако один из центральных ее элементов — это преподавание как педагогика. Поэтому, с нашей точки зрения, можно говорить о применении в высшем юридическом образовании образовательной технологии LAS. Под образовательной технологией автор понимает модель и реальный процесс осуществления целостной педагогической деятельности. В рамках этой деятельности преподаватель четко осознает целевые установки и ориентации, основные идеи и принципы, определяет и понимает позицию обучающегося в образовательном процессе, на основании которой и осуществляется коммуникация. Он выстраивает цели обучения, с которыми соотносятся содержание учебного материала, его дидактическая структура и формы изложения. Соответственно, концептуальная и целевая основы диктуют специфику методов и средств обучения, мотивационную характеристику, организационные формы обучения, определяют особенности управления образовательным процессом²⁰.

Концептуальная основа образовательной технологии LAS — это создание пространства и условий для формирования критического мышления и активной общественной гражданской позиции. Педагогической целью можно признать совершенствование аналитических способностей обучающихся через методическую модель: когда преподаватели знакомят студентов с различными точками зрения на предмет, с разнообразными теоретическими подходами, требуют, чтобы студенты читали тексты критически²¹. Однако критическое мышление не может возникнуть из пустоты. Чтобы было чем оперировать при аргументированных рассуждениях, необходимо наполнение знаниями: конкретными фактами, гипотезами, концепциями. В этой связи вырастает роль самостоятельной подготовки студентов. Любое интерактивное занятие обречено на провал, если учащиеся не усвоили самостоятельно материалы для занятия.

Для подготовки юристов (бакалавров и магистров) образовательная технология LAS, с нашей точки зрения, является актуальной при обучении в рамках фундаментальных дисциплин — тех, которые закладывают основу для профессионального юридического мышления (введение в профессию, теория государства и права, история государства и права, профессиональная этика юриста, философия права, история политических и правовых учений, история юридической науки, методология научных исследований в сфере юриспруденции, сравнительное правоведение и т. п.). Все педагогические практики модели LAS строятся на взаимосвязи мышления и письма, причем только хорошо развитая письменная речь позволяет производить процедуры критического и дивергентного мышления и является основой для успешной устной речи.

Фарид Закария, американский политический аналитик, редактор журнала "Newsweek International", восхищался своим взаимодействием в качестве студента с системой LAS. «Главная ее ценность — она учит письменно излагать свои мысли... либеральное образование учит думать, а мышление и письмо неразрывно связаны». «Еще одно весомое преимущество ...состоит в том, что оно учит говорить и выражать свои мысли». «И наконец, ...оно учит вас учиться — читать материал по самым разным предметам, находить и анализировать информацию»²². На первый взгляд, это банальные цели обучения в любом высшем учебном заведении. Однако для целенаправленного формирования таких способностей требуются специальные методики. Методическим центром, разрабатывающим такие методики, является Бард-колледж США (Bard College). Он занимает первое место в американском

¹⁹ Там же. С. 15.

²⁰ См.: *Горова В. И., Петрова Н. Ф.* Образовательные технологии и технологическая культура современного педагога // *Современные наукоемкие технологии.* 2008. № 10. С. 35–36.

²¹ *Беккер Дж.* Указ. соч. С. 24.

²² *Закария Ф.* Почему так важны свободные искусства // *Свободные искусства и науки на современном этапе: опыт США и Европы в контексте российского образования.* СПб.: СПбГУ, 2014. С. 110–111.

национальном образовательном рейтинге колледжей, которые внедряют самые передовые образовательные стандарты обучения в области свободных искусств и наук. В общем рейтинге ведущих колледжей США в области свободных искусств и наук Бард-колледж занимал в 2020 г. 62-е место (из 400 первого дивизиона)²³.

Ключевой принцип образовательной технологии LAS следующий: письмо представляет собой уникальный способ обучения, оно способно определить и передать и, действительно, определяет и передает опыт. Язык предоставляет уникальный способ познания и становится инструментом раскрытия смыслов, передачи мысли и постижения как в аудитории, так и за ее пределами. Через образовательные практики Бард-колледжа формируется устойчивая связь между мыслью и ее выражением. Чтение, письмо и творческие задания дают понять студентам, что такое критическое мышление, и прививают им культуру мышления, необходимую для интеллектуального роста и успешной карьеры²⁴.

Одно из исследований Фонда Карнеги совместно с университетом Вандербильта показало, что письмо способствует лучшему пониманию прочитанного, поскольку «студенты учатся увязывать между собой то, что они читают, что они знают и что они думают». Задания «написать, чтобы прочитать» «подпитывают чувство “я”, усиливают витальность и вовлеченность», поскольку помогают студентам осознать аллюзии, мотивации и ассоциации в их собственных текстах. Национальная комиссия США по письму указывает: «Если перед студентами встает задача добывать свои знания, они должны бороться с фактами, преодолевать подробности, обрабатывать сырой материал и переводить малопонятные концепции на язык, на котором они могут донести их до кого-то другого. Одним словом, если студенты хотят учиться, они должны писать»²⁵.

Коммуникативная цель занятий в рамках образовательной технологии LAS — создание такого образовательного пространства, которое позволяет формировать «некую модель умственного поведения, некий склад ума, который необходим студентам, чтобы не переставать учиться на протяжении всей жизни, быть способными мыслить критически, мыслить междисциплинарно. К тому же такой семинар — своего рода лаборатория, где студенты работают друг с другом, по-настоящему учатся читать текст — неважно, на какую тему, а потом не просто пересказывать или бессмысленно повторять этот текст, но задавать вопросы к нему и ставить новые вопросы, исходя из прочитанного текста. Это и есть критическое мышление»²⁶.

В рамках фундаментальных юридических курсов можно использовать множество методов, разработанных в Бард-колледже. В арсенале автора статьи их около двадцати²⁷. Они предполагают превращение мысли сначала исключительно в письменный текст, и только после письменного изложения возможно коллективное обсуждение результатов. Но озвучивание своих идей и суждений (в момент их публикации) студенты могут только по написанному тексту. Следует отметить, что вместо текста может применяться любой объект исследования, «прочтения» (видеоряд [фильм, мультфильм], артефакт-предмет, изображение и т. д.)

Преимущество всего набора методик (как образовательной технологии LAS) заключается в том, что на их основе можно создавать свои собственные производные методики, соблюдая основополагающие принципы:

- воспроизведение связи мышления и письменной речи;
- равенство всех участников занятия, ценность права на высказывание;
- интеллектуальная коллаборация студентов;
- алгоритмизация мыслительного процесса (то есть пошаговое выполнение упражнений);
- преподаватель через вопросы и рефлексивность выступает как фасилитатор.

В качестве классических в юридических дисциплинах можно использовать следующие методики.

Собственно, свободное письмо (Freewriting) в течение 5–10 минут позволяет произвести «настройку» мышления, очистив от фокуса, перевести его в рабочее состояние для решения аналитических задач. Хорошо применять в начале любых занятий, на которых предстоит письменная работа (не аттестационная).

Письмо для чтения (Writing to Read) позволяет проникнуть в текст, письменно фиксируя результаты аналитического чтения. Фактически методика позволяет вступать в диалог с автором текста, сохраняя свободу своего мышления. Студенты осознают, что они в диалоге с текстом, когда в рамках совместной групповой работы идет обсуждение тезиса автора, который, по мнению каждого обучающего, является основным. И оказывается, что «основных тезисов» великое множество. И из этой позиции очень легко выходить в ситуацию «присвоения» текста, придания ему своего смысла, а затем поиска идентичности с другими своими коллегами-студентами при обсуждении.

«Верю — не верю» (Believing and Doubting) помогает студенту осознать, что проблема или тезис могут быть неоднозначными и многослойными, что аргументирование является не просто «моим мнением», а сложной,

²³ U. S. News & World Report L. P. [Электронный ресурс]. URL: <https://www.usnews.com/best-colleges/bard-college-2671/overall-rankings> (дата обращения: 20.06.2020).

²⁴ См.: Пиглс П. Развитие речи и критического мышления у студентов в программах Бард-колледжа // Вопросы образования. 2015. № 4. С. 117–118.

²⁵ Пиглс П. Указ. соч. С. 127.

²⁶ Интервью с ректором Университета Ричмонда Рональдом Кручером // Вопросы образования. 2015. № 4. С. 29.

²⁷ Обучение методикам Liberal Arts and Sciences происходило на факультете свободных искусств и наук СПбГУ, тьютор — Е. Галазанова.

формализованной, зачастую логически упорядоченной цепочкой рассуждений, которые по необходимости выражают неочевидное суждение о мире²⁸. А применение в рамках методики приема «адвокат дьявола» часто разбивает представление студентов о своем оценочном суждении как единственно верном.

«Диалогические / диалектические тетради» (Dialectical Response Notebooks) обеспечивают диалогическое взаимодействие двух-трех человек. Они могут работать и обмениваться мыслями по поводу индивидуальных смыслов, обнаруженных в тексте, в интерактивном режиме.

Замечательно работает свободное нарративное письмо (Free Narrative Writing). Данный метод применялся к нормативно-правовому акту отрасли уголовного права, и студенты описывали свое состояние в качестве институтов уголовного права. Происходит постановка в позицию «другого», использование знаний по уголовному праву, чтобы создать адекватный «я-рассказ», использование разных стилей русского языка для рассказа.

Очень интересно применение методики «письмо в образах» (Writing from Images). Данный метод применяется автором на двух занятиях (в отношении нормативно-правового акта и фильма, фиксирующего в том числе и правовую реальность). Также он может использоваться при изучении текстов в рамках философии права, истории политических и правовых учений и т. п., в любых юридических дисциплинах, где объектами являются концепции и идеи. Личностное отношение к тексту, его «присваивание» учащимися происходит через ряд образов, вызываемых текстом. С помощью преподавателя-фасилитатора через вопросы студент выстраивает цепочку образов в соответствии с определенной логикой. По ходу работы студенты рассказывают о своих «письменных» мыслях. В конце этапа упражнения полученные элементы можно выстроить в другой последовательности (разрезать и переклеить бумагу), потом снова провести ревизию текста по вопросам преподавателя. Также при наличии времени студенты могут обменяться новорожденными текстами друг с другом, получить обратную связь и еще раз улучшить текст. Фактически окончательным продуктом будет являться оригинальное эссе по изучаемой теме, которое не было скопировано или заимствовано из Интернета и является абсолютно оригинальной работой. Некоторые учащиеся очень удивляются, что они смогли создать текст без помощи серфинга в Сети.

Серьезным недостатком при применении подобных методик, подразумевающих проверку большого количества студенческих работ и написание на них развернутых рецензий, является увеличение нормы эксплуатации преподавательского труда²⁹. Проверка письменных результатов самостоятельной работы может быть эффективной только в том случае, если у нее есть некая методическая основа, разрабатываемая преподавателем самостоятельно. В рабочих программах дисциплин, как правило, формы проверки как виды работы сегодня прописаны, нередко просчитана общая их трудоемкость. Однако реально данный вид рабочей деятельности преподавателя практически не оплачивается и ведется за счет либа текущих, а чаще всего предэкзамнационных консультаций, либо личного времени преподавателя, что снижает ее качество³⁰. Законодательно определяется, что образовательная деятельность организации подразумевает формат самостоятельной работы³¹, однако проверка письменных работ как результатов самостоятельной работы студентов (СР в учебных планах) не определена как вид трудовой деятельности («контактная работа», «учебная нагрузка»³²), что позволяет организациям его игнорировать или произвольно определять нормативы трудовых затрат по отдельным направлениям подготовки / специальностям (предусматривающим чертежно-графические работы). Фактически это вид работы переводится в индивидуальную нагрузку, что создает проблемы с учетом его реальных трудозатрат³³.

В условиях пандемии в рамках онлайн-обучения автор применила методики LAS в сочетании с компетентностными аттестациями в формате письменного творческого эссе по проблемным темам и «слепого ревью» (peer-to-peer). Это позволило проверить навыки и умения студентов читать функционально и грамотно, подбирать адекватные

²⁸ См.: *Блушевич Т.* Российские студенты глазами иностранных профессоров: профессора Школы перспективных исследований (SAS) ТюмГУ проанализировали сильные и слабые стороны российских первокурсников с точки зрения образовательных моделей ведущих мировых университетов, в которых они получали степени PhD [Электронный ресурс] // Школа перспективных исследований. Сайт Тюменского государственного университета. URL: https://sas.utmn.ru/ru/russian-students/?fbclid=IwAR2tdtgaqxqmm30rfmda1ona45tn6srfafyvh2u9sbyuc_qywbarrkmo (дата обращения: 16.05.2020).

²⁹ См.: *Иванова Ю. В., Соколов П. В.* Перспективы развития образования по модели свободных искусств и наук в России // Вопросы образования. 2015. № 4. С. 87–88.

³⁰ *Бессолицин А. А., Монахов В. А.* Обеспечение качества образования в вузе — поиск новых подходов // Вопросы новой экономики. 2013. № 3 (27). С. 78.

³¹ Об утверждении Порядка организации и осуществления образовательной деятельности по образовательным программам высшего образования — программам бакалавриата, программам специалитета, программам магистратуры : приказ Министерства образования и науки РФ от 5 апреля 2017 г. № 301 (с изм. и доп.). Приложение. Порядок организации и осуществления образовательной деятельности по образовательным программам высшего образования — программам бакалавриата, программам специалитета, программам магистратуры [Электронный ресурс] // Портал ГАРАНТ.РУ. URL: <https://base.garant.ru/71721568/53f89421bbdaf741eb2d1ecc4ddb4c33/> (дата обращения: 09.04.2021).

³² О продолжительности рабочего времени (нормах часов педагогической работы за ставку заработной платы) педагогических работников и о порядке определения учебной нагрузки педагогических работников, оговариваемой в трудовом договоре : приказ Министерства образования и науки РФ от 22 декабря 2014 г. N 1601 (с изм. и доп.). Приложение № 1. Продолжительность рабочего времени (нормы часов педагогической работы за ставку заработной платы) педагогических работников [Электронный ресурс] // Портал ГАРАНТ.РУ. URL: <https://base.garant.ru/70878632/53f89421bbdaf741eb2d1ecc4ddb4c33/> (дата обращения: 09.04.2021).

³³ *Кабанов В. Н.* Нормирование труда в высших учебных заведениях // Экономика образования. 2013. № 2. С. 46.

17. World Economic Forum. Insight Report “The Future of Jobs. Report 2018” [Электронный ресурс]. P. IX. URL: http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs_2018.pdf (дата обращения: 21.09.2019).

References

1. Becker, J. What a Liberal Arts and Sciences Education is and is Not // Liberal Arts and Sciences at the Present Stage: the Experience of the United States and Europe in the Context of Russian Education [Svobodnye iskusstva i nauki na sovremennom etape: opyt SSHA i Evropy v kontekste rossijskogo obrazovaniya]. Saint Petersburg : SPbGU. 2014. P. 12–40. (in rus)
2. Bessolitsin, A. A., Monakhov, V. A. Ensuring the Quality of Education in Higher Education Institutions — the Search for New Approaches // Questions of the New Economy [Voprosy novej ekonomiki]. 2013. No. 3 (27). P. 73–80. (in rus)
3. Blusiewicz, T. Russian Students through the Eyes of Foreign Professors [Electronic resource] [Rossijskie studenty glazami inostrannyh professorov] // The School of Advanced Studies (SAS). The University of Tyumen. URL: https://sas.utmn.ru/ru/russian-students/?fbclid=iwar2tdtgaxaqmme3ortfmdaiona45tn6srfafyvh2u9sbyc_qywbarrkmpoa (accessed: 16.05.2020). (in rus)
4. Dorofeeva, M. A. Strategies of Independent Work of First-Year Students of the FEFU Law School As a Manifestation of the Characteristics of Generation Z // IV Pacific Legal Forum, dedicated to the celebration of the 60th anniversary of continuous legal education at the Far Eastern Federal University and the 99th anniversary of legal education in the Far East of Russia. October 2–4, 2018 [IV Tihookeanskij yuridicheskij forum, posvyashchennyj prazdnovaniyu 60-letiya nepreryvnogo yuridicheskogo obrazovaniya v Dal'nevostochnom federal'nom universitete i 99-letiyu yuridicheskogo obrazovaniya na Dal'nem Vostoke Rossii. 2–4 oktyabrya 2018 goda]. Vladivostok : Far Eastern Federal University. 2018. P. 77–82. (in rus)
5. Gavrilyuk, V. V., Sorokin, G. G., Farakhutdinov, Sh. F. Functional Illiteracy in the Context of the Transition to the Information Society [Funkcional'naya negramotnost' v usloviyah perekhoda k informacionnomu obshchestvu]. Tyumen' : TyumGU. 2009. 244 p. (in rus)
6. Interview with the President of Bard College Leon Botstein // Educational Studies. 2015. No. 4. P. 11–20. (in rus)
7. Interview with the Rector of the University of Richmond Ronald Krucher // Educational Studies. 2015. No. 4. P. 21–32. (in rus)
8. Ivanova, Y., Sokolov, P. Prospects for Liberal Arts Education Development in Russian Universities. Overview of Proceedings of the Liberal Education in Russia and the World Conference // Educational Studies. 2015. No. 4. P. 72–91. DOI: 10.17323/1814-9545-2015-4-72-91. (in rus)
9. Kabanov, V. N. Labor Rationing in Higher Educational Institutions // Economics of Education [Ekonomika obrazovaniya]. 2013. No. 2. P. 42–48. (in rus)
10. Mitin, A. N. Architecture of Managerial and Legal Work Competencies [Arhitektura kompetencij upravlencheskogo i yuridicheskogo truda]. Yekaterinburg : USLUA. 2013. 166 p. (in rus)
11. Peoples, P. Empowering Students through Language & Critical Thinking: the Bard College Language & Thinking Program [Razvitie rechi i kriticheskogo myshleniya u studentov v programmah Bard-kolledzha] // Educational Studies. 2015. No. 4. P. 116–131. (in rus)
12. Shcherbenok, A. University Management [Upravlenie universitetami]: MOOC [Electronic resource] // Moscow School of Management SKOLKOVO. URL: <https://online.skolkovo.ru> (accessed: 15.04.2017). (in rus)
13. Usheva, M. N. Talent Management in Modern Human Resource Management [Electronic resource] // Marketing and Management Innovation [Marketing i menedzhment innovacij]. 2011. No. 3. Vol. 2. P. 176–177. URL: http://mmi.fem.sumdu.edu.ua/sites/default/files/mmi2011_3_2_173_179.pdf (accessed: 21.09.2019). (in rus)
14. Zakaria, F. Why Are the Liberal Arts So Important // Liberal Arts and Sciences at the Present Stage: the Experience of the United States and Europe in the Context of Russian Education [Svobodnye iskusstva i nauki na sovremennom etape: opyt SSHA i Evropy v kontekste rossijskogo obrazovaniya]. Saint Petersburg : SPbGU. 2014. P. 110–111. (in rus)
15. Facione, Peter A. Critical Thinking: A Statement of Expert Consensus for Purposes of Educational Assessment and Instruction. Executive Summary // The Delphi Report. The Complete American Philosophical Association Delphi Research Report [Electronic resource]. Queensborough Community College. N-Y. 1990. URL: <http://www.qcc.cuny.edu/SocialSciences/ppecorino/CT-Expert-Report.pdf> (accessed: 25.01.2019).
16. Schwab, Klaus. The Fourth Industrial Revolution. What It Means and How to Respond [Electronic resource] / Foreign Affairs: Multiplatform Media Organization. December 12, 2015. URL: <https://www.foreignaffairs.com/about-foreign-affairs> (accessed: 02.09.2019).
17. World Economic Forum. Insight Report “The Future of Jobs. Report 2018” [Electronic resource]. P. IX. URL: http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs_2018.pdf (accessed: 21.09.2019).

Международные антикоррупционные стандарты и УК РФ

Лепешкина Оксана Ивановна

кандидат юридических наук, доцент Северо-Западного института управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, Санкт-Петербург, Российская Федерация; lepezhkina-oi@ranepa.ru
ORCID 0000-0002-8817-5838

АННОТАЦИЯ

В статье рассмотрены история формирования и современное состояние антикоррупционных стандартов в международном сообществе государств, универсальных и региональных. Автором в статье проведен анализ выполнения Российской Федерацией международных обязательств по противодействию коррупции. Сделан вывод о том, что значительные изменения в УК РФ, в части установления ответственности за коррупционные преступления, произошли после ратификации Европейской конвенции об уголовной ответственности за коррупцию. Россия успешно прошла три раунда оценки ГРЕКО антикоррупционного законодательства. С целью дальнейшего совершенствования УК РФ автором определены квалифицирующие признаки мелкого взяточничества. Кроме того, законодателю необходимо устранить допущенную в ст. 291.2 ошибку в части назначения наказания в виде исправительных работ.

Ключевые слова: антикоррупционные стандарты, ГРЕКО, коррупция, коррупционные преступления, получение взятки, дача взятки, мелкое взяточничество

International Anti-Corruption Standards and Russian Criminal Code

Oksana I. Lepeshkina

PhD in Jurisprudence, Associate Professor, the North-West Management Institute of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, Saint Petersburg, Russian Federation;
lepezhkina-oi@ranepa.ru
ORCID 0000-0002-8817-5838

Abstract

This article describes history and contemporary status anti-corruption standards in the international community of states, universal and regional. There is analysis about execution of Russian Federation it's international obligations on against corruption in this article. Considerable changes in Criminal Code about responsibility for corruption crimes are made after ratification Criminal Law Convention on Corruption. Russia is successfully executed three evaluation rounds of GRECO on anti-corruption legislation. The aggravating circumstances of petty bribery are made by author in the article. Moreover, it is necessary to eliminate the error in article 291.2 regarding imposition of punishment in the form of correctional labour, made when imposing sanctions for petty bribery.

Keywords: anti-corruption standards, GRECO, corruption, corruption crimes, official bribery, bribetaking, petty bribery

В 2003 г. Генеральной Ассамблеей ООН был учрежден Международный день борьбы с коррупцией — 9 декабря. Международная неправительственная организация по борьбе с коррупцией Transparency International с 1995 г. ежегодно представляет данные об индексе восприятия коррупции в мире. С 2012 г. индекс восприятия коррупции определяется по 100-балльной шкале, где 0 — самый высокий уровень восприятия коррупции, а 100 — самый низкий, что позволяет рассматривать государства, соответственно, как наиболее коррумпированные и наименее коррумпированные.

По данным этой организации, к странам с самым низким уровнем коррупции относятся такие, как Дания, Новая Зеландия, Финляндия, Сингапур, Швеция, Швейцария. В 2020 г. Дания и Новая Зеландия в рейтинге также заняли первое место (88 баллов).

Россия по индексу восприятия коррупции пока остается в числе наиболее коррумпированных стран. На протяжении почти 20-летнего периода рейтингования организацией Transparency International государств по новой системе расчета индекс восприятия коррупции в России находится примерно на одном уровне, с некоторым улучшением

ситуации в отдельные годы: в 2012 г. — 28 баллов, в 2013 г. — 28 баллов, в 2014 г. — 27 баллов, в 2015 г. — 29 баллов, в 2016 г. — 29 баллов, в 2017 г. — 29 баллов, в 2018 г. — 28 баллов, в 2019 г. — 28 баллов. В 2020 г. Россия набрала 30 баллов из 100 и заняла 129-е место из 180 государств¹.

В международном сообществе государств на необходимость выработки международно-правовых основ противодействия коррупции было обращено внимание только в начале 1990-х гг.

Одной из первых, кто предпринял в этом направлении конкретные шаги, была Организация Объединенных Наций. Так, в 1990 г. на 8-м Конгрессе ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями была принята Резолюция 7 «Коррупция в сфере государственного управления» (A/CONF.144/28/Rev.1)². Резолюцией 51/59 Генеральной Ассамблеи ООН от 12 декабря 1996 г. был принят имеющий рекомендательный характер Международный кодекс поведения государственных должностных лиц. Также Резолюцией 51/191 Генеральной Ассамблеи ООН от 16 декабря 1996 г. была принята Декларация ООН о борьбе с коррупцией и взяточничеством в международных коммерческих операциях.

В последующем регулированию вопросов противодействия коррупции были посвящены соответствующие международные договоры: Конвенция ООН против транснациональной организованной преступности от 15 ноября 2000 г., Конвенция ООН против коррупции от 31 октября 2003 г.

Однако наиболее ранние антикоррупционные конвенции были приняты в ряде региональных международных организаций. Первая — в рамках Организации американских государств — Межамериканская конвенция о борьбе с коррупцией от 29 марта 1996 г. 26 мая 1997 г. Советом Европейского союза была принята Конвенция о борьбе с коррупцией, затрагивающей должностных лиц европейских сообществ или должностных лиц государств — членов Европейского союза. Организацией экономического сотрудничества и развития 21 ноября 1997 г. была принята Конвенция о борьбе с подкупом иностранных должностных лиц в международных коммерческих сделках.

Правовую основу противодействия коррупции в Совете Европы составляют: Резолюция Комитета министров Совета Европы № (97) 24 от 6 ноября 1997 г. «О двадцати руководящих принципах борьбы против коррупции», Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию от 27 января 1999 г. и Конвенция о гражданско-правовой ответственности за коррупцию от 4 ноября 1999 г., а также Рекомендация Комитета министров Совета Европы № R (2000) 10 от 11 мая 2000 г. государствам-членам о Кодексе поведения государственных должностных лиц и Рекомендация Комитета министров Совета Европы № REC (2003) 4 от 8 апреля 2003 г. «Об общих правилах борьбы с коррупцией при финансировании политических партий и избирательных кампаний».

Основополагающей в антикоррупционной деятельности Совета Европы является Резолюция Комитета министров Совета Европы № (97) 24 от 6 ноября 1997 г. В ней сформулированы двадцать принципов борьбы с коррупцией, в частности: «1. Проводить эффективные меры для предотвращения коррупции и в этой связи развивать общественное сознание и способствовать продвижению этического поведения. 2. Обеспечивать скоординированные действия по криминализации внутригосударственной и международной коррупции... 4. Обеспечивать соответствующие меры для конфискации и лишения доходов в результате случаев коррупции. 5. Обеспечивать соответствующие меры для предотвращения случаев использования юридических лиц для прикрытия актов коррупции...»³

В государствах — участниках Содружества Независимых Государств в сфере противодействия коррупции принят ряд модельных законов: «О борьбе с коррупцией» от 3 апреля 1999 г., «Основы законодательства об антикоррупционной политике» от 15 ноября 2003 г., «О противодействии коррупции (новая редакция)» от 25 ноября 2008 г.

Следует также отметить, что антикоррупционные положения содержатся и в международных правовых актах, регулирующих вопросы противодействия другим связанным с коррупцией видам преступлений, в частности, организованной преступности, легализации преступных доходов. Так, Конвенция ООН против транснациональной организованной преступности предусматривает криминализацию коррупции и меры борьбы с ней (ст. 8, 9).

А. А. Каширкина и О. И. Тиунин указывают: «Позитивное накопление международно-правовой базы по противодействию коррупции привело к формированию специального антикоррупционного инструментария, в который входят международные антикоррупционные принципы и стандарты»⁴. К специальным принципам в сфере борьбы с коррупцией авторы относят: «принцип действенного предупреждения и искоренения коррупции на основе норм как национального, так и международного права, принцип уголовной ответственности за коррупцию как физических, так и юридических лиц»; а к стандартам, например, понятия должностного лица — «эффективность, соразмерность уголовного наказания за подкуп должностного лица» и др.⁵

¹ Трансперенси Интернешнл — Россия [Электронный ресурс] // Официальный сайт. URL: <https://transparency.org.ru/research/index-vospriyatya-korruptsii/> (дата обращения: 28.03.2021).

² См.: Шорохов В. Е. Антикоррупционная политика ООН и России: сравнительно-правовой аспект [Электронный ресурс] // Международное публичное и частное право. 2019. № 6 // СПС «КонсультантПлюс». URL: <https://demo.consultant.ru/cgi/online.cgi?req=dos&ts=3938961900979062689381528&cacheid=D868B173E> (дата обращения: 10.12.2020).

³ Резолюция Комитета министров Совета Европы № (97) 24 от 6 ноября 1997 г. [Электронный ресурс] // URL: <http://www.supcourt.ru/files/15934/> (дата обращения: 10.12.2020).

⁴ Коррупция: природа, проявления, противодействие : монография / отв. ред. Т. Я. Хабриева. М. : ИД «Юриспруденция». 2014. С. 87.

⁵ Там же. С. 88–89.

В соответствии с Федеральным законом от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» общепризнанные нормы и принципы и международные договоры РФ также составляют правовые основы противодействия коррупции (ст. 2)⁶.

В Уголовном кодексе РФ 1996 г. (далее — УК РФ) ответственность за коррупционные преступления установлена, прежде всего, в гл. 30 (публичные, совершаемые должностными лицами) и в гл. 23 (непубличные, совершаемые лицами, выполняющими управленческие функции в коммерческих организациях).

Согласно Указанию Генеральной прокуратуры РФ № 35/11 и Министерства внутренних дел РФ № 1 от 24 января 2020 г. «О введении в действие перечней статей Уголовного кодекса Российской Федерации, используемых при формировании статистической отчетности», к преступлениям коррупционной направленности относятся отвечающие таким признакам, как: наличие надлежащих субъектов, связь деяния со служебным положением субъекта, наличие у субъекта корыстного мотива, прямой умысел. Безусловно, к коррупционным преступлениям относятся предусмотренные статьями: ст. 141.1, 184, п. «б» ч. 3 ст. 188, ст. 200.5, 201.1, 204, 204.1, 204.2, п. «а» ч. 2 ст. 226.1, п. «б» ч. 2 ст. 229.1, ст. 289, 290, 291, 291.1, 291.2 (перечень 23)⁷.

Значительные изменения, которые произошли в уголовном законодательстве об ответственности за коррупционные преступления в течение 2000-х гг., в основном были обусловлены необходимостью выполнения Россией международных правовых обязательств, прежде всего после ратификации Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию от 27 января 1999 г.⁸

В качестве контролирующего органа за выполнением государствами положений конвенции 1 мая 1999 г. была учреждена Группа государств против коррупции — ГРЕКО. Россия является членом ГРЕКО с 1 февраля 2007 г., даты вступления для нее конвенции в силу, поскольку любое государство после ратификации и вступления для него конвенции в силу автоматически становится членом ГРЕКО (ч. 4 ст. 32 конвенции). Россия также подписала Дополнительный протокол от 15 мая 2003 г. о криминализации коррупционных деяний в отношении третейских судей⁹.

Россия успешно прошла три раунда оценки ГРЕКО по имплементации положений Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию¹⁰. Первый раунд оценки (2000–2002 гг.) был направлен на анализ деятельности национальных органов по борьбе с коррупцией. Второй раунд (2003–2006 гг.) касался вопросов противодействия коррупции в государственном и муниципальном управлении и конфискации имущества, а также уголовной ответственности юридических лиц. Третий раунд (начат 1 января 2007 г.) посвящен двум темам: «Криминализация деяний» и «Прозрачность финансирования политических партий».

