

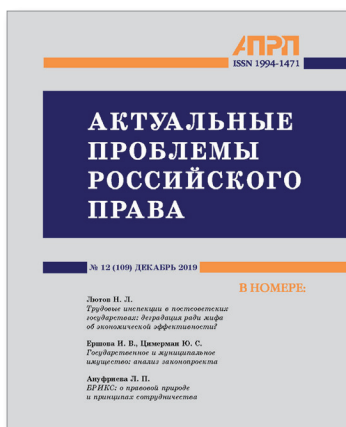
Семья как общеправовая
конструкция

Цифровизация начального
этапа уголовного
судопроизводства как
необходимое средство
обеспечения прав
потерпевших

Корыстная цель в хищении:
существуют ли пределы
расширительного
толкования?

Изучение истории
политических
и правовых учений
в российском правоведении
в XX — начале XXI в.:
условия, направления,
результаты

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РОССИЙСКОГО ПРАВА



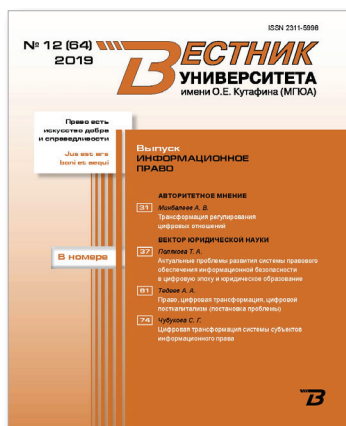
- ✓ Свидетельство о регистрации СМИ — ПИ № ФС77-25128 от 7 мая 2014 г., ISSN 1994-1471;
- ✓ издается с 2004 г., с 2013 г. — ежемесячно;
- ✓ входит в перечень ВАК России;
- ✓ включен в Российский индекс научного цитирования (РИНЦ) и Ulrich's Periodicals Directory;
- ✓ каждой статье присваивается индивидуальный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

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

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

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

ВЕСТНИК УНИВЕРСИТЕТА ИМЕНИ О.Е. КУТАФИНА (МГЮА)



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

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

Журнал знакомит:

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

Издается
с 1948 года

LEX RUSSICA
Научный юридический журнал

Том 73 № 4 (161)
апрель 2020

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

ПРЕДСЕДАТЕЛЬ РЕДАКЦИОННОГО СОВЕТА

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

ЗАМЕСТИТЕЛЬ ПРЕДСЕДАТЕЛЯ РЕДАКЦИОННОГО СОВЕТА

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

ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР

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

ЗАМЕСТИТЕЛЬ ГЛАВНОГО РЕДАКТОРА

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

ОТВЕТСТВЕННЫЙ СЕКРЕТАРЬ

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

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Материалы журнала включены в систему Российского индекса научного цитирования.

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

Издается
с 1948 года

LEX RUSSICA

Научный юридический журнал

Том 73 № 4 (161)
апрель 2020

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

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

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

НОГО Срето — профессор Университета Джона Нейсбита, доктор юридических наук, президент Сербской королевской академии, генеральный секретарь Ассоциации международного уголовного права, вице-президент Всемирного форума по борьбе с организованной преступностью в эпоху глобализации (штаб-квартира в Пекине), г. Белград, Сербия

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

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

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

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

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

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

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

Издается
с 1948 года

LEX RUSSICA
Научный юридический журнал

Том 73 № 4 (161)
апрель 2020

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

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

РЕГИСТРАЦИЯ СМИ

Журнал зарегистрирован Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор) ПИ № ФС77-58927 от 5 августа 2014 г.

ISSN

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

ПЕРИОДИЧНОСТЬ

12 раз в год

УЧРЕДИТЕЛЬ И ИЗДАТЕЛЬ

Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего образования «Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)»
Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993

АДРЕС РЕДАКЦИИ

Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
Тел.: 8 (499) 244-88-88 (доб. 687). E-mail: lex-russica@yandex.ru

САЙТ

<https://lexrussica.msal.ru>

ПОДПИСКА И РАСПРОСТРАНЕНИЕ

Свободная цена
Журнал распространяется через объединенный каталог «Пресса России» и интернет-каталог агентства «Книга-Сервис»
Подписной индекс 11198
Подписка на журнал возможна с любого месяца

ТИПОГРАФИЯ

Отпечатано в Издательском центре
Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993

ВЫПУСКНЫЕ ДАННЫЕ

Дата выхода в свет: 13.04.2020
Объем 19,06 усл. печ. л. (13,95 а. л.), формат 60×84/8
Тираж 150 экз. Печать цифровая. Бумага офсетная

Переводчики

Н. М. Головина, А. Н. Митрущенкова

Редактор

М. В. Баукина

Компьютерная верстка

Д. А. Беляков

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

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

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

Published
in 1948

LEX RUSSICA
Scientific Journal of Law

Vol. 73 № 4 (161)
April 2020

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

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

CHAIRPERSON OF THE COUNCIL OF EDITORS

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

VICE-CHAIRPERSON OF THE COUNCIL OF EDITORS

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

CHIEF EDITOR

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

DEPUTY CHIEF EDITOR

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

EXECUTIVE SECRETARY

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

COUNCIL OF EDITORS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Akio KOMORIDA — Professor of Kanagawa University, Yokohama, Japan

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

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

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

Materials included in the journal Russian Science Citation Index.

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

Published
in 1948

LEX RUSSICA

Scientific Journal of Law

Vol. 73 № 4 (161)
April 2020

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

EDITORIAL BOARD

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

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

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

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

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

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

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

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

Published
in 1948

LEX RUSSICA

Scientific Journal of Law

Vol. 73 № 4 (161)
April 2020

THE CERTIFICATE OF MASS MEDIA REGISTRATION

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

ISSN

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

PUBLICATION FREQUENCY

12 issues per year

FOUNDER AND PUBLISHER

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

EDITORIAL OFFICE. POSTAL ADDRESS

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

WEB-SITE

<https://lexrussica.msal.ru>

SUBSCRIPTION AND DISTRIBUTION

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

PRINTING HOUSE

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

SIGNED FOR PRINTING

13.04.2020.
Volume: 19,06 conventional printer's sheets (13.95 author's sheets),
format: 60×84/8
An edition of 150 copies. Digital printing. Offset paper

Translators

N. M. Golovina, A. N. Mitrushchenkova

Editor

M. V. Baukina

Computer layout

D. A. Belyakov

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

СОДЕРЖАНИЕ

ЧАСТНОЕ ПРАВО / *JUS PRIVATUM*

- Засемкова О. Ф.** О способах разрешения споров, возникающих из смарт-контрактов 9
- Тарусина Н. Н.** Семья как общеправовая конструкция 21

ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО / *JUS PUBLICUM*

- Васильева М. И.** К юридическому определению понятия экологического туризма 34

НАУКИ КРИМИНАЛЬНОГО ЦИКЛА / *JUS CRIMINALE*

- Воскобитова Л. А.** Цифровизация начального этапа уголовного судопроизводства как необходимое средство обеспечения прав потерпевших 53
- Кисленко С. Л.** Роль криминалистической классификации и типизации подсудимых в формировании криминалистических рекомендаций по поддержанию государственного обвинения в суде 69
- Пржиленский В. И.** Социальные технологии и принципы уголовного судопроизводства в условиях его цифровизации 84
- Хиллута В. В.** Корыстная цель в хищении: существуют ли пределы расширительного толкования? 93

ТЕОРИЯ ПРАВА / *THEORIA LEX*

- Валиев Р. Г.** Правовая институционализация и институты права: концептуальная модель 103
- Ирхин И. В.** К дискуссии о природе принципов права (правовых принципов) в условиях конвергенции правовых систем 117

ИСТОРИЯ ПРАВА / *HISTORIA LEX*

- Корнев А. В.** Изучение истории политических и правовых учений в российском правоведении в XX — начале XXI в.: условия, направления, результаты 130

ГЕНОМ / *GENOME*

- Рассолов И. М., Чубукова С. Г., Микурова И. В.** Анализ возможного применения к регулированию отношений по поводу генетической информации институтов персональных данных, личной тайны, врачебной тайны 143

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ / *COMPARATIVE STUDIES*

- Блинова Ю. В.** О правовой природе договора о добровольческой (волонтерской) деятельности: сравнительно-правовой анализ 152

CONTENTS

PRIVATE LAW / JUS PRIVATUM

- Zasemkova O. F.** Methods of Resolving Disputes Arising from Smart Contracts 9
- Tarusina N. N.** Family as a General Legal Structure 21

PUBLIC LAW / JUS PUBLICUM

- Vasilyeva M. I.** Legal Definition of the Concept of Ecotourism 34

CRIMINAL LAW SCIENCES / JUS CRIMINALE

- Voskobitova L. A.** Digitalization of the Initial Stage of Criminal Proceedings
as a Necessary Means of Ensuring the Rights of Victims 53
- Kislenko S. L.** The Role of Criminalistic Classification and Defendants'
Typification in the Formation of Forensic Recommendations for Prosecuting in Court 69
- Przhilenskiy V. I.** Social Technologies and Principles of Criminal Justice in the Context of its Digitalization 84
- Khilyuta V. V.** Mercenary Purpose in Theft: Are There Limits to Broad Interpretation? 93

THEORY OF LAW / THEORIA LEX

- Valiev R. G.** Legal Institutionalization and Legal Institutions: Conceptual Model 103
- Irkhin I. V.** Discussion on the Nature of the Principles of Law
(Legal Principles) in the Context of Convergence of Legal Systems 117

HISTORY OF LAW / HISTORIA LEX

- Kornev A. V.** Studying the History of Political and Legal Doctrines
in Russian Jurisprudence in the 20th — Early 21st Century: Conditions, Directions, Results 130

GENOME

- Rassolov I. M., Chubukova S. G., Mikurova I. V.** Analysis of Possible Application
of Personal Data, Personal Secrets, and Medical Confidentiality
to the Regulation of Relations Concerning Genetic Information 143

COMPARATIVE LEGAL STUDIES / COMPARATIVE STUDIES

- Blinova Yu. V.** On the Legal Nature of the Contract
on Voluntary (Volunteer) Activity: Comparative Legal Analysis 152

DOI: 10.17803/1729-5920.2020.161.4.009-020

О. Ф. Засемкова*

О способах разрешения споров, возникающих из смарт-контрактов¹

Аннотация. В условиях стремительного развития новых технологий, происходящего в период четвертой промышленной революции, постепенно начинают формироваться новые виды споров, обладающие существенной спецификой. Особую категорию среди них составляют споры, возникающие из смарт-контрактов, основанных на технологии блокчейн.

Существует два возможных способа разрешения таких споров. Согласно первому подходу, они подлежат рассмотрению традиционными арбитражными институтами, руководствующимися обычными правилами (безблокчейновый арбитраж). Второй подход предполагает необходимость создания инновационных приложений, основанных на технологии блокчейн и предназначенных для разрешения споров, возникающих в цифровой децентрализованной среде (блокчейн-арбитраж). Такие приложения, в свою очередь, подразделяются на две группы. Первую группу составляют проекты, предусматривающие создание специального арбитража, сочетающего в себе преимущества международного коммерческого арбитража и технологии блокчейн; ко второй группе относятся проекты, предполагающие создание децентрализованной квазисудебной системы урегулирования споров.

В статье предпринята попытка проанализировать наиболее интересные проекты, относящиеся к каждой из перечисленных групп, и оценить перспективы их развития. По итогам анализа автор приходит к выводу о том, что реализация таких проектов приведет к возникновению множества вопросов (среди которых проблема выбора применимого права, определение места арбитража, арбитрабельность, а также возможность признания и приведения в исполнение вынесенных таким арбитражем решений).

Под влиянием новых технологий международный коммерческий арбитраж получает новый вектор своего развития. В перспективе развитие новых технологий потребует не только рационализации уже существующих механизмов разрешения споров, но и их коренного переосмысления.

Ключевые слова: смарт-контракты; блокчейн; блокчейн-арбитраж; разрешение споров; цифровые платформы; децентрализованная судебная система; международный коммерческий арбитраж; автоматизированное исполнение обязательств; *lex cryptographica*; Нью-Йоркская конвенция.

Для цитирования: Засемкова О. Ф. О способах разрешения споров, возникающих из смарт-контрактов // *Lex russica*. — 2020. — Т. 73. — № 4. — С. 9—20. — DOI: 10.17803/1729-5920.2020.161.4.009-020.

¹ Статья подготовлена в развитие тезисов, изложенных на XIV Международной школе-практикуме молодых ученых-юристов в Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ (ИЗиСП) 31 мая — 1 июня 2019 г.

© Засемкова О. Ф., 2020

* Засемкова Олеся Федоровна, кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры международного частного права, старший преподаватель кафедры правового моделирования Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
zasemkova.olesya@mail.ru

Methods of Resolving Disputes Arising from Smart Contracts ²

Olesya F. Zasemkova, Cand. Sci. (Law), Senior Lecturer, Department of Private International Law; Senior Lecturer, Department of Moot Courts Competitions, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
zasemkova.olesya@mail.ru

Abstract. With the rapid development of new technologies taking place during the 4th Industrial Revolution, new types of disputes of significant specificity have gradually begun to emerge. Among such cases a special category of cases has been formed by disputes arising from smart contracts based on block chain technology.

There are two possible ways to resolve such disputes. Under the first approach, they are subject to consideration by traditional arbitration institutions, guided by the usual rules and guidelines (blockchain arbitration). The second approach involves the need to create innovative applications based on blockchain technology and designed to resolve disputes arising in a digital decentralized environment (blockchain arbitration). Such applications, in turn, are divided into two groups. The first group consists of projects involving the creation of a special arbitration combining the advantages of international commercial arbitration and blockchain technology; the second group includes projects involving the establishment of a decentralized quasi-judicial system for dispute resolution.

The paper attempts to analyze the most interesting projects related to each of the listed groups and assess the prospects of their development. Based on the results of the analysis, the author comes to the conclusion that the implementation of such projects will lead to the emergence of many issues (among which the problem of choice of applicable law, determination of place of arbitration, arbitrability, as well as the possibility of recognition and enforcement of awards made by such arbitral tribunal).

Under the influence of new technologies, international commercial arbitration is gaining a new direction of its development. In the future, the development of new technologies will require not only rationalization of existing dispute resolution mechanisms, but also a fundamental rethinking.

Keywords: smart contracts; blockchain; blockchain arbitration; dispute resolution; digital platforms; decentralized judicial system; international commercial arbitration; automated execution of obligations; lex cryptographica; New York Convention.

Cite as: Zasemkova OF. O sposobakh razresheniya sporov, vznikayushchikh iz smart-kontraktov [Methods of Resolving Disputes Arising from Smart Contracts]. *Lex russica*. 2020;73(4):9—20. DOI: 10.17803/1729-5920.2020.161.4.009-020. (In Russ, abstract in Eng.).

Введение

Одним из важнейших технологических достижений последних лет является технология блокчейн, которая, по оценкам экспертов, к 2025 г. приобретет массовый характер в большинстве стран³, включая Россию. Так, 4 апреля 2019 г. на встрече с Д. Медведевым глава «Газпрома» отметил, что «компания разработала прототип

технологической платформы, которая позволит в автоматическом режиме заключать договоры на блокчейн»⁴; а 27 мая 2019 г. Омский арбитражный суд впервые в России признал сделку, совершенную через блокчейн, легитимной⁵.

При этом одной из наиболее перспективных концепций, основанных на блокчейне, являются смарт-контракты⁶, которые представляют собой «зафиксированные в виде компьютерных

² The article is prepared on the basis of the theses presented at the 14th International School of Young Lawyers at the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation (ISSP) 31 May — June 1, 2019.

³ World Economic Forum. Trade Tech — A New Age for Trade and Supply Chain Finance // URL: http://www3.weforum.org/docs/White_Paper_Trade_Tech_report_2018.pdf (дата обращения: 02.06.2019).

⁴ «Газпром» переходит на блокчейн // URL: <https://www.vestifinance.ru/articles/117327> (дата обращения: 04.06.2019).

⁵ Суд Омска впервые в мире подтвердил законность блокчейн-контракта // URL: https://coinspot.io/law/russia_sng/sud-omska-vpervye-v-mire-podtverdil-zakonnost-blokchejn-kontrakta/ (дата обращения: 01.06.2019).

⁶ Богданова Е. Е. Проблемы применения смарт-контрактов в сделках с виртуальным имуществом // *Lex russica*. 2019. № 7 (152). С. 109—110.

кодов соглашения, которые при наступлении определенных в таких соглашениях условий могут автоматически исполняться без каких-либо дополнительных действий со стороны контрагентов»⁷. Несмотря на многочисленные преимущества смарт-контрактов (такие как возможность избавления от посредников, снижение издержек и др.), они не исключают возможности возникновения споров, число которых со временем будет увеличиваться⁸. Как следствие, возникает вопрос о способах разрешения таких споров.

Существует два подхода к решению данного вопроса⁹:

- 1) разрешение споров традиционными арбитражными институтами (безблокчейновый арбитраж (off-chain arbitration));
- 2) создание новых механизмов, специально предназначенных для разрешения споров, возникающих в глобальной децентрализованной среде, — блокчейн-арбитраж (on-chain arbitration).

1. Безблокчейновый (традиционный) арбитраж

Согласно данному подходу смарт-контракты могут действовать в рамках существующего правового регулирования, а возникающие из них споры подлежат рассмотрению международным коммерческим арбитражем, действующим по обычным правилам (регламентам)¹⁰. При этом либо создается специализированный арбитражный центр, занимающийся разрешением цифровых споров, либо образуется соот-

ветствующая коллегия в рамках уже существующего арбитражного института.