В рамках первого и второго раундов оценки в отношении России были высказаны рекомендации: 1) расширить предусмотренный в ст. 104.1 УК РФ перечень коррупционных преступлений, за которые установлена конфискация имущества, другими, в частности, ст. 291, 201; 2) установить запрет на получение государственным и муниципальными служащими подарков, кроме полученных по протокольным мероприятиям, что допускает ст. 575 Гражданского кодекса РФ; 3) установить уголовную ответственность для юридических лиц за коррупционные преступления (рекомендации xiv, xxi, xxiv).

По теме «Криминализация деяний» третьего раунда оценки в отношении России, исходя из Руководящего принципа 2 (уголовная ответственность за коррупцию), ГРЕКО сделала девять рекомендаций: i) криминализировать подкуп всех членов международных парламентских собраний, а также судей и должностных лиц международных судов; ii) криминализировать подкуп национальных и иностранных третейских судей и ратифицировать Дополнительный протокол к Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию; iii) предусмотреть в статьях об активном подкупе (дача взятки) и пассивном подкупе (получение взятки) таких признаков, как предложение, обещание и просьба о предоставлении преимущества и принятие предложения или обещания; iv) включить в предмет преступлений, связанных со взяточничеством или коммерческим подкупом, преимущества неимущественного характера; v) криминализировать случаи, когда взятка передается третьим лицам, как физическим, так и юридическим; vi) предусмотреть в ст. 204 УК РФ положения о передаче предмета коммерческого подкупа третьим лицам, предоставлении неимущественных преимуществ, расширении круга субъектов преступления и признания таковыми любых работников этой организации, а также исключить из примечаний к ст. 204 положение о том, что если ущерб причинен исключительно интересам этой организации, то уголовное преследование осуществляется только по заявлению организации или

⁶ О противодействии коррупции : федеральный закон от 25.12.2008 № 273-ФЗ (в ред. от 31.07.2020 № 259-ФЗ) [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_82959/ (дата обращения: 20.12.2020).

⁷ О введении в действие перечней статей Уголовного кодекса Российской Федерации, используемых при формировании статистической отчетности : указание Генеральной прокуратуры РФ № 35/11 и Министерства внутренних дел РФ № 1 от 24 января 2020 г. [Электронный ресурс] // СПС «КонсультантПлюс». URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_10699/ (дата обращения: 20.03.2021).

⁸ О ратификации Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию : федеральный закон от 25.07.2006 № 125-ФЗ // СЗ РФ. 2006. N 31. Ч. 1. Ст. 3424.

⁹ О подписании Дополнительного протокола к Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию : распоряжение Президента РФ от 16.03.2009 N 158-рп // СЗ РФ. 2009. N 12. Ст. 1419.

¹⁰ Официальный сайт Группы государств против коррупции — ГРЕКО (Group of States against Corruption) [Электронный ресурс]. URL: <https://www.coe.int/greco> (дата обращения: 20.12.2020).

с ее согласия; vii) криминализировать злоупотребление влиянием; viii) увеличить сроки давности по ст. 291 и ст. 184 УК РФ; ix) проанализировать положения УК РФ о специальной защите при деятельном раскаянии, что предусмотрено в примечаниях к ст. 204, 291 и 291.1 УК РФ.

Институт уголовной ответственности юридических лиц в России не предусматривался ни в дореволюционном уголовном законодательстве, ни в советский период. Как однозначно указывал Н. С. Таганцев, уголовная ответственность юридических лиц «представляется более чем спорной», и приводил два довода, «подчерпываемые или из самой конструкции юридического лица, или из основания уголовной кары». Юридические лица, по его словам, — продукт юридического вымысла, а уголовная ответственность обуславливается виновностью лица, чего нет в лице юридическом, действующем через своих представителей¹¹.

Российский законодатель ввел административную ответственность для юридических лиц за совершение коррупционных правонарушений. Федеральным законом от 25 декабря 2008 г. № 280-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с ратификацией Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции от 31 октября 2003 года и Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию от 27 января 1999 года и принятием Федерального закона “О противодействии коррупции”» в КоАП РФ 2001 г. была введена ст. 19.28 «Незаконное вознаграждение от имени юридического лица». По данным «Обзора судебной практики рассмотрения дел о привлечении к административной ответственности, предусмотренной статьей 19.28 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 8 июля 2020 г.), судьями судов общей юрисдикции по ст. 19.28 КоАП РФ были рассмотрены: в 2017 г. — 603 дела по ч. 1, 57 дел по ч. 2 и 14 дел по ч. 3; в 2018 г. — 607 дел по ч. 1, 74 дела по ч. 2 и 8 дел по ч. 3; в 2019 г. — 431 дело по ч. 1, 46 дел по ч. 2 и 8 дел по ч. 3¹².

Относительно рекомендации ГРЕКО о криминализации предложения, обещания и просьбы о предоставлении преимущества и принятия предложения или обещания как самостоятельного преступления, согласно Постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 9 июля 2013 г. № 24 (в ред. от 24.12.2019 № 59) «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях», «обещание или предложение передать либо принять незаконное вознаграждение за совершение действий (бездействие) по службе необходимо рассматривать как умышленное создание условий для совершения соответствующих коррупционных преступлений» (п. 13.1), т. е. как приготовление к преступлению.

В числе основных изменений уголовного закона, касающихся определения признаков коррупционных преступлений, являются следующие. Федеральным законом от 4 мая 2011 г. № 97-ФЗ¹³ в ст. 290 «Получение взятки» расширен перечень субъектов преступления — в него включены иностранное должностное лицо и должностное лицо публичной международной организации. Этим же законом была введена ст. 291.1 «Посредничество во взяточничестве», в ч. 5 которой криминализованы обещание или предложение посредничества во взяточничестве. Следует отметить, что ранее в УК РСФСР 1960 г. предусматривалась ответственность за посредничество во взяточничестве (ст. 174.1).

Федеральным законом от 2 ноября 2013 г. № 302-ФЗ¹⁴ были исключены п. 2 и 3 из примечаний к ст. 201 «Злоупотребление полномочиями», согласно которым в случае причинения ущерба исключительно коммерческой организации уголовное преследование осуществляется только по заявлению этой организации или с ее согласия.

Существенные дополнения в УК РФ об ответственности за коррупционные преступления внес Федеральный закон от 3 июля 2016 г. № 324-ФЗ¹⁵, в целом направленный на усиление ответственности за коррупцию. В соответствии с данным законом в ст. 290 получение взятки охватывает те случаи, когда «взятка по указанию должностного лица передается иному физическому или юридическому лицу». Соответствующие положения были предусмотрены в ст. 184 и 204 УК РФ. Также УК РФ дополнен ст. 204.1 «Посредничество в коммерческом подкупе» и ст. 204.2 «Мелкий коммерческий подкуп» и 291.2 «Мелкое взяточничество».

Изменения должны быть внесены и в состав мелкого взяточничества (ст. 291.2 УК РФ), в части установления дополнительных квалифицирующих признаков. Национальным планом противодействия коррупции на 2018–2020 гг., утвержденным Указом Президента РФ от 29 июня 2018 г. № 378, подготовить такие предложения было поручено Генеральной прокуратуре РФ с участием Верховного Суда РФ, Министерства юстиции РФ, Федеральной службы безопасности РФ и Следственного комитета РФ (п. 39).

¹¹ Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Т. 1. Тула : Автограф, 2001. С. 309–310.

¹² Официальный сайт Верховного Суда РФ [Электронный ресурс]. URL: <http://www.vsrp.ru/documents/thematics/29109/> (дата обращения: 20.12.2020).

¹³ О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с совершенствованием государственного управления в области противодействия коррупции : федеральный закон от 04.05.2011 № 97-ФЗ // СЗ РФ. 2011. N 19. Ст. 2714.

¹⁴ О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации : федеральный закон от 02.11.2013 № 302-ФЗ // СЗ РФ. 2013. N 44. Ст. 5641.

¹⁵ О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации : федеральный закон от 03.07.2016 № 324-ФЗ // СЗ РФ. 2016. N 27. Ч. 2. Ст. 4257.

Поскольку ст. 291.2 УК РФ содержит специальную норму по отношению к ст. 290 и 291 УК РФ и применяется в том числе при наличии предусмотренных в них квалифицирующих и особо квалифицирующих признаков, считаем, что перечень этих обстоятельств следует предусмотреть непосредственно в ст. 291.2 УК РФ, с учетом установленных в ней менее строгих санкций.

Кроме того, требует устранения допущенная законодателем системная ошибка в части определения наказания в виде исправительных работ в ч. 2 ст. 291.2 «Мелкое взяточничество» УК РФ. Так, в альтернативной санкции ч. 2 ст. 291.2 предусмотрено наказание «исправительными работами на срок до *трех* лет». Однако указанный срок противоречит установленному в ч. 2 ст. 50 «Исправительные работы» УК РФ максимальному пределу этого наказания, согласно которой «Исправительные работы устанавливаются на срок от двух месяцев до *двух* лет».

Литература

1. Коррупция: природа, проявления, противодействие : монография / отв. ред. Т. Я. Хабриева. М. : ИД «Юриспруденция». 2014. 672 с.
2. *Таганцев Н. С.* Русское уголовное право. Т. 1. Тула : Автограф. 2001. С. 309–310.
3. *Шорохов В. Е.* Антикоррупционная политика ООН и России: сравнительно-правовой аспект // Международное публичное и частное право. 2019. № 6. С. 36–39.

References

1. Corruption: Nature, Types, Counteraction : monograph [Korrupsiya: priroda, proyavleniya, protivodeistvie : monografiya] / Editor-in Chief T. Y. Khabrieva. Moscow : Jurisprudence [Yurisprudentsiya]. 2014. 672 p. (in rus)
2. *Tagantsev, N. S.* Russian Criminal Law. Volume 1 [Russkoe ugovolnoe pravo. T. 1]. Tula : Avtograf [Avtograf]. 2001. P. 309–310. (in rus)
3. *Shorokhov, V. E.* The Anti-Corruption Policy of the UN and Russia: a Comparative Law Aspect [Antikorruptsiionnaya politika OON i Rossii: sravnitel'no-pravovoi aspekt] // International Public and Civil Law [Mezhdunarodnoe publichnoe i chastnoe pravo]. 2019. No. 6. P. 36–39. (in rus)

Цифровое разрешение на строительство как комплексный разрешительный документ

Майборода Виктор Александрович

кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского и трудового права Северо-Западного института управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, Санкт-Петербург, Российская Федерация, судья Тульского областного суда в отставке; mayboroda-va@ranepa.ru
ORCID 0000-0002-3439-1244

АННОТАЦИЯ

В статье выдвигается предложение по формированию цифрового разрешения на строительство как комплексного разрешительного документа, формирование и выдача которого включит в себя соблюдение требований по благоустройству территории как на этапе начала строительства, так и при его завершении. Цифровизация градостроительного регулирования и цифровизация строительной области регулирования должны гармонизироваться через совершенствование структуры градостроительного плана земельного участка, выполнение которого по размещению объекта капитального строительства включит в себя выполнение мероприятий по ландшафтной реконструкции территории застройки. Комплексный разрешительный документ в обсуждаемом смысле охватывает стадии капитального строительства, предшествующие непосредственно капитальному строительству и стадии последующего ландшафтного преобразования территории, компенсирующего антропогенную нагрузку возведенного объекта. Совокупность каждой из величин нагрузки в дальнейшем развитии рассматриваемого регулирования, объединенная в единый массив данных (big data), позволит разрешить вопрос о нагрузке всего поселения в целом со всей возможной определенностью, без использования расчетных методик, чьи оценки носят вероятностный характер.

Ключевые слова: комплексное разрешение на строительство, архитектурно-ландшафтная реконструкция, цифровизация градостроительной деятельности, цифровизация строительства

Digital Building Permit As a Complex Permitting Document

Victor A. Mayboroda

Associate Professor of Civil and Labour Law the North-West Management Institute of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, Saint Petersburg, Russian Federation, Judge of the Tula Regional Court in Resignation, PhD in Jurisprudence; mayboroda-va@ranepa.ru
ORCID 0000-0002-3439-1244

ABSTRACT

The article puts forward a proposal for the formation of a digital building permit as a complex permitting document, the formation and issuance of which will include compliance with the requirements for landscaping both at the start of construction and at its completion. The digitalization of urban planning regulation, on the one hand, and the digitalization of the construction area of regulation should be harmonized through the improvement of the structure of the urban planning plan of the land plot, the implementation of which for the location of the capital construction facility will include the implementation of measures for landscape reconstruction of the development area. A comprehensive permitting document in the sense under discussion covers the stages of capital construction immediately preceding capital construction and the stages of subsequent landscape transformation of the territory, which compensates for the anthropogenic load of the erected object. The totality of each of the load values in the further development of the considered regulation, combined into a single data set (big data), will make it possible to resolve the issue of the load of the entire settlement as a whole with all possible certainty, without using calculation methods, whose estimates are of a probabilistic nature.

Keywords: integrated building permit, architectural and landscape reconstruction, digitalization of urban planning activities, digitalization of construction

Ст. 747 ГК Российской Федерации указывает на ряд дополнительных обязанностей заказчика в договоре строительного подряда, возникновение которых обусловлено прежде всего особенностями предмета данного договора. Заказчик среди прочего обязан обеспечивать транспортировку грузов в адрес возводимого объекта, временную подводку сетей энергоснабжения, водо- и паропровода и оказывать другие услуги. В корреспонденции с обязанностью оказания иных услуг следует рассматривать положения нормы ч. 4 ст. 52 Градостроительного кодекса Российской Федерации, согласно которой при осуществлении строительства, реконструкции, капитального ремонта объекта капитального строительства на основании договора строительного подряда с застройщиком (техническим заказчиком, иным лицом) он должен подготовить земельный участок для строительства и (или) объект капитального строительства для реконструкции или капитального ремонта, а также передать индивидуальному предпринимателю или юридическому лицу, с которыми заключен такой договор, материалы и результаты инженерных изысканий, проектную документацию, разрешение на строительство.

Как видно из приведенного нормативного регулирования, обязанностью именно заказчика является как подготовка земельного участка, чье состояние будет отвечать требованиям закона о пригодности его к застройке, так и получение разрешения на строительство. Разрешение на строительство в современном нормативном регулировании и в сформировавшейся правоприменительной практике выступает точкой бифуркации, смысловым Рубиконом, прохождение которого означает смену одного этапа реализации проекта строительства другим. Предшествующий получению разрешения на строительство этап — это этап не только и не столько подрядных правоотношений, но и этап, требующий решения как технических, так и финансовых вопросов. Причем вопросы финансирования имеют на данном этапе гораздо большее значение, нежели техническая регламентация, поскольку финансирование, как правило, осуществляется банком, сформировавшим самостоятельный набор ковенант, исполнение которых заказчиком объекта капитального строительства всегда не имеет простого решения.

При этом, к сожалению, ни гражданский закон, устанавливающий основы регулирования встречного представления по обязательству подряда, ни отраслевой закон (на федеральном уровне — Градостроительный кодекс России и соответствующий региональный нормативный правовой акт), регламентирующий основы публичного регулирования разрешительной, дозволительной деятельности в области капитального строительства как в сфере технологии, предполагающей повышенную опасность для участников процессов, вследствие чего базирующийся исключительно на дозволении в качестве ультимативного атрибута регулирования, не закрепляют положений ландшафтной культуры. Под такими положениями ландшафтной культуры следует понимать свойства объекта капитального строительства, что направлены не только на удовлетворение его функционального значения в системе существующей застройки либо при развитии, освоении новой территории, но и на удовлетворение экологических требований общества и эстетических потребностей жителей соответствующего муниципального образования, в котором предполагается новое строительство.

Отдельные регионы либо муниципальные образования предпринимают шаги к регулированию названных отношений в части предшествующей визуализации объекта капитального строительства, подлежащего возведению в общем архитектурном облике застройки. Так, в Санкт-Петербурге действует региональный Закон Санкт-Петербурга от 2 декабря 2015 г. № 692-147 «О порядке предоставления решения о согласовании архитектурно-градостроительного облика объекта в сфере жилищного строительства и в сфере строительства объектов капитального строительства нежилого назначения», чье нормативное регулирование предполагает одобрение уполномоченным органом исполнительной власти облика будущего объекта (за установленными изъятиями видов объектов). По смыслу регулирования отсутствие согласования архитектурно-градостроительного облика объекта выступает препятствием к выдаче разрешения на строительство, однако запрет с очевидностью не формализован.

Требование о согласовании архитектурно-градостроительного облика основано на п. 130 исчерпывающего перечня процедур в сфере жилищного строительства, утвержденного Постановлением Правительства Российской Федерации от 30 апреля 2014 г. № 403, в связи с чем проходит процедуру судебного нормоконтроля, распространяя претензию регулирования не только в отношении объектов жилищного, но и иного капитального строительства (Определение Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда РФ от 14 сентября 2017 г. № 78-АПГ 17-12).

Аналогично административные процедуры согласования будущего облика объектов установлены в ряде иных публично-правовых образований, например: в Московской области, в Ямало-Ненецком АО, в муниципальных образованиях — городах Казань, Симферополь, Южно-Сахалинск, Ялта и т. д.

Однако, как приведено, согласование архитектурно-градостроительного облика являет собой частный случай в регулировании отношений по внешнему облику объекта, как правило в части облика фасада. Ландшафтная реконструкция по смыслу предлагаемого регулирования это не только визуальное представление о внешнем виде объекта в смысле благоустройства в территории муниципального образования, но и об антропогенной нагрузке всей совокупности объектов капитального строительства на природные ресурсы, в том числе потребляемые: вода (потребление, отведение), воздух (зеленые насаждения) и пространство (зоны, земельные участки), — той нагрузке, что образует населенный пункт на окружающие природные ресурсы.

Следует отметить, что по правовой природе отношения по застройке и, соответственно, заключению договора строительного подряда по критерию субъектного состава возможно условно разделить на несколько: с участием пу-

блично-правового образования, выступающего заказчиком (такие отношения, как правило, регулируются нормами Федерального закона от 05.04.2013 №44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»), с участием физических лиц, выступающих участниками долевого строительства (специальным законом является Федеральный закон от 30.12.2004 № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации»), и предпринимательскими с обеих сторон отношениями являются инвестиционные отношения, регулируемые Федеральным законом от 25.02.1999 № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений». Очевидно наличие специфики во всех приведенных, а также непоименованных договорных отношениях применительно к правам и обязанностям сторон, а в отношении публично-правового образования еще и усложненность наличием публичного полномочия, возможного в случае реализации влиять на договорные отношения. Любое из названных договорных отношений возможно дополнить положениями о ландшафтной реконструкции.

Однако ординарной ситуацией является получение застройщиком разрешения на строительство, оцениваемое в качестве отправной точки исполнения сторонами встречных обязательств по договору строительного подряда, исчерпываемого только лишь непосредственно самой стройкой как видом экономической деятельности.

В литературе правоприменительной направленности указывается, что разрешение на строительство подтверждает соответствие запланированного строительства требованиям как градостроительного, так и земельного законодательства. Например, Е. А. Останина указывает, что такой подход следует и из содержания ст. 51 Градостроительного кодекса Российской Федерации, и из логики развития судебной практики, строго наказывающей за строительство без разрешения¹. Однако у данного документа имеется и иной практический след применительно к разрешению споров о самовольности строительства. Трендом правоприменения, имеющим базовую направленность к легализации фактически возведенных объектов капитального строительства, являлось установление судами мер к получению разрешения на строительство и по установлению этого обстоятельства — признание объекта строительства соответствующим требованиям ст. 222 ГК Российской Федерации, то есть отнесение его к законно возведенным объектам². Однако постепенное осознание того факта, что не только сам по себе объект капитального строительства не должен нарушать положений санитарного-гигиенического, противопожарного регулирования, строительных норм и правил, но и соответствовать градостроительной (инженерной), социальной, коммунальной инфраструктуре, обеспечивающей жизнедеятельность пользователей таких объектов капитального строительства, привело к постепенному изменению направления практики, изменению закона о самовольном строительстве (Федеральный закон от 3 августа 2018 г. № 339-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и статью 22 Федерального закона “О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации”»). Очевидно, что развитие такого представления о разрешительной документации на строительство объекта капитального строительства должно с течением времени включить в себя и общие экологические и эстетические представления мажоритарного большинства о таком строительстве, что будет обеспечивать удовлетворение не только функциональных потребностей заказчика, но названных потребностей общества. Антропогенная нагрузка в нерасчетных, а вернее сказать, в условиях некомплексной застройки (иначе называемая — точечная) порождает проблемы ограничения в обеспеченности коммунальными ресурсами, а в дальнейшем административное ограничение в потреблении коммунальных ресурсов. Ярким примером такой ситуации выступает всероссийский город-курорт Сочи³.

Дальнейшее совершенствование регулирования в рассматриваемых отношениях формируется посредством соединения процедур регулирования строительства и гражданско-правовой регламентации прав в отношении объектов строительства в части их правовой и экономической трансформации в объекты недвижимого имущества. Например, предлагается объединить ввод в эксплуатацию объекта капитального строительства с регистрацией прав на него в единое целое⁴.

Однако верна будет и обратная корреляция, направленная на оптимизацию регулирования отношений договора строительного подряда: объединить в единое целое процедуру получения разрешений на проведение земляных работ (подготовка земельного участка в состояние, пригодное для строительства), на строительство объекта

¹ Останина Е. А. Что разрешает разрешение на строительство? Комментарий к определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 27.09.2016 № 309-ЭС16-5381 // Вестник экономического правосудия. 2016. № 11. С. 19.

² Щербakov Н. Б. Значение разрешения на строительство. Комментарий к постановлению Президиума ВС РФ от 11.11.2015 по делу № 301-ПЭК15 // Вестник экономического правосудия. 2016. № 1. С. 25–27.

³ Заметка «Вопрос перебоев с водоснабжением в Центральном районе города обсуждался 20 ноября на оперативном штабе, который провел глава курорта Алексей Копайгородский», как и множество других, иллюстрирует ситуацию с районными отключениями водоснабжения в г. Сочи [Электронный ресурс]. URL: <https://kubnews.ru/obshchestvo/2020/11/20/zhiteli-sochi-chetvertyyden-ostayutsya-bez-vody/> (дата обращения: 26.04.21). Аналогичная заметка [Электронный ресурс]. URL: <http://www.privetsochi.ru/blog/sitiproblem/88022.html> (дата обращения: 26.04.21).

⁴ О внесении изменений в статью 55 Градостроительного кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части обеспечения возможности осуществления государственной регистрации прав на основании разрешения на ввод объекта капитального строительства в эксплуатацию : проект Федерального закона № 1099901-7 [Электронный ресурс] // Система обеспечения законодательной деятельности. URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/1099901-7> (дата обращения: 31.01.21).

капитального строительства и внесение сведений в градостроительный план земельного участка, как информационно-обеспечительный документ, сведений о соответствии (не соответствии) возводимого объекта строительства требованиям инженерной, социальной и коммунальной инфраструктур, осуществить которое уже необходимо на цифровой платформе с визуализацией как собственно технического представления об объекте капитального строительства, так и с визуализацией экологических и эстетических реконструкционных мероприятий, планируемых к реализации для целей благоустройства освоенной при строительстве территории. Такая цифровая оптимизация, выполняемая на единой платформе, с течением времени сконцентрирует не только возможности визуального представления о развитии, выполнение которого будет осуществляться на основе решений генерального плана поселения, но и о размере вышеуказанной антропогенной нагрузки во всей совокупности с реальным и совершенно определенным представлением о масштабе компенсационных, реконструкторских мероприятий для восстановления баланса природных ресурсов окружающей среды, подвергшихся нагрузке в результате строительства объекта.

На практике перед работами непосредственно капитального строительства необходимо провести так называемые земляные работы и рубку (снос) зеленых насаждений, провести согласования по подключению возводимого (реконструируемого) объекта к сетям ресурсоснабжения. В формально-правовом смысле получению разрешения на строительство, как следует из ч. 2 ст. 48 ГрК Российской Федерации, предшествует подготовка проектной документации, которая представляет собой документацию, содержащую материалы в текстовой форме и в виде карт (схем) и определяющую архитектурные, функционально-технологические, конструктивные и инженерно-технические решения для обеспечения строительства, реконструкции объектов капитального строительства, их частей, капитального ремонта. В регионах в законодательстве, регулирующем отношения по благоустройству, используется правовой институт выдачи разрешения на проведение земляных работ, как правило, оно называется орденом на проведение земляных работ. В качестве примеров регионального регулирования можно указать ст. 20 Закона г. Москвы от 30 апреля 2014 г. № 18 «О благоустройстве в городе Москве», Постановление Администрации города Екатеринбурга Свердловской области от 27 ноября 2020 г. № 2433 «Об утверждении Административного регламента предоставления муниципальной услуги “Выдача разрешения (ордера) на производство земляных работ”», Постановление Исполнительного комитета муниципального образования г. Казани от 7 декабря 2020 г. № 3585 «О внесении изменений в постановление Исполнительного комитета г. Казани от 01.08.2014 № 4520 “Об утверждении Административного регламента”» и т. д. Единства правового определения данному виду работ не имеется, но, как правило, это производство работ, связанных со вскрытием грунта на глубину более 30 см (за исключением пахотных работ), забивкой и погружением свай при возведении объектов и сооружений всех видов, подземных и наземных инженерных сетей, коммуникаций, а равно отсыпкой грунтом на высоту более 50 см (заимствовано из ст. 4 Закона Московской области от 30.12.2014 № 191/2014-ОЗ «О благоустройстве в Московской области»).

Аналогичной является ситуация с получением разрешения на рубку зеленых насаждений. Порядок их выдачи также регламентируется либо на муниципальном, либо региональном уровнях в зависимости от распределения и перераспределения полномочия по озеленению. Например, в Москве порядок получения указанного разрешения (поруточного билета) регулируется Постановлением Правительства Москвы от 27.02.2007 № 121-ПП «О внесении изменений в постановление Правительства Москвы от 10 сентября 2002 г. № 743-ПП», утвердившего Правила создания, содержания и охраны зеленых насаждений города Москвы.

В этом же ряду находится и согласование архитектурно-градостроительного облика объекта капитального строительства, примеры которому приведены выше.

Постольку приведенные процедуры не находятся в системном единстве правового регулирования и не предполагают необходимости нахождения в причинной связи, застройщики осуществляют их параллельно — в целях, как им кажется, экономии времени. То есть получение и проведение земляных работ идет само по себе, одновременно с ними идет снос (рубка) зеленых насаждений и подготавливается и согласуется проектная документация на объект капитального строительства, согласно техническому заданию договора строительного подряда. Фактически выполнение всех названных мероприятий суть уже ведение строительных работ так называемого нулевого цикла, именно в процессе которого застройщик обращается за получением разрешения на строительство, уже делая его. Однако ведь не исключен отказ в предоставлении разрешения на строительство, оснований формально-правового свойства к которому более чем достаточно, и результаты проведенных работ в таком случае квалифицируются как самовольная постройка, подлежащая сносу. Яркий, наглядный пример такой ситуации приведен в обстоятельствах дела, разрешенного по существу Определением Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 07.08.2018 № 304-ЭС18-2923 по делу № А75-12454/2016 и включенного в Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 4 2018 г. Такие дела, обстоятельства которых содержат очевидную самонадеянность застройщика в экономии времени, приводящие в итоге к негативным результатам неисполнения договора строительного подряда, не редкость. Представляется, что строительные технологии, скорость строительства несколько опередили административно-разрешительную систему регулирования отношений в области капитального строительства.

Концепцией «Новый ритм строительства», предполагаемой к реализации в нормативном регулировании отношений, связанных со строительством Общенациональным планом действий, обеспечивающих восстановление

занятости и доходов населения, рост экономики и долгосрочные структурные изменения в экономике (одобрен Правительством РФ 23.09.2020, протокол № 36, раздел VII), планируется ускорение строительных процедур, реформирование нормативной правовой базы градостроительной деятельности и строительства.

Представляется необходимым в указанных форматах реформирования объединить в едином цифровом пространстве все разрешительные процедуры, как предшествующие получению разрешения на строительство, так и включающие в себя его выдачу, уснастив его и разрешительными (предписывающими) требованиями о ландшафтной реконструкции освоенной территории, при вводе объекта капитального строительства в эксплуатацию. Такую процедуру возможно поименовать «цифровое комплексное разрешение на строительство». Сама по себе цифровизация строительной отрасли не новость в развитии доктрины. Так, стоит согласиться с Ю. Г. Лесковой в том, что вопрос о необходимости использования информационных (цифровых) технологий и создания цифровых платформ в сфере саморегулирования строительной деятельности является созревшим и нуждающимся в воплощении нормативного правового регулирования⁵.

Однако и в сфере публично-правовой регламентации разрешительной стороны отношений строительства имеются возможности развития указанного направления. Так, при регламентации этих отношений в существующей системе информационного обеспечения градостроительной деятельности для застройщика (по норме — для неограниченного круга лиц) формируется градостроительный план земельного участка (далее — ГПЗУ). Согласно ч. 1 ст. 57.3. ГрК Российской Федерации, ГПЗУ — это документ, в котором содержится информация для архитектурно-строительного проектирования, строительства и реконструкции объектов недвижимости в границах земельного участка, а в ряде случаев ГПЗУ можно получить до образования земельного участка на основании утвержденных проекта межевания территории и (или) схемы расположения земельного участка или земельных участков на кадастровом плане территории⁶. ГПЗУ представляется в комплекте документов для получения разрешения на строительство. Согласно п. 16 ч. 3 ст. 57.3 ГрК Российской Федерации, в ГПЗУ вносятся сведения о реквизитах органов публичной власти, устанавливающих требования к благоустройству территории, то есть только отражаются сами требования, но не факт их исполнения либо обращения за разрешением об их исполнении.

Непосредственно в форме ГПЗУ, утвержденной Приказом Минстроя России от 25.04.2017 № 741/пр, эти сведения подлежат отражению в п. 10.

Таким образом, в текущем регулировании имеется возможность по устранению фактического начала работ по подготовке земельного участка для застройки и легализации так называемых земляных работ в федеральном законодательстве посредством уточнений, подлежащих внесению в форму ГПЗУ, и прежде всего за счет ресурса цифровой визуализации объекта капитального строительства с уже произведенной ландшафтной реконструкцией территории. Следует указать не только требования по благоустройству территории, но разделить их на требования, подлежащие выполнению до получения разрешения на строительство, и требования по благоустройству, выполнение которых необходимо осуществить после ввода объекта в эксплуатацию, а также совокупность потребляемых ресурсов (усредненную антропогенную нагрузку). Здесь уместно было бы реализовать возможность дальнейшей экологизации строительной сферы имплементацией требований ландшафтной реконструкции (архитектурно-ландшафтной реконструкции), охватывающих не только непосредственно работы по благоустройству, но и приведение земельного участка (иного элемента планировочной структуры) в состояние, соответствующее состоянию природной среды соответствующей климатической зоны, что охватывает не только декоративные элементы и озеленение, но и ландшафтные работы и работы, обеспечивающие сохранение макроклиматических условий, в том числе гидрологические. Перспектива трансформации правил благоустройства поселения в правила архитектурно-ландшафтной реконструкции пока находится в стадии обсуждения, но тем не менее органы публичной власти формируют инструменты для аккумуляции мнения жителей⁷, возможность реализации которого в уже формализованном виде должно приниматься к учету в развитии строительной отрасли в целом.

Возражение о том, что благоустройство территории являет собой реализацию полномочий органов местного самоуправления и поэтому его включение в федеральное регулирование не основано на системе существующего разделения полномочий, не может быть признано обоснованным, поскольку речь идет о включении в федеральное регулирование только информационной фиксации выполнения требований по благоустройству, их детализация. Существо принципов организации местного самоуправления такое информационное закрепление не противоречит⁸. Поэтому в ГПЗУ возможно закрепить не только отражение наличия требований по благоустройству, но и отражение факта их выполнения с тем, чтобы следующий разрешительный этап — выдача разрешения

⁵ Лескова Ю. Г. Применение информационных (цифровых) технологий в саморегулировании как условие развития строительной отрасли и правового регулирования // Гражданское право. 2018. № 5. С. 9–11.

⁶ Майборода В. А. Градостроительный план земельного участка: новация управленческой функции в информационную // Градостроительное право. 2016. № 3. С. 3–6.

⁷ См., например, Приказ Минстроя РФ от 30 декабря 2020 г. № 913/пр «Об утверждении методических рекомендаций по вовлечению граждан, их объединений и иных лиц в решение вопросов развития городской среды».

⁸ Бабичев И. В. Нормы-принципы Европейской хартии местного самоуправления как составная часть правовой доктрины российской модели местного самоуправления // Конституционное и муниципальное право. 2018. № 6. С. 67–74.

на строительство — происходил уже не в предположительных условиях, позволяющих застройщику надеяться на экономию времени, но формировал условия правовой определенности в последовательности реализуемых разрешительных процедур.

В дальнейшем при осуществлении вышеприведенных планов Правительства России по цифровизации строительной отрасли представляется важным формирование цифрового комплексного разрешения на строительство, которое будет охватывать весь спектр работ, начиная от подготовки участка (земляные работы, порубочные и т. д.), обязывающего при вводе объекта в эксплуатацию провести мероприятия ландшафтной реконструкции и являющегося при его завершении (погашении) выдачей разрешения на ввод в эксплуатацию основанием к регистрации прав на возведенный, реконструированный объект капитального строительства. Более того, формирование объединенной базы данных (big data) о совокупной нагрузке формирует не только представление о размере антропогенной нагрузки, но и о защите личных неимущественных прав граждан — прав на благоприятную окружающую среду. Именно в этом и заключается появление нового качества в защите субъективных прав участников гражданского оборота и публичного регулирования градостроительной деятельности, о чем верно отмечается в современной литературе, рассматривающей цифровую трансформацию субъективных гражданских прав⁹.

На основании изложенного следует, *во-первых*, констатировать необходимость формирования цифрового разрешения на строительство как очевидный этап развития строительной отрасли в целом и отвечающего современным требованиям элемента договорной конструкции строительного подряда; *во-вторых*, включить в правовое понимание цифрового комплексного разрешения на строительство выполнение иных требований, выполнение которых предполагается регулированием в сфере благоустройства, в том числе выполнение требований ландшафтной реконструкции; *в-третьих*, реорганизовать структуру градостроительного плана земельного участка, получение которого необходимо при обращении за ординарным разрешением на строительство, включением в него визуального цифрового представления о будущем внешнем облике объекта капитального строительства и ландшафтной реконструкции как совокупности мероприятий, компенсирующих нагрузку на природные ресурсы, выполнение которых определяет возможности получения аналогичного комплексного (цифрового) разрешения на ввод объекта в эксплуатацию.

Литература

1. *Бабичев И. В.* Нормы-принципы Европейской хартии местного самоуправления как составная часть правовой доктрины российской модели местного самоуправления // Конституционное и муниципальное право. 2018. № 6. С. 67–74.
2. *Лескова Ю. Г.* Применение информационных (цифровых) технологий в саморегулировании как условие развития строительной отрасли и правового регулирования // Гражданское право. 2018. № 5. С. 9–11.
3. *Майборода В. А.* Градостроительный план земельного участка: новация управленческой функции в информационную // Градостроительное право. 2016. № 3. С. 3–6.
4. *Останина Е. А.* Что разрешает разрешение на строительство? Комментарий к определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 27.09.2016 № 309-ЭС16-5381 // Вестник экономического правосудия. 2016. № 11. С. 19–23.
5. *Разуваев Н. В.* Цифровая трансформация субъективных гражданских прав: проблемы и перспективы // Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2021. № 1. С. 18–38.
6. *Щербаков Н. Б.* Значение разрешения на строительство. Комментарий к постановлению Президиума ВС РФ от 11.11.2015 по делу № 301-ПЭК15 // Вестник экономического правосудия. 2016. № 1. С. 25–27.

References

1. Babichev, I. V. Regulations and Principles of the European Charter of Local Self-Government as a Component of the Legal Doctrine of the Russian Self-Government Model [Normy-printsipy Evropeiskoi khartii mestnogo samoupravleniya kak sostavnaya chast' pravovoi doktriny rossiiskoi modeli mestnogo samoupravleniya] // Constitutional and Municipal Law [Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo]. 2018. No. 6. P. 67–74.
2. Leskova, Yu. G. Application of Information (Digital) Technology in Self-Regulation as a Condition for the Development of the Construction Sector and the Legal Regulation [Primenenie informatsionnykh (tsifrovyykh) tekhnologii v samoregulirovanii kak uslovie razvitiya stroitel'noi otrasli i pravovogo regulirovaniya] // Civil Law [Grazhdanskoe pravo]. 2018. No. 5. P. 9–11.
3. Mayboroda, V. A. Urban Plan of Land Plot: Substitution of Managerial Function for the Information One [Gradostroitel'nyi plan zemel'nogo uchastka: novatsiya upravlencheskoi funktsii v informatsionnyu] // Town-planning Law [Gradostroitel'noe pravo]. 2016. No. 3. P. 3–6.

⁹ *Разуваев Н. В.* Цифровая трансформация субъективных гражданских прав: проблемы и перспективы // Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2021. № 1. С. 18–38.

4. Ostanina, E. A. What Does the Building Permit Permit? Commentary on the Determination of the Judicial Collegium for Economic Disputes of the Supreme Court of the Russian Federation dated September 27, 2016 No. 309-ES16-5381 [Chto razreshaet razreshenie na stroitel'stvo? Kommentarii k opredeleniyu Sudebnoi kollegii po ehkonomicheskim sporam VS RF ot 27.09.2016 № 309-EHS16-5381] // The Herald of Commercial Justice of Russia [Vestnik ehkonomicheskogo pravosudiya]. 2016. No. 11. P. 19–23.
5. Razuvaev, N. V. Digital Transformation of Subjective Civil Rights: Problems and Prospects [Tsifrovaya transformatsiya sub"ektivnykh grazhdanskikh prav: problemy i perspektivy] // Theoretical and Applied Law [Teoreticheskaya i prikladnaya yurisprudentsiya]. 2021. No. 1. P. 18–38.
6. Shcherbakov, N. B. The Value of Building Permits. Commentary on the Resolution of the Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation Dated 11.11.2015 in Case No. 301-PEK15 [Znachenie razresheniya na stroitel'stvo. Kommentarii k postanovleniyu Prezidiuma VS RF ot 11.11.2015 po delu № 301-PEHK15] // The Herald of Commercial Justice of Russia [Vestnik ehkonomicheskogo pravosudiya]. 2016. No. 1. P. 25–27.

Гражданско-правовая ответственность арбитражного управляющего: актуальные проблемы

Яровой Денис Олегович

магистрант по направлению подготовки «Юриспруденция», профиль «частное право», Северо-Западного института управления РАНХиГС, Санкт-Петербург, Российская Федерация; 9119687@gmail.com

АННОТАЦИЯ

Статья посвящена рассмотрению гражданско-правовой ответственности арбитражного управляющего при исполнении им обязанностей в рамках дел о несостоятельности (банкротстве). Рассматриваются актуальные проблемы, связанные с гражданско-правовой ответственностью арбитражного управляющего (взыскание убытков). Определены три проблематики, с которыми сталкиваются заинтересованные лица в процессе определения, доказывания и взыскания убытков. Обобщаются выводы о влиянии механизма взыскания убытков на повышение эффективности процедур банкротства.

Ключевые слова: страхование арбитражного управляющего, убытки, ответственность арбитражного управляющего, банкротство

Civil Liability of an Insolvency Practitioner: Actual Problems

Denis O. Yarovoy

Candidate for a Master's Degree, The North-West Institute of Management — Branch of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, Saint Petersburg, Russian Federation; 9119687@gmail.com

ABSTRACT

The article is devoted to the consideration of the civil liability of an insolvency administrator in the performance of his duties in the framework of insolvency (bankruptcy) cases. Topical issues related to the civil liability of an insolvency administrator (recovery of damages) are considered. Three issues are identified that stakeholders face in the process of determining, proving and recovering losses. The conclusions about the impact of the mechanism for collecting losses on increasing the efficiency of bankruptcy procedures are summarized.

Keywords: insurance of an insolvency administrator, losses, liability of an insolvency administrator, bankruptcy

Арбитражный управляющий является субъектом профессиональной деятельности, которая регулируется и регламентируется Федеральным законом от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — Закон о банкротстве).

Российское законодательство содержит ряд мер, направленных на обеспечение добросовестности арбитражного управляющего посредством различного рода ответственности, предусмотренной по отношению к управляющему¹. Ст. 20.4 Закона о банкротстве определяет ответственность арбитражного управляющего в рамках исполнения им обязанностей при проведении процедур несостоятельности (банкротства). П. 4 данной статьи в качестве меры ответственности управляющего определяет возмещение им убытков, причиненных должнику, кредиторам и иным лицам. Данная мера ответственности является гражданско-правовой, и размер убытков определяется по правилам ст. 15 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ). Вместе с тем нормы ГК РФ применяются с учетом приоритета норм Закона о банкротстве, являющихся специальными.

Поскольку возмещение убытков является мерой гражданско-правовой ответственности, то лицо, требующее их возмещения, должно доказать факт нарушения права, наличие и размер понесенных убытков, причинную связь между нарушением права и возникшими убытками.

Несмотря на широкую правоприменительную практику в вопросе взыскания убытков, можно выделить несколько актуальных проблем, связанных с гражданско-правовой ответственностью арбитражного управляющего.

В частности, первая проблема связана с определением размера причиненных убытков.

¹ Сахарова Ю. В. Правовые проблемы реализации принципа добросовестности в процессе банкротства // Вестник Омской юридической академии. 2017. № 2. С. 44–49.

Второй актуальной проблемой является недостаточность существующих источников для возмещения причиненных арбитражным управляющим убытков.

Третий вопрос затрагивает процесс доказывания ответственности конкретного арбитражного управляющего и определения его меры ответственности в случае, если в рамках процедуры несостоятельности (банкротства) обязанности управляющего осуществлялись несколькими арбитражными управляющими.

Ниже приведена более подробная характеристика современных проблем гражданско-правовой ответственности арбитражного управляющего.

В п. 11 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 22.05.2012 № 150 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами споров, связанных с отстранением конкурсных управляющих» указано, что под убытками, причиненными должнику, а также его кредиторам, понимается любое уменьшение или утрата возможности увеличения конкурсной массы, которые произошли вследствие неправомерных действий (бездействия) конкурсного управляющего.

Согласно п. 1 ст. 15 ГК РФ следует различать два вида убытков: реальный ущерб и упущенную выгоду, наличие которых, как показывает многолетняя судебная практика, доказать очень сложно².

В указанных трактовках убытков обращает на себя внимание формулировка «утрата возможности» и «упущенная выгода». Данные определения в полной мере в законодательстве не раскрыты и могут иметь различные трактовки в рамках судебного разбирательства и, как следствие, влиять на размер взыскиваемых убытков.

Одним из часто встречающихся обстоятельств, служащих основанием для взыскания убытков с арбитражного управляющего, является ненадлежащая работа по оспариванию сделок должника, в частности пропуск исковой давности. В этом случае по вине арбитражного управляющего утрачивается возможность увеличения конкурсной массы. Вместе с тем при отсутствии судебного акта о признании сделки недействительной и применении последствий недействительности (а это может быть как возврат имущества в конкурсную массу, так и взыскание рыночной стоимости имущества) заявителю невозможно в полной мере конкретизировать сумму причиненных убытков.

Невозможность пополнения конкурсной массы за счет применения последствий признания сделок недействительными можно рассматривать как упущенную выгоду должника и кредиторов. Поскольку упущенная выгода представляет собой неполученный доход, при разрешении споров, связанных с ее возмещением, следует принимать во внимание, что ее расчет, представленный истцом, как правило, является приблизительным и носит вероятностный характер. Это обстоятельство само по себе не может служить основанием для отказа в иске³. В то же время к вопросу об определении размера убытков в диссертационном исследовании обращается Е. В. Мурашкина, по мнению которой говорить о возмещении упущенной выгоды в рамках дел о несостоятельности (банкротстве) не имеет смысла, а следует рассматривать причиненный ущерб, а не полное возмещение убытков⁴.

Согласно позиции Верховного Суда Российской Федерации закон не позволяет суду отказать в удовлетворении требования кредитора о возмещении убытков, причиненных неисполнением обязательства, только на том основании, что размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности. В таком случае суд обязан определить размер подлежащих возмещению убытков с учетом всех обстоятельств дела исходя из принципов справедливости и соразмерности ответственности допущенному нарушению обязательства^{5, 6}.

Таким образом, действующая судебная практика возлагает на суд обязанность по определению причинно-следственной связи между действиями конкурсного управляющего и определением взыскиваемых размеров убытков, что зачастую приводит к отказу судами первой инстанции в удовлетворении заявлений о взыскании убытков с арбитражного управляющего и последующему обжалованию решений в вышестоящих инстанциях, что подтверждается актуальной практикой (Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 07.08.2020 по делу № А56-76171/2016, Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 20.07.2020 по делу № А56-58410/2013, Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 26.08.2020 по делу № А44-3084/2017).

Вместе с тем отмены вышестоящими инстанциями судебных актов с отказом во взыскании убытков не разрешают вопрос с определением размера причиненного убытка, что в конечном итоге можно рассматривать в качестве проблемы как для самого арбитражного управляющего, так и для кредиторов и должника.

Механизмом выхода из сложившейся проблемы видится повышение требования к истцам в вопросе определения суммы взыскиваемых убытков, в частности использование экспертных заключений, а именно: использование

² *Василевская Л. Ю.* Возмещение убытков в российском и англо-американском праве: различие концептуальных подходов // Российский юридический журнал, 2018. № 2. С. 51–62.

³ Постановление Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

⁴ *Мурашкина Е. В.* Гражданско-правовая ответственность арбитражного управляющего: автореф. ... дис. к. ю. н. Москва, 2008. 23 с.

⁵ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 26.10.2017 № 305-ЭС17-8225 [Электронный ресурс]. URL: https://www.vsr.fu/stor_pdf_ec.php?id=1590162 (дата обращения: 15.12.2020).

⁶ О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7.

судебных экспертиз для определения рыночной стоимости имущества, сделки по отчуждению которого не были оспорены арбитражным управляющим и срок исковой давности по которым прошел, использование экспертиз с целью определения размера уменьшения стоимости имущества должника, произошедшего в результате действий или бездействия арбитражного управляющего, использование экспертиз по определению действительной стоимости дебиторской задолженности должника, которая не была взыскана арбитражным управляющим и сроки предъявления которой были пропущены, либо юридическое лицо было исключено из Единого государственного реестра юридических лиц (ЕГРЮЛ).

Данный механизм позволит избежать приблизительный характер размера взыскиваемых убытков, а также минимизирует возможность злоупотребления правом со стороны кредиторов по привлечению арбитражного управляющего к убыткам, размер которых заявляется произвольно.

Еще одной актуальной проблемой является непосредственно исполнение судебного акта о взыскании убытков. В случае признания действий арбитражного управляющего ненадлежащими и взыскания с управляющего убытков, причиненных должнику, кредиторам и иным лицам, актуальным является вопрос о возможности возмещения взысканных убытков, т. е. фактическом исполнении судебного акта.

Существуют несколько источников возмещения причиненных убытков:

- возмещение убытков самим арбитражным управляющим;
- возмещение убытков страховой компанией, в которой застрахована ответственность арбитражного управляющего;
- возмещение за счет компенсационного фонда саморегулируемой организацией, членом которой является арбитражный управляющий;
- реализация взысканных убытков на открытых торгах.

Возмещение убытков самим арбитражным управляющим на практике сводится к компенсации незначительных сумм убытков. В данном случае можно экстраполировать статистику банкротства граждан. Так, по данным Единого федерального реестра сведений о банкротстве (далее — ЕФРСБ), по итогам 2019 г. доля удовлетворенных требований от объема включенных требований составляет 3,5%⁷. В связи с этим взыскание убытков с арбитражного управляющего, в том числе в рамках процедуры его личного банкротства является малоперспективным и длительным процессом.

Ответственность арбитражного управляющего за причинение убытков лицам, участвующим в деле о банкротстве, застрахована на сумму не менее 10 млн руб. (ст. 24.1 Закона о банкротстве), также в определенных Законом о банкротстве случаях управляющим заключается договор дополнительного страхования (при превышении балансовой стоимости активов должника 100 млн руб.; более подробный расчет размера дополнительного страхования описан в п. 2 ст. 24.1 Закона о банкротстве), но размер страхового возмещения в размере 10 млн руб. является наиболее распространенным. Кроме того, требование о заключении договора дополнительного страхования не распространяется на отдельные категории должников: физических лиц и отсутствующих должников.

Еще одним способом возмещения убытков, причиненных арбитражным управляющим, является выплата из компенсационного фонда саморегулируемой организации, членом которой является управляющий. В соответствии с п. 11 ст. 25.1 Закона о банкротстве размер такой выплаты не может превышать 50% компенсационного фонда саморегулируемой организации. Минимальный размер компенсационного фонда составляет 50 млн руб., таким образом, в среднем размер выплаты не будет превышать 25 млн руб.

Стоит сделать оговорку, что положения п. 11 ст. 25.1 Закона о банкротстве применяются, если производство по делу возбуждено после 01.01.2019. В иных случаях применяются ранее действовавшие нормы, а именно размер компенсации — не более 5 млн руб.

Взысканные с арбитражного управляющего убытки по своей природе являются дебиторской задолженностью должника, и, как и иная дебиторская задолженность, может быть реализована посредством проведения электронных торгов. Как показывает практика, в большинстве случаев дебиторская задолженность реализуется на этапе публичного предложения по цене, значительно отличающейся от номинальной стоимости. При этом следует принимать во внимание расходы, сопряженные с реализацией дебиторской задолженности (убытков): расходы на публикации в газете «Коммерсантъ», ЕФРСБ, услуги электронной торговой площадки и прочее, что в конечном итоге делает источник погашения задолженности экономически невыгодным.

Актуальность проблемы исполнения судебных актов о взыскании убытков подтверждается статистическими данными. Так, за период с января по сентябрь 2019 г. в ЕФРСБ опубликовано 65 заявлений о взыскании с арбитражных управляющих убытков на общую сумму 683 млн руб.⁸ Необходимо оговориться, что данная статистика основана только на тех данных, которые арбитражные управляющие внесли в ЕФРСБ.

В 46% случаев сумма убытков составляет менее 1 млн руб., в 37% случаев сумма убытков составляет от 1 до 10 млн руб., в 15% — от 10 до 100 млн руб. и в 2% случаев сумма взысканных убытков превышает 100 млн руб.

⁷ Результаты процедур в делах о банкротстве за 2019 год [Электронный ресурс] URL: <https://fedresurs.ru/news/d9263eb1-10a9-43db-8755-3dc0add94bd3?attempt=1> (дата обращения: 15.12.2020).

⁸ Процедуры банкротства: статистика Федерсурса [Электронный ресурс]. URL: <https://download.fedresurs.ru/news/Алексей%20Юхин%20Статистика%20ЕФРСБ%20Уральский%20форум%202019.pdf> (дата обращения: 15.12.2020).

Таким образом, в 83% случаев имеется реальная возможность исполнения судебных актов о взыскании убытков с арбитражного управляющего (без учета неисполнения страховыми организациями и саморегулируемыми организациями своих обязанностей по компенсации убытков), а в 17% случаев данная возможность в большинстве своем ограничена суммой 35 млн руб. (15 млн руб. в случае процедур, инициированных до 01.01.2019).

Резюмируя вышесказанное, в настоящее время сам механизм гражданско-правовой ответственности в большей степени ориентирован на привлечение к ответственности самого арбитражного управляющего, а не возмещение причиненного вреда заинтересованным лицам.

Решение данной проблемы видится в совершенствовании механизма страхования ответственности арбитражного управляющего, а также формирования дополнительных фондов в саморегулируемых организациях, за счет которых было бы возможным компенсировать убытки, причиненные арбитражным управляющим. Внутренние положения саморегулируемых организаций арбитражных управляющих (СРО АУ) предусматривают внесение членских взносов арбитражными управляющими, которые предназначены для обеспечения деятельности СРО АУ по реализации уставных целей и задач. Видится целесообразным помимо компенсационного фонда формирование на основе членских взносов арбитражных управляющих дополнительных резервных фондов, за счет которых было бы возможным возмещение причиненных управляющими убытков.

Третьим актуальным вопросом (в данном случае нельзя в полной мере отнести это к проблеме, так как сформирована судебная практика по данному вопросу), рассматриваемым в данной статье, является конкретизация ответственности определенного управляющего. В силу требований законодательства лицо, требующее взыскания убытков, должно доказать в том числе причинно-следственную связь между действием причинителя вреда и убытками, предьявленными ко взысканию.

Нередко в рамках процедур несостоятельности (банкротства) одного должника обязанности конкурсного (внешнего) управляющего исполняют несколько арбитражных управляющих. Соответственно, заявитель, обращаясь в суд, должен доказать, что именно действия конкретного арбитражного управляющего повлекли за собой убытки⁹.

Данный вопрос поднимается в Постановлении Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица», в соответствии с которым арбитражным судам следует давать оценку тому, насколько совершение того или иного действия входило или должно было, учитывая обычные условия делового оборота, входить в круг обязанностей руководителя (внешнего или конкурсного управляющего), в том числе с учетом масштабов деятельности юридического лица.

То есть при оценке действий арбитражного управляющего судам необходимо определить, входила ли в период его полномочий обязанность по осуществлению действий, неисполнение которых, по мнению заявителя, могли привести к убыткам.

Таким примером может служить инвентаризация. В соответствии с п. 2 ст. 129 Закона о банкротстве конкурсный управляющий обязан провести инвентаризацию имущества. При этом Закон о банкротстве не обязывает при смене конкурсного управляющего проводить повторную инвентаризацию имущества. Соответственно, в случае выбытия имущества, которое не было проинвентаризовано первым управляющим и не было выявлено вторым управляющим, следует оценивать степень ответственности каждого управляющего и определять причинно-следственную связь между действиями (бездействием) каждого управляющего и причиненными убытками.

В случае выявления причинно-следственной связи между действиями (бездействием) двух (и более) управляющих, повлекших за собой причинение вреда, взыскание убытков подлежит в солидарном порядке (Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 16.05.2019 по делу № А52-3471/2013).

В данном вопросе видится сложность в доказательстве заявителем причинно-следственной связи между действиями (бездействием) конкретного арбитражного управляющего и вменяемыми ему убытками. Применительно к определению степени ответственности каждого арбитражного управляющего, исполнявшего обязанности в деле о несостоятельности (банкротстве), следует обращать внимание на мероприятия и действия, проводимые каждым следующим управляющим для минимизации негативных последствий деятельности своих предшественников либо привлечения их к ответственности. В соответствии с п. 4 ст. 20.3 Закона о банкротстве при проведении процедур, применяемых в деле о банкротстве, арбитражный управляющий обязан действовать добросовестно и разумно в интересах должника, кредиторов и общества. Таким образом, непринятие мер управляющим по отношению к предшествующим управляющим является самостоятельным основанием для привлечения к убыткам.

В целом механизм гражданско-правовой ответственности арбитражного управляющего является эффективным способом с точки зрения исполнения управляющим возложенных на него фидуциарных обязанностей — действовать добросовестно и разумно в интересах должника, кредиторов и общества¹⁰. Мера гражданско-правовой

⁹ Колесникова С. Г. Гражданско-правовая ответственность арбитражного управляющего за убытки, причиненные неисполнением (ненадлежащим исполнением) возложенных на него обязанностей // Арбитражные споры. 2018. № 1. С. 32–82.

¹⁰ Яровой Д. О. Фидуциарные обязанности в банкротстве: ограничения исполнения // Государство и бизнес. Современные проблемы экономики. Материалы X Международной научно-практической конференции. СПб., 25–27 апреля 2018 г. Северо-Западный институт управления РАНХиГС при Президенте РФ. Т. 5. С. 104–108.

ответственности арбитражного управляющего в виде взыскания убытков с каждым годом становится все более распространенной формой кредиторов защитить свои интересы в рамках процедур несостоятельности (банкротства).

Проблемы, возникающие в рамках использования данного механизма, затрагивают как самих кредиторов (в части фактического исполнения судебных актов о возмещении причиненных убытков), так и арбитражных управляющих (в части критериев определения размера взыскиваемых убытков и распределения меры ответственности), что заставляет обращать большее внимание на данную проблематику и с точки зрения правоприменительной практики, и на законодательном уровне.

Литература

1. *Василевская Л. Ю.* Возмещение убытков в российском и англо-американском праве: различие концептуальных подходов // Российский юридический журнал. 2018. № 2. С. 51–62.
2. *Колесникова С. Г.* Гражданско-правовая ответственность арбитражного управляющего за убытки, причиненные неисполнением (ненадлежащим исполнением) возложенных на него обязанностей // Арбитражные споры. 2018. № 1. С. 32–82.
3. *Мурашкина Е. В.* Гражданско-правовая ответственность арбитражного управляющего: автореф. ... дис. к. ю. н. Москва, 2008. 23 с.
4. *Сахарова Ю. В.* Правовые проблемы реализации принципа добросовестности в процессе банкротства // Вестник Омской юридической академии. 2017. № 2. С. 44–49.
5. *Яровой Д. О.* Фидуциарные обязанности в банкротстве: ограничения исполнения // Государство и бизнес. Современные проблемы экономики/ Материалы X Международной научно-практической конференции. СПб., 25–27 апреля 2018 г. Северо-Западный институт управления РАНХиГС при Президенте РФ. Т. 5. С. 104–108.

References

1. Vasilevskaia, L. Yu. Damages in Russian and Anglo-American Law: Differences between Conceptual Approaches [Vozmeshchenie ubytkov v rossiiskom i anglo-amerikanskom prave: razlichie kontseptual'nykh podkhodov] // Russian Legal Journal [Rossiiskii yuridicheskii zhurnal]. 2018. No. 2. P. 51–62.
2. Kolesnikova, S. G. Civil Liability of an Insolvency Administrator for Losses Caused by Non-Performance (Improper Performance) of the Duties Assigned to Him [Grazhdansko-pravovaya otvetstvennost' arbitrazhnogo upravlyayushchego za ubytki, prichinennyye neispolnениem (nenadlezhashchim ispolnениem) vozlozhennykh na nego obyazannostei] // Arbitration Disputes [Arbitrazhnye spory]. 2018. № 1. P. 32–82.
3. Murashkina, E. V. Civil Liability of an Insolvency Administrator: Abstract of ... Dis. Can. Legal Entity Sciences [Grazhdansko-pravovaya otvetstvennost' arbitrazhnogo upravlyayushchego: avtoref. ... dis. k. yu. n.]. Moscow, 2008. 23 p.
4. Saharova, Yu. V. Legal Problems of Realization of the Principle of "Good Faith" in the Course of Bankruptcy [Pravovyye problemy realizatsii printsipa dobrosovestnosti v protsesse bankrotstva] // **Siberian Law Review [Vestnik Omskoj yuridicheskoy akademii]**. 2017. No. 2. P. 44–49.
5. Yarovoy, D. O. Fiduciary Duties in Bankruptcy: Performance Limitations [Fidutsiarnyye obyazannosti v bankrotstve: ograniчениya ispolneniya] // Government and Business. Modern Problems of Economics. Materials of the X International Scientific and Practical Conference. Saint Petersburg, April 25–27, 2018 [Gosudarstvo i biznes. Sovremennyye problemy ekonomiki. Materialy X Mezhdunarodnoi nauchno-prakticheskoi konferentsii. SPb., 25–27 aprelya 2018 g.]. The North-West Institute of Management — Branch of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration. V. 5. P. 104–108.

Роль уголовного преследования в системе уголовно-процессуальных институтов

Лантух Наталия Викторовна

доцент кафедры уголовного процесса Санкт-Петербургского университета МВД России, Санкт-Петербург, Российская Федерация, кандидат юридических наук, доцент; lana-lant@yandex.ru

АННОТАЦИЯ

В статье раскрывается понятие правового института уголовного преследования в уголовном процессе, осуществлен анализ определения предмета и метода правового регулирования уголовного преследования, субъектного состава и объекта уголовного преследования. Автор рассматривает нормы, регулирующие институт уголовного преследования, берущего свое начало из общей категории иска в праве. Статья содержит предложения по разработке теории уголовного преследования как уголовно-процессуального института с позиций выявления системообразующих его свойств, юридической природы, различной степени его эффективности для уголовного процесса.

Ключевые слова: уголовно-процессуальное право, уголовно-процессуальный институт, уголовное преследование, уголовный иск, публичность, субъекты уголовного преследования, объект уголовно-процессуальных отношений, подозрение, обвинение, привлечение к уголовной ответственности

Role of Criminal Prosecution in the System of Criminal Procedural Institutions

Nataliya V. Lantukh

Professor of Chair of Criminal Process of St. Petersburg University of the Ministry of Internal Affairs of Russia, Saint Petersburg, Russian Federation, PhD of Jurisprudence, Associate Professor; lana-lant@yandex.ru

ABSTRACT

The article reveals the concept of the legal institution of criminal prosecution in criminal proceedings, analyzes the definition of the subject and method of legal regulation of criminal prosecution, the subject composition and the object of criminal prosecution. The author considers the rules governing the institution of criminal prosecution, which originates from the general category of a claim in law. The article contains proposals for the development of the theory of criminal prosecution as a criminal procedure institution from the standpoint of identifying its system-forming properties, legal nature, and various degrees of its effectiveness for the criminal process.