Так, в 2018 г. в Польше был создан Арбитражный центр при Торговой палате по блокчейну и новым технологиям, деятельность которого направлена на разрешение споров, связанных с цифровыми технологиями¹¹. Разрешение споров в рамках данного арбитража осуществляется на основе Регламента 2019 г.¹², который во многом напоминает стандартный арбитражный регламент. Необходимым условием разрешения спора является наличие арбитражного соглашения, заключенного в письменной форме, а сам процесс рассмотрения спора осуществляется по стандартной для арбитража схеме: в случае возникновения спора сторона, считающая свои права нарушенными, подает иск в Арбитражный центр. Спор рассматривается избранными сторонами арбитрами, которые должны оставаться беспристрастными и независимыми на протяжении всего разбирательства. После формирования состава арбитража стороны обмениваются процессуальными документами, к которым прилагаются заверенные копии всех необходимых документов и доказательств. В случае необходимости возможно назначение чрезвычайного арбитра либо принятие обеспечительных мер. Вынесенное арбитрами решение является окончательным и не подлежит пересмотру.

Наряду с характерными для международного арбитража чертами, разбирательство в данном Арбитражном центре имеет некоторые особенности. Во-первых, в отличие от «традиционного» арбитража, где число арбитров,

⁷ Smart Contracts: Is the Law Ready? Prepared by: Smart Contracts Alliance — An Initiative of the Chamber of Digital Commerce // URL: <https://digitalchamber.org/smart-contracts-whitepaper/> (дата обращения: 01.08.2019).

⁸ По оценкам экспертов, к 2025 г. число таких споров увеличится в 40 раз (см.: РСПП России создаст Арбитражный совет по спорам, связанным с криптовалютой // URL: <https://ff.ru/4134> (дата обращения: 05.06.2019)).

⁹ Szczudlik K. 'On-chain' and 'off-chain' arbitration: Using smart contracts to amicably resolve disputes // URL: <https://newtech.law/en/on-chain-and-off-chain-arbitration-using-smart-contracts-to-amicably-resolve-disputes/> (дата обращения: 01.08.2019).

¹⁰ De Filippi P., Wright A. Blockchain and the Law: The Rule of Code. Cambridge, 2018 ; Holden R., Malani A. Can Blockchain Solve the Holdup Problem in Contracts // University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics. Working Paper. 2018. № 846 ; Allen D., Poblet M. The Governance of Blockchain Dispute Resolution // URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3334674 (дата обращения: 04.07.2019).

¹¹ The Court of Arbitration of the Polish Blockchain and New Technology Chamber of Commerce // URL: <https://blockchaincourt.org/> (дата обращения: 26.08.2019).

¹² The Rules of the Court of Arbitration of the Polish Blockchain and New Technology Chamber of Commerce // URL: <https://blockchaincourt.org/> (дата обращения: 26.08.2019).

рассматривающих спор, ограничено (1 или 3), в данном случае возможно формирование состава из 5 или 7 арбитров. Во-вторых, в отличие от традиционного арбитража, где слушание завершается без оглашения решения, которое впоследствии направляется сторонам, здесь по завершении слушания арбитры обязаны огласить принятое решение, а также озвучить его основные мотивы. Текст решения направляется сторонам в письменном виде в течение двух недель с момента его оглашения.

К этому же подходу относится создание специализированных коллегий в уже существующих арбитражных институтах общей компетенции. Например, в 2018 г. Арбитражный центр при Российском союзе промышленников и предпринимателей (РСПП) объявил о создании Коллегии по спорам в сфере цифровой экономики¹³, к компетенции которой отнесены среди прочего «споры, возникающие из смарт-контрактов, в том числе с использованием информационных систем на основе распределенного реестра (блокчейн)»¹⁴. В отсутствие специальных правил разбирательство по таким спорам будет проводиться по Регламенту Арбитражного центра при РСПП 2018 г.¹⁵

Аналогичным образом в 2018 г. в Узбекистане был создан арбитражный институт общей компетенции — Ташкентский международный арбитражный центр при Торгово-промышленной палате Республики Узбекистан (ТИАС)¹⁶, к компетенции которого также отнесены спо-

ры, связанные с новыми технологиями¹⁷. Как и в Арбитражном центре при РСПП, в данном арбитраже отсутствуют специальные правила для разрешения цифровых споров. Как следствие, такие споры будут рассматриваться по общим правилам, установленным Регламентом ТИАС 2019 г.¹⁸

Несмотря на то что в настоящее время именно данный подход является наиболее реалистичным, в зарубежной юридической литературе все чаще отмечается его неудовлетворительность для разрешения споров, возникающих в глобальной цифровой децентрализованной среде¹⁹. Вместо этого предлагается создать особые, основанные на технологии блокчейн способы разрешения споров, — блокчейн-арбитраж²⁰.

2. Блокчейн-арбитраж

В настоящее время существует более 20 проектов, использующих блокчейн для автоматизации разрешения споров. Все они находятся на разных стадиях реализации (от начала разработки до проведения тестового разбирательства) и имеют свои особенности. Все эти проекты можно условно разделить на две группы:

- 1) проекты, предусматривающие разрешение споров посредством создания специального арбитража, сочетающего в себе преимущества международного коммерческого арби-

¹³ Коллегия по спорам в сфере цифровой экономики. Арбитражный центр при РСПП. URL: <https://arbitration-rspp.ru/about/boards/digital-disputes/> (дата обращения: 05.07.2019).

¹⁴ Приложение № 5 к Положению об Арбитражном центре при РСПП. Компетенция Коллегии Арбитражного центра при РСПП по спорам в сфере цифровой экономики (применяется к арбитражу, начатому после 1 января 2019 г.) // URL: <https://arbitration-rspp.ru/documents/rules/statute/#pr5> (дата обращения: 10.06.2019).

¹⁵ Регламент Арбитражного центра при РСПП. Утв. распоряжением Президента РСПП от 21.06.2018 № РП-5 // URL: <https://arbitration-rspp.ru/documents/rules/regulation/> (дата обращения: 26.08.2019).

¹⁶ Tashkent International Arbitration Centre // URL: <https://www.tiac.uz/> (дата обращения: 30.08.2019).

¹⁷ О создании Ташкентского международного арбитражного центра (ТИАС) при Торгово-промышленной палате Республики Узбекистан // URL: http://uza.uz/ru/documents/o-sozdanii-tashkentskogo-mezhdunarodnogo-arbitrazhnogo-tsenta-06-11-2018?utm_source=uznet.press&utm_campaign=topic (дата обращения: 30.08.2019).

¹⁸ Rules of Arbitration of the Tashkent International Arbitration Centre (TIAC) 2019 // URL: <https://static1.squarespace.com/static/5c02f6d29772ae05d0a897a8/t/5ca49a6be4966b6cccef1aea/1554291353473/TIAC+Rules+of+Arbitration.pdf> (дата обращения: 01.09.2019).

¹⁹ Kaal W. A., Calcaterra C. Crypto Transaction Dispute Resolution // Business Lawyer. Vol. 73. Pp. 109—153 ; Schmitz A., Rule C. Online Dispute Resolution for Smart Contracts // Journal of dispute resolution. 2019. № 2. Pp. 103—125.

²⁰ Kaal W. A., Calcaterra C. Op. cit.

- тража и технологии блокчейн (CodeLegit²¹, Cryptonomica, Juris, Mattereum, SAMBA);
- 2) проекты, предполагающие создание децентрализованной «квазисудебной» системы (Aragon, BitCad, CrowdJury, Confideal, Jur, Kleros, Oath).

2.1. Специальный арбитраж

К данной группе относятся проекты, которые предусматривают создание арбитража, специально предназначенного для разрешения споров, возникающих из смарт-контрактов. Как правило, они предполагают автоматизацию отдельных элементов разбирательства. Однако сам механизм их действия во многом аналогичен международному арбитражу, что обусловлено тем фактом, что регламенты многих таких проектов основываются на Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ. При этом вынесенное арбитрами решение исполняется традиционным способом (то есть предполагает необходимость обращения для этого в государственный суд) либо автоматически исполняется при помощи смарт-контракта.