Keywords: criminal procedure law, criminal procedure institute, criminal prosecution, criminal claim, publicity, subjects of criminal prosecution, object of criminal procedure relations, suspicion, accusation, criminal prosecution

Многообразие норм в современном праве предполагает увеличение числа критериев, по которым можно было бы классифицировать структурные подразделения конкретной отрасли права. При этом важно учитывать и реальную возможность их группирования и классификации по некоторым общим основным признакам, которые бы позволили каким-либо образом структурировать все нормы, институты и логически связывать их в рамках системы права¹. Данное положение является актуальным и применительно к сфере уголовно-процессуального права. Проблема уголовно-процессуальных институтов занимает одну из важных «инструментальных позиций», с которой можно анализировать состояние уголовно-процессуальной системы, прогнозировать оптимальный механизм правового регулирования в данной сфере². Именно правовые институты в уголовном процессе, их система и развитие сегодня нуждаются в тщательном изучении и эволюции представлений о них. По словам М. В. Духовского, «уголовно-процессуальное право является «чистой наукой», когда оно раскрывает законы, управляющие развитием уголовно-процессуальных институтов в связи «с культурой», прикладная же ее цель состоит в построении системы, соответствующей требованиям настоящего времени»³.

¹ Умарова А. А. Институт правовых ограничений: общетеоретическое исследование : автореферат дисс. ... к. ю. н., 12.00.01. Курск, 2018.

² Хатуаева В. В. Уголовное преследование : уч. пособие для вузов. М. : Юрайт, 2021.

³ Духовской М. В. Русский уголовный процесс. СПб., 1902. С. 5, 6.

Надо отметить, что вопросы определения понятия, признаков, видов институтов уголовно-процессуального права до сих пор остаются неисследованными, хотя оперирование данным понятием встречается довольно часто. Так, в качестве институтов уголовно-процессуального права называют доказывание, следственные действия, задержание, уголовно-процессуальное принуждение, реабилитацию, судебный контроль, прокурорский надзор и иные⁴. В связи с этим, ориентируясь на социальное назначение, цель и задачи, принципиальные положения уголовного процесса, на первом этапе необходимо выявить общие институты в уголовно-процессуальном праве. Таким обязательным и необходимым правовым институтом выступает уголовное преследование.

Уголовное преследование выступает «базовым» институтом, который представляет фундамент уголовно-процессуальной системы, обеспечивает его поступательное движение по уголовному делу⁵. Уголовное преследование является неотъемлемой, обязательной частью уголовно-процессуальной деятельности, которая является исходным компонентом для деятельности по защите от обвинения и рассмотрения и разрешения уголовного дела по существу⁶. Данная правовая конструкция сохраняет свое первостепенное значение для всех типов и моделей уголовного судопроизводства, на любом историческом этапе развития уголовного процесса и в каждом государстве.

При этом в национальных системах могут использоваться совершенно разные средства, способы и формы, которые получают свое выражение в организации и функционировании рассматриваемого правового института.

Несмотря на то, что законодатель определил понятие и содержание уголовного преследования в гл. 3 УПК РФ, однако в правовой конструкции и регламентации допустил серьезные недочеты. Так, в УПК РФ уголовное преследование определено в нескольких значениях: а) уголовно-процессуальной деятельности; б) уголовно-процессуальной функции; в) производства по уголовному делу.

На наш взгляд, в целях нормативной конкретизации юридической природы и содержания уголовного преследования как процессуальной деятельности в отношении конкретного лица необходимо внесение соответствующих изменений и дополнений в отдельные положения УПК РФ. В частности, наиболее целесообразным представляется приведение содержания гл. 3 УПК РФ в соответствие с указанным пониманием уголовного преследования.

В связи с неоднозначностью данного понятия трудно определить значение уголовного преследования в системе уголовно-процессуального права⁷. Поэтому существует необходимость четко определить понятие и юридическую природу данного правового явления, особые признаки этого уголовно-процессуального института, обозначить цель, содержание и этапы уголовного преследования, субъектный состав и объект, на который направлен данная разновидность процессуальной деятельности и отношений, а также определить их юридически значимые результаты⁸.

Основными признаками уголовного преследования как института уголовно-процессуального права являются следующие.

- ✓ Институт уголовного преследования представляет структурную часть отрасли права, формально обособлен и внешне выражен в отдельных разделах.

Так, ст. 5 УПК РФ определяет сущность этого понятия, гл. 3 УПК РФ содержит нормы о видах уголовного преследования, обязанности осуществления уголовного преследования официальными лицами, правах потерпевших и их законных представителей на участие в уголовном преследовании, а также возможности уголовного преследования по заявлению коммерческой или иной организации.

- ✓ Содержание уголовного преследования составляет комплекс однородных нормативно-правовых предписаний (например, возбуждение уголовного преследования, уведомление о подозрении, привлечение в качестве обвиняемого, применение меры пресечения до предъявления обвинения, окончание расследования составлением обвинительного заключения, акта, постановления; прекращение уголовного преследования и др.).
- ✓ Институту уголовного преследования присущи относительно самостоятельные, исходные идейные начала (принципы), которые выводятся логическим путем из соответствующих нормативно-правовых предписаний либо находят непосредственное закрепление в отдельных статьях нормативных актов. В качестве примера можно назвать: а) принципы уголовно-процессуального права — законности, публичности, презумпции невиновности, уголовного права — справедливости, гуманизма; б) институциональный принцип “non bis in idem” и иные.
- ✓ Уголовное преследование представляет собой наиболее развитый институт уголовно-процессуального права, характеризуемый определенным единством и цельностью составляющих его правил и соответствующих форм их выражения и закрепления, также имеющий условно общую и особенную части.

⁴ Володина Л. М. Актуальные проблемы уголовного судопроизводства. М. : Юрлитинформ, 2020.

⁵ Баев О. Я. Уголовно-процессуальное исследование преступлений: система и качество. М. : Юрлитинформ. 2007. С. 69–71.

⁶ Талалаев К. А. Уголовное преследование: проблемы определения // Юридический вестник Самарского университета. 2020. Т. 6. № 4. С. 142–143.

⁷ Мазюк Р. В. Институт уголовного преследования в российском уголовном судопроизводстве : монография / науч. ред. Смолькова И. В. М. : Юрлитинформ. 2009. С. 78–80.

⁸ Дикарев И. С. Уголовное преследование: уточнение понятия // Российская юстиция. 2013. № 9. С. 23.

Так, в ст. 20, 21, 27 УПК РФ и иных закреплены общие положения института уголовного преследования, основания, условия и процессуальный порядок их реализации детализированы в ст. 146, 148, 171, 175, 210, 212, 220, 223.1 УПК РФ.

Уголовное преследование, помимо процессуального, имеет и уголовно-правовое содержание. Так, юридическая конструкция состава преступления определяет конструкцию предмета доказывания, а наличие определенных уголовно-правовых обстоятельств предопределяет основания для прекращения уголовного преследования или уголовного дела. Концепция вменяемости либо невменяемости лица, привлекаемого к уголовной ответственности, воздействует на порядок применения принудительных мер медицинского характера, возраста — на порядок применения мер воспитательного воздействия. Категории уголовной ответственности в уголовном праве также находятся в теснейшей взаимосвязи. Уголовная ответственность является последствием совершения преступления в виде наказания, а уголовное преследование выступает последствием совершения преступления в виде деятельности, направленной на установление события преступления и изобличение лиц, его совершившего.

- ✓ Институт уголовного преследования имеет свой предмет правового регулирования, то есть деятельность и определенную разновидность общественных отношений, на которую воздействуют нормы, составляющие данный институт.

Предметом правового регулирования рассматриваемого института выступает деятельность уполномоченных органов или заинтересованных лиц по изобличению лица в совершении преступления или общественно опасного деяния для установления в отношении этого лица мер уголовной ответственности и связанные с данной деятельностью общественные отношения. Институт уголовного преследования тем самым фиксирует эти отношения и стимулирует их развитие в публичных интересах государства и частных интересах личности.

Признавая регулятивный характер института уголовного преследования, необходимо проследить его тесную связь с уголовно-процессуальными правоотношениями. Правоотношения, складывающиеся в рамках уголовного преследования, выступают процессуальным институтом в его осуществлении, иначе говоря, представляют собой определенную институциональную систему. Регулирование нормами права общественных отношений при производстве по уголовному делу означает, прежде всего, наделение участвующих в нем лиц соответствующими правами и обязанностями, что является значимым институциональным фактором.

- ✓ Наличие специфических по отношению к другим институтам юридических приемов и средств воздействия на общественные отношения (например, средства и способы юридического воздействия на деятельность участников различны при производстве дознания и предварительного следствия, приостановлении производства по делу, наличии специфики в регулировании производства по реабилитации лица, незаконно подвергнутого уголовному преследованию).
- ✓ Институты права, как правило, имеют характерные для них понятия, термины, юридические конструкции. Для института уголовного преследования характерны такие термины и правовые конструкции, как «подозрение», «подозреваемый», «обвинение», привлечение в качестве обвиняемого, прекращение уголовного преследования и другие.

Отмеченные черты позволяют говорить об институте уголовного преследования как относительно самостоятельной подсистеме отрасли права, а также структуре права в целом. Он обладает такой степенью выделения юридических норм, что при изъятии из правового регулирования отдельных правовых норм становится невозможной регламентация данного вида общественных отношений.

Исследование юридической природы уголовного преследования необходимо начать с исходных положений и предназначения данного института в праве. В таком случае указанное правовое явление приобретает социальную предпосылку и становится понятием, обладающим определенным, конкретно выраженным практическим значением в системе уголовно-правового и уголовно-процессуального регулирования.

В связи с этим нельзя согласиться с Р. В. Мазюком, который, оценивая правовую природу уголовного преследования в российском уголовном судопроизводстве, полагает, что единственным методом познания сущности данной категории представляется определение ее практического значения лишь через призму института прекращения уголовного преследования⁹.

Итак, исходной правовой категорией для института уголовного преследования, значимым юридическим фактом, «отправной точкой» выступает уголовный иск. Этимология слова «иск» связана с понятием требования, заявления, обращения к официальным органам государства с целью защиты и установления ответственности за уголовное деяние и причиненный ущерб. При этом ущерб либо вред причиняется наиболее важным, значимым для субъекта обращения ценностям.

В общетеоретическом смысле иск, спор о нарушении права связан с необходимостью использования процедурного механизма, который может заключаться либо в различных видах самостоятельного урегулирования спора как разногласия, либо во включении в особое правоотношение третьего субъекта, наделенного правомочием его рассмотрения и разрешения («нет судьи в своем собственном деле»). Кроме того, спор предполагает потенциальную

⁹ Мазюк Р. В. Институт уголовного преследования в системе институтов российского уголовного судопроизводства // Сибирский юридический вестник. 2012. № 2 (57). С. 141.

возможность применения принуждения для реализации уголовной ответственности. Однако в уголовно-процессуальной сфере «статус» деяния ограничивается не только интересом частного лица, а выходит за эти пределы, приобретает общественное значение, степень «общественной опасности» (термин, используемый и в настоящее время в уголовном праве при оценке посягательств). Как отмечал И. Я. Фойницкий, «история уголовного процесса начинается господством в нем частного начала... Мало-помалу выясняется и постепенно развивается публичное начало уголовного процесса; он становится делом общественным, государственным... Понятию иска в гражданском процессе соответствует понятие обвинения в процессе уголовном. Под ним разумеется требование судебного признания принадлежащего государству права наказания... Обвинение, следовательно, есть тот же иск...»¹⁰

Государство, реализуя в перспективе право на установление меры уголовной ответственности, делегирует обязанности органам публичного преследования *начать производство по уголовному делу*, а при наличии сведений о причастности определенных лиц — *начать в отношении них уголовное преследование*. Причем на первом этапе деятельности ее целью является установление обстоятельств самого факта преступного события (если его нет, уголовное преследование бессмысленно), после этого выдвигается другая цель — установить лицо, которое совершило преступное деяние. Таким образом, в этом случае ставится акцент на том, что уголовное преследование всегда имеет свое обращение к какому-либо адресату (преследовать — значит «идти по следу»). С того момента, когда причастность лица или круга лиц будет с определенной долей достоверности установлена, уголовное преследование приобретает конкретный характер, выражающийся в расширении предмета и пределов доказывания (виновности лица, его характеристик, возраста и состояния здоровья, смягчающих и отягчающих вину обстоятельств и иных), выдвижении и обосновании подозрения, возможном применении мер принуждения в отношении причастных к преступлению лиц, при необходимости — их розыске. На последующем этапе, когда достигнута «планка» полного и достоверного знания о совершении преступления определенным лицом, происходит «юридизация уголовного преследования», выражающаяся в юридической оценке, формулировании и предъявлении обвинения. При наличии оснований уголовное преследование прекращается либо констатируется отсутствие оснований для обвинения¹¹.

Уголовное преследование (в т. ч. обвинение) определяет, в свою очередь, процессуальный статус участников процесса, степень возможного государственного принуждения, элементы публичности и диспозитивности в нем. Функцию обвинения принято рассматривать как процессуальную деятельность уполномоченных на то органов и лиц, направленную на изобличение лица в совершении преступления с тем, чтобы обеспечить в конечном счете осуждение виновного и применение к нему справедливого наказания¹².

Понятие обвинения, зафиксированное в п. 22 ст. 5 УПК РФ, понимается как утверждение о совершении определенным лицом деяния, запрещенного уголовным законом, выдвинутое в порядке, установленном УПК РФ. Таким образом, обвинение понимается здесь как процессуальное решение с выдвижением обвинительного тезиса.

В этом качестве обвинение имеет: а) существо или объем, т. е. описание фактических обстоятельств преступления с указанием времени, места его совершения, а также иных фактических обстоятельств, подлежащих показыванию в соответствии со ст. 73 УПК РФ: способов, мотивов, цели, последствий преступления и других обстоятельств, имеющих значение для данного уголовного дела (п. 3 ч. 3 ст. 38, п. 4 ч. 2 ст. 173 и п. 3 ч. 1 ст. 220); б) уголовно-правовую формулировку предъявленного обвинения с указанием пункта, части, статьи УК, предусматривающих ответственность за данное преступление (п. 4 ч. 1 ст. 220). В законе встречается также термин «пункты обвинения» (ч. 2 ст. 226), берущий начало от семи знаменитых пунктов обвинения в римском праве, которое равнозначно выражению «объем обвинения» (п. 1 ч. 2 ст. 221).

Разделение уголовного преследования на этапы, формы и виды позволяет выявить наиболее важные свойства данного вида государственной деятельности и создать теоретическую основу для дальнейшего разрешения проблем, возникающих при осуществлении уголовного преследования на различных стадиях производства по уголовным делам.

По мнению С. И. Викторского, следует выделить три этапа уголовного преследования: 1) возбуждение уголовного преследования; 2) предварительное расследование; 3) изобличение обвиняемого в суде¹³.

М. С. Строгович указывал сходные этапы уголовного преследования: 1) возбуждение уголовного преследования; 2) уголовное преследование на стадии предварительного следствия; 3) уголовное преследование в суде¹⁴.

В данном случае при оценке критерия разделения уголовного преследования на этапы его осуществления применяется критерий прохождения производства по уголовному делу по стадиям, на которых может осуществляться уголовное преследование. Тем не менее на одной и той же стадии может существенно различаться форма реализации

¹⁰ Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства / под ред. А. В. Смирнова. СПб. : Альфа. 1996. Т. 2. С. 3.

¹¹ Ендольцева А. В. Освобождение от уголовного преследования: от теоретических рассуждений к *de lege ferenda* // Вестник Московского университета МВД России. 2016. № 6. С. 56–58.

¹² Строгович М. С. Курс уголовного процесса. М., 1968. Т. 1. С. 190; Элькин П. С. Сущность советского уголовно-процессуального права. М., 1963. С. 60.

¹³ Викторский С. И. Русский уголовный процесс. М., 1997. С. 235–242.

¹⁴ Строгович М. С. Уголовное преследование в советском уголовном процессе / отв. ред. М. М. Гродзинский. М. : Изд-во АН СССР. 1951. С. 56.

уголовного преследования. В другом случае одинаковый объем обвинения может последовательно проходить через несколько стадий.

Поэтому помимо данного критерия следует использовать понятие формы уголовного преследования, которая зависит не от стадий прохождения производства по делу, в рамках которых они реализуются, а от объема и степени конкретности доказательств обвинения, которые выражены в различных процессуальных актах и определенных процессуальных действиях¹⁵. Так, М. П. Кан предложил три формы уголовного преследования: а) уголовное преследование в форме подозрения; б) уголовное преследование в форме обвинения; в) уголовное преследование в форме производства о применении принудительных мер медицинского характера¹⁶.

В юридической литературе обсуждается вопрос о содержании деятельности по осуществлению уголовного преследования и складывающихся в ходе нее правоотношениях, который и в настоящее время остается дискуссионным. Представляется, что, исходя из целеполагания данного вида деятельности и понимания сущности рассматриваемой правовой категории, в содержание института уголовного преследования следует включать правовые нормы, регулирующие: 1) возбуждение уголовного преследования (возбуждение уголовного дела в отношении конкретного лица, уведомление о подозрении, процессуальное задержание по подозрению в совершении преступления, привлечение лица в качестве обвиняемого, вынесение обвинительного акта или обвинительного постановления и предъявление обвинения); 2) доказывание причастности подозреваемого к совершению преступления и установление основания для обвинения лица в совершении преступления; 3) доказывание виновности обвиняемого в совершении преступления; 4) розыск скрывшегося подозреваемого и обвиняемого; 5) применение к подозреваемому, обвиняемому мер уголовно-процессуального принуждения, в том числе мер пресечения; 6) утверждение обвинительного заключения (обвинительного акта, постановления) прокурором и направление дела в суд; 7) поддержание обвинения в суде государственным обвинителем либо частным лицом по делам частного обвинения; 8) прекращение уголовного преследования (в досудебном и судебном производстве).

Представляется, что необоснованное расширение данной сферы деятельности, осуществляемое некоторыми правоведами, затрудняет окончательное определение понятия и содержания института уголовного преследования в теории уголовного процесса и уголовно-процессуальном законодательстве, а также отдельные вопросы правоприменительного характера¹⁷.

По нашему мнению, в содержание уголовного преследования не следует включать процессуальные средства, такие как: обжалование участниками со стороны обвинения приговора в апелляционном (кассационном) порядке по основанию несоответствия выводов суда фактическим обстоятельствам уголовного дела (Р. В. Мазюк); подследственность уголовного преследования, приостановление производства по уголовному делу, режим отбывания наказания (З. Д. Еникеев¹⁸); заключение между подозреваемым, обвиняемым и прокурором досудебного соглашения о сотрудничестве (В. Ф. Крюков). Между тем большинство юристов не включают в содержание уголовного преследования розыск скрывшегося подозреваемого и обвиняемого.

Следует отметить, что, помимо такого элемента института уголовного преследования как деятельности, важной характеристикой выступает характер правоотношений, складывающихся в ходе этой динамичной развивающейся деятельности, а также их взаимосвязь с иными институтами уголовно-процессуального права. При этом станет необходимым использовать такие признаки правоотношения, как объект и субъекты правоотношений, их процессуальные полномочия или процессуальный статус.

Таким образом, уголовное преследование является одним из общих основных институтов уголовно-процессуального права, регламентирующих деятельность уполномоченных лиц, цель которой заключается в установлении факта существования уголовно-правового конфликта и его разрешение в пределах установленной процессуальной функции, выражаемого в законном и обоснованном формулировании обвинительного тезиса в отношении конкретного лица (лиц) либо утверждении факта об отсутствии оснований для уголовной ответственности (разрешения уголовно-правового конфликта). Результатом разрешения уголовно-правового конфликта может стать и иной правовой механизм в виде альтернативы уголовному преследованию.

Литература

1. *Баев О. Я.* Уголовно-процессуальное исследование преступлений: система и качество. М. : Юрлитинформ, 2007.
2. *Володина Л. М.* Актуальные проблемы уголовного судопроизводства. М. : Юрлитинформ, 2020.

¹⁵ *Жук О. Д.* К вопросу о формах и видах уголовного преследования // «Черные дыры» в российском законодательстве. 2004. № 2. С. 334.

¹⁶ *Кан М. П.* Функция уголовного преследования и полномочия прокурора // Тезисы докладов на теоретической конференции аспирантов института государства и права АН СССР и юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова. М. : Изд-во ИГИП АН СССР. 1986. С. 144–145.

¹⁷ Современные проблемы уголовного процесса: пути решения : сборник материалов Международной научно-практической конференции. Уфа, 24 сентября 2020 г. / под общ. ред. А. Ю. Терехова. Уфа : Уфимский ЮИ МВД России. 2020.

¹⁸ *Еникеев З. Д.* Механизм уголовного преследования. Уфа. 2002.

3. *Дикарев И. С.* Уголовное преследование: уточнение понятия // Российская юстиция. 2013. № 9. С. 23–25.
4. *Викторский С. И.* Русский уголовный процесс. М., 1997.
5. *Ендольцева А. В.* Освобождение от уголовного преследования: от теоретических рассуждений к de lege ferenda // Вестник Московского университета МВД России. 2016. № 6. С. 56–58.
6. *Еникеев З. Д.* Механизм уголовного преследования. Уфа, 2002.
7. *Жук О. Д.* К вопросу о формах и видах уголовного преследования // «Черные дыры» в российском законодательстве. 2004. № 2. С. 334–339.
8. *Мазюк Р. В.* Институт уголовного преследования в системе институтов российского уголовного судопроизводства // Сибирский юридический вестник. 2012. № 2 (57). С. 141–145.
9. Современные проблемы уголовного процесса: пути решения : сборник материалов Международной научно-практической конференции. Уфа, 24 сентября 2020 г. / под общ. ред. А. Ю. Терехова. Уфа : Уфимский ЮИ МВД России, 2020.
10. *Талалаев К. А.* Уголовное преследование: проблемы определения // Юридический вестник Самарского университета. 2020. Т. 6. № 4. С. 142–145.
11. *Умарова А. А.* Институт правовых ограничений: общетеоретическое исследование : автореферат дис. ... к. ю. н.: 12.00.01. Курск, 2018.
12. *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства / под ред. А. В. Смирнова. СПб. : Альфа. 1996.
13. *Хатуева В. В.* Уголовное преследование : уч. пособие для вузов. М. : Юрайт, 2021.

References

1. Baev, O. Ya. Criminal Procedural Investigation of Crimes: System and Quality [Ugolovno-protsessual'noe issledovanie prestuplenii: sistema i kachestvo]. M. : Yurlitinform, 2007.
2. Dikarev I. S. The Prosecution: Clarification of the Notion [Ugolovnoe presledovanie: utocnenie ponyatiya] // Russian Justice [Rossiiskaya yustitsiya]. 2013. No. 9. P. 23–25.
3. Endoltseva, A. V. Exemption from Prosecution: From a Theoretical Discourse to De Lege Ferenda [Osvobozhdenie ot ugovnogo presledovaniya: ot teoreticheskikh rassuzhdenii k de lege ferenda] // Bulletin of the Moscow University of the Ministry of Internal Affairs of Russia [Vestnik Moskovskogo universiteta MVD Rossii]. 2016. No. 6. P. 56–58.
4. Enikeev, Z. D. The Mechanism of Criminal Prosecution [Mekhanizm ugovnogo presledovaniya]. Ufa, 2002.
5. Foinitskiy, I. Ya. Criminal Procedure Course [Kurs ugovnogo sudoproizvodstva] / ed. A. V. Smirnova. SPb. : Alpha, 1996.
6. Khatuaeva, V. V. Criminal Prosecution : a Textbook for Universities [Ugolovnoe presledovanie : uch. posobie dlya vuzov]. M. : Yurayt Publishing House, 2021.
7. Mazyuk, R. V. The Institution of Criminal Prosecution in the System of Russian Criminal Procedure Institutions [Institut ugovnogo presledovaniya v sisteme institutov rossiiskogo ugovnogo sudoproizvodstva] // Siberian Law Herald [Sibirskii yuridicheskii vestnik], 2012. No. 2 (57). P. 141–145.
8. Modern Problems of Criminal Procedure: solutions : Collection of Materials of the International Scientific and Practical Conference. Ufa, September 24, 2020 [Sovremennye problemy ugovnogo protsess: puti resheniya : sbornik materialov Mezhdunarodnoi nauchno-prakticheskoi konferentsii. Ufa, 24 sentyabrya 2020 g.] / under total. ed. A. Yu. Terekhova. Ufa : Ufa Law Institute of the Ministry of Internal Affairs of Russia [Ufimskii YUI MVD Rossii], 2020.
9. Talalaev, K. A. Criminal Prosecution: The Problems of Definition [Ugolovnoe presledovanie: problemy opredeleniya] // Legal Bulletin of Samara University [Yuridicheskii vestnik Samarskogo universiteta]. 2020. V. 6. No. 4. P. 142–145.
10. Umarova, A. A. Institute of Legal Restrictions: General Theoretical Research [Institut pravovykh ogranichenii: obshcheteoreticheskoe issledovanie] : Abstract Dis. ... Candidate of Legal Sciences: 12.00.01. Kursk, 2018.
11. Viktor'skiy, S. I. Russian Criminal Procedure [Russkii ugovnyi protsess]. M., 1997.
12. Volodina, L. M. Actual Problems of Criminal Proceedings [Aktual'nye problemy ugovnogo sudoproizvodstva]. M. : Jurlitinform, 2020.
13. Zhuk, O. D. On the Question of the Forms and Types of Criminal Prosecution [K voprosu o formakh i vidakh ugovnogo presledovaniya] // "Black holes" in Russian Legislation [«Chernye dyrY» v rossiiskom zakonodatel'stve]. 2004. No. 2. P. 334–339.

Проблемы правового регулирования добычи космических ресурсов с учетом норм международного права

Раджабова Рухшона Шербековна

студент Санкт-Петербургского им. В. Б. Бобкова филиала Российской таможенной академии, Санкт-Петербург, Российская Федерация; ruradzh@gmail.com

АННОТАЦИЯ

В статье анализируется проблема международно-правового регулирования эксплуатации космических ресурсов. Особое внимание уделено новаторским предложениям по корректировке текущего законодательства, исходящим от Гагской международной рабочей группы по управлению космическими ресурсами и Консультативным советом космического поколения. Отмечена необходимость разграничения правовых режимов небесных тел и ресурсов космического пространства. В результате исследования сформулирован вывод о необходимости модернизации существующих норм международного космического права и конкретизации в космическом праве понятий, таких как: небесное тело, космические ресурсы, общее достояние человечества и использование космического пространства.

Ключевые слова: добыча космических ресурсов, небесные тела, промышленное освоение астероидов, общее достояние человечества, право собственности, коммерциализация космической индустрии, национальное присвоение

The Issue of International Legal Regulation of the Exploiting Natural Resources in Outer Space on the Basis of International Law

Rukhshona Sh. Radzhabova

Student Russian Customs Academy the Saint Petersburg Branch Named after V. Bobkov, Saint Petersburg, Russian Federation; ruradzh@gmail.com

ABSTRACT

The article analyzes the problem of international legal regulation of the exploiting natural resources in outer space. Special attention is paid to innovative proposals to amend current legislation offered by Space Resources Governance Working Group and Space Generation Advisory Council. The need to establish a distinction between the legal regimes of celestial bodies and resources of outer space is emphasized. Arising from the research, a conclusion about the need to update the existing rules of international space law and concretize the concepts such as celestial bodies, space resources, common heritage of mankind and use of outer space is formulated.

Keywords: mining resources in space, celestial bodies, asteroids mining, common heritage of mankind, ownership, commercialization of the space industry, national assignment ownership

В результате прогрессивного развития технологий перспектива коммерческой деятельности в космосе перешла в практическую плоскость, трансформировав космическую отрасль в рентабельную сферу для инвестирования. По сравнению с 1999 г. в 2005 г. среднегодовой доход глобального космического рынка возрос на 93,3%, в абсолютных цифрах рост составил 168,2 млрд долл. США (USD)¹ благодаря тому, что частные компании активно предоставляли услуги в различных направлениях космической индустрии и развивали собственные коммерческие проекты. В связи с чем за последнее десятилетие идея о добыче полезных ископаемых на небесных телах стала приобретать форму национальных актов отдельных государств и конкретных проектов частного сектора. Однако что служит основным мотивом для коммерческого освоения ресурсов космоса и глобальных космических проектов в целом?

Во-первых, экономическая выгода от подобной деятельности очевидна, и аналитики предсказывают, что добыча полезных ископаемых в космосе может превратиться в многомиллиардную отрасль. Идея о добыче ресурсов на астероидах — asteroid mining — является одним из последних трендов в освоении космического пространства. В отличие от Земли, где тяжелые металлы сконцентрированы ближе к ядру, металлы на астероидах рассредоточены по всему объекту², что непосредственно облегчает процесс добычи ресурсов. Более того, в совокупности объем

¹ Общие тенденции развития космической деятельности [Электронный ресурс] // Байтерек: информационный ресурс. URL: http://bayterek.kz/info/space_activities.php (дата обращения: 06.01.2021).

² Полезные ископаемые в космосе [Электронный ресурс] // Золотодобыча: научно-информационный ресурс. URL: <https://zolotodb.ru/article/10880> (дата обращения: 06.01.2021).

ресурсов, содержащийся в околоземных астероидах, значительно выше, чем в среднем в земной коре, это и делает астероиды одним из главных кандидатов в горнодобывающей космической промышленности. По оценкам специалистов НАСА, стоимость астероидов может составлять около 700 квинтильн долл. США — эта сумма примерно эквивалентна 95 млрд долл. США для каждого жителя Земли³.

Во-вторых, легкодоступные запасы металлов, минеральных ресурсов и редкоземельных элементов на Земле сокращаются и истощаются. Предвидя грядущий кризис истощения природных ресурсов, коммерческие компании предлагают расширение добычи за пределы Земли, то есть добывать ресурсы в космическом пространстве. Следует отметить, что классы небесных тел принято делить на три основные группы: С-группа содержит гидратированные минералы (воду); S-группа — основа состава — силикаты и алюминий; X-группа богата металлами. Предполагается, что потенциальными объектами для освоения станут максимально приближенные к Земле астероиды, коих, по подсчетам Центра изучения околоземных объектов (CNEOS) NASA, на начало 2017 г. было 17 272⁴.

В-третьих, исследования показывают, что астероиды класса С, содержащие большое количество воды, являются ценным ресурсом для производства ракетного топлива, поскольку воду можно извлечь и подвергнуть электролизу для получения водорода и кислорода — ключевых ингредиентов, используемых в ракетных двигателях.

В свою очередь, данное месторождение возможно использовать в качестве заправочной станции, что позволит значительно сократить расходы на топливо и запуски, а также снизить стоимость космических миссий.