Одной из попыток создать такой арбитраж является проект **Juris**, который представляет собой основанную на блокчейне систему разрешения споров с открытым исходным кодом, функционирующую при помощи протокола Juris Protocol Mediation and Arbitration²². Необходимым условием для рассмотрения спора является наличие арбитражного соглашения, зафиксированного в виде кода, включенного в смарт-контракт, а также внесение определенного количества токенов (JRS) на счет соответствующего смарт-контракта. При возникновении спора сторона инициирует протокол путем подачи жалобы (Formal Complaint). Система приостанавливает дальнейшее исполнение смарт-контракта, генерирует нейтральный адрес блокчейн-кошелька, в который перемещаются все средства, внесенные на счет смарт-контракта, и уведомляет другую сторону о возникновении спора. После этого инициируется одна из трех процедур:

- 1) Self Mediation — посредством команды Juris Dashboard стороны получают доступ к ряду инструментов, специально предназначенных для самостоятельного урегули-

рования споров при помощи Self-Enforced Library Functions (или Self layer). Данный инструмент позволяет совершать базовые операции, изменяющие результат осуществления смарт-контракта (например, аннулировать договор, передать активы другой стороне). В случае невозможности урегулирования спора стороны переходят ко второму этапу;

- 2) SNAP (Simple Neutral Arbitrator Poll) предполагает рассмотрение спора пулом независимых арбитров, которые голосуют за тот или иной вариант разрешения спора. Итоги голосования сообщаются сторонам. На основе данной информации стороны по-прежнему могут попытаться разрешить спор, используя Self layer. Если же данная процедура не привела к урегулированию спора, стороны переходят к третьей процедуре;
- 3) PANEL (Juris Peremptory Agreement for Neutral Expert Litigation) представляет собой аналог традиционного арбитражного разбирательства, основывающегося на Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ. Спор рассматривается тремя арбитрами, избираемыми исходя из их репутации и соответствия требованиям, обозначенным сторонами при заключении контракта. После заслушивания сторон и рассмотрения доказательств (наиболее важными из которых являются история операций, связанных со смарт-контрактом, и материалы SNAP) арбитры в течение 30 дней выносят решение, которое имеет обязательную силу и подлежит автоматическому исполнению посредством смарт-контракта.

На каждой из этих стадий спор рассматривается определенной категорией арбитров. Так, начинающие арбитры (Novice Jurists) могут принимать участие в обсуждении рассматриваемого дела на этапе SNAP, но не имеют права голоса. Хорошо зарекомендовавшие себя арбитры (Good Standing Jurists) принимают участие в голосовании в рамках SNAP. Наконец, арбитры высшей категории (High Jurists), являющиеся специалистами в области международного арбитража или заработавшие хорошую репутацию по итогам голосований на этапе SNAP, разрешают спор на этапе PANEL. Выбор арбитров

²¹ Засемкова О. Ф. Разрешение споров с помощью технологии блокчейн // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 4. С. 160—167.

²² Juris White Paper Version 2.0 // URL: <https://drive.google.com/file/d/1318klGEYL4g02VudL-C-BCnvpKujTnbF/view> (дата обращения: 01.09.2019).

на этапе PANEL имеет определенные особенности: в случае возникновения спора каждой из сторон предоставляется список из 10 арбитров, относящихся к категории High Jurists. После этого у сторон есть 30 дней на то, чтобы выбрать по 3 арбитра. Если же сторона настаивает на участии арбитра, который не включен в данный список и не имеет отношения к системе Jurist, то в течение данного срока (30 дней) он должен зарегистрироваться в системе и подтвердить свои полномочия. После этого список предпочтений направляется другой стороне, которая в течение 15 дней может исключить из него двух арбитров, указанных противоположной стороной. Оставшиеся кандидатуры назначаются арбитрами и избирают третьего — председательствующего.

Сходным образом функционирует **SAMBA** (Smart Arbitration and Mediation Blockchain Application) — приложение, основанное на технологии блокчейн и специально предназначенное для разрешения трансграничных споров²³. Впервые данный проект был представлен 14 марта 2018 г. на конференции Глобального юридического университета мира (Global Legal Institute for Peace Conference) в Сан-Пауло. SAMBA состоит из двух основных компонентов: 1) смарт-контракта, содержащего арбитражную оговорку, зафиксированную в виде кода (Smart Arbitration Contract) (далее — SAC), и 2) основанной на технологии блокчейн платформы по разрешению споров, которая представляет собой аналог онлайн-арбитража и предусматривает систему управления документами и портал по исполнению решений²⁴. Стороны, желающие разрешать споры при помощи SAMBA, заключают SAC. При возникновении спора сторо-

на заполняет заявление об арбитраже (Smart Arbitration Application) и направляет его на портал SAMBA. Доказательства представляются в электронном виде через программу Dropbox и размещаются на портале SAMBA. Все вовлеченные в разбирательство стороны и арбитры получают доступ к данным на портале, что позволяет сократить временные и финансовые затраты на пересылку документов. После завершения разбирательства принятое арбитрами решение размещается на портале, который доступен только сторонам спора, и исполняется при помощи смарт-контракта.

Еще одним проектом, основанным на технологии блокчейн, является **Mattereum**, который предполагает создание инфраструктуры, где право собственности, ее токенизация и передача осуществляются полностью на блокчейне²⁵. Его отличительной особенностью является использование Рикардианских контрактов (Ricardian Contracts), под которыми понимаются «верифицированные криптографическим способом документы, подписанные цифровой подписью, и доступные для считывания как в электронном, так и в текстовом виде»²⁶. Эти контракты делегируют юридические полномочия двум внешним системам: смарт-контракту на блокчейне и арбитражу, в который будут передаваться все возникающие между сторонами споры²⁷. Проект предполагает создание децентрализованного арбитража, соответствующего требованиям Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. (далее — Нью-Йоркская конвенция) и, как следствие, обладающего правом вынесения юридически обязательных решений, которые

²³ *Uribarri Soares Fr.* New Technologies and Arbitration // *Indian Journal of Arbitration Law*. 2018. Vol. 7. Iss. 1. Pp. 92—93.

²⁴ *Fischetti A.* Introducing the SAMBA: Project & Demo // *Blockchain ADR Revealed. Conflict Resolution at the onset of the Fourth Industrial Revolution*. URL: <http://glip.usp.br/complete-video-blockchain-adr-14-apr-2018/> (дата обращения: 28.06.2019).

²⁵ *Knight R.* Announcing the Mattereum summary White Paper // URL: <https://medium.com/humanizing-the-singularity/announcing-the-mattereum-summary-white-paper-36cb2a817a3a> (дата обращения: 30.08.2019) ; *Metzger J.* The Current Landscape of Blockchain-based Crowdsourced Arbitration // *Macquarie Law Journal*. 2019. Vol. 19. P. 89.

²⁶ Обзор ICO проекта Mattereum // URL: <https://ffc.media/ru/overviews/ico-mattereum-project-review/> (дата обращения: 03.09.2019).

²⁷ Summary White Paper. Mattereum Protocol: Turning Code Into Law // URL: https://mattereum.com/upload/iblock/784/mattereum-summary_white_paper.pdf (10.09.2019) ; Working Paper. Smart Contracts. Real Property // URL: https://mattereum.com/upload/iblock/af8/mattereum_workingpaper.pdf (дата обращения: 11.09.2019).

будут исполняться в соответствии с данной Конвенцией²⁸.

К данной группе также относится созданный Центром международного арбитража и криптографии проект **Cryptonomica**²⁹. Его деятельность регулируется Арбитражным регламентом (Cryptonomica Arbitration Rules)³⁰, разработанным на основе Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ с изменениями, необходимыми для того, чтобы адаптировать его к рассмотрению споров в режиме онлайн. Согласно данному документу Cryptonomica представляет собой постоянно действующий арбитражный институт, зарегистрированный в Великобритании и предполагающий разрешение споров под юрисдикцией данного государства. Процесс разрешения споров во многом напоминает традиционный арбитраж: сторона направляет запрос на адрес registrar@international-arbitration.org.uk с указанием «Cryptonomica», а также отсылкой к его Регламенту. Помимо этого, запрос должен содержать информацию: о сторонах спора (их наименования и контактные данные); об арбитражной оговорке и о контракте, в связи с которым возник спор; о доказательствах; об испрашиваемых средствах правовой защиты; о количестве арбитров (1 или 3), языке и месте арбитража (если это не было согласовано ранее); а также доказательства того, что копия иска была направлена ответчику. Оплата арбитражного сбора осуществляется в биткоинах. После заслушивания сторон арбитры утверждают процессуальный график. Заседания проходят посредством видео-конференц-связи, а все документы направляются в электронном виде, будучи заверенными электронной подписью, а также электронными ключами, верифицированными арбитражем. В отношении доказательств арбитраж руководствуется Правилами по получению доказательств в международном арбитраже 2010 г., разработанными Международной ассоциацией юристов³¹. Спор рассма-

тривается на основе принципов «добра и справедливости» (ex aequo et bono) (если только стороны не договорились об ином), а также на основе условий контракта и обычаев, применимых к контракту. Решение выносится в письменной форме, является окончательным для сторон и при отсутствии соглашения об ином может быть опубликовано на github.com или cryptonomica.net.

На принципиально иных началах функционируют проекты, относящиеся ко второй группе.

2.2. Разрешение споров посредством децентрализованной квазисудебной системы

К данной группе относятся проекты, которые предусматривают создание принципиально новых, уникальных по своей сути платформ, основанных на технологии блокчейн и специально предназначенных для разрешения споров, возникающих из смарт-контрактов. Их суть заключается в попытке создания квазисудебной системы, где в качестве судей (членов жюри) выступают зарегистрированные на соответствующей платформе пользователи, которые избираются при помощи метода генерации случайных чисел и остаются анонимными для сторон спора. Решение принимается путем голосования, причем каждый из судей голосует отдельно и не знает, к какому выводу пришли другие члены жюри. После завершения голосования система осуществляет подсчет голосов и определяет итог рассмотрения спора, затем происходит автоматическое исполнение решения при помощи смарт-контракта. Сторона, несогласная с вынесенным решением, как правило, имеет возможность оспорить его, подав апелляцию. Еще одной характерной чертой таких проектов является то, что они предполагают разрешение споров на основе специально разработанных для этого правил — сводов негосударственного регулирования.

²⁸ The first Mattereum briefing // URL: <https://medium.com/humanizing-the-singularity/the-first-mattereum-briefing-11a67c75d840> (дата обращения: 04.09.2019).

²⁹ Криптография и блокчейн: как технологическая революция меняет юриспруденцию // URL: <https://forklog.com/kriptografiya-i-blokchejn-kak-tehnologicheskaya-revoljutsiya-menyaet-yurisprudentsiyu/> (дата обращения: 01.08.2019).

³⁰ Cryptonomica Arbitration Rules // URL: https://github.com/Cryptonomica/arbitration-rules/blob/master/Arbitration_Rules/Cryptonomica/Cryptonomica-Arbitration-Rules.EN.clearsigned.md (дата обращения: 30.08.2019).

³¹ IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration // URL: https://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_30June_2010_Enews_Taking_of_Evidence_new_rules.aspx (дата обращения: 04.09.2019).

Одним из таких проектов является **Oath** — блокчейн-протокол по разрешению споров³². В его основе лежит идея суда присяжных, предполагающая, что для разрешения спора случайным образом избираются присяжные, которые, выслушав стороны спора, выносят решение, руководствуясь своим здравым смыслом. Случайный отбор присяжных позволяет утверждать, что их мнение отражает мнение всего общества. Механизм действия Oath выглядит так: при заключении смарт-контракта стороны могут воспользоваться предоставленным Oath шаблоном, в который встроен протокол по разрешению споров (Smart Arbitration Plan). На счет смарт-контракта вносится депозит в виде определенного количества токенов. В случае возникновения спора протокол преобразуется в дело (Smart Arbitration Case), а депозит превращается в арбитражный сбор. После этого стороны устанавливают параметры разрешения спора: количество присяжных (любое нечетное число в диапазоне от 11 до 101); процент голосов, необходимых для принятия решения (от 51 до 100 %). Отбор присяжных осуществляется из числа пользователей блокчейн-платформы на основе случайного алгоритма. Процесс рассмотрения спора занимает 8 дней: 5 дней дается сторонам для представления доказательств, еще 3 дня отводится на принятие решения. Решение принимается исключительно на основе здравого смысла (Common sense), основанного на изучении условий контракта, свидетельских показаний и иных доказательств. В случае согласия сторон с принятым решением оно автоматически исполняется при помощи смарт-контракта. Если же сторона не согласна с решением, она вправе обжаловать его в течение 5 дней с момента вынесения. В таком случае процесс запускается заново, но с другими присяжными, которые не знают о ранее вынесенном решении. Если сторона не согласна и с этим решением, она вправе обжаловать его еще раз. Но решение, вынесенное по итогам третьего разбиратель-

ства, будет окончательным и не может быть оспорено.

На аналогичных началах функционирует **Jury.Online** — платформа, позволяющая заключать сделки и разрешать связанные с ними споры посредством специальной судейской коллегии³³. Механизм его действия аналогичен Oath: стороны заключают смарт-контракт. Денежные средства, предназначенные для оплаты товара или услуги по сделке (в виде криптовалюты), зачисляются на счет смарт-контракта и остаются там до тех пор, пока сделка не будет завершена³⁴. Спор рассматривается арбитрами, в качестве которых выступают лица, зарегистрированные на данной платформе и имеющие соответствующий рейтинг. Оплата разбирательства осуществляется в токенах (JOT), а стоимость разбирательства зависит от компетентности арбитров. Комиссия, взимаемая системой, не зависит от суммы спора и взимается с гонорара арбитров в следующих размерах: первая тысяча споров будет рассматриваться без комиссии, следующие 9 тыс. споров предполагают комиссию в размере 10 %, а все последующие споры — 20 %. Важной особенностью проекта является то, что решение выносится в зашифрованном виде, а ключ к его расшифровке поделен между сторонами спора. Таким образом, для того, чтобы узнать решение, стороны должны по очереди выдать свою часть ключа. Если одна из сторон отказывается сделать это, она считается проигравшей спор независимо от того, какое решение приняли арбитры. Как и другие проекты, Jury.Online предусматривает возможность апелляции. Причем в случае повторного вынесения решения в пользу той же стороны дело закрывается, а решение автоматически исполняется при помощи смарт-контракта.

Еще один интересный проект — **Aragon** — позиционирует себя как «первый блокчейн-инструмент, предназначенный для достижения трех целей³⁵: 1) обеспечения модели для запуска децентрализованных автономных ор-

³² OATH Protocol. Blockchain Alternative Dispute Resolution Protocol. Version 2.6.0 // URL: <https://oaths.io/files/OATH-Whitepaper-EN.pdf> (дата обращения: 01.09.2019).

³³ Основатель Jury.Online рассказал о перспективах сетевого арбитража на блокчейне // URL: <https://forklog.com/osnovatel-jury-online-rasskazal-o-perspektivah-setevogo-arbitrazha-na-blokchejne/> (дата обращения: 30.08.2019).

³⁴ Jury.Online: правосудие на блокчейне // URL: <https://forklog.com/jury-online-pravosudie-na-blokchejne/> (дата обращения: 01.09.2019).

³⁵ Еще одно молниеносное ICO — проект Aragon за 15 минут собрал \$25 млн // URL: <https://forklog.com/eshhe-odno-molnienosnoe-ico-proekt-aragon-za-15-minut-sobral-25-mln/> (дата обращения: 04.09.2019).

ганизаций (далее — DAOs); 2) регулирования деятельности этих DAOs в соответствии с правилами, определяемыми конституцией Aragon; 3) обеспечения разрешения споров в анонимной и демократичной манере³⁶. Все DAOs, присоединившиеся к проекту, должны передавать возникающие между ними споры в децентрализованные суды Aragon. Процесс разрешения споров аналогичен другим проектам: пользователь открывает спор и публикует определенную сумму (бонд), которая блокируется на время размещения спора и будет возвращена ему, если решение будет вынесено в его пользу. Спор рассматривается 5 судьями «первой инстанции» (Decentralized Court of Aragon Network Jurisdiction), случайным образом отобранными из числа лиц, выразивших желание выступить в качестве таковых. Решение выносится большинством голосов на основе материалов, представленных сторонами, а также правил Aragon Network Jurisdiction. Несогласная с решением сторона вправе подать апелляцию, разместив свои аргументы и более крупную сумму. Это активизирует работу суда «второй инстанции» (Prediction Market Court), который выносит решение, исходя из тех же принципов, что и первый суд. Если сторона не согласна с решением и этого суда, она вправе подать еще одну апелляцию в так называемый «верховный суд» (Supreme Court of Aragon Network Jurisdiction), который состоит из 9 судей, имеющих самый высокий рейтинг. Процесс разрешения спора аналогичен предыдущим этапам, однако в данном случае решение будет окончательным и не подлежащим обжалованию.

Сходным образом функционирует **CrowdJury** — онлайн-платформа, сочетающая в себе преимущества краудсорсинга и блокчейна для создания прозрачной и самодостаточной системы правосудия³⁷. В его основе лежит идея, использовавшаяся еще в Древней Греции, когда в отправлении правосудия мог принять участие

любой желающий³⁸, что позволяло: 1) установить истину; 2) выполнить образовательную функцию (разбирательство осуществляется публично и судьи осознают необходимость изложения мотивов своего решения); 3) дисциплинировать судей, минимизировав возможность их подкупа³⁹. CrowdJury основывается на двух факторах: 1) сбор информации и 2) применение опыта или экспертных знаний для установления истины. Основная особенность этого проекта состоит в том, что рассмотрение спора осуществляется онлайн, все доказательства открыты публично и любое лицо (не только член жюри) может задавать вопросы ответчику. Применение технологии блокчейн здесь проявляется в двух аспектах: 1) стимулом для участия в процессе (для жюри) являются платежи, уплачиваемые сторонами в биткойнах; 2) создание банка решений, доступных для ознакомления на неизменном блокчейне⁴⁰.

Система **Jur** также обещает быстрое и справедливое разрешение споров посредством сочетания краудсорсинга и теории игр⁴¹. Она позиционируется как бесплатный сервис для создания и обеспечения безопасности смарт-контрактов, а также разрешения возникающих из них споров в течение 24 часов. Данный проект отличает то, что стороны спора сами должны предложить жюри решения, а жюри, в свою очередь, голосует за один из предложенных вариантов. Вариант, набравший наиболее число голосов, рассматривается как решение, которое подлежит исполнению при помощи смарт-контракта.

Заключение

Несмотря на существенные различия между рассмотренными проектами, их объединяют два основных фактора. Во-первых, все они предполагают создание децентрализованных

³⁶ Aragon Network Jurisdiction. Part 1: Decentralized Court // URL: <https://blog.aragon.org/aragon-network-jurisdiction-part-1-decentralized-court-c8ab2a675e82/> (дата обращения: 01.09.2019).