На фоне активно развивающихся проектов, направленных на добычу ресурсов в космосе, вопрос о правомерности подобной деятельности приобретает особое значение. С одной стороны, возрастающие намерения государств и коммерческих компаний добывать ценные для промышленности ископаемые из недр небесных тел идут вразрез с установленным международным режимом. Поскольку установленный принцип «неприсвоения» в основополагающем международном акте — Договоре о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела, 1967 г. (далее — Договор по космосу) запрещает государствам присваивать, оккупировать и провозглашать суверенитет над космическим пространством, Луной и небесными телами⁵. С другой стороны, данное ограничение позволяет полагать, что добыча и последующее присвоение ресурсов не нарушают указанный принцип, так как в ст. II Договора по космосу учитывается лишь космическое пространство, Луна и небесные тела, но не содержащиеся в них полезные ископаемые, чем уже воспользовались в ряде стран при разработке соответствующих национальных законов.

Наиболее показательным ввиду вышеизложенного являются принятые законодательные акты США, Люксембурга и ОАЭ, которые только актуализировали дискуссию о правомерности подобных действий.

Особенный интерес представляет Закон США о конкурентоспособности коммерческих запусков в космос от 2015 г. Законопроект направлен на развитие коммерческого исследования и использования космических ресурсов для удовлетворения национальных потребностей. В частности, гл. IV «Space Resource Exploration and Utilization» содержит положение, согласно которому гражданин США, занятый в коммерческом получении ресурсов астероидов или космических ресурсов, наделяется правом на любой ресурс астероида или приобретенный космический ресурс, включая право обладать, владеть, перемещать, использовать и продавать ресурсы астероида или космические ресурсы, добытые в соответствии с применимым правом, включая международные обязательства США⁶.

В том числе 6 апреля 2020 г. был подписан Исполнительный приказ президента США «О поощрении международной поддержки в отношении добычи и использования космических ресурсов». Приказ наделяет граждан США правом на осуществление коммерческого исследования, добычи и эксплуатации ресурсов в космосе в соответствии с «применимым правом»⁷. Перечисленные законодательные акты позволяют полагать, что США в одностороннем порядке ввели право частной собственности на извлеченные ресурсы из недр космических тел.

В законе об исследовании и использовании космических ресурсов Люксембурга — «Законе о космосе»⁸ от 20 июля 2017 г. — в отличие от положений актов США, регламентирующих только деятельность собственных граждан, установлено, что принять участие в разработке по добыче ресурсов имеет право любая иностранная компания,

³ Отчет BankofAmerica: 700 квинтиллионов долларов из космоса [Электронный ресурс] // Хабр: информационный ресурс. URL: <https://habr.com/ru/company/edison/blog/438184/> (дата обращения: 06.01.2021).

⁴ Добыча полезных ископаемых за пределами Земли: начнется ли в космосе золотая лихорадка [Электронный ресурс] // Элементы: научно-публицистический ресурс. URL: https://elementy.ru/nauchno-populyarnaya_biblioteka/434283/Dostat_zvezdu (дата обращения: 06.01.2021).

⁵ Договор о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела. Ст. II [Электронный ресурс] // Сайт ООН. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/outer_space_governing.shtml (дата обращения: 20.01.2021).

⁶ U. S. Commercial Space Launch Competitiveness Act. Title IV. Sec 51303. P. 129 STAT. 722 [Электронный ресурс] // Сайт Конгресса США. URL: <https://www.congress.gov/bills/114th-congress/house-bill/2262> (дата обращения: 20.01.2021).

⁷ Insight — Encouraging the Recovery and Use of Space Resources: Recommendations for Governmental Policies and Engagement [Электронный ресурс]. URL: <https://swfound.org/news/all-news/2020/10/insight-encouraging-the-recovery-and-use-of-space-resources-recommendations-for-governmental-policies-and-engagement> (дата обращения: 21.01.2021).

⁸ Law of 20 July 2017 on the Exploration and Use of Space Resources (Loi du 20 juillet 2017 sur l'exploration et l'utilisation des ressources de l'espace) // Official Gazette of the Grand Duchy of Luxembourg, No. 674 (July 8, 2017), Legilux.

имеющая представительство в герцогстве. Миссия Люксембурга в этом плане состоит в выдаче лицензии и уже последующем мониторинге деятельности компании.

Следом за Люксембургом Объединенные Арабские Эмираты (далее — ОАЭ) сформировали собственные подходы в двух ключевых областях по освоению космоса: исследование и коммерциализация космических ресурсов. В 2019 г. Космическое агентство ОАЭ предприняло шаги по урегулированию космического сектора на основе собственной законодательной базы, дабы позволить частным компаниям сохранить полную собственность на добытые ресурсы. Глава агентства Мухаммед аль-Ахбаби заявил: «Это тот же самый принцип, как выходить в океан и распоряжаться рыбой, которую вы поймаете. Если ты не владеешь рыбой, тогда зачем идти в море?»⁹ На данный момент в ОАЭ принят Федеральный закон № 12 о регулировании космического сектора. В ст. 14 закона упоминается запрет на владение космическим объектом и осуществление космической деятельности без соответствующего разрешения от Агентства¹⁰.

Вышеперечисленные факты приводят к следующему комплексу вопросов. Управомочено ли государство, выдавать разрешение физическим и юридическим лицам на добычу ресурсов, не имея прав собственности в отношении этих ресурсов и территорий их залегания? Кто будет владеть добытыми ресурсами? Имеют ли частные компании возможность приобретения права собственности или иных имущественных прав на небесное тело или его ресурсы?

Для более детального рассмотрения обозначенных аспектов необходимо рассмотреть статус космического пространства и небесных тел.

При разработке международного космического права был поднят вопрос о правовом статусе космоса и его ресурсах: является ли космическое пространство *res communis*¹¹ или *terra nullius*¹²? С момента принятия Договора по космосу 1967 г. преобладала доктрина *res communis* — концепция, согласно которой на пространство, находящееся в общем пользовании всех народов, не может распространяться суверенитет ни одного государства. Пожалуй, ярким примером концепции *terra nullius* можно назвать территорию Западной Сахары, на которую претендовали Марокко и Мавритания после ее деколонизации Испанией. В 1975 г. Международный суд ООН постановил, что во время испанской колонизации, начавшейся в 1884 г., Западная Сахара не была территорией, принадлежащей одному из двух государств, несмотря на то, что территория имеет юридическую связь с Марокко и Мавританией, эти связи не носят такой характер, который мог бы сказаться на применении резолюции Генеральной Ассамблеи о деколонизации этой территории¹³. То есть посредством отказа Испанией от территории статус Западной Сахары квалифицируется как *terra nullius*. В отношении космоса применение данной концепции несостоятельно, так как космическое пространство не подчинялось и не подчиняется чьему-либо суверенитету и юрисдикции, а запрет на установление суверенитета утвержден в договорном порядке. Здесь уместно согласиться с Г. Г. Шинкарецкой, что статус космического пространства является статусом особого рода *sui generis*: следовательно, данное пространство подчиняется объединенной юрисдикции всех государств¹⁴. Что подтверждает ст. II Договора по космосу, которая отводит космическое пространство в качестве территории вне юрисдикции какого-либо государства, и ни одно государство не может осуществлять какие-либо суверенные права над космическим пространством, Луной и небесными телами.

Стоит обратить внимание на крайне интересную позицию США в ранее упомянутом Исполнительном приказе: “Outerspace is a legally and physically unqued main of human activity, and the United States does notvie witas a global commons”¹⁵, что дословно означает намерение США не рассматривать космос как общее достояние человечества. Согласно положениям ст. I Договора по космосу, космическое пространство, равно как и небесные тела, не могут принадлежать отдельно взятому государству, а их использование и исследование является достоянием всего человечества¹⁶. При этом в упомянутых законах США заявляется приверженность действующему правовому регулированию. Отсюда следует, что, допуская коммерческую добычу, США нарушают то же положение, на которое они ссылаются. Наряду с этим необходимо отметить, что ст. I Договора о космосе не квалифицирует космическое пространство как

⁹ UAE Looks to Regulate Asteroid Mining As It Aims to Lure Private Space Sector [Электронный ресурс] // The National. URL: <https://www.thenationalnews.com/uae/science/uae-looks-to-regulate-asteroid-mining-as-it-aims-to-lure-private-space-sector-1.943028> (дата обращения: 20.01.2021).

¹⁰ Federal Law No. 12. Chapter 3. Art. 14. Issued on 19/12/2019. Corresponding to 22 Rabi' Al-Akhar 1441H. On the Regulation of the Space Sector [Электронный ресурс] // Official Gazette, issue No. 669. URL: https://www.lexmena.com/lawdiff/en_fed~2019-12-19_00012_2020-02-13%5Een_fed~2019-12-19_00012_2020-02-22/ (дата обращения: 20.01.2021).

¹¹ Территория, принадлежащая всем.

¹² Ничья территория.

¹³ *Mark A. A. Smith Jr.* Sovereignty Over Unoccupied Territories — the Western Sahara Decision, 9 Case W. Res. J. Int'l L. 135 [Электронный ресурс] // Case Western Reserve Journal of International Law. 1977. URL: <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol9/iss1/8> (дата обращения: 20.01.2021).

¹⁴ См.: Шинкарецкая Г. Г. Международное космическое право и юридические лица // Труды Института государства и права РАН. 2019. Т. 15. № 1. С. 59–80.

¹⁵ Insight — Encouraging the Recovery and Use of Space Resources: Recommendations for Governmental Policies and Engagement [Электронный ресурс]. URL: <https://swfound.org/news/all-news/2020/10/insight-encouraging-the-recovery-and-use-of-space-resources-recommendations-for-governmental-policies-and-engagement> (дата обращения: 20.01.2021).

¹⁶ Договор о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела. Ст. I [Электронный ресурс] // Сайт ООН. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/outer_space_governing.shtml (дата обращения: 20.01.2021).

достояние всего человечества, а считает его использование (use) и исследование (exploration) общим достоянием. Говоря иными словами, результат, полученный благодаря использованию и исследованию космического пространства, является достоянием всего человечества. Однако ясности в отношении того, что подразумевается под «использованием» и включает ли это понятие добычу ресурсов в соответствии с действующим законодательством, нет.

Анализируя положения ст. I Договора по космосу, некоторые западные эксперты приходят к выводу¹⁷, что понятие «использование» (use) является схожим по смыслу с понятием «эксплуатация». Они аргументируют подобную точку зрения тем, что в юридическом смысле слово “use” означает пользование собственностью в целях получения прибыли в результате эксплуатации данной собственности. Однако Луна и другие небесные тела не могут быть отнесены к недвижимому имуществу и передаваться в собственность — это объекты, которые вовсе не могут попадать в сферу гражданского оборота (вряд ли здесь уместно говорить об изъятии из гражданского оборота)¹⁸. В отношении космического пространства, равно как и небесных тел и их ресурсов, применяется особый международно-правовой режим, установленный государствами.

Помимо Договора по космосу, подобные вопросы регулируются в Соглашении о Луне 1979 г., где в ст. 11 п. 1 прямо устанавливается, что Луна и ее природные ресурсы являются общим наследием человечества. Более того, в той же ст. 11 в п. 3 содержится четкий запрет на право собственности поверхности и недр Луны, ее участков и природных ресурсов¹⁹. Таким образом, можно с достаточной определенностью сказать, что положения ст. 11 Соглашения о Луне могли бы быть использованы в понимании положений Договора по космосу. Однако по состоянию на 8 апреля 2020 г. подписали и ратифицировали договор только тринадцать государств, в их число не входят такие крупные космические державы, как Россия и США. В этой связи в 2018 г. на 57-й сессии Комитета по космосу ООН было высказано мнение, что отсутствует единообразное понимание двух принципов, согласно которым, во-первых, исследование и использование космического пространства являются достоянием всего человечества, как это определено в Договоре по космосу, и, во-вторых, Луна и ее природные ресурсы являются общим наследием человечества, как это определено в Соглашении о Луне²⁰. По мнению делегации, высказавшей эту точку зрения, эти концепции требуют глубокого обсуждения в Юридическом подкомитете для обеспечения их единообразного толкования.

Следует отметить, что Комитет ООН по мирному использованию космоса и его Юридический подкомитет (далее — ЮПК), с 2017 г. официально включил пункт «Общий обмен мнениями о возможных моделях правового регулирования деятельности по исследованию, освоению и использованию космических ресурсов» в официальную повестку дня. Однако по сравнению со специализированными учреждениями ООН наиболее глубоко рассмотреть сложившуюся обстановку в космической деятельности и разработать на этой основе собственную модель регулирования удалось Гаагской международной рабочей группе по управлению космическими ресурсами. Организация, в состав которой входят представители правительств, промышленности, космических агентств и ученых со всего мира, была создана в 2016 г. при поддержке МИД Нидерландов. Основная деятельность рабочей группы базируется на выявлении и разработке «строительных блоков» — элементов, представляющих потенциальные пути решения будущего режима регулирования космической деятельности. 12 ноября 2019 г. Рабочая группа опубликовала окончательный текст Основных положений для разработки правового режима деятельности по добыче полезных ископаемых в космосе (Building Blocks for the Development of an International Framework on Space Resource Activities). Как указано в преамбуле, документ не регламентирует детальную деятельность государств, а закрепляет общие принципиальные положения будущего регулирования космической деятельности, которое будет складываться с учетом принципа «адаптивного управления» — постепенного управления по мере научно-технического прогресса²¹.

Основные положения документа, на которые стоит обратить внимание:

- вводится правило о проведении международной консультации перед началом потенциальной деятельности в космосе со ссылкой на ст. IX Договора по космосу 1967 г., если имеются основания полагать, что подобная деятельность является вредоносной (ст. 4);
- государства несут ответственность за негосударственные организации, осуществляющие деятельность по добыче полезных ископаемых; в случае если деятельность осуществляется международной организацией, ответственность несет как сама организация, так и государства-участники (ст. 5);

¹⁷ См.: *Su J. Legality of Unilateral Exploitation of Space Resources under International Law*. [Электронный ресурс] // *International and Comparative Law Quarterly*, 66 (4), 991–1008. 2017. doi:10.1017/S0020589317000367. URL: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/abs/legality-of-unilateral-exploitation-of-space-resources-under-international-law/EE17641F7B7C6404A79B77AEB627D5F4> (дата обращения: 19.03.2021).

¹⁸ *Вербичая Ю. О. Космические объекты как объекты гражданского оборота* // *Объекты гражданского оборота* : сборник статей / отв. ред. М. А. Рожкова. М. : Статут, 2007. С. 466.

¹⁹ Соглашение о деятельности государств на Луне и других небесных телах, принято резолюцией 34/68 Генеральной Ассамблеи ООН от 5 декабря 1979 г., вступило в силу 11 июля 1984 г. [Электронный ресурс] // Сайт ООН. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/moon_agreement.shtml (дата обращения: 20.01.2021).

²⁰ Report of the Legal Subcommittee on Its Fifty-Seventh Session, Held in Vienna from 9 to 20 April 2018. IV. Status and Application of the Five United Nations Treaties on Outer Space [Электронный ресурс] // *United Nations A/AC.105/1177*. P. 11–13. URL: https://www.unoosa.org/oosa/oosadoc/data/documents/2018/aac.105/aac.1051177_0.html (дата обращения: 19.03.01.2021).

²¹ См.: *Попова С. М. «Гаагская модель» правового регулирования деятельности в области космических ресурсов и перспективы трансформации международного космического права* // *Исследования космоса*. 2018. № 2. С. 144–158.

- государства осуществляют юрисдикцию и контроль в отношении добытых ресурсов (ст. 6);
- права на ресурсы в отношении сырых минералов и летучих материалов, извлекаемых из космических ресурсов, а также продуктов, полученных из них, могут быть законно приобретены посредством внутреннего законодательства, двусторонних соглашений и / или многосторонних соглашений (ст. 8);
- разрешение потенциальных споров, связанных с деятельностью по добыче ископаемых, должно осуществляться посредством судебных, несудебных или смешанных механизмов в соответствии с Факультативным арбитражным регламентом Постоянной палаты третейского суда по урегулированию споров, касающихся деятельности в космическом пространстве, от 6 декабря 2011 г. (ст. 9).

Особый интерес в контексте предложенного документа представляет регулирование положения юридических лиц. Предложенный принцип схож с нормами, прописанными в Конвенции ООН по морскому праву 1982 г. Примером может послужить следующий случай. 6 мая 2010 г. Совет Международного органа по морскому дну обратился в Палату по спорам для вынесения консультативного заключения относительно обязанностей²² и обязательств государств, поручившихся за физических и юридических лиц в Районе. «Районом» именуется зона, устанавливаемая Конвенцией ООН по морскому праву, которая представляет собой дно морей и океанов и его недра за пределами национальной юрисдикции. Подобная зона и ее ресурсы объявлены общим наследием человечества. 1 февраля 2011 г. было вынесено следующее решение. Во-первых, за государствами закрепляется непосредственное обязательство, например, обязанность применять принцип предосторожности. Согласно заключению, несоблюдение юридическими и физическими лицами своих обязательств не порождает ответственности поручившегося государства. Она возникает только в случае, если государство не выполняет своих обязательств по Конвенции и тем самым наносит ущерб. То есть необходимо установить причинно-следственную связь между невыполнением обязательств и ущербом. Во-вторых, в Конвенции содержится требование к поручившемуся государству принять в рамках своего национального законодательства правила и административные меры, которые призваны обеспечивать соблюдение юридическими и физическими лицами своих обязательств и освободить поручившееся государство от ответственности. Таким образом, ответственность за деятельность юридических и физических лиц должно нести государство. Подобное положение также подтверждается в ст. VI Договора по космосу: «Деятельность неправительственных юридических лиц в космическом пространстве, включая Луну и другие небесные тела, должна проводиться с разрешения и под постоянным наблюдением соответствующего государства — участника Договора»²³.

Вызывает интерес положение п. 11.3, непосредственно касающееся создания «зон безопасности». Принимая во внимание принцип неприисоединения, согласно ст. II Договора по космосу, государства и международные организации имеют право устанавливать зоны безопасности в районе, определенном для добычи космических ресурсов, так как это необходимо для ограничения вредного воздействия и предотвращения вмешательства. Государство или международная организация может ограничить доступ на определенный период времени при наличии отправленного уведомления с изложением причин подобного ограничения. Однако при этом указывается, что создание «зон безопасности» не должно препятствовать свободному доступу в соответствии с международным правом в любую область космического пространства для персонала, транспортных средств и оборудования другого оператора. Примечательно, что Основное положение рабочей группы содержит собственную терминологию, в которой «оператором» выступает государственная, международная или негосударственная организация, осуществляющая деятельность в области космических ресурсов. Здесь недостаточно конкретизации, так как только государство является субъектом международного космического права, когда международная и негосударственная организация таковыми не являются.

Более того, понятию «космический ресурс» также дано определение. В документе содержится формулировка: космический ресурс — извлекаемый и / или восстанавливаемый абиотический ресурс в космическом пространстве. Согласно пониманию рабочей группы, сюда входят минеральные и летучие материалы, включая воду, но исключаются: (а) орбиты спутников, (б) радиоэлектронный спектр и (с) солнечная энергия, кроме случаев, когда она собирается из уникальных и редких мест. В этой связи необходимо отметить отсутствие более подробной квалификации на природные ресурсы, которые могут быть: неисчерпаемыми, исчерпаемыми, возобновляемыми, невозобновляемыми. К примеру, на планетологической конференции EPSC в Риге в 2017 г. группа из тридцати астрономов заявила о возможности добычи полезных ископаемых лишь после того, как специалисты посредством всестороннего исследования начнут понимать поведение малых небесных тел, в результате чего составят список относительно медленных объектов, куда смогут долететь зонды²⁴.

²² См: *Абашидзе А. С., Солнцев А. М., Сюняева М. Д.* Консультативное заключение Международного трибунала по морскому праву об ответственности государств за деятельность на морском дне за пределами национальной юрисдикции // Государство и право. 2012. № 7. С. 72–81.

²³ Договор о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела. Ст. VI [Электронный ресурс] // Сайт ООН. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/outer_space_governing.shtml (дата обращения: 20.01.2021).

²⁴ Ученые рассказали, что мешает добыче ископаемых на астероидах [Электронный ресурс] // РИА Новости. 20 сентября. 2017. URL: <https://ria.ru/20170920/1505147158.html> (дата обращения: 19.03.2021).

В том числе необходимо конкретизировать правовое определение небесного тела. По мнению С. П. Малкова, при определении правового понятия необходимо разграничить небесные тела и природные ресурсы космоса и ввести отдельные правовые режимы на указанные объекты. Представляется, что правовой режим небесных тел неотделим от правового режима ресурсов небесных тел. В свою очередь, на природные ресурсы космического пространства будет распространяться иной режим. Таким образом, под выделенное определение правового понятия небесного тела не будут подпадать мелкие, не обладающие достаточной гравитацией астероиды, небольшие спутники планет, а также метеорные тела, кометы, которые необходимо отнести к природным ресурсам космического пространства²⁵.

На 57-й сессии Комитета по космосу ООН было высказано мнение, что формат работы данной рабочей группы вызывает обеспокоенность, так как основополагающие принципы, представляющие интерес для всех государств, обсуждались ограниченной группой лиц. В том числе было указано на схожесть формулировок в предварительном проекте, представленном группой в 2017 г., с отдельными положениями недавних национальных актов по добыче космических ресурсов. Далее делегация отметила, что рабочей группой не были учтены практико-ориентированные результаты работы Научно-технического подкомитета (например, по тематике обеспечения долгосрочной устойчивости деятельности). Вдохновителям и участникам Гаагской рабочей группы следует учитывать имеющуюся критику в ее адрес, чтобы не повторить пример упомянутого ранее Соглашения о Луне 1979 г., которое так активно самой группой игнорируется²⁶.

Важно отметить, что с предложением о создании рабочей группы с целью разработать альтернативные правовые решения, необходимые для обеспечения правовой определенности освоения космических ресурсов, выступила Греция и Бельгия на 58-й сессии Юридического подкомитета Комитета по космосу ООН в 2019 г. Бельгия представила предварительный список вопросов, в котором указывается необходимость определения терминов и применение общих принципов освоения космоса; институциональных рамок для управления ресурсами и т. д.²⁷ Отдельно по инициативе государств акцентируется внимание на уже существующем Соглашении о Луне. Принципы, сформулированные в п. 7 ст. 11 соглашения, по мнению делегации, являются основополагающими, независимо от мнений по поводу ратификации данного Соглашения. Судя по анализу проекта доклада 58-й сессии ЮПК, подкомитет запланировал неофициальные консультации с целью широкого обмена мнениями и обсуждения вопросов по созданию рабочей группы, предложенной Бельгией и Грецией. Таким образом, создание отдельной группы по вопросам освоения космических ресурсов в обозримом будущем представляется вполне возможным. Необходимо обсуждать подобного рода вопросы именно на уровне ЮПК, чтобы учесть мнение всех сторон.

Наряду с подходами, предложенными Гаагской рабочей группой, необходимо отметить предложения Консультативного совета космического поколения (Space Generation Advisory Council — далее SGAC). Эта неправительственная организация также считает необходимым создать международную нормативную базу, регулиующую добычу ресурсов в космосе. В концентрированном виде предложения сводятся к следующему: введение платы за аренду участка на астероиде, ограничение по времени аренды и создание космической «таможни», в компетенцию которой будет входить инвентаризация материалов, возвращаемых на Землю²⁸. Чтобы получить доступ к «шахте ресурсов», стороны будут обязаны подписать договор об аренде с посреднической организацией. SGAC отмечает необходимость уделить особое внимание странам, не имеющим космической техники, и что следует принимать меры, которые принесут им пользу, такие как помощь в финансировании их космических программ или совместное использование ресурсов, получаемых из космоса. Положения, предложенные Советом, нуждаются в более подробном определении и доработке. К примеру, в статье не указывается, каким образом будет вестись совместное использование ресурсов с отстающими странами.

Таким образом, анализ исследований, посвященных разработке проблемы правового регулирования добычи космических ресурсов, позволяет сделать следующие частные выводы.

- Во-первых, как было отмечено ранее, космическое пространство находится под объединенной юрисдикцией всех государств. Следовательно, такие вопросы, как правомерность добычи космических ресурсов и права собственности в отношении этих ресурсов, должны решаться на межгосударственном уровне «на основе равенства и в соответствии с международным правом»²⁹. В свою очередь, принятые законодательные акты США, Люксембурга и ОАЭ, в определенной степени интерпретируют их собственное понимание правил освоения космического пространства, что связано с отсутствием единообразного толкования ст. 1

²⁵ Малков С. П. Международное космическое право : уч. пособие. СПб. : СПбГУАП, 2002. С. 112.

²⁶ Тимохин К. В. Гаагская рабочая группа по космическим ресурсам как частное проявление общего подхода к развитию космического права // Исследования космоса. 2019. № 1. С. 45–55.

²⁷ См.: Алексеев М. А. Перспективы согласования международно-правового режима природных ресурсов небесных тел // Исследования космоса. 2019. № 1. С. 56–66.

²⁸ См.: Cheney Th. Space Resources At the UN [Электронный ресурс] // Thomas' blog 2019. 9 April. URL: <https://thomascheneyblog.wordpress.com/2019/04/09/space-resources-at-the-un/> (дата обращения: 21.01.2021).

²⁹ Договор о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела. Ст. 1. [Электронный ресурс] // Сайт ООН. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/outer_space_governing.shtml (дата обращения: 20.01.2021).

и II Договора по космосу. Вопрос о том, насколько подобные односторонние инициативы отдельных государств являются правомерными, необходимо преобразовать в отдельный пункт и включить в официальную повестку дня на ежегодной сессии Комитета ООН по мирному использованию космоса и его Юридического подкомитета.

- Во-вторых, несмотря на то, что большинство экспертов считают национальные акты США, Люксембурга и ОАЭ нарушающими действующее законодательство, сам факт возникновения подобных юридических прецедентов³⁰ говорит о необходимости модернизации существующих норм международного космического права. Правовой режим космического пространства несет на себе конкретно-исторический отпечаток того времени, так как во время его разработки добыча ресурсов в космосе казалась отдаленной перспективой. Двусмысленное толкование статей Договора по космосу, отсутствие полного и четкого регулирования космической деятельности частных компаний говорит о недостаточно устойчивой правовой системе, неспособной противостоять вызовам XXI в., таким как потенциальная добыча космических ресурсов, коммерциализация космического пространства и возрастающая роль частного сектора в освоении космоса. Первым шагом в процессе модернизации правового режима является конкретизация в космическом праве понятий, таких как: небесное тело, космические ресурсы, общее достояние человечества и использование космического пространства. Далее необходимо разработать единообразную концепцию толкования ст. I и II Договора по космосу, при этом учитывать положения ст. 11 Соглашения о Луне, которые могут быть использованы в понимании принципа «неприсвоения» в обозначенных статьях.
- В-третьих, добыча ресурсов невозможна без расположения субъекта на поверхности небесного тела, следовательно, создание «зон безопасности» должно быть ограниченным по времени и территории. Принимая во внимание предложение SGAC о платной аренде участка на небесном теле, государствам стоит обсудить подобную перспективу создания международного фонда, основное финансирование которого будет исходить от средств, полученных от подобного рода аренды. Работа фонда может быть направлена на наблюдение и поддержку экологической обстановки в космическом пространстве либо на оказание содействия государствам, которые только начинают развивать собственный космический сектор.
- В-четвертых, чтобы устранить правовую неопределенность добычи ресурсов, необходимо установить определенные критерии в отношении правил извлечения ресурсов: 1) разграничить понятия небесное тело и его ресурсы и ресурсы космического пространства; 2) установить требование извлечения максимально допустимой массы ресурсов из небесного тела от общей массы, тем самым установить запрет на добычу на небесных телах, чья масса ниже минимально установленной; 3) установить правило обработки определенной части ресурсов на месте, чтобы основная доля ресурсов оставалась внутри небесного тела.

Таким образом, добыча и эксплуатация полезных ископаемых в космосе — явление, прогрессирующее и требующее регулирования. Необходимо установить международно-правовой режим добычи ресурсов в космосе до возникновения многочисленных международных конфликтов и споров. Помимо вышеуказанных предложений представляется важным внести на рассмотрение в Генеральную Ассамблею ООН проект резолюции в отношении мер по транспарентности космической деятельности и расширению сотрудничества. Древнеримское изречение “*Quod omnes tangit ab omnibus Approbari debet*” — «То, что касается всех, должно быть одобрено всеми» — приобретает особое значение в контексте указанной проблематики.

Литература

1. *Абашидзе А. С., Солнцев А. М., Сюняева М. Д.* Консультативное заключение Международного трибунала по морскому праву об ответственности государств за деятельность на морском дне за пределами национальной юрисдикции // Государство и право. 2012. № 7. С. 72–81.
2. *Алексеев М. А.* Перспективы согласования международно-правового режима природных ресурсов небесных тел // Исследования космоса. 2019. № 1. С. 56–66. DOI: 10.7256/2453-8817.2019.1.30558.
3. *Вербицкая Ю. О.* Космические объекты как объекты гражданского оборота // Объекты гражданского оборота : сборник статей / отв. ред. М. А. Рожкова. М. : Статут, 2007. С. 465–481.
4. *Малков С. П.* Международное космическое право : уч. пособие. СПб. : СПбГУАП, 2002. С. 112.
5. *Попова С. М.* Закон США о коммерческом космосе 2015 г. и вопросы модернизации международного космического права [Электронный ресурс] // Исследования космоса. 2016. № 1. С. 51–65. URL: https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=20590 (дата обращения: 21.01.2021). DOI: 10.7256/2453-8817.2016.1.20590.
6. *Попова С. М.* Гаагская модель правового регулирования деятельности в области космических ресурсов и перспективы трансформации международного космического права // Исследования космоса. 2018. № 2. С. 144–158. DOI: 10.7256/2453-8817.2018.2.28631.

³⁰ См. *Попова С. М.* Закон США о коммерческом космосе 2015 г. и вопросы модернизации международного космического права [Электронный ресурс] // Исследования космоса. 2016. № 1. С. 51–65. URL: https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=20590 (дата обращения: 21.01.2021).

7. *Тимохин К. В.* Гаагская рабочая группа по космическим ресурсам как частное проявление общего подхода к развитию космического права // Исследования космоса. 2019. № 1. С. 45–55. DOI: 10.7256/2453-8817.2019.1.29227.
8. *Шинкарецкая Г. Г.* Международное космическое право и юридические лица // Труды Института государства и права РАН. 2019. Т. 15. № 1. С. 59–80.
9. *Cheney Th.* Space Resources At the UN [Электронный ресурс] // Thomas' blog 2019. 9 April. URL: <https://thomascheneyblog.wordpress.com/2019/04/09/space-resources-at-the-un/> (дата обращения: 21.01.2021).
10. *Mark A. A. Smith Jr.* Sovereignty Over Unoccupied Territories — the Western Sahara Decision, 9 Case W. Res. J. Int'l L. 135 [Электронный ресурс] // Case Western Reserve Journal of International Law. 1977. URL: <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol9/iss1/8> (дата обращения: 20.01.2021).
11. *Su J.* Legality of Unilateral Exploitation of Space Resources under International Law [Электронный ресурс] // International and Comparative Law Quarterly, 66 (4), 991–1008. 2017. URL: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/abs/legality-of-unilateral-exploitation-of-space-resources-under-international-law/EE17641F7B7C6404A79B77AEB627D5F4> (дата обращения: 19.03.2021). DOI: 10.1017/S0020589317000367.