³⁷ CrowdJury: A Justice System for the Internet Age // URL: <https://www.crowdjury.org/> (дата обращения: 28.08.2019).

³⁸ Madcuff I. Crown-Hidden, Whereabouts Unknown // URL: <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2016/04/27/crowd-hidden-whereabouts-unknown/> (дата обращения: 29.08.2019).

³⁹ Ast Fr., Sewrjugin S. The CrowdJury, a Crowdsourced Judicial System for the Collaboration Era // URL: <https://medium.com/the-crowdjury/the-crowdjury-a-crowdsourced-court-system-for-the-collaboration-era-66da002750d8> (дата обращения: 28.08.2019).

⁴⁰ UribarriSoares Fr. Op. cit. Pp. 92—93.

⁴¹ Introductory Video, JUR.IO // URL: <https://jur.io/> (дата обращения: 03.09.2019).

платформ, направленных на разрешение споров. Во-вторых, в результате разбирательства выносится аналог арбитражного решения, которое автоматически исполняется посредством смарт-контракта и не требует от сторон каких-либо действий. Таким образом, указанные проекты предполагают фактически полный отказ от традиционной системы признания и приведения в исполнение арбитражных решений, предусмотренной Нью-Йоркской конвенцией. В связи с этим в зарубежной доктрине отмечается, что в перспективе технология блокчейн может привести к формированию полностью независимого и самодостаточного арбитража, не требующего взаимодействия с государственным судом⁴². При этом наибольшие перспективы данные проекты имеют применительно к рассмотрению простых споров, имеющих небольшую стоимость (например, трансграничных потребительских споров), на которые они в большинстве своем и ориентированы.

В то же время для рассмотрения более сложных споров больше подходят проекты, предусматривающие автоматизацию отдельных элементов разбирательства, но предполагающие возможность исполнения решений посредством механизма, заложенного в Нью-Йоркской конвенции. Однако и их реализация вызывает вопросы.

Во-первых, согласно ст. II Конвенции арбитражное соглашение должно быть заключено в письменной форме. Соответствует ли арбитражная оговорка, заключенная в виде кода, включенного в смарт-контракт, данному требованию? Ответа на этот вопрос в настоящее время нет. Аналогичные сомнения возникают по поводу формы решения, которое, согласно требованиям Нью-Йоркской конвенции, также должно быть зафиксировано в письменной форме.

Во-вторых, распределенный реестр может иметь узлы на территории нескольких госу-

дарств. Как следствие, возникает вопрос о применимом праве: должно ли это быть право определенного государства, или спор может быть разрешен на основе правил, специально предназначенных для этих целей, — *lex cryptographica*?⁴³ Несмотря на очевидную значимость этого вопроса, только один проект, *Cryptonomica*, предусматривает разрешение спора на основе *ex aequo et bono*.

В-третьих, нерешенным остается и такой вопрос, как место арбитража, от которого зависит выбор применимого процессуального законодательства, компетентного форума для оспаривания решения и др. Однако, опять же, только *Cryptonomica* уделяет внимание данному вопросу: согласно регламенту местом арбитража является г. Лондон (Великобритания).

В-четвертых, споры, возникающие из смарт-контрактов, могут относиться к разным категориям, что предполагает необходимость учета арбитрабельности спора. Но ни один проект не учитывает этот аспект.

В связи с этим следует согласиться с П. де Филиппи (P. de Filippi), по мнению которого у блокчейн-арбитража есть два возможных пути развития: 1) его адаптация к существующему правовому регулированию, прежде всего к требованиям Нью-Йоркской конвенции; 2) создание независимой децентрализованной системы, в которой соприкосновение с правовым регулированием будет происходить только до определенного момента, а все, что выходит за рамки этого, будет регулироваться внутренним механизмом системы и смарт-контрактами⁴⁴. Какое из этих направлений будет выбрано — покажет время. Однако уже сейчас можно говорить о том, что под влиянием новых технологий арбитраж получает новый вектор развития. В перспективе же развитие новых технологий потребует не только рационализации уже существующих механизмов разрешения споров, но и их коренного переосмысления.

⁴² *Ortolani P.* The Impact of Blockchain Technologies and Smart Contracts on Dispute Resolution: Arbitration and Court Litigation at the Crossroads // *Uniform Law Review*. Vol. 24. Iss. 2. 2019. Pp. 430—438.

⁴³ *Dispute Resolution. The Kleros Handbook of Decentralized Justice*. Pp. 18—19.

⁴⁴ *Dispute Resolution. The Kleros Handbook of Decentralized Justice*. P. 174.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Богданова Е. Е. Проблемы применения смарт-контрактов в сделках с виртуальным имуществом // *Lex russica*. — 2019. — № 7 (152). — С. 108—118.
2. Засемкова О. Ф. Разрешение споров с помощью технологии блокчейн // *Актуальные проблемы российского права*. — 2019. — № 4. — С. 160—167.
3. Allen D., Poblet M. The Governance of Blockchain Dispute Resolution // URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3334674 (дата обращения: 01.09.2019).
4. Ast Fr., Sewrjugin S. The Crowdjure, a Crowdsourced Judicial System for the Collaboration Era // URL: <https://medium.com/the-crowdjury/the-crowdjury-a-crowdsourced-court-system-for-the-collaboration-era-66da002750d8> (дата обращения: 28.08.2019).
5. De Filippi P., Wright A. *Blockchain and the Law: The Rule of Code*. — Cambridge, 2018. — 312 p.
6. Dispute Resolution. *The Kleros Handbook of Decentralized Justice*. — 305 p.
7. Fischetti A. Introducing the SAMBA: Project & Demo // *Blockchain ADR Revealed. Conflict Resolution at the onset of the Fourth Industrial Revolution*. — URL: <http://glip.usp.br/complete-video-blockchain-adr-14-apr-2018/> (дата обращения: 28.06.2019).
8. Holden R., Malani A. Can Blockchain Solve the Holdup Problem in Contracts // *University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics. Working Paper*. — 2018. — № 846. — 35 p.
9. Kaal W., Calcaterra C. *Crypto Transaction Dispute Resolution* // *Business Lawyer*. — 2018. — Vol. 73. — Pp. 109—153.
10. Koulu R. Blockchain and Online Dispute Resolution: Smart Contracts as an Alternative to Enforcement // *SCRIPTed*. — 2016. — Vol. 13. — Iss. 1. — Pp. 40—69.
11. Madcuff I. Crown-Hidden, Whereabouts Unknown // URL: <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2016/04/27/crowd-hidden-whereabouts-unknown/> (дата обращения: 29.08.2019).
12. Metzger J. The Current Landscape of Blockchain-based Crowdsources Arbitration // *Macquarie Law Journal*. — 2019. — Vol. 19. — P. 89.
13. Ortolani P. The Impact of Blockchain Technologies and Smart Contracts on Dispute Resolution: Arbitration and Court Litigation at the Crossroads // *Uniform Law Abstract*. — 2019. — Vol. 24. — Iss. 2. — Pp. 430—438.
14. Szczudlik K. `On-chain` and `off-chain` arbitration: Using smart contracts to amicably resolve disputes // URL: <https://newtech.law/en/on-chain-and-off-chain-arbitration-using-smart-contracts-to-amicably-resolve-disputes/> (дата обращения: 01.08.2019).
15. Schmitz A., Rule C. Online Dispute Resolution for Smart Contracts // *Journal of dispute resolution*. — 2019. — № 2. — Pp. 103—125.
16. Uribarri Soares Fr. New Technologies and Arbitration // *Indian Journal of Arbitration Law*. — 2018. — Vol. 7. — Iss. 1. — Pp. 92—93.

Материал поступил в редакцию 8 октября 2019 г.

REFERENCES

1. Bogdanova EE. Problemy primeneniya smart-kontraktov v sdelkakh s virtualnym imushchestvom [Problems of application of smart contracts in transactions with virtual property]. *Lex russica*. 2019;7(152):108—118. (In Russ.)
2. Zasemkova OF. Razreshenie sporov s pomoshchyu tekhnologii blokcheyn [Dispute resolution by means of blockchain technology]. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava*. 2019;4:160—167. (In Russ.)
3. Allen D, Poblet M. The Governance of Blockchain Dispute Resolution [Internet]. [cited 2019 Sept 1]. Available from: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3334674
4. Ast Fr, Sewrjugin S. The Crowdjure, a Crowdsourced Judicial System for the Collaboration Era [Internet]. [cited 2019 Aug 28]. Available from: <https://medium.com/the-crowdjury/the-crowdjury-a-crowdsourced-court-system-for-the-collaboration-era-66da002750d8>.
5. De Filippi P, Wright A. *Blockchain and the Law: The Rule of Code*. Cambridge; 2018.
6. Dispute Resolution. *The Kleros Handbook of Decentralized Justice*.

7. Fischetti A. Introducing the SAMBA: Project & Demo. In: Blockchain ADR Revealed. Conflict Resolution at the onset of the Fourth Industrial Revolution [Internet]. [cited 2019 Jun 28]. Available from: <http://glip.usp.br/complete-video-blockchain-adr-14-apr-2018/>.
8. Holden R, Malani A. Can Blockchain Solve the Holdup Problem in Contracts. In: University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics. Working Paper. 2018;846.
9. Kaal W, Calcaterra C. Crypto Transaction Dispute Resolution. *Business Lawyer*. 2018;73:109—153.
10. Koulu R. Blockchain and Online Dispute Resolution: Smart Contracts as an Alternative to Enforcement. *SCRIPTed*. 2016;13(1):40—69.
11. Madcuff I. Crown-Hidden, Whereabouts Unknown [Internet]. [cited 2019 Aug 29]. Available from: <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2016/04/27/crowd-hidden-whereabouts-unknown/>.
12. Metzger J. The Current Landscape of Blockchain-based Crowdsources Arbitration. *Macquarie Law Journal*. 2019;19:89.
13. Ortolani P. The Impact of Blockchain Technologies and Smart Contracts on Dispute Resolution: Arbitration and Court Litigation at the Crossroads. *Uniform Law Abstract*. 2019;24(2):430—438.
14. Szczudlik K. `On-chain` and `off-chain` arbitration: Using smart contracts to amicably resolve disputes [Internet]. [cited 2019 Aug 1]. Available from: <https://newtech.law/en/on-chain-and-off-chain-arbitration-using-smart-contracts-to-amicably-resolve-disputes/>.
15. Schmitz A, Rule C. Online Dispute Resolution for Smart Contracts. *Journal of dispute resolution*. 2019;2:103—125.
16. Uribarri Soares Fr. New Technologies and Arbitration. *Indian Journal of Arbitration Law*. 2018;7(1):92—93.

DOI: 10.17803/1729-5920.2020.161.4.021-033

Н. Н. Тарусина*

Семья как общеправовая конструкция

Аннотация. Статья посвящена оптимизации существенных признаков семьи, которые могли бы явиться основой для ее нормативно-правового дефинирования в Семейном кодексе Российской Федерации в качестве понятия общеправового типа. Автор анализирует различные позиции цивилистической доктрины о такой возможности (невозможности), фиксирует вариации семейных союзов, демонстрирует проблемные аспекты их юридического существования или претензии на существование — на основе родительства при судебном установлении отцовства, несовершеннолетнего родительства, суррогатного материнства и т.п., а также на далеко не безупречной основе гендерного многообразия. Автор отмечает противоречивые позиции российского законодателя по указанной проблеме: опираясь на традиционные ценности, последний, безусловно, не склонен к легализации союзов с нетрадиционной сексуальной ориентацией, однако в ряде случаев он как бы потворствует противоположному, не устанавливая правовых последствий соответствующих актов и состояний. В заключение на основе предположений, выработанных доктриной семейного права, автор предлагает композицию существенных и юридически значимых признаков семьи, которая позволит спроектировать ее общенормативную дефиницию. В качестве предположения, по мнению автора, можно руководствоваться следующей версией: семья есть объединение граждан, которые находятся в предусмотренной законом семейно-правовой связи (на основе супружества, родительства и детства, родства, свойства, опеки и (или) попечительства, приемного родительства, усыновления (удочерения), иждивения и др.), совместно проживают и ведут общее домохозяйство, наделены правами и обязанностями, соответствующими статусу семьи; членство в семье сохраняется при временном раздельном проживании, обусловленном уважительными причинами.

Ключевые слова: семья; правовая конструкция; понятие; универсальность признаков.

Для цитирования: Тарусина Н. Н. Семья как общеправовая конструкция // Lex russica. — 2020. — Т. 73. — № 4. — С. 21—33. — DOI: 10.17803/1729-5920.2020.161.4.021-033.

Family as a General Legal Structure

Nadezhda N. Tarusina, Cand. Sci. (Law), Professor, Head of the Department of Social and Family Legislation, P. G. Demidov Yaroslavl State University, Merited Lawyer of the Russian Federation
ul. Sovetskaya, d. 14, Yaroslavl, Russia, 150003
nant@uniyar.ac.ru

Abstract. The paper is devoted to facilitation of essential features of the family, which could be the basis for its legal definition in the Family Code of the Russian Federation as a a general legal type concept. The author has analyzed different civilistic doctrinal approachers to such a possibility (impossibility), highlighted different variations of family unions, demonstrated problematic aspects of their legal existence or pretences for existence on the basis of parenthood when paternity is established in court proceedings, minor parenthood, surrogate motherhood, etc., as well as on the basis of a far from impeccable ground of gender diversity. The author notes the contradictory positions of the Russian law-maker regarding this matter: relying on traditional values, the latter, of course, does not tend to legalize unions between people with unconventional sexual orientation, but in some cases it seems to condone the opposite without establishing the legal effects of the acts and statements. In conclusion, on the basis of the assumptions developed under the family doctrine, the author proposes a composition of essential

© Тарусина Н. Н., 2020

* Тарусина Надежда Николаевна, кандидат юридических наук, профессор, заведующий кафедрой социального и семейного законодательства Ярославского государственного университета имени П. Г. Демидова, заслуженный юрист Российской Федерации
Советская ул., д. 14, г. Ярославль, Россия, 150003
nant@uniyar.ac.ru

and legally significant features of the family, which will allow to design its general definition. As an assumption, the author suggests that one can be guided by the following draft definition: the family is an association of citizens who have a legal relationship regulated under family law (on the basis of marriage, parenthood and childhood, kinship, affinity, custody and/or guardianship, foster parenthood, adoption, dependance, etc.), live together and lead common household, have rights and obligations corresponding to thier family status; family membership is retained in case of temporary separation for good reasons.

Keywords: family; legal structure; concept; universality of features.

Cite as: Tarusina NN. Semya kak obshchepravovaya konstruktsiya [Family as a General Legal Structure]. *Lex russica*. 2020;73(4):21—33. DOI: 10.17803/1729-5920.2020.161.4.021-033. (In Russ., abstract in Eng.).

Современные законодательные технологии среди прочего предполагают дефинирование основных понятий, обозначающих правовую форму того или иного общественного феномена или юридическую фикцию и используемых в соответствующих нормативных правовых актах. Казалось бы, на данном этапе развития юридической мысли и практики ее воплощения, перевода в пространство социально-правового бытия сие есть одна из аксиом законотворчества эпохи «постмодерна» юриспруденции. Однако встречаются в означенной действительности конструкции, которые, с точки зрения некоторых (а порой даже и весьма многочисленных) представителей юридической науки, относятся к «простым» (как бы очевидным), а иные — к «сложным». Соответственно, первые в дополнительной конкретизации, как правило, не нуждаются или же таковая не представляет непреодолимых трудностей. Вторые же, прежде всего с точки зрения «класса агностиков», нормативно-правовому дефинированию не поддаются, а если гипотетически и способны к этому, требуют несоразмерных результату усилий.

Среди вариаций обозначения юридического существования таких «неподдающихся» явлений юридического и социального мира в це-

лом — допущение нескольких одновременных или последовательных их «реинкарнаций» — в зависимости от потребности той или иной отрасли российского законодательства. Именно подобным «индуистским» флером наделяется конструкция семьи. Впрочем, гамма разнообразия подходов, как и следует из общей посылки, значительно богаче.

Высказано несколько версий о ее юридической сущности и способности к переводу в нормативность права: 1) общеизвестное понятие¹, не нуждающееся по этой причине в определении²; 2) фикция³; 3) комплексная конструкция, неразрывно сочетающая в себе социологические и юридические представления о семейной субстанции, что весьма затрудняет договоренности о ключевых составляющих дефиниции или вовсе исключает такой мировоззренческий договор⁴; 4) наконец, апофеоз: юридическая сущность семьи для семейного законодательства — одна, для социально-обеспечительного — другая, для жилищного — третья, для наследственного — и вовсе иная⁵ («божественно-космическая» или, наоборот, для некоторых ситуаций — «утилитарно-прагматическая»?..) и т.д.⁶ Пятая версия относится к классической (с точки зрения ее подходов к проблеме), но

¹ См.: Гражданское право : учебник / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М. : Проспект, 2006. Т. 3. С. 369.

² Следовательно, в этом контексте конструкция семьи квалифицируется как «простая», что не соответствует обстоятельствам возбужденного по ее поводу дела.

³ См.: Ильина О. Ю. Проблемы интереса в семейном праве Российской Федерации. М. : Городец, 2007. С. 140.

⁴ См., например: Нечаева А. М. Семейное право. Актуальные проблемы теории и практики. М. : Юрайт, 2007. С. 90—92.

⁵ См., например: Гражданское право : учебник / под ред. А. П. Сергеева. М. : Проспект, 2016. Т. 3. С. 335. Данная позиция восходит к весьма отдаленным временам. Не погружаясь глубоко в пространство ее истории (и не преследуя таковой цели в настоящей статье), обратимся, например, к текстам 1930—1950-х гг.: в соответствии с законодательством об обязательной военной службе (1939 г.) льготами как члены семьи пользовалась примачи, а в соответствии с жилищным законодательством (1928 г.) — в аналогичном же качестве и домашние работники (см.: Бошко В. И. Очерки советского семейного права. Киев : Госполитиздат, 1952. С. 83—84).