References

1. *Abashidze, A. S., Solntsev, A. M., Syunyaeva, M. D.* Advisory Opinion of the International Tribunal for the Law of the Sea on the Responsibility of States for Activities on the Seabed Beyond the Limits of National Jurisdiction [Konsultativnoe zaklyuchenie Mezhdunarodnogo tribunala po morskomy pravu ob otvetstvennosti gosudarstv za deyatelnost na morskoy dne za predelami nacionalnoy jurisdikcii] // State and Law [Gosudarstvo i pravo]. 2012. No. 7. P. 72–81. (in rus)
2. *Alekseev, M. A.* Prospects for the Coordination of the International Legal Regime of Natural Resources of Celestial Bodies [Perspektivi soglasovaniya mezhdunarodno-pravovogo rezhima prirodnykh resursov nebesnykh tel] // Space Research [Issledovaniya kosmosa]. 2019. No. 1. P. 56–66. DOI: 10.7256/2453-8817.2019.1.30558. (in rus)
3. *Verbitskaya, Yu. O.* Space Objects As Objects of Civil Turnover [Kosmicheskie obiekty kak obiekty grazhdanskogo oborota] // Objects of Civil Turnover: Collection of Articles [Ob'ekty grazhdanskogo oborota: Sbornik statei] / otv. ed. M. A. Rozhkova. M. : Statut. 2007. P. 465–481. (in rus)
4. *Malkov, S. P.* International Space Law : Training Manual [Mezhdunarodnoe kosmicheskoe parvo : uchebnoe posobie]. SPb. : SPbSUAI, 2002. P. 100–112. (in rus)
5. *Popova, S. M.* USA Commercial Space Law 2015 and the Modernization of International Space Law [Zakon SShA o kommercheskom kosmose i voprosi modernizatsii mezhdunarodnogo kosmicheskogo prava] [Electronic resource] // Space Research [Issledovaniya kosmosa]. 2016. No. 1. P. 51–65. URL: https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=20590 (accessed date: 01.21.2021). DOI: 10.7256/2453-8817.2016.1.20590. (in rus)
6. *Popova, S. M.* The Hague Model of Legal Regulation of Activities in the Field of Space Resources and Prospects for the Transformation of International Space Law [Gaagskaya model pravovogo regulirovaniya deyatelnosti v oblasti kosmicheskikh resursov i perspektivi transformatsii MKP] // Space Research [Issledovaniya kosmosa]. 2018. No. 2. P. 144–158. DOI: 10.7256/2453-8817.2018.2.28631. (in rus)
7. *Timokhin, K. V.* The Hague Space Resources Governance Working Group as an Example of the General Approach to the Development of the International Space Law [Gaagskaya rabochaya gruppa po kosmicheskim resursam kak chastnoe proyavlenie obshchego podkhoda k razvitiyu kosmicheskogo prava] // Space Research [Issledovaniya kosmosa]. 2019. No. 1. P. 45–55. DOI: 10.7256/2453-8817.2019.1.29227. (in rus)
8. *Shinkaretskaia, G. G.* International Space Law and Juridical Persons. Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN [Mezhdunarodnoe kosmicheskoe pravo i yuridicheskie litsa] // Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS [Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN]. 2019. T. 15. No. 1. P. 59–80. (in rus)
9. *Cheney, Th.* Space Resources at the UN [Electronic resource] // Thomas' blog 2019. 9 April. URL: <https://thomascheneyblog.wordpress.com/2019/04/09/space-resources-at-the-un/> (accessed date: 21.01.2021).
10. *Mark, A. A. Smith, Jr.* Sovereignty Over Unoccupied Territories — the Western Sahara Decision, 9 Case W. Res. J. Int'l L. 135 [Electronic resource] // Case Western Reserve Journal of International Law. 1977. URL: <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol9/iss1/8> (accessed date: 20.01.2021).
11. *Su, J.* Legality of Unilateral Exploitation of Space Resources under International Law [Electronic resource] // International and Comparative Law Quarterly, 66 (4), 991–1008. 2017. URL: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/abs/legality-of-unilateral-exploitation-of-space-resources-under-international-law/EE17641F7B7C6404A79B77AEB627D5F4> (accessed date: 19.03.2021). DOI: 10.1017/S0020589317000367.

Проблемы правового регулирования возникновения права собственности на новую вещь (п. 1 ст. 218 ГК РФ)¹

Меркурьева Арина Александровна

студент магистратуры юридического факультета² Северо-Западного института управления РАНХиГС при Президенте РФ, Санкт-Петербург, Российская Федерация; arina_merkureva@mail.ru

АННОТАЦИЯ

В статье исследуется актуальная проблема правового регулирования возникновения права собственности на новую вещь (п. 1 ст. 218 ГК РФ). Основное внимание уделяется характеристике одного из двух обязательных условий возникновения права собственности на новую вещь — создание вещи «для себя», которое сегодня является предметом дискуссий в научной среде. Исследование ведется через анализ применения этого условия для приобретения права собственности на движимое и недвижимое имущество. Кроме того, обращается внимание на спорные вопросы доктринальной и судебной трактовки возникновения права собственности на новую вещь, предлагаются пути совершенствования законодательства в этой сфере.

Ключевые слова: возникновение права собственности, право собственности на новую вещь, создание вещи для себя, недвижимое имущество, создание объекта недвижимости, приобретение, государственная регистрация

Problems of Legal Regulation of the Appearance of Ownership of the New Thing (Paragraph 1 of Article 218 of the Civil Code of the Russian Federation)

Arina A. Merkureva

Student of the Master's Program of the Faculty of Law³, North-West Institute of Management, Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, Saint Petersburg, Russian Federation; arina_merkureva@mail.ru

ABSTRACT

The article examines the actual problem of legal regulation of the occurrence of ownership of the new thing (paragraph 1 of Art. 218 of the Civil Code of the Russian Federation). The focus is on the characteristics of one of the two mandatory conditions of the occurrence of ownership of the new thing — the creation of a thing “for yourself”, which today is the subject of discussions in the scientific environment. The study is conducted through the analysis of the application of this condition to acquire ownership of movable and immovable property. In addition, attention is drawn to the controversial issues of the doctrinal and judicial interpretation of the occurrence of ownership of the new thing, ways to improve legislation in this area are offered.

Keywords: the emergence of ownership, ownership of a new thing, creating a thing for themselves, real estate, creating a real estate object, acquisition, state registration

В п. 1. ст. 218 ГК РФ⁴ установлено, что право собственности на новую вещь, созданную либо изготовленную индивидом для собственных нужд, приобретает им при условии соблюдения всех правовых требований.

Например, если человек построил дом, то на основании рассматриваемой нормы он может стать его собственником с соблюдением двух обязательных условий (обстоятельств): если этот объект недвижимости лицо возвело для себя и при его создании не нарушило никаких законодательных и иных правовых предписаний. Очевидно, что

¹ Редакция приняла решение о публикации данной статьи в качестве дискуссионной, поскольку издательская политика журнала направлена на поддержку открытости высказывания мнений. При этом мнение редакции может не совпадать с мнением автора.

² Научный руководитель: Майборода Виктор Александрович, к. ю. н., доцент кафедры гражданского и трудового права Северо-Западного института управления Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ, Санкт-Петербург, Российская Федерация; victormaiboroda@yandex.ru

³ Scientific Adviser: Victor A. Maiboroda, PhD in Jurisprudence, Associate Professor, North-West Institute of Management, Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, St. Petersburg, Russian Federation; victormaiboroda@yandex.ru

⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации (ч. 1) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 31 июля 2020 г.) // Собрание законодательства. 1994. № 32. С. 3301.

лицо проявляет свободу собственного волеизъявления, создавая новую вещь, но закон требует обязательного соблюдения двух условий приобретения права собственности на вещь при ее создании⁵.

Представляется, что эти условия ограничивают свободу индивида при создании новой вещи. Безусловно, соблюдение законодательных норм обязательно при реализации всех оснований приобретения права собственности, в том числе и при создании новой вещи. Например, если человек самостоятельно изготовит фальшивые деньги или оружие, то он не станет собственником этих вещей, т. к. такая деятельность запрещена законом. Что же касается обязательного условия, касающегося изготовления вещи для себя, то здесь возникают некоторые вопросы.

Я разделяю мнение В.В. Богданова о том, что это ограничительное условие нужно трактовать согласно складывающимся обстоятельствам⁶. То есть оно не должно трактоваться буквально, а подлежит расширительной трактовке.

Рассмотрим пример. Если индивид изготовил вещь для удовлетворения собственных нужд, то это условие нарушено не будет (к примеру, ювелир изготавливает золотое украшение для себя), в этом выражается свобода его волеизъявления. Но если ювелир при изготовлении золотого изделия изначально решил, что подарит его своей супруге, то как в таком случае трактовать возможность приобретения права собственности на новую вещь, ведь мастер сразу решил создать вещь не для себя, а значит, он нарушил одно из обязательных условий приобретения права собственности на новую вещь, установленное в п. 1 ст. 218 ГК РФ. В таком случае не только ювелир не станет собственником золотого изделия по окончании процесса его изготовления, но и его супруга, которая впоследствии примет в дар эту вещь и станет ее использовать.

Получается, что ювелир не имеет права подарить золотое украшение, которое он изготовил не для себя. Но кто тогда будет являться собственником изготовленной не для собственных нужд вещи? На этот вопрос можно ответить только при расширительном толковании п. 1 ст. 218 ГК РФ, т. е. нужно учесть все сопутствующие обстоятельства.

Многие современные цивилисты поддерживают возможность расширительного толкования рассматриваемого условия.

Например, В. В. Гербутов прямо указывает на то, что п. 1 ст. 218 ГК РФ подлежит расширительному толкованию⁷.

По мнению А. А. Рубанова, целесообразно «в самом широком смысле» понимать указание в законе на изготовление вещи «для себя»⁸.

К. А. Новиков отмечает, что редакция п. 1 ст. 218 ГК РФ далека от совершенства, т. к. прописанные в данной норме слова «для себя» вызывают предположение, что собственник, создавая новую вещь из имеющихся у него материалов по заказу другого лица, не приобретает права собственности на созданную вещь и она сразу после создания становится собственностью заказчика. По мнению ученого, более верной является трактовка п. 1 ст. 218 ГК РФ, согласно которой если индивид изготавливает из своих материалов новую вещь по заказу другого лица, т. е. не для собственных нужд, то изначально собственником новой вещи становится он сам, хотя позже он имеет право договориться с заказчиком об ином⁹.

На мой взгляд, наличие в ГК РФ нормы, которая допускает возможность расширительного толкования и которая может поставить субъекта в состояние неопределенности, не улучшает действующее гражданское законодательство. Кроме того, такие нормативные предписания становятся слишком тонкими регуляторами свободы и произвола. Ведь анализируя вышеприведенный пример, ювелир не становится собственником вещи на основании п. 1 ст. 218 ГК РФ, т. к. изготавливал вещь не «для себя», но в то же время при расширительном толковании этой нормы ювелир изготовил золотое украшение для собственных нужд, для того чтобы потом подарить супруге, значит, формально он может являться собственником этой вещи.

А если ситуация осложнится тем, что ювелир решит продать изготовленное золотое изделие другому лицу? Получается, что он изначально создавал его не для себя, а для продажи. Если ювелир сначала изготовит золотое изделие для себя, но потом передумает и решит продать его? Как в таком случае возникнет право собственности на золотое изделие? Оно будет продано покупателю без возникновения у того права собственности? При расширительном толковании п. 1 ст. 218 ГК РФ ювелир приобрел право собственности на изготовленное изделие как на новую вещь в момент ее создания, и все, что остается сделать ювелиру при желании систематически реализовывать ювелирные украшения, это зарегистрироваться в качестве индивидуального предпринимателя.

⁵ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 21.04.2015 № 20-КГ15-3 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». URL: http://www.supcourt.ru/stor_pdf.php?id=1320444 (дата обращения 28.03.2021).

⁶ *Богданов Е. В.* Правовое регулирование возникновения права собственности на новую вещь / Е. В. Богданов // Современное право. 2020. № 3. С. 53–57.

⁷ *Гербутов В. С.* Обзор диссертаций на тему неосновательного обогащения / В. С. Гербутов // Вестник гражданского права. 2008. № 2. С. 77–80.

⁸ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, ч. 1 / под ред. Т. Е. Абовой и А. Ю. Кабалкина. М.: Юрайт, 2011. 872 с.

⁹ *Новиков К. А.* О распространении (экспансии) права залога на вещи, производные от изначально заложенной: к одному из правил ст. 345 ГК РФ / К. А. Новиков // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 1. С. 82–102.

Неоднозначно также трактуется вопрос приобретения права собственности на новую вещь, если лицо изготавливает ее из собственных материалов для последующей передачи ее по договору другим лицам после окончания процесса изготовления. Здесь нужно учитывать факт, что лицо с самого начала изготавливает вещь не для собственных нужд, поэтому право собственности на основании абз. 1 п. 1 ст. 218 ГК РФ на нее не возникает. Однако если был заключен договор на создание новой вещи, то лицо выполняет производственную деятельность и здесь необходимо руководствоваться абз. 2 п. 1 ст. 218 ГК РФ, где сказано, что право собственности на продукцию, полученную в результате использования имущества, изготовитель получает на основании ст. 136 ГК РФ. В этой норме закреплено, что продукция, созданная в результате использования вещи, независимо от того, кем используется эта вещь, принадлежит собственнику вещи, если иное не установлено законом, договорными правоотношениями или не следует из существа отношений.

В результате я вижу казус, который возникает при использовании п. 1 ст. 218 ГК РФ и ст. 136 ГК РФ, указывающий на то, что условие о создании вещи «для себя» является излишним в рассматриваемой норме.

Немало вопросов возникает и при применении ч. 1 ст. 218 ГК РФ в отношении вновь созданных объектов недвижимого имущества, и здесь ключевая проблема касается установления юридически значимого факта, а именно создания вещи «для себя», который определяет возможность приобретения права собственности на новый объект недвижимости.

Для возникновения права собственности на недвижимое имущество необходимо наличие факта создания объекта недвижимости как основание приобретения права, а также государственная регистрация этого права в Едином государственном реестре недвижимости (ЕГРН). Иначе говоря, требуется возникновение нескольких обстоятельств, каждое из которых в совокупности образует единое законное основание для возникновения права собственности.

Действующее гражданское законодательство не раскрывает, что конкретно подразумевается под созданием недвижимой вещи. Если обратиться к п. 1 ст. 218 ГК РФ, то по ее смыслу право собственности на вновь созданный объект недвижимости можно приобрести лишь при наличии двух обязательных условий: во-первых, объект недвижимости лицо должно возвести для собственных нужд, во-вторых, весь процесс строительства должен соответствовать действующим правовым предписаниям в этой сфере. Исходя из этого, отсутствие хотя бы одного из вышеуказанных условий не позволяет возникнуть праву собственности на недвижимое имущество.

Согласно рассмотренным выше критериям, можно предположить, что регистрировать вновь созданный объект недвижимого имущества лицо, его создавшее, может только в том случае, если у него наличествуют все необходимые документы, подтверждающие не только законность возведения объекта, но и то, что лицо возводило эту недвижимость для себя. Но если обратиться к ст. 14, 18 и 40 Федерального закона «О государственной регистрации недвижимости»¹⁰, то они не указывают на обязательное предоставление документа о том, что лицо возводило вновь созданный объект недвижимости «для себя». Кроме того, в Гражданском кодексе РФ также отсутствуют отдельные упоминания о каком-либо документе, подтверждающем возведение объекта недвижимости для собственных нужд.

Современная доктрина критично относится к возможности применения критерия «для себя» при создании новой недвижимой вещи.

По мнению Р. С. Бевзенко, ч. 10 ст. 40 Федерального закона «О государственной регистрации недвижимости» направлена против учета критерия «для себя» при создании недвижимого имущества, ведь в такой ситуации возникновение права собственности начинает зависеть от имеющихся или отсутствующих трудно устанавливаемых третьими лицами фактов и взаимных обязательств¹¹.

Судебная практика зачастую противоречит научным взглядам по этому вопросу. Например, Верховный Суд РФ, рассматривая различные споры о признании права собственности на объекты недвижимого имущества, достаточно ясно выражает свою правовую позицию: «Положение, установленное в ч. 1 ст. 218 ГК РФ, в качестве условий для возникновения права собственности на вновь созданную вещь называет два юридически значимых обстоятельства: создание новой вещи для себя и отсутствие нарушений норм права при ее создании»¹².

Однако в правоприменительной практике довольно сложно найти какие-либо четкие указания на то, как определять критерий создания вещи «для себя». Нередко при наличии спора о праве собственности на новую вещь в рамках предмета доказывания, кроме соблюдения правовых предписаний при создании спорного объекта недвижимости, суды обращают внимание на факт создания имущества своими силами либо своими средствами лицом, являющимся претендентом на получение права собственности¹³. Мне представляется, это показывает, что суды

¹⁰ О государственной регистрации недвижимости : федеральный закон от 13 июля 2015 г. № 218-ФЗ (ред. от 30 декабря 2020 г.) // Собрание законодательства. 2015. № 29 (ч. I). С. 4344.

¹¹ Бевзенко Р. С. Возникновение права собственности на вновь создаваемое недвижимое имущество: комментарий к ст. 219 ГК РФ / Р. С. Бевзенко // Вестник гражданского права. 2019. № 3. С. 137–153.

¹² Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 21.04.2015 № 20-КГ15-3 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». URL: http://www.supcourt.ru/stor_pdf.php?id=1320444 (дата обращения: 28.03.2021).

¹³ Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 14.03.2019 № Ф09-463/19 по делу № А47-2521/2018 [Электронный ресурс]. URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/54ebe6c9-41b9-4595-a479-93d6cfe35224/1cb6ebe7-d502-4ac8-99bd-3564ea24b12a/A47-2521-2018_20190314_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True (дата обращения: 28.03.2021).

принимает во внимание больше вовлеченность претендента на собственность в процесс создания вещи (наличие личного труда или финансирования строительства), а не буквально учитывают обязательное условие создания вещи «для себя».

В таких ситуациях личная вовлеченность индивида в создание объекта недвижимости (участие в строительных работах, осуществление финансирования и т. п.) определенно не подтверждает то, что такие действия лица направлены на создание вещи «для себя». Это следует из п. 4 и 5 Постановления Пленума Верховного Суда СССР от 31.07.1981 № 4 (в ред. от 30.11.1990) «О судебной практике по разрешению споров, связанных с правом личной собственности на жилой дом»¹⁴, из которых следует, что «факт содействия застройщику» не является отдельным основанием для признания права собственности. В Определении Верховного Суда РФ от 23.11.2004 № 18-В04-574¹⁵ подчеркнуто, что возникновение права собственности на часть дома за членами семьи, которые оказывали помощь в его возведении, возможно при наличии следующих обязательных условий: имеющаяся договоренность о создании общей собственности на недвижимое имущество и вложения труда и средств в строительство жилого объекта.

В. А. Алексеев по поводу оснований возникновения права собственности на вновь созданное имущество отмечает, что «определяющим для понятия объекта, созданного для себя, является наличие у создателя цели приобретения права собственности на объект или его часть»¹⁶.

На мой взгляд, данная позиция наиболее четко характеризует рассматриваемое условие приобретения права собственности, ведь новое имущество создается путем свободного волеизъявления индивида, которое реализуется на практике в результате осуществления лицом определенных действий, направленных на достижение конкретного результата. Таким результатом в этом случае является возникновение права собственности на новое имущество на основании п. 1 ст. 218 ГК РФ. Однако, согласно Определению Верховного Суда РФ от 21.05.2019 № 307-ЭС18-25854, эта норма регламентирует основание приобретения такого права (путем создания вещи для себя), но не регулирует момент возникновения такого права. По мнению суда, данную норму следует применять в совокупности с положениями ст. 8.1, 131 и 219 ГК РФ¹⁷.

Согласно отмеченным судом статьям право собственности на вновь созданное недвижимое имущество возникает с момента внесения записи об этом праве в Единый государственный реестр недвижимости. Как следует из ст. 14 Федерального закона «О государственной регистрации недвижимости», государственная регистрация недвижимого имущества осуществляется в заявительном порядке, поэтому невозможно ее осуществление без прямого волеизъявления претендента на приобретение права собственности. Учитывая эти обстоятельства, можно предположить, что сам факт подачи заявления на государственную регистрацию объекта недвижимости, а также предоставление необходимой документации для внесения записи о праве собственности на недвижимое имущество в ЕГРН лицом, которое возводило его, является доказательством того, что данное лицо строило эту недвижимость «для себя», чтобы впоследствии получить право собственности на нее. Лицо, которое участвовало в строительстве объекта недвижимости, но не ставило перед собой цели получения права собственности на него, с большой долей вероятности не станет совершать действий, направленных на получение нежелаемого права¹⁸. Ведь наличие права собственности предполагает не только владение объектом недвижимости, но и возложение на себя обязанностей по содержанию этого имущества, рисков его уничтожения и повреждения (ст. 210, 211 ГК РФ). Этот вывод вытекает из ст. 209 ГК РФ, если толковать ее в совокупности со ст. 8.1, 131, ч. 1. ст. 218 и 219 ГК РФ.

На мой взгляд, установленное в ч. 1 ст. 218 ГК РФ условие о создании вещи «для себя» является юридически значимым условием для приобретения права собственности, причем это касается как движимого, так и недвижимого имущества. Таким образом, действующее законодательство не содержит четких юридических критериев для подтверждения этого условия, хотя правоприменительная практика зачастую указывает на соблюдение его в качестве необходимого для приобретения права собственности на вновь созданное имущество. Полагаем, что условие создания вещи «для себя» подлежит расширительной трактовке, поэтому оно должно устанавливаться судами в каждом конкретном случае в зависимости от конкретных обстоятельств дела.

¹⁴ О судебной практике по разрешению споров, связанных с правом личной собственности на жилой дом : постановление Пленума Верховного Суда СССР от 31 июля 1981 г. № 4 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_136496/ (дата обращения: 24.03.2021).

¹⁵ Определение Верховного Суда РФ от 23.11.2004 № 18-В04-57 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=196313#05536036890772267> (дата обращения: 27.03.2021).

¹⁶ Алексеев В. А. Право недвижимости Российской Федерации. Права на недвижимые вещи: общие проблемы / В. А. Алексеев. М.: Юрайт, 2020. 164 с.

¹⁷ Определение Верховного Суда РФ от 21.05.2019 № 307-ЭС18-25854 [Электронный ресурс]. URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/fa8cf5dd-6d6e-4c76-bbac-b7d181dbde94/2c35f9a5-4949-4f57-9c91-b6770b9f5091/A56-21553-2017_20190521_Opredelenie.pdf?isAddStamp=True (дата обращения: 25.03.2021).

¹⁸ Богдан В. В., Коротких О. А. Создание недвижимой вещи для себя как условие приобретения права собственности / В. В. Богдан, О. А. Коротких // Nomothetika: Философия. Социология. Право. 2020. Т. 45. № 4. С. 726–731.

Что касается возникновения права собственности на вновь созданное недвижимое имущество, полагаем, что соблюдение условия создания вещи «для себя» подтверждается непосредственным осуществлением лицом, занимавшимся возведением объекта недвижимости, государственной регистрации права собственности на этот объект в ЕГРН, во всяком случае, до возникновения возможных притязаний со стороны третьих лиц.

Литература

1. *Алексеев В. А.* Право недвижимости Российской Федерации. Права на недвижимые вещи: общие проблемы. М. : Юрайт, 2020. 164 с.
2. *Бевзенко Р. С.* Возникновение права собственности на вновь создаваемое недвижимое имущество: комментарий к ст. 219 ГК РФ // Вестник гражданского права. 2019. № 3. С. 137–153.
3. *Богдан В. В., Коротких О. А.* Создание недвижимой вещи для себя как условие приобретения права собственности // Nomothetika: Философия. Социология. Право. 2020. Т. 45. № 4. С. 726–731.
4. *Богданов Е. В.* Правовое регулирование возникновения права собственности на новую вещь // Современное право. 2020. № 3. С. 53–57.
5. *Гербутов В. С.* Обзор диссертаций на тему неосновательного обогащения // Вестник гражданского права. 2008. № 2. С. 77–80.
6. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, ч. 1 / под ред. Т. Е. Абовой и А. Ю. Кабалкина. М. : Юрайт. 2011. 872 с.
7. *Новиков К. А.* О распространении (экспансии) права залога на вещи, производные от изначально заложенной: к одному из правил ст. 345 ГК РФ // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 1. С. 82–102.

References

1. *Alekseev, V. A.* Real Estate Law of the Russian Federation. Real Estate Rights: General Problems [Pravo nedvizhimosti Rossiiskoi Federatsii. Prava na nedvizhimye veshchi: obshchie problemy]. Moscow : Yurait. 2020. 164 p.
2. *Bevzenko, R. S.* Acquisition of a Property Right over a Newly Erected Immoveable Unit [Vozniknovenie prava sobstvennosti na vnov' sozdavaemoe nedvizhimoe imushchestvo: kommentarii k st. 219 GK RF] // Civil Law Review [Vestnik grazhdanskogo prava]. 2019. No. 3. P. 137–153.
3. *Bogdan, V. V., Shorty, O. A.* Creating Real Things for Yourself as a Condition of Acquisition of Ownership [Sozdanie nedvizhimoi veshchi dlya sebya kak uslovie priobreteniya prava sobstvennosti] // Nomothetika: Philosophy. Sociology. Law. [Nomothetika: Filosofiya. Sotsiologiya. Pravo] 2020. T. 45. No. 4. P. 726–731.
4. *Bogdanov, E. V.* Legal Regulation the Emergence of Ownership of a New Thing [Pravovoe regulirovanie vozniknoveniya prava sobstvennosti na novuyu veshch'] // Modern Law [Sovremennoe pravo]. 2020. No. 3. P. 53–57.
5. *Herbutov, V. S.* Overview of the Dissertations on the Topic of Unjust Enrichment // Bulletin of Civil Law. 2008. No. 2. P. 77–80.
6. Commentary to the Civil Code of the Russian Federation, Part of the First [Kommentarii k Grazhdanskomu kodeksu Rossiiskoi Federatsii, chasti pervoi] / ed. T. E. Abova and A. Yu. Kabalekina. Moscow : Yuratt [Yurait]. 2011. 872 p.
7. *Novikov, K. A.* Extension of Pledge on the Substitute Assets: on One Rule of Article 345 of the Civil Code of Russia [O rasprostranении (ehkspansii) prava zaloga na veshchi, proizvodnye ot iznachal'no zalozhennoi: k odnomu iz pravil st. 345 GK RF] // Herald of Economic Justice [Vestnik ehkonomicheskogo pravosudiya Rossiiskoi Federatsii]. 2017. No. 1. P. 82–102.

Нормативно-правовое регулирование особенностей организации противоэпизоотических мероприятий на особо охраняемых природных территориях федерального значения

Герасимов Сергей Вадимович¹

главный специалист отдела организации мероприятий по предупреждению и ликвидации болезней животных, лабораторному мониторингу и ветеринарно-санитарной экспертизе Управления ветеринарии Ленинградской области, советник государственной гражданской службы Ленинградской области 2-го класса, кандидат ветеринарных наук, преподаватель кафедры микробиологии, вирусологии и иммунологии Санкт-Петербургского государственного университета ветеринарной медицины (СПбГУВМ), студент 3-го курса юридического факультета СЗИУ РАНХиГС, Санкт-Петербург, Российская Федерация; vetvra4serg@mail.ru

АННОТАЦИЯ

В статье изучаются аспекты нормативно-правового регулирования организации и проведения ветеринарно-профилактических и противоэпизоотических мероприятий на особо охраняемых природных территориях федерального значения на примере вспышек африканской чумы свиней в государственном природном заказнике «Мшинское болото» Лужского района Ленинградской области в 2018–2019 гг.

Приводится оценка актуального в период 2018–2020 гг. ветеринарного и природоохранного нормативно-правового состояния актов, с выявленными практическим правоприменением коллизиями в анализируемых актах при ликвидации реальных вспышек африканской чумы свиней в Ленинградской области.

Выявленная практическим правоприменением забюрократизированность порядка принятия решений о необходимости регулирования численности диких животных на особо охраняемых природных территориях федерального значения и практической реализации данных мероприятий нивелирована локальным нормотворчеством Управления ветеринарии Ленинградской области, легитимация которого осуществлена фактической ликвидацией инфекции в заказнике федерального значения и последующей имплементацией выработанного регулирования Министерством природных ресурсов и экологии Российской Федерации в систему мер карантинных мероприятий.

В статье сформулированы обоснованные предложения по внесению изменений в ветеринарное и природоохранное законодательство с целью недопущения возникновения аналогичных ситуаций в дальнейшем и оперативной ликвидации вспышек инфекционных болезней в дикой фауне, в частности на особо охраняемых территориях федерального значения.

Ключевые слова: нормативно-правовое регулирование карантинных мероприятий, ветеринария, экологическое право, земельное право, инфекция, эпизоотология, особо охраняемые природные территории, государственные природные заказники

Legal Regulation of the Peculiarities of the Organization of Antiepidemic Measures in Specially Protected Natural Areas of Federal Significance

Sergey V. Gerasimov

Chief specialist of the department for organizing measures for the prevention and elimination of animal diseases, laboratory monitoring and veterinary and sanitary examination of the Veterinary Directorate of the Leningrad Region, Advisor to the State Civil Service of the Leningrad Region, 2nd class. Candidate of Veterinary Sciences, Lecturer at the Department of Microbiology, Virology and Immunology, St. Petersburg

¹ Автор выражает благодарность: начальнику Управления ветеринарии Ленинградской области Л. Н. Кротову и директору ФГБУ «Нижне-Свирский государственный природный заповедник» М. А. Антипину за грамотное руководство карантинными мероприятиями в заказнике федерального значения «Мшинское болото» в 2019–2020 гг.; начальнику ГБУ ЛО «Леноблэпизоототряд» Е. Э. Шуткову и начальнику ГБУ ЛО «СББЖ Лужского района» А. И. Серикову за активное личное участие и вклад учреждений при реализации комплекса мер по локализации, ликвидации и дальнейшей профилактике африканской чумы свиней в заказнике федерального значения «Мшинское болото» в 2018–2020 гг.

State University of Veterinary Medicine (SPBGUVM). 3rd year student of group YR-3-18-31 of the Law Faculty of the North-West Institute of Management of the Russian Academy of National Economy and Public Administration under the President of the Russian Federation (RANEPA), Saint Petersburg, Russian Federation; vetvra4serg@mail.ru

ABSTRACT

The article examines aspects of the legal regulation of the organization and implementation of veterinary preventive and antiepidemiological measures in specially protected natural areas of federal significance on the example of outbreaks of African swine fever in the state nature reserve "Mshinskoe swamp" of the Luga district of the Leningrad region in 2018–2019.

An assessment of the current in the period 2018–2020 is given veterinary and environmental regulatory legal status of acts, with the revealed practical law enforcement collisions in the analyzed acts in the elimination of real outbreaks of African swine fever in the Leningrad region.

The bureaucratic nature of the procedure for making decisions on the need to regulate the number of wild animals in specially protected natural areas of federal significance and the practical implementation of these measures, revealed by practical law enforcement, was leveled by local rule-making of the Veterinary Directorate of the Leningrad Region, the legitimization of which was carried out by the actual elimination of infection in a reserve of federal significance and the subsequent implementation of the developed regulation by the Ministry of Natural Resources resources and ecology of the Russian Federation into the system of quarantine measures.

At the end of the article, substantiated proposals are formulated for amending the veterinary and environmental legislation in order to prevent the occurrence of the same legal collisions in the future and to promptly eliminate outbreaks of infectious diseases in the wild fauna, in particular in specially protected areas of federal significance.

Keywords: legislation, legal regulation, veterinary medicine, environmental law, land law, infection, epizootology, specially protected natural areas, state nature reserves

Введение

В ветеринарном (равно как и в природоохранном) законодательстве Российской Федерации существует ряд недоработок, в частности, это касается организации и проведения ветеринарно-профилактических и противоэпизоотических мероприятий в дикой фауне. Многие документы устарели, иные отменены, а взамен ничего не утверждено. Либо утверждено, но такое ощущение, что проекты писались без согласования с ведомствами, чьи интересы документ также может затрагивать. В итоге, грубо говоря, ветеринарное руководство страны принимает один документ, природоохранное — еще один, и эти два документа в ряде вопросов противоречат друг другу.

К примеру, в июне 2018 г., когда Ленинградская область впервые столкнулась с африканской чумой свиней (далее — АЧС) в дикой фауне, в границах, установленных Распоряжением Губернатора Ленинградской области, угрожаемых зон² были выявлены вторичные очаги инфекции, в частности, два случая на территории государственного природного заказника федерального значения «Мшинское болото» Лужского района Ленинградской области (далее — ГПЗ «Мшинское болото»)³.

Для отмены карантина ветеринарное законодательство предусматривает проведение, в частности, мероприятий в дикой фауне, в том числе регулирование численности дикого кабана до показателя плотности популяции 0,25 особи на 1000 га⁴. Такие меры принимаются в связи с отсутствием средств специфической профилактики инфекции (вакцин, сывороток), единственная эффективная мера борьбы с этим вирусом — лишить его биологической модели (восприимчивые животные: домашние свиньи и дикие кабаны), максимально разрядив плотность животных и минимизировав тем самым их контакт между собой⁵.

И вот здесь мы столкнулись с тем, что органы исполнительной власти регионов по охране, контролю и регулированию использования объектов животного мира, а также территориальные органы Росприроднадзора полномочиями

² О введении на территории Ленинградской области ограничительных мероприятий (карантина) по африканской чуме свиней : распоряжение Губернатора Ленинградской области от 22 июня 2018 г. № 386-рг [Электронный ресурс]. URL: <https://login.consultant.ru/link/?req=doc&base=SPB&n=203529&dst=1000000006> (дата обращения: 12.02.2021).

³ Об утверждении на территории государственного природного заказника федерального значения «Мшинское болото» в административных границах муниципального образования Лужский район Ленинградской области ограничительных мероприятий (карантина) по африканской чуме свиней : распоряжение Губернатора Ленинградской области от 1 марта 2019 г. № 144-рг [Электронный ресурс]. URL: <https://login.consultant.ru/link/?req=doc&base=SPB&n=209882&dst=1000000007> (дата обращения: 12.02.2021).

⁴ Об утверждении ветеринарных правил осуществления профилактических, диагностических, ограничительных и иных мероприятий, установления и отмены карантина и иных ограничений, направленных на предотвращение распространения и ликвидацию очагов африканской чумы свиней : приказ Минсельхоза России от 31.05.2016 № 213 [Электронный ресурс]. URL: <https://login.consultant.ru/link/?req=doc&base=LAW&n=203905&dst=1000000003> (дата обращения: 12.02.2021).

⁵ Частная ветеринарно-санитарная микробиология и вирусология : учебное пособие / П. Г. Госманов, Р. Х. Равилов, А. К. Галиуллин и др. М. : Лань, 2019. 316 с.

на проведение мероприятий по снижению численности и миграционной активности диких кабанов на особо охраняемых природных территориях (далее — ООПТ) федерального значения не наделены, то есть попытки самостоятельного выполнения таких мероприятий будут расценены как браконьерство. Ситуацию усугубляло отсутствие на тот момент какой-либо дирекции данного заказника, то есть все возникающие вопросы приходилось решать непосредственно с Министерством природных ресурсов и экологии Российской Федерации (далее — Минприроды России), что значительно затягивало выполнение мероприятий.

Актуальность темы определяется необходимостью поддержания эпизоотического благополучия территории Российской Федерации, охраной здоровья населения и животных, в частности за счет грамотных и оперативных мер по локализации и ликвидации вспышек инфекционных болезней животных в дикой фауне.

Объектом исследования являлись общественные отношения, возникающие на особо охраняемых природных территориях федерального значения, регулируемые ветеринарным и природоохранным законодательствами Российской Федерации, а предметом исследования — нормативно-правовое регулирование особенностей организации ветеринарно-профилактических и противоэпизоотических мероприятий на ООПТ федерального значения.

Цель данной работы заключалась в изучении аспектов нормативно-правового регулирования особенностей организации и проведения ветеринарно-профилактических и противоэпизоотических мероприятий на ООПТ федерального значения на примере вспышек АЧС в ГПЗ «Мшинское болото» Лужского района Ленинградской области в 2018–2019 гг.

Для осуществления цели были поставлены следующие задачи:

1. Изучить порядок организации и проведения ветеринарно-профилактических и противоэпизоотических мероприятий в дикой фауне на примере вспышки АЧС.
2. Изучить аспекты планирования и проведения мероприятий на ООПТ федерального значения на примере государственного природного заказника.
3. Проанализировать введение, проведение и отмену ограничительных мероприятий (карантина) по АЧС на территории ГПЗ «Мшинское болото».

В статье будет изучено актуальное в период 2018–2020 гг. ветеринарное и природоохранное законодательство с акцентом на противоречиях в документах, которые были выявлены при ликвидации реальных вспышек АЧС в Ленинградской области.

Также будет разъяснен порядок решения нами проблемы (забюрократизированность порядка принятия решений о необходимости регулирования численности диких животных на особо охраняемых природных территориях федерального значения и практической реализации данных мероприятий) с ликвидацией инфекции в заказнике федерального значения с описанием разработанных нами документов, легитимность которых признали в Минприроды России и которые позволили нам завершить карантинные мероприятия. Этот порядок решения и эти документы составляют собой новизну данной работы, вопрос ликвидации АЧС в заказнике федерального значения в Ленинградской области обсуждался на уровне Правительства РФ, решение данного вопроса прорабатывалось больше года.

Кроме того, в конце работы будут сформулированы обоснованные, на наш взгляд, предложения по внесению изменений в ветеринарное и природоохранное законодательство с целью недопущения возникновения таких же юридических коллизий в дальнейшем и оперативной ликвидации вспышек инфекционных болезней в дикой фауне, в частности на ООПТ федерального значения.

Учитывая, что конкретный пример из практики, раскрытый в данной статье, затрагивает период 2018–2020 гг., опираться я буду в первую очередь на приказ Минсельхоза РФ от 31.05.2016 № 213 «Об утверждении ветеринарных правил осуществления профилактических, диагностических, ограничительных и иных мероприятий, установления и отмены карантина и иных ограничений, направленных на предотвращение распространения и ликвидацию очагов африканской чумы свиней» (зарегистрировано в Минюсте России 24.08.2016 № 43379). Документ был принят в 2016 г. и прекратил свое действие 1 марта 2021 г. в связи с вступлением в силу новых ветеринарных правил по АЧС, утвержденных приказом Минсельхоза РФ от 28.01.2021 № 37.

Стоит также отметить, что распоряжения Губернатора Ленинградской области от 22 июня 2018 г. № 386-рг и от 1 марта 2019 г. № 144-рг, которыми вводились ограничительные мероприятия (карантин), также прекратили свое действие 2 апреля 2020 г. в связи с выходом распоряжения Губернатора Ленинградской области № 279-рг об отмене ограничительных мероприятий (карантина).

Порядок организации и проведения ветеринарно-профилактических и противоэпизоотических мероприятий в дикой фауне на примере вспышки африканской чумы свиней

Стоит отметить, что в данных ветеринарных правилах, утвержденных приказом Минсельхоза РФ от 31.05.2016 № 213, нет четкого разграничения мероприятий при выявлении АЧС среди домашних свиней и в дикой фауне, перечисление необходимых к принятию мер идет «вперемешку», и некоторые из них неприменимы к очагу среди

свиней, а иные, в свою очередь, — к диким кабанам. Поэтому в данной работе указываются только меры, применимые к вспышке АЧС в дикой фауне.

Такие меры указаны в п. 20–42 Правил⁶. Суть их сводится к следующему.

1. При получении информации об установлении диагноза на АЧС в течение суток главе региона направляется документ о необходимости введения карантина с приложением проекта соответствующего правового акта о введении карантина, утверждающий план мероприятий по ликвидации очага АЧС и предотвращения распространения возбудителя болезни. В решении об установлении карантина должны быть определены эпизоотический очаг, инфицированный объект, первая угрожаемая зона (территория, прилегающая к эпизоотическому очагу, радиус которой составляет не менее 5 км от его границ), вторая угрожаемая зона (прилегающая к первой угрожаемой зоне территория, радиус которой составляет до 100 км от границ эпизоотического очага), а также указан перечень вводимых ограничительных (карантинных) мероприятий (для всех определенных территорий) и срок, на который устанавливается карантин.

2. Незамедлительно после утверждения вышеуказанных документов проводятся карантинные мероприятия. Их можно условно разделить на две основные группы:

- запреты на определенных территориях, то есть что запрещено делать на период карантина в целях недопущения распространения инфекции, например, выезд и въезд транспорта, не задействованного в мероприятиях по ликвидации очага, все виды охоты, за исключением охоты в целях регулирования численности охотничьих ресурсов, проведение мероприятий, связанных с передвижением, перемещением и скоплением животных;
- обязательные к принятию меры на определенных территориях, такие как: уничтожение трупов животных на всех территориях, бескровная эвтаназия и уничтожение всех восприимчивых животных в очаге и первой угрожаемой зоне, оборудование дезбарьеров на входе и въезде на территорию эпизоотического очага; дезобработка любых транспортных средств при их выезде с территории эпизоотического очага; обеспечение отсутствия на территории эпизоотического очага безнадзорных животных; проведение дезинфекции, дезинсекции и дератизации; организация мероприятий по снижению численности диких кабанов до показателя плотности популяции 0,25 особи на 1000 га бескровными методами; организация на въезде в эпизоотический очаг круглосуточных контрольно-пропускных постов, проведение массовых лабораторных исследований на АЧС от всех обнаруженных трупов и добытых кабанов, а также от свиней во второй угрожаемой зоне и многие другие меры.

3. Даже после выполнения всех карантинных мероприятий и отмены карантина правовым актом главы региона на территории бывших угрожаемых зон запрещается в течение года разведение дикого кабана и его ввоз в охотхозяйства, а также на особо охраняемые природные территории, по истечении такого срока допускаются его разведение и ввоз только при условии отсутствия очагов АЧС в радиусе 100 км за указанный период (в течение года).

Противоречия ветеринарного и природоохранного законодательства при планировании мероприятий по профилактике и ликвидации АЧС в дикой фауне

Главное из этих противоречий касается регулирования численности охотничьих ресурсов (т. е. диких животных, в случае АЧС — диких кабанов). Приложением 2 к приказу Минприроды России от 30.04.2010 № 138 (действовал до 01.01.2021, пока не вступил в силу приказ от 25.11.2020 № 965) устанавливается следующее.

Показатель минимальной численности охотничьих ресурсов устанавливается только для тех видов охотничьих ресурсов, добыча которых производится в соответствии с лимитом их добычи, и для кабана.

Показатель минимальной численности охотничьих ресурсов в конкретном охотничьем угодье (отдельном охотничьем хозяйстве) устанавливает минимальное количество охотничьих ресурсов, при котором возможно определение квоты добычи не менее чем одной особи охотничьих ресурсов в соответствии с установленными нормативами, и определяется по формуле: $N_{\text{мин числ., особей}} = 1 \text{ особь} \times 100\% / N_{\text{доп. изъятия}}$, где $N_{\text{мин числ.}}$ — показатель минимальной численности охотничьих ресурсов в одном охотничьем угодье, $N_{\text{доп. изъятия}}$ — норматив допустимого изъятия охотничьих ресурсов, за 100% принимается объем добычи не менее одной особи.

При расчете показателя минимальной численности кабана в закрепленных и общедоступных охотничьих угодьях используется норматив допустимого изъятия кабана — 10% от его общей численности в конкретном охотничьем угодье⁷.

⁶ Об утверждении ветеринарных правил осуществления профилактических, диагностических, ограничительных и иных мероприятий, установления и отмены карантина и иных ограничений, направленных на предотвращение распространения и ликвидацию очагов африканской чумы свиней : приказ Минсельхоза России от 31.05.2016 № 213 [Электронный ресурс]. URL: <https://login.consultant.ru/link/?req=doc&base=LAW&n=203905&dst=1000000003> (дата обращения: 12.02.2021).

⁷ Об утверждении нормативов допустимого изъятия охотничьих ресурсов и нормативов численности охотничьих ресурсов в охотничьих угодьях : приказ Минприроды России от 30.04.2010 № 138 [Электронный ресурс]. URL: <https://login.consultant.ru/link/?req=doc&base=LAW&n=212334&dst=1000000005> (дата обращения: 28.02.2021).

Простой расчет дает понять, что в соответствии с природоохранным законодательством до конца 2020 г. регулирование численности дикого кабана в конкретном охотхозяйстве (охотничьем угодье) было возможно, только если в нем сохранится не менее десяти особей.

Иначе говоря, чтобы в охотхозяйстве был возможен показатель 0,25 особи на 1000 га, его площадь должна составлять более 400 км². А как же быть, если охотхозяйство 200 км²?

То есть приказ Минсельхоза РФ обязывал обеспечить 0,25 особи на 1000 га, а приказ Минприроды России этого сделать фактически не позволял.

Далее — сам подсчет численности охотничьих ресурсов (кабанов).

Любой охотник, охотпользователь, специалист органа исполнительной власти в области охраны, контроля и регулирования использования объектов животного мира скажет, что единственные данные, на которые можно опираться, — это результаты так называемого зимнего маршрутного учета в соответствии с Приказом Минприроды России от 11.01.2012 № 1, простым языком — учет численности диких животных «по следам на снежном покрове». Зимний маршрутный учет завершается к 1 марта, далее органы исполнительной власти собирают результаты учета с охотпользователей и высчитывают с помощью формул и коэффициентов Приказа Минприроды России от 11.01.2012 № 1 плотность популяции диких животных в разрезе охотничьего угодья, муниципального образования и, наконец, региона⁸.

Здесь можно выделить три существенных, на наш взгляд, недостатка.

Во-первых, обновляемость и актуальность данных. Из описания становится понятно, что это происходит раз в год. То есть, установив карантин, скажем, в мае на территории угодий, где плотность, например, 0,8 особи на 1000 га, мы вынуждены будем ждать апреля, чтобы убедиться, провели ли мы достаточные мероприятия по снижению численности кабана, чтобы позволить себе снять карантин.

Во-вторых, достоверность данных. Как опять же понятно из описания, метод подсчета очень примерный. Кабан мог топтаться на месте, оставив кучу следов и обманчивое впечатление, будто следы оставили несколько особей.

В-третьих, сам подсчет. В документах не указано, должен ли считающий учитывать площадь построек, водоемов, гор и т. п. на территории охотничьих угодий или учитывать только среду обитания кабана. Соответственно, если считающему надо получить плотность побольше, он не включает эти территории в расчеты, а если поменьше — включает, тем самым существенно ее снижая⁹.

В реальной жизни приходится сталкиваться еще и с тем, что охотхозяйства в большинстве своем — структуры частные, а это значит, что запрет любительской и спортивной охоты, равно как и осуществление охоты в рамках регулирования численности (при которой добытая туша уничтожается сжиганием) — это потеря денег для собственника. И он будет всячески этому препятствовать — занижать численность кабанов, поощрять браконьерство и незаконную реализацию продуктов разделки туш, что может способствовать распространению болезни. Забегая вперед, полагаем, что здесь можно было бы подстраховаться компенсацией из бюджета, как при отчуждении свиней и продуктов уоя. Подробнее остановимся на этом в выводах.

Планирование и проведение мероприятий на ООПТ федерального значения на примере ГПЗ

Для того чтобы понять, какие мероприятия и в какой степени могут быть организованы и проведены на федеральных ООПТ, в том числе в ГПЗ, необходимо сперва изучить нормативные документы, регулирующие деятельность ООПТ.

Для каждой конкретной ООПТ действуют положения об ООПТ, которыми определены виды возможного использования территорий в границах ООПТ, а также режим их охраны. Интересующим нас государственным природным заказником в документе отведен отдельный раздел V ЗЗ-ФЗ об ООПТ. Остановимся на отдельных его положениях, в первую очередь ст. 22 и 24.

По сути ГПЗ — это земли, сохраняющие и восстанавливающие природу и ее компоненты, для того чтобы поддерживать экологический баланс. Забегая вперед, отметим, что дикий кабан, обитающий на территории ГПЗ, по сути является природным ресурсом, то есть составляющей (компонентом) этого природного комплекса, который должен сохраняться и поддерживаться в ГПЗ.

Управляют федеральными ГПЗ вновь созданные / назначенные документом Минприроды РФ ФГБУ. Опять же, забегая вперед, скажем, что в случае с ГПЗ «Мшинское болото» (Лужский и Гатчинский районы Ленинградской области) его управление в конце 2019 г. было передано ФГБУ «Ниже-Свирский государственный природный

⁸ Об утверждении Методических указаний по осуществлению органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации переданного полномочия Российской Федерации по осуществлению государственного мониторинга охотничьих ресурсов и среды их обитания методом зимнего маршрутного учета : приказ Минприроды России от 11.01.2012 № 1 [Электронный ресурс]. URL: <https://login.consultant.ru/link/?req=doc&base=LAW&n=130789&dst=1000000004> (дата обращения: 28.02.2021).

⁹ Самылина В. Г. Природопользование на Европейском Севере России : монография. Вологодский государственный университет, 2016. 213 с.

заповедник», которое также осуществляет управление одноименным федеральным заповедником в Лодейнопольском районе Ленинградской области и ООПТ федерального значения «Восток Финского залива» (Выборгский и Кингисеппский районы ЛО).

На землях заказника постоянно или временно запрещаются любые мероприятия, если они идут вразрез с целями создания заказника и / или причиняют вред его природе, в том числе животным. Обращаем внимание на слово «временно», то есть гипотетически такая деятельность возможна (опять же в случае изучаемой в данной работе проблемы идет речь о необходимости сокращения численности кабанов в ГПЗ в связи со вспышкой инфекции)¹⁰.

Изучая документ Минприроды России от 13.01.2011, мы узнаем, как решается вопрос о регулировании численности диких животных, в том числе на ООПТ, и какая документальная процедура для этого предусмотрена.

Если говорить о федеральных ООПТ, то решение о регулировании в их границах численности диких животных принимается в письменном виде министром природных ресурсов и экологии РФ. Естественно, для принятия такого решения нужны веские основания, и одним из таких может быть угроза заноса и распространения инфекций животных, обитающих на федеральных ООПТ.

При наличии такой угрозы в Минприроды России должны быть в течение трех дней изучены данные о ней, о численности поражаемых животных и допустимом / необходимом количестве их изъятия, сроках и способах выполнения данных мероприятий. После чего с учетом данных сведений принимается соответствующий документ (решение о необходимости регулирования численности диких животных), который подписывается министром и публикуется на официальном сайте министерства¹¹.

П. 5 Приказа Минсельхоза России от 24.11.03 № 1500 утверждено Положение о ГПЗ «Мшинское болото», которое интересует нас в данной работе. Данное Положение согласовано с региональной администрацией¹². Приведем ключевые, на наш взгляд, для данного исследования выдержки из документа.

Одной из главных функций данного ГПЗ является сохранение охотничьих животных, мест их обитания и путей миграции. Естественно, при организации и проведении мероприятий по снижению их численности не только логично уменьшается количество животных, но и нарушаются пути их естественной миграции: в силу стресса (испуга) животные отбиваются от стада, хаотично распределяются по территории, особенно если регулирование проводится путем отстрела¹³.

Документ запрещает проведение в «Мшинском болоте» мероприятий, которые могут причинить вред, в частности, обитающим в нем животным. Естественно, речь идет и об их изъятии путем охоты. Кроме того, в документе четко прописана обязанность всех лиц соблюдать режим особой охраны «Мшинского болота», сказано об ответственности за его нарушение перед законом.

Таким образом, запрещается не только «изымать» (снижать популяцию) животных (в нашем случае кабанов), но и ввозить на территорию ГПЗ транспорт, чтобы вывезти добытый труп (или чтобы уничтожить его на месте). Если провести эти мероприятия без вышеуказанного решения, по сути, они будут расценены как браконьерство, а лица, их организовавшие и осуществившие, — привлечены к соответствующей ответственности перед законом.

Выявление АЧС и введение карантина в ГПЗ «Мшинское болото». Распоряжения Губернатора Ленинградской области от 17.10.2018 № 734-рг и от 01.03.2019 № 144-рг

Первый случай АЧС был выявлен 13 июня 2018 г. в Лужском районе на территории охотхозяйства «Ранчо-охота», приграничной Псковской области. Было обнаружено шесть трупов животных, у которых выявили вирус в лабораторных условиях методом полимеразной цепной реакции. Распоряжением Губернатора Ленинградской области от 22 июня 2018 г. № 386-рг на месте обнаружения трупов был введен инфицированный объект, обозначены границы первой и второй угрожаемых зон вокруг него¹⁴.

¹⁰ Об особо охраняемых природных территориях : федеральный закон от 14.03.1995 № 33-ФЗ (ред. от 30.12.2020) [Электронный ресурс]. URL: <https://login.consultant.ru/link/?req=doc&base=LAW&n=372890&dst=100006> (дата обращения: 30.03.2021).

¹¹ Об утверждении Порядка принятия решения о регулировании численности охотничьих ресурсов и его формы : приказ Минприроды РФ от 13.01.2011 № 1 (зарегистрировано в Минюсте РФ 16.02.2011 № 19857) [Электронный ресурс]. URL: <https://login.consultant.ru/link/?req=doc&base=LAW&n=110812&dst=100000006> (дата обращения: 30.03.2021).

¹² Об утверждении Положений о государственных природных заказниках федерального значения : приказ Минсельхоза РФ от 24.11.2003 № 1500 [Электронный ресурс]. URL: <https://login.consultant.ru/link/?req=doc&base=EXP&n=329442&dst=100003> (дата обращения: 30.03.2021).

¹³ Жаворонкова Н. Г., Шпаковский Ю. Г. Правовое обеспечение экологической безопасности в условиях экономической интеграции Российской Федерации : монография. М. : Проспект, 2017. 160 с.

¹⁴ О введении на территории Ленинградской области ограничительных мероприятий (карантина) по африканской чуме свиней : распоряжение Губернатора Ленинградской области от 22 июня 2018 г. № 386-рг [Электронный ресурс]. URL: <https://login.consultant.ru/link/?req=doc&base=SPB&n=203529&dst=100000006> (дата обращения: 12.02.2021).

В дальнейшем в период с 19 июня по 28 сентября 2018 г. в указанное Распоряжение был внесен ряд последовательных изменений в связи с выявлением все новых и новых павших животных, в частности 6 сентября 2018 г. на территории ГПЗ «Мшинское болото» вблизи деревни Гобжицы Лужского района¹⁵.

Последнее на сегодняшний день обнаружение вируса АЧС у животных Ленинградской области датируется 24 февраля 2019 г. и также на территории ГПЗ «Мшинское болото», только теперь вблизи деревни Пелково Лужского района. Распоряжением Губернатора Ленинградской области от 1 марта 2019 г. № 144-рг на территории ГПЗ федерального значения «Мшинское болото» были введены ограничительные мероприятия (карантин) по АЧС¹⁶.

Невозможность организации и проведения мероприятий по регулированию численности диких кабанов в ГПЗ «Мшинское болото» силами региональных и территориальных федеральных служб и ведомств. Решение проблемы

На территории установленных эпизоотических очагов и инфицированных АЧС объектов своевременно и быстро были проведены мероприятия по ликвидации и недопущению распространения вируса в соответствии с Ветеринарными правилами, утвержденными Приказом Минсельхоза России от 31.05.2016 № 213. Оперативный и тщательный подход к ликвидации каждого очага (инфицированного объекта), а также грамотно установленные границы первой и второй угрожаемых зон (было принято волевое решение не ограничиваться минимальным радиусом зон, а расширить территорию ограничительных мероприятий до административных границ Лужского, Сланцевского, Волосовского и Кингисеппского муниципальных районов, благодаря чему удалось максимально сократить поголовье свиней и численность кабанов на большой территории) позволили предотвратить распространение инфекции на территорию остальных районов региона, а также не допустить проникновение вируса на промышленные свинокомплексы Ленинградской области¹⁷.

Основные меры сводились к тщательному обеззараживанию мест обнаружения трупов после их уничтожения и к недопущению распространения вируса АЧС, в том числе путем проведения мероприятий по регулированию (снижению) численности дикого кабана до показателя плотности популяции 0,25 особи на 1000 га.

Эти же меры были обязательными к выполнению и на территории инфицированного объекта и эпизоотического очага в заказнике «Мшинское болото».

В соответствии с информацией Департамента Росприроднадзора по Северо-Западному федеральному округу от 10.04.2019 № 06-25/3462 на территории ГПЗ «Мшинское болото» в период карантина обитало 40 особей дикого кабана. С учетом того что площадь ГПЗ «Мшинское болото» составляет 60 400 га, для доведения плотности популяции кабанов на территории заказника до целевых показателей 0,25 особи / 1000 га было необходимо сократить их численность на 25 особей.

В связи с тем что Комитет по охране, контролю и регулированию использования объектов животного мира Ленинградской области и департамент Росприроднадзора по Северо-Западному федеральному округу полномочиями на проведение мероприятий по снижению численности и миграционной активности диких кабанов на особо охраняемых природных территориях федерального значения не наделены, выполнение данных мероприятий (регулирование численности диких кабанов на территории ГПЗ «Мшинское болото») долгое время не было организовано.

Учитывая, что невыполнение вышеуказанных мероприятий несло угрозу промышленному свиноводству региона, и в целях недопущения дальнейшего распространения вируса АЧС в адрес министра природных ресурсов и экологии, а также председателя Постоянно действующей противоэпизоотической комиссии Правительства Российской Федерации были направлены обращения Губернатора Ленинградской области с просьбой принять меры, направленные на выполнение карантинных мероприятий на ООПТ ГПЗ «Мшинское болото». Проекты данных обращений были подготовлены Управлением ветеринарии Ленинградской области¹⁸.

Ситуация усугублялась еще и тем, что в то время еще не была создана какая-либо дирекция для управления ГПЗ «Мшинское болото». То есть любые мероприятия, которые должны были проводиться на данной территории,

¹⁵ Просвирнин Г. С. Эпизоотологический мониторинг лейкоза крупного рогатого скота и африканской чумы свиней с использованием геоинформационных технологий: дис. ... канд. наук: 06.02.02 / Г. С. Просвирнин. СПб., 2019. 430 с.

¹⁶ О введении на территории государственного природного заказника федерального значения «Мшинское болото» в административных границах муниципального образования Лужский район Ленинградской области ограничительных мероприятий (карантина) по африканской чуме свиней : распоряжение Губернатора Ленинградской области от 1 марта 2019 г. № 144-рг [Электронный ресурс]. URL: <https://login.consultant.ru/link/?req=doc&base=SPB&n=209882&dst=1000000007> (дата обращения: 12.02.2021).

¹⁷ Доклад начальника Управления ветеринарии Ленинградской области Кротова Л. Н. на Противоэпизоотической комиссии в г. Выборг 19.12.19 [Электронный ресурс]. URL: <https://veterinary.lenobl.ru/ru/o-komitete/rukovodstvo/> (дата обращения: 03.05.2021).

¹⁸ Доклад начальника Управления ветеринарии Ленинградской области Кротова Л. Н. на Противоэпизоотической комиссии в г. Выборг 19.12.19 [Электронный ресурс]. URL: <https://veterinary.lenobl.ru/ru/o-komitete/rukovodstvo/> (дата обращения: 03.05.2021).

должны были напрямую согласовываться с министром природных ресурсов и экологии страны и, соответственно, проводиться только с его прямого указания¹⁹.

О сложившейся ситуации на территории ГПЗ ФЗ «Мшинское болото» было доложено 28 июня 2019 г. на заседании Постоянно действующей противоэпизоотической комиссии Правительства Российской Федерации под председательством заместителя Председателя Правительства Российской Федерации Алексея Васильевича Гордеева.

П. 2 раздела IV Протокола заседания комиссии от 28.06.2019 № 2 было предписано проработать вопрос о передаче ГПЗ «Мшинское болото» в оперативное управление ФГБУ «Нижне-Свирский государственный природный заповедник» для организации проведения противоэпизоотических мероприятий на территории ГПЗ «Мшинское болото», а п. 3 того же раздела — обеспечить принятие мер, направленных на выполнение комплекса мероприятий по локализации, ликвидации и недопущению распространения вируса АЧС, на территории ГПЗ «Мшинское болото»²⁰.

Во исполнение Протокола заседания заказник был передан в оперативное управление дирекции ФГБУ «Нижне-Свирский государственный природный заповедник» приказом Минприроды России от 16 октября 2019 г.²¹, а решением Минприроды РФ от 27 ноября 2019 г. дирекции было поручено провести мероприятия по регулированию численности дикого кабана на территории заказника.

Во исполнение поставленной задачи Управлением ветеринарии Ленинградской области совместно с дирекцией заказника был разработан План проведения противоэпизоотических и мониторинговых мероприятий по АЧС на территории заказника «Мшинское болото» в течение 2019–2020 гг.²², а также заключено Соглашение о порядке взаимодействия ФГБУ «Нижне-Свирский государственный природный заповедник» с Управлением ветеринарии Ленинградской области. В рамках данного соглашения специалисты государственной ветеринарной службы Ленинградской области получили возможность выезжать на территорию заказника для проведения противоэпизоотических мероприятий: мониторинга территории в целях обнаружения трупов кабанов и иных биологических отходов, в случае их обнаружения — организации и проведения их уничтожения; отбора проб биологического материала от кабанов заказника для проведения контрольных лабораторных исследований на наличие вируса АЧС; иных мероприятий, предусмотренных ветеринарным законодательством²³.

Проект Соглашения был разработан Управлением ветеринарии Ленинградской области, и это первая в стране (других таких прецедентов найдено не было) практика документально закреплённого взаимодействия между региональной ветеринарной службой и федеральным учреждением, осуществляющим управление ООПТ федерального значения, в целях проведения на ООПТ противоэпизоотических мероприятий.

Завершение карантинных мероприятий и отмена карантина.

Распоряжение Губернатора ЛО от 02.04.2020 № 279-рг

В соответствии с пунктами вышеуказанного Плана и в рамках Соглашения в период с декабря 2019 г. по февраль 2020 г. были проведены мероприятия в рамках снижения миграционной активности и подготовка к регулированию численности дикого кабана на территории заказника «Мшинское болото».

В целях контроля эпизоотической ситуации в заказнике специалистами государственной ветеринарной службы Ленинградской области был проведен отбор проб биологического материала от дикого кабана для исследования на АЧС. Результат лабораторных исследований отрицательный, геном вируса АЧС обнаружен не был.

Также был проведен мониторинг территории заказника общей площадью 60 400 га на предмет наличия мест скопления диких кабанов, следов жизнедеятельности и трупов диких кабанов и других биологических отходов. Одновременно проводился зимний маршрутный учет численности дикого кабана. Всего в результате мероприятий на территории заказника были обнаружены следы пребывания двух групп кабанов общей численностью до 14 особей. По итоговым расчетам плотность дикого кабана составила 0,23 особи на 1000 га²⁴.

Таким образом, комплекс необходимых мероприятий, предусмотренный ветеринарным и природоохранным законодательством, был, наконец, выполнен на территории заказника «Мшинское болото» в полном объеме, о чем

¹⁹ Бердинских С. В. Защита прокурором публичных интересов в сфере использования земель особо охраняемых природных территорий // Законность. 2018. № 2. С. 29–33.

²⁰ Протокол заседания Постоянно действующей противоэпизоотической комиссии Правительства Российской Федерации от 28.06.19 № 2. 6 с.

²¹ О внесении изменений в Устав Федерального государственного бюджетного учреждения «Нижне-Свирский государственный природный заповедник»: приказ Минприроды России от 16.10.2019 № 687, утвержден приказом Минприроды России от 27.06.2018 № 294. 2 с.

²² План проведения противоэпизоотических и мониторинговых мероприятий по африканской чуме свиней (АЧС) на территории государственного природного заказника федерального значения «Мшинское болото» в течение 2019–2020 гг., утв. директором ФГБУ «Нижне-Свирский государственный заповедник» 1 ноября 2019 г.

²³ Соглашение о порядке взаимодействия Управления ветеринарии Ленинградской области и Федерального государственного бюджетного учреждения «Нижне-Свирский государственный природный заповедник».

²⁴ Письмо председателя Комитета по охране, контролю и регулированию использования объектов животного мира Ленинградской области от 13.03.2020 № И-767/2020.

было доложено 6 марта 2020 г. на совещании в Министерстве природных ресурсов и экологии Российской Федерации. В соответствии с протоколом совещания подведомственным Минприроды структурам было поручено оперативно информировать Управление ветеринарии Ленинградской области о численности дикого кабана на территории заказника «Мшинское болото» и рекомендовано Управлению ветеринарии Ленинградской области подготовить необходимые документы для отмены карантина²⁵.

Получив официальную информацию о достижении показателя плотности популяции дикого кабана 0,23 особи на 1000 га²⁶, Управление ветеринарии Ленинградской области подготовило пакет документов в адрес Губернатора, необходимый для отмены карантина с заказника. Результатом проведенной работы стали полная ликвидация АЧС на территории региона и окончательная отмена карантина Распоряжением Губернатора от 2 апреля 2020 г.²⁷

Выводы

Считаем, нами в полном объеме изучены аспекты нормативно-правового регулирования особенностей организации и проведения ветеринарно-профилактических и противоэпизоотических мероприятий на ООПТ федерального значения на примере вспышек АЧС в ГПЗ «Мшинское болото» в Лужском районе Ленинградской области в 2018–2019 гг. Для этого нами были последовательно решены все поставленные во введении задачи.

Если говорить о реальных результатах описанных в работе мероприятий по ликвидации АЧС в ГПЗ «Мшинское болото», стоит отметить, что их выполнение открыло для ветеринарии Ленинградской области целый ряд новых перспектив. Порядок наложения и снятия ограничительных мероприятий (карантина) на ООПТ федерального значения, который был разработан нами и выполнен в период с осени 2018 г. по весну 2020 г., позволил наладить взаимодействие с дирекцией всех федеральных ООПТ региона и обеспечить в рамках разработанного и заключенного в период карантина Соглашения о взаимодействии постоянного ветеринарный контроль на этой территории. К слову, это более 115 тыс. га региона, на которых теперь проводятся такие мероприятия, как вакцинация диких плотоядных животных против бешенства и мониторинговые исследования диких птиц на грипп²⁸.

Исходя из практического опыта работы в процессе ликвидации вспышки инфекции на ООПТ федерального значения и глубоко погрузившись в данную проблему, хотим озвучить следующие предложения по внесению изменений в ветеринарное и природоохранное законодательство с целью недопущения возникновения таких же юридических коллизий в дальнейшем и оперативной ликвидации вспышек инфекционных болезней в дикой фауне, в частности на ООПТ федерального значения.

1. Наделить территориальные органы Росприроднадзора правом согласования решений о введении ограничений на использование объектов животного мира, в том числе и отнесенных к охотничьим ресурсам, на ООПТ федерального значения в субъектах Российской Федерации.

2. Определить на федеральном законодательном уровне возможность дирекции ООПТ федерального значения принимать самостоятельные решения о регулировании численности диких животных в случае выявления инфекции на вверенной территории и явной угрозы ее быстрого распространения (при условии согласования такого решения территориальным органом Росприроднадзора и региональным органом в области ветеринарии).

3. Закрепить разработанный механизм взаимодействия между дирекциями ООПТ федерального значения и органами исполнительной власти в области ветеринарии в новой редакции ЗЗ-ФЗ от 14.03.1995 (рекомендовать всем дирекциям федеральных ООПТ заключить такие соглашения с региональными госветслужбами).

4. Дополнить законодательство в части грамотного взаимодействия с частным сектором, воздействия на него и компенсации его издержек в ходе ликвидации инфекции (увеличить штрафы за неисполнение требований, установить по аналогии с отчуждением свиней в угрожаемой зоне компенсацию охотпользователям за добытых в рамках регулирования численности кабанов).

5. Установить четкий порядок определения показателя плотности популяции диких животных (прописать, учитывать ли при подсчете только площадь возможной среды обитания либо учитывать всю площадь территории с водоемами, горами и т. п.).

²⁵ Протокол от 11.03.2020 № 15-17/26-пр совещания под председательством исполняющего обязанности директора Департамента государственной политики и регулирования в сфере развития ООПТ и Байкальской природной территории А. И. Григорьева 6 марта 2020 г.

²⁶ Письмо председателя комитета по охране, контролю и регулированию использования объектов животного мира Ленинградской области от 13.03.2020 № И-767/2020.

²⁷ Об отмене ограничительных мероприятий (карантина) по африканской чуме свиней на территории государственного природного заказника федерального значения «Мшинское болото» в пределах административных границ муниципального образования Лужский муниципальный район Ленинградской области и о признании утратившими силу отдельных распоряжений Губернатора Ленинградской области : распоряжение Губернатора Ленинградской области от 02.04.2020 № 279-рг [Электронный ресурс]. URL: <https://login.consultant.ru/link/?req=doc&base=SPB&n=224480&dst=1000000006> (дата обращения: 03.05.2021).

²⁸ Противоэпизоотические мероприятия на особо охраняемых природных территориях Ленинградской области [Электронный ресурс]. URL: <https://veterinary.lenobl.ru/ru/protivoepizooticheskie-meropriyatija-na-osobo-ohranyaemyh-prirodnih-te/> (дата обращения: 03.05.2021).

Хочется верить, что данные вопросы будут учтены при внесении очередных изменений в ветеринарное и природоохранное законодательства Российской Федерации, это внесет весомый вклад в поддержание эпизоотического благополучия территории нашей страны и, как следствие, укрепление и дальнейшее развитие ее агропромышленного комплекса.

Литература

1. *Жаворонкова Н. Г., Шпаковский Ю. Г.* Правовое обеспечение экологической безопасности в условиях экономической интеграции Российской Федерации : монография. М. : Проспект, 2017. 160 с.
2. *Просвирнин Г. С.* Эпизоотологический мониторинг лейкоза крупного рогатого скота и африканской чумы свиней с использованием геоинформационных технологий : дис. ... канд. наук: 06.02.02 / Г. С. Просвирнин. СПб., 2019. 430 с.
3. *Самылина В. Г.* Природопользование на Европейском Севере России : монография. Вологодский государственный университет, 2016. 213 с.
4. Управление ветеринарии Ленинградской области : доклад начальника Управления ветеринарии Ленинградской области Кротова Л. Н. на Противозепизоотической комиссии в г. Выборг 19.12.19 [Электронный ресурс]. URL: <https://veterinary.lenobl.ru/ru/o-komitete/rukovodstvo/> (дата обращения: 03.05.2021).
5. Частная ветеринарно-санитарная микробиология и вирусология : учебное пособие / Р. Г. Госманов, Р. Х. Равилов, А. К. Галиуллин и др. М. : Лань, 2019. 316 с.

References

1. Zhavoronkova, N. G., Shpakovsky, Yu. G. Legal Support of Environmental Safety in the Context of Economic Integration of the Russian Federation : monograph [Pravovoe obespechenie ehkologicheskoi bezopasnosti v usloviyakh ehkonomicheskoi integratsii Rossiiskoi Federatsii: monografiya]. M. : Prospect, 2017. 160 p. (in rus)
2. Prosvirnin, G. S. Epizootological Monitoring of Cattle Leukemia and African Swine Fever Using Geoinformation Technologies : dis. ... Cand. Sciences: 06.02.02. [Ehpizootologicheskii monitoring leikoza krupnogo rogatogo skota i afrikanskoi chumy svinei s ispol'zovaniem geoinformatsionnykh tekhnologii : dis. ... kand. nauk: 06.02.02] / G. S. Prosvirnin. SPb., 2019. 430 p. (in rus)
3. Samylina, V. G. Nature Management in the European North of Russia : monograph [Prirodopol'zovanie na Evropeiskom Severe Rossii : monografiya]. Vologda State University, 2016. 213 p. (in rus)
4. Veterinary Directorate of the Leningrad Region : Report by L. N. Krotov. at the Antiepzootic Commission in Vyborg on 19.12.19 [Electronic resource]. URL: <https://veterinary.lenobl.ru/ru/o-komitete/rukovodstvo/> (date of access: 03/05/2021). (in rus)
5. Private Veterinary and Sanitary Microbiology and Virology : textbook [Chastnaya veterinarno-sanitarnaya mikrobiologiya i virusologiya : uchebnoe posobie] / R. G. Gosmanov, R. Kh. Ravirov, A. K. Galiullin and others. M. : Lan, 2019. 316 p. (in rus)

Обзор межкафедрального научно-практического семинара юридического факультета СЗИУ РАНХиГС на тему «Правовая наука и правоприменительная практика: проблемы взаимодействия» (27 мая 2021 г.)

27 мая 2021 г. на юридическом факультете Северо-Западного института управления РАНХиГС прошел круглый стол на тему «Правовая наука и правоприменительная практика: проблемы взаимодействия», организованный кафедрами гражданского и трудового права и конституционного и административного права. В семинаре приняли участие преподаватели кафедры правоведения: профессор Людмила Борисовна Ескина, доценты Владимир Леонидович Вольфсон, Валентина Петровна Есенова, Эльвира Тагировна Майборода, Марина Леонидовна Макаревич, Николай Петрович Седых, Лариса Владимировна Шварц, старший преподаватель Гульнара Николаевна Копяткина и другие. Сомодераторами мероприятия выступили заведующий кафедрой гражданского и трудового права Николай Викторович Разуваев и заведующий кафедрой конституционного и административного права Анна Константиновна Соловьева.

В рамках дискуссии обсуждались вопросы, посвященные цифровизации деятельности судебной системы, проблемам конституционного правосудия на региональном уровне, а также актам высших судебных инстанций как источникам права. Открывая работу секции, Н. В. Разуваев остановился на мировоззренческой, методологической и прикладной функциях юридической науки и на месте научного знания в структуре юридической деятельности.

По словам Н. В. Разуваева, все виды практической деятельности юристов базируются на результатах научных разработок и реализуют тенденции, характеризующие фундаментальное научное знание. Правовая наука, следовательно, имеет непосредственный прикладной эффект, а полученные ею результаты отражаются в правотворческой, правоприменительной и особенно в судебной практике. Это влияние прослеживается в любых правопорядках и на протяжении всей их истории, о чем свидетельствуют примеры развитых и совершенных правопорядков прошлого.

Так, например, в римском праве деятельность юристов, даваемые ими консультации (*responsa*) выступали непосредственным формальным основанием для вынесения судебных решений. Столь же важное практическое значение имела правовая наука в Средние века (например, в мусульманском праве), а также в правовых системах раннего Нового времени. Чтобы убедиться в этом, достаточно вспомнить, что положения из работ Блэкстоуна, Г. Гроция и ряда других наиболее авторитетных ученых использовались для восстановления пробелов в правовом регулировании в тех случаях, когда отсутствовали конкретные нормы. Более того, историки права пришли к выводу, что уже древнейшие памятники законотворческой деятельности (такие как Законы Хаммурапи или Законы XII таблиц) не просто были созданы юристами, чьи имена не сохранились на страницах истории, но и стали результатами научного обобщения того многообразия конкретных фактических ситуаций, которые складывались в недрах повседневной общественной жизни. Так, по словам исследователя древневосточного права В. А. Якобсона: «Законы Хаммурапи представляют собой результат тщательного обобщения и систематизации разновременных писаных и неписаных норм права»¹.

Однако особенно заметным рассматриваемое влияние правовой науки на правотворчество и правоприменение становится в кризисных ситуациях, характеризующих смену парадигм научного знания с переходом на новые стадии социокультурной эволюции. Как показал американский философ Томас Кун в своем, ставшем классическим, труде «Структура научных революций», эволюция научного знания характеризуется периодами стабильного развития так называемой «нормальной науки», сменяемыми скачкообразными переходами к новым парадигмам, представляющим собой общепринятые в науке на том или ином этапе развития модели постановки исследовательских задач и способов их решения².

Современный этап развития юридической науки (прежде всего, теории права) свидетельствует о переходе к новой парадигме познания. Если в 1990-х гг. отказ от марксистско-ленинской идеологии не привел к качественному росту научного знания, то в течение последних десятилетий усилиями таких теоретиков, как А. В. Поляков, А. В. Стовба, И. Л. Честнов и др., была сформирована постклассическая теория права, соответствующая современным тенденциям развития юридической науки и во многом стимулирующая их³. Учитывая рассмотренные

¹ История Древнего Востока. Зарождение древнейших классовых обществ и первые очаги рабовладельческой цивилизации. Часть первая. Месопотамия. М.: Наука, 1983. С. 372.

² См.: Кун Т. Структура научных революций. М.: Прогресс, 1977.

³ См.: Честнов И. Л. Постклассическая теория права. М.: ИД «Алеф-пресс», 2012.

обстоятельства, Н. В. Разуваев сделал вывод, что юридическая доктрина по-прежнему остается одним из основных источников правообразования и далеко не исчерпала свое значение источника права в формально-юридическом смысле.

В выступлении В. П. Есеновой были рассмотрены такие аспекты цифровизации деятельности судов, как автоматизация внутренних процессов, в частности, распределения дел между судьями, аудио- и видеозапись заседаний, а также автоматизация отправки судебных уведомлений участникам процесса, вынесения судебных решений при помощи специального программного обеспечения.

Так, было отмечено, что сама по себе автоматизация распределения дел между судьями с учетом их специализации и нагрузки не является новой. Данная система, например, была внедрена в арбитражных судах еще в 2009 г. Теперь задача ее использования ставится перед судами общей юрисдикции, но при этом не учитывается специфика работы судебной системы, а именно тот факт, что в судебном составе районного суда зачастую есть только один судья определенной специализации, рассматривающий, например, дела, касающиеся земельных вопросов и недвижимости. Соответственно, все дела данной специализации попадают именно к этому судье, что ведет к колоссальному увеличению нагрузки на такого судью, его выгоранию и часто увольнению. Поэтому применение инструментов автоматизации распределения дел без учета особенностей конкретного судебного состава конкретного районного суда не будет способствовать достижению целей, для которого, собственно, вводится данная система.

Использование в судах технических способов фиксации заседаний в форме аудио- и видеозаписи также не является новым и в системе арбитражных судов тоже давно внедрено. В судах общей юрисдикции сама по себе техническая возможность использования данных технологий зависит в большей мере от финансирования. Правовой вопрос, скорее, заключается в том, стоит ли при проведении аудио- и видеозаписи заседаний полностью отказываться от бумажного оформления процессуальных документов, в частности протоколов заседаний.

Участники дискуссии пришли к выводу, что, по крайней мере, в настоящее время полный отказ от письменного процессуального документооборота не желателен, поскольку технологии пока не обладают достаточной надежностью и повсеместным применением⁴. С одной стороны, использование технологии блокчейн при оформлении судебных решений и актов в электронной форме позволило бы более надежно защитить их от подделки, но сама по себе данная технология пока остается достаточно дорогостоящей. С другой стороны, что характерно особенно для судов общей юрисдикции, где основными участниками процесса являются граждане, не все участники владеют технологиями, имеют соответствующее аппаратное обеспечение.

Исключение бумажного документооборота может поставить некоторых граждан, не имеющих доступа к технологиям, в уязвимое положение по сравнению с теми, кто его имеет. Данную проблему можно рассмотреть на примере проблемы надлежащего уведомления участника разбирательства о том или ином процессуальном действии. При использовании электронных способов связи не всегда возможно гарантировать и проконтролировать доставку и получение соответствующего уведомления стороной. Например, у человека может отсутствовать личный кабинет на портале госуслуг, адрес электронной почты или может быть телефон, не поддерживающий принятие образов документов и т. п.

К тому же сложно проверить, был ли действительно отправлен документ в электронной форме в адрес получателя судом. Самостоятельно гражданин провести такую проверку не сможет, ему, очевидно, как минимум понадобится помощь юриста, на которую у гражданина может не быть средств. Также бумажное оформление протоколов заседаний является эффективным средством доказывания процессуальных и иных нарушений, допущенных в ходе судебного разбирательства, в рамках обжалования соответствующих решений и актов в вышестоящих инстанциях.

Еще одним примером автоматизации является внедрение технологий подготовки судебных актов в рамках приказного производства с помощью программных средств. В настоящее время в Белгородской области в нескольких участках мировых судей проводится эксперимент, в рамках которого подготовка судебных приказов на основе полученных документов по ряду бесспорных дел будет автоматизирована и судьи будут только утверждать соответствующие документы. Участники обсуждения отметили, что на этапе приказного судопроизводства такая автоматизация не создает значительной угрозы нарушения субъективных прав должников, поскольку за ними сохраняется возможность представить возражения против выданного приказа и тогда судебное разбирательство перейдет на этап искового производства. Правда, в части использования самообучающихся нейросетей есть проблема, которая состоит в том, что человек не может проконтролировать процесс принятия решения машиной, а видит только результат.

В то же время уже были случаи, когда программа приходила к ошибочным выводам, в частности, отсекая резюме потенциальных работников по дискриминационным критериям, например гендерным, сформированным машиной на основе полученной базы данных за предыдущие периоды, в которых женщины работали меньше и, соответственно, количество их резюме в общем объеме данных было меньше, из чего машина сделала выводы о том, что

⁴ Проблема форм судебной коммуникации в контексте общих закономерностей их исторической динамики обсуждалась на страницах журнала «Теоретическая и прикладная юриспруденция». См.: Разуваев Н. В. История римского гражданского процесса как универсальная модель эволюции правопорядков Древнего мира // Теоретическая и прикладная юриспруденция. 2020. № 3 (5). С. 46–62.

наем на работу женщин является менее желательным⁵. Таким образом, учитывая особенности работы алгоритмов, полное исключение человека из процесса принятия решения в настоящее время вряд ли является желательным. Особенно учитывая, что решение выносится судьями не только по формальным основаниям, но и на основании внутреннего убеждения, учитывая аспекты правовой культуры конкретного сообщества.

В соответствии со ст. 2 Гражданско-процессуального кодекса РФ гражданское судопроизводство должно способствовать укреплению законности и правопорядка, предупреждению правонарушений, формированию уважительного отношения к закону и суду, мирному урегулированию споров. Автоматизация принятия решений также снижает роль участия в процессах юристов и адвокатов, что может негативно сказаться на реализации права граждан на защиту в суде. Автоматизированное судопроизводство не способно обеспечить достижение таких целей.

Г. Н. Копятина рассмотрела проблемы существования институтов конституционного правосудия в субъектах Российской Федерации, вопросы участия органов государственной власти субъекта РФ в назначении на должность судей конституционного суда субъекта РФ. Несмотря на то, что фактически деятельность конституционных (уставных) судов субъектов РФ прекращается с 01.01.2023 (с учетом изменений, внесенных в Федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации»), этот вопрос имеет важное значение в части определения соблюдения баланса и принципа разделения властей, обеспечения законности на региональном уровне, учитывая, в частности, закрепленные Конституцией РФ области, подлежащие самостоятельному нормативному регулированию на уровне субъектов РФ.

В Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 18 января 1996 г. № 2-П⁶ отмечено, что субъекты Федерации во взаимоотношениях законодательной и исполнительной власти обязаны придерживаться такой же модели взаимоотношений этих ветвей власти, как и на федеральном уровне. Вместе с тем в Определении Конституционного Суда Российской Федерации от 27 декабря 2005 г. № 491-О⁷ закреплено, что органы власти субъекта самостоятельно определяют круг компетенции конституционного (уставного) суда субъекта, наделение или прекращение полномочий судей конституционного (уставного) суда субъекта, при этом должен быть сохранен баланс ветвей власти, а также гарантии самостоятельности и независимости судей конституционного (уставного) суда субъекта Российской Федерации.

В конституциях республик чаще всего применяется схема взаимоотношений, при которой судьи конституционных судов назначаются законодательным органом по представлению главы субъекта, то есть по примеру порядка назначения судей Конституционного Суда РФ. Из анализа двенадцати законов о конституционных судах республик к таким республикам относятся десять (Башкортостан, Дагестан, Ингушетия, Кабардино-Балкария, Карачаево-Черкессия, Коми, Марий Эл, Саха (Якутия), Северная Осетия — Алания, Чечня). При этом необходимо учитывать, что деятельность конституционных судов Бурятии, Тывы и Карелии упразднена⁸.

В отличие от большинства республик в Республике Татарстан судьи Конституционного Суда Республики Татарстан избираются в равном количестве Президентом Республики Татарстан и Председателем Государственного Совета Республики Татарстан⁹. Также следует отметить, что не во всех республиках предусмотрены полномочия по участию в выдвижении кандидатов на должности судей конституционных судов, представителей от органов законодательной и судебной власти, что не в полной мере учитывает представительство интересов различных ветвей власти.

Пример соблюдения такого баланса демонстрирует Республика Адыгея, где предложения на должность судей Конституционного Суда Республики Адыгея вносят представители от законодательной, исполнительной и судебной власти. Судьи Конституционного Суда Республики Адыгея назначаются Государственным Советом — Хасэ Республики Адыгея из числа кандидатур, рекомендованных квалификационной коллегией судей Республики Адыгея, по предложению:

⁵ См.: [Электронный ресурс]. URL: <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scraps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G> (дата обращения: 02.06.2021).

⁶ По делу о проверке конституционности ряда положений Устава (Основного Закона) Алтайского края : постановление Конституционного Суда РФ от 18 января 1996 г. № 2-П // Собрание законодательства РФ. 1996. № 4. Ст. 409.

⁷ По запросу Санкт-Петербургского городского суда о проверке конституционности отдельных положений Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации», Закона Российской Федерации «О статусе судей в Российской Федерации» и Федерального закона «Об органах судейского сообщества в Российской Федерации» : определение Конституционного Суда РФ от 27 декабря 2005 г. № 491-О // Вестник Конституционного Суда РФ. № 2. 2006.

⁸ Об упразднении Конституционного Суда Республики Бурятия : закон Республики Бурятия от 9 мая 2018 г. № 2938-V [Электронный ресурс]. URL: <https://docs.cntd.ru/document/543736525> (дата обращения: 08.06.2021); Об упразднении Конституционного Суда Республики Тыва и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Республики Тыва : конституционный закон Республики Тыва от 11 января 2019 г. № 30-КЗРТ [Электронный ресурс]. URL: <https://docs.cntd.ru/document/550333661> (дата обращения: 08.06.2021); Об упразднении Конституционного Суда Республики Карелия и признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Республики Карелия : закон Республики Карелия от 25 февраля 2021 г. № 2547-ЗПК [Электронный ресурс]. URL: <https://docs.cntd.ru/document/465426873> (дата обращения: 08.06.2021).

⁹ О Конституционном Суде Республики Татарстан : закон Республики Татарстан от 22 декабря 1992 г. № 1708-XII (в ред. Закона Республики Татарстан от 7 мая 2020 г. № 22-ЗРТ) [Электронный ресурс]. URL: <https://docs.cntd.ru/document/917000213> (дата обращения: 08.06.2021).

- 1) депутатов, депутатских объединений Государственного Совета — Хасэ;
- 2) главы Республики Адыгея;
- 3) Верховного Суда Республики Адыгея¹⁰.

Таким образом, не во всех республиках предусмотрены полномочия по участию в выдвижении кандидатов на должности судей конституционных судов представителей от органов законодательной и судебной власти, что не в полной мере учитывает представительство интересов различных ветвей власти в регионе.

Изменениями 2020 г.¹¹, внесенными в ч. 3 ст. 118 Конституции Российской Федерации, был установлен перечень судов, составляющих судебную систему РФ. В этот перечень входит Конституционный Суд Российской Федерации, Верховный Суд Российской Федерации, федеральные суды общей юрисдикции, арбитражные суды, мировые судьи субъектов Российской Федерации. Таким образом, конституционные (уставные) суды субъектов РФ не были включены в данный перечень, что отразилось на изменении закона о судебной системе Российской Федерации.

Ряд исследователей высказывают позицию, что субъекты Федерации утрачивают возможность для реализации принципа разделения властей на уровне региона, что может повлечь отсутствие контроля за законодательной и судебной властями¹². Участники обсуждения согласились, что деятельность конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации важна для установления баланса властей в регионе, но на сегодняшний день данная система показала свою неэффективность, поскольку из 85 субъектов Российской Федерации только в пятнадцати действуют конституционные (уставные) суды, рассматривающие небольшое количество дел в год.

Исходя из того, что конституционные суды, входящие в систему разделения властей, созданы не во всех республиках Российской Федерации, можно сделать вывод, что принципы разделения властей и единства государственной власти на региональном уровне реализуются недостаточно. Не исключено, что в будущем законодатель вернется к созданию конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации. При этом создание судебных органов субъектов Российской Федерации будет связано с развитием федерализма в России и совершенствованием функционирования региональной конституционной (уставной) юстиции.

В. Л. Вольфсон предложил обсудить проблемы источников права на примере разъяснений и постановлений пленумов высших судов. В качестве основного тезиса для обсуждения был поставлен вопрос о том, что разъяснения и постановления высших судов в РФ фактически приобрели статус источников права, для которого нет никаких нормативных оснований. При этом данная ситуация не сочетается с идеей разделения властей. Эта проблема существует не сама по себе, а является результатом общей проблемы бессистемного существования источников права в российской системе права.

Безусловно, акты высших судебных инстанций играют важную роль в формировании устойчивой судебной практики, но при этом они не должны подменять собой нормотворчество и не должны становиться источником права.

Возможно, отдаленной исторической предпосылкой наделения судебных решений значением формально-юридических источников права стали процессы развития отечественного правопорядка в начале 1920-х гг., когда в условиях крайне низкого качества уровня правосудия на местах высшие судебные инстанции стали брать на себя определяющую роль в правоприменении. В дореволюционной России надзорная судебная инстанция выполняла исключительно управленческую функцию в части контроля соблюдения порядка судопроизводства и могла предпринять меры в рамках конкретного дела в форме указания требуемого порядка применения закона или указав на упущение, то есть высший суд не мог указывать нижестоящему суду, как именно следует разрешать конкретное дело.

После революции 1917 г. ситуация несколько изменилась, что привело к формированию подхода, при котором во главу угла было поставлено прежде всего соответствие судебных решений конкретной норме. Данный подход приводил к тому, что существовал достаточно широкий круг лиц, которые могли требовать пересмотра дела, и дело могло подлежать пересмотру даже без желания самих участников процесса. Таким образом, внутреннее убеждение судьи не имело решающего значения при принятии решений, главным было обеспечение соответствия решения норме.

Так, зная исторические предпосылки возникновения такого подхода и учитывая современные реалии, необходимо объективно сказать, что фактически акты высших судебных инстанций выполняют роль источников права, формальные основания для чего на сегодняшний день отсутствуют. Подобный дисбаланс влечет нарушение принципа разделения властей, без которого не может существовать правовое демократическое государство.

¹⁰ О Конституционном Суде Республики Адыгея: закон Республики Адыгея от 17 июня 1996 г. № 11 (в ред. Закона Республики Адыгея от 6 июля 2020 г. № 349) [Электронный ресурс]. URL: <https://docs.cntd.ru/document/446648833> (дата обращения: 08.06.2021).

¹¹ О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти: закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 14 марта 2020 г. № 1-ФКЗ // Собрание законодательства РФ. 2020. № 11. Ст. 1416.

¹² См.: *Евлов И. М.* Ликвидация конституционных (уставных) судов субъектов РФ: закономерность или ошибка? // Актуальные проблемы российского права. 2020. Т. 15. № 10 (119). С. 141–150; *Двойменный И. А.* Региональная конституционная юстиция: состояние и перспективы // Регион: системы, экономика, управление. 2021. № 1 (52). С. 188–194.

ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ И ПРИКЛАДНАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ

2021. № 2(8)

Директор
издательско-полиграфического центра
Е. Ю. КНЯЗЕВ

Ответственный редактор
И. К. ШМАРКО

Корректор
Е. А. ЛЫСУНЕЦ

Верстка
А. Л. СЕРГЕЕНОК

УЧРЕДИТЕЛЬ

Российская академия народного хозяйства и государственной службы
при Президенте Российской Федерации

ИЗДАТЕЛЬ

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

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

Журнал распространяется бесплатно.

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 25.06.2021.

Минимальные системные требования — наличие устройства CD-ROM и ПО для прочтения pdf-файлов.

Сайт журнала <https://www.taljournal.ru>

Объем данных 2,0 Мб.

Тираж (количество носителей) 60 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