⁶ Разумеется, понятие о семье и ее составе исторически изменчиво, но это ее свойство не относится к характеристике четвертой версии. Например, Г. Ф. Шершеневич отмечал, что российский закон понимает

отнодью не устоявшейся (с точки зрения ее одобрения в доктрине) и заключается в предположении о реальной возможности дефинирования семьи.

Если согласиться с *первой версией*, то неизбежно следует вывод о возможности фиксации существенных признаков столь «очевидного» понятия. И где же они?.. Следует также заметить, что законодатель отнодью не избегает дефинировать «общеизвестные понятия». Например, он сообщает россиянам, кто является ребенком (ст. 54 СК РФ) или какой брак может быть признан фиктивным (ст. 27 СК РФ) и т.д. Другое дело, что во многих случаях предлагаемые дефиниции не вполне совершенны или вовсе далеки от указанного состояния. Но это — норма юридической жизни, обыкновение, которое преодолевается корректировкой, а не основание к отказу от попыток нормативно выявить существенные признаки той или иной конструкции. (В этой связи возникает ассоциация с аргументацией позиции об отказе от судебной бракоразводной процедуры вследствие ее явного несовершенства, недостижимости ее цели сохранения семьи: несовершенство процедуры и правоприменительной практики становится не «боевым кличем» к их оптимизации, а «сигналом к капитуляции»...)

Со *вторым предположением*, с учетом отсутствия на данном этапе сколько-нибудь явных «онормативленных» элементов конструкции семьи, в принципе, можно было бы согласиться. Среди аргументов в том числе высказываются следующие: 1) семейно-правовые связи весьма разнообразны; более того, иногда семейное законодательство признает в качестве семейных и такие, которые таковыми не являются, например между мачехой (отчимом) и падчерицей (пасынком), становящимися волею законодателя субъектами алиментных обязательств как члены семьи, не обладая этим качеством; 2) для СК РФ характерна подмена понятия «семья» понятием «брак» (дальнейшая жизнь супругов, сохранение семьи невоз-

можно; фиктивным является брак, заключенный без цели создания семьи, — ст. 22, 27); 3) вся юридическая атрибутика ориентирована на членов семьи, одного из них, но не на семью в целом; соответственно, последняя есть искусственно спроектированное государством явление, «заведомо несуществующее», не обладающее правосубъектностью, хотя и порождающее юридически значимые формулы «интересы семьи», «защита семьи»⁷.

Однако, во-первых, указанные субъекты могут как являться, так и не являться членами семьи — в зависимости от конкретных обстоятельств (подробнее об этом см. далее). Во-вторых, никакой подмены понятий, на наш взгляд, не происходит: создание и сохранение семьи в форме супружеской общности (с возможным дополнением родительства и (или) попечения) — цель брачного союза. А если законодатель и неточен, из этого не следует с необходимостью вывод о фикции: неточность стрелка не свидетельствует о неперенных дефектах оружия. В-третьих, элементы (черты) правосубъектности у семьи все же просматриваются. В любом случае, подобная версия заслуживает по крайней мере обсуждения⁸. (В связи с анализом «пятого воплощения» семьи мы к данному аспекту проблемы еще вернемся в надлежащем месте.)

Третья версия (о сложном, комплексном характере исследуемой конструкции и, соответственно, предельном затруднении договориться о ее универсальной дефиниции) будет рассмотрена нами в рамках анализа двух последующих, ибо именно он и выстроит часть общей для них аргументации и контраргументации.

Четвертое воплощение — самое интересное. Для иллюстрации указанного подхода применим его к другим юридическим конструкциям. Например, юридическая сущность доказательств может быть одной для гражданского процесса, другой — для уголовного, третьей — для административного?.. Нет, доказательства

семью в ограничительном смысле — как союз «лиц, связанных браком, и лиц, от них происходящих», то есть отца, матери и детей, которые «по достижении возмужалости, в большинстве случаев тот час же обособляются в отдельные союзы» (Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. Казань, 1905. С. 582—583).

⁷ Ильина О. Ю. Указ. соч. С. 143—147.

⁸ Впрочем, О. Ю. Ильина в одной из новейших своих работ рассматривает семью как особую разновидность договора простого товарищества, что свидетельствует о допущении ею иного подхода к существу исследуемой конструкции (см.: Ильина О. Ю. Современная российская семья как договор простого товарищества // Семейное и жилищное право. 2019. № 1. С. 12—15).

есть сведения о фактах, имеющих значение для разрешения юридического казуса (дела) (ст. 55 ГПК РФ, ст. 74 УПК РФ), которые могут, конечно же, различаться по форме, процедуре представления, способам оценки, не меняя, однако, своей «субстантивности». Отдельные расхождения в словесной оболочке указанных текстов принципиального значения не имеют, не создают самостоятельной отраслевой дефиниции.

Следует ли трактовать различным образом понятие «несовершеннолетний» в уголовном праве (коль скоро предусмотрена уголовная ответственность и с 14, и с 16 лет), в семейном праве (где допускается заключение брака с 16 лет, а по решению региональных законодательных собраний — с 15 или 14 лет, с наступлением полной гражданской дееспособности и отнюдь не полной — семейной)? Нет, несовершеннолетний — это лицо, не достигшее 18-летнего возраста. Конечно, несовершеннолетие/совершеннолетие — это классическая фикция, результат социально-правового консенсуса в правовой системе конкретного государства. Однако это не уничтожает ее общего (универсального) смысла. И этот смысл в том числе заявлен в ст. 54 СК РФ (в соотношении «ребенок» — «несовершеннолетний», хотя и с известными неточностями).

Наконец, в качестве яркой заключительной иллюстрации (разумеется, не исчерпывающей предлагаемого иллюстративного ряда) — конструкция брака, не менее, судя по доктринальной истории вопроса, сложная в формализованном и фактическом смыслах. Допустимо ли полагать брак правоотношением супружества в семейном законодательстве, актом бракосочетания — в административном, договором о семейной (супружеской) общности или же непоименованным договором — в гражданском? Нет, все предложенные трактовки, в зависимости от целеполагания законодателя, правоприменителя или доктринера, возможны во всех указанных сферах: как правоотношение, договор, юридический факт.

Конструкция брака может иметь различное значение (например, для исключения свидетельствования против супруга — в уголовном процессе; для упрощения регистрации факта рождения ребенка на основании презумпции отцовства в браке — в административном и семейном законодательстве; для изменения пер-

сональных данных в документах об образовании и т.п.), может предполагать разнообразные правовые последствия, сохраняя при этом онтологическое единство. Независимо от указанных воплощений, браку присущи условно незыблемые черты: основанность на соглашении сторон (в российской версии и версиях большинства стран — женщины и мужчины), соответствие требованиям процедуры заключения и условиям действительности, наличие цели создания и поддержания семейной общности, правовые последствия в виде специальных супружеских личных и имущественных прав и обязанностей. (Рассматривается же в цивилистике договор как документ, правоотношение, юридический факт, двусторонняя сделка... И такие же вариации употребимы в семейном, трудовом и другом законодательстве, в той или иной степени использующем конструкцию договора.)

Впрочем, как мы неоднократно отмечали в своих трудах, нормативно-правовой дефиниции брака в законодательстве также не предложено, примерно с аналогичной аргументацией, главный компонент которой — сложность и разноплановость (а скорее — разновекторность) обозначаемого явления, что, конечно же, истинно, но не ведет к смирению в деле нормативно-правового дефинирования ключевых понятий/конструкций, составляющих основу для правового регулирования тех или иных видов отраслевых и межотраслевых отношений и для правоприменительной практики.

При этом ряд законодателей ближнего зарубежья нормативно-правовое определение брака «рискуют» своим гражданам предложить. Например, в ст. 12 Кодекса о браке и семье Республики Беларусь заявлено: «Брак — это добровольный союз мужчины и женщины, который заключается на условиях, предусмотренных настоящим Кодексом, направлен на создание семьи и порождает для сторон взаимные права и обязанности». Примерно в аналогичной правовой позиции находятся законодатели Украины (ст. 21 Семейного кодекса) и Казахстана (п. 26 ст. 1 Кодекса о браке (супружестве) и семье). Причем, как мы также отмечали в других своих трудах, приведенные позиции совпадают с определениями, предлагаемыми российскими цивилистами в сочинениях самого различного ранга⁹, — с некоторыми дополнениями не юридического, а этического характера

⁹ См., например: Нечаева А. М. Семейное право. М. : Юрайт, 2019. С. 54—55 ; Семейное право : учебник / под ред. Е. А. Чепрановой. М. : Юрайт, 2019. С. 75.

(о взаимном уважении супругов, о рождении и воспитании детей как одной из целей супружества и т.д.)¹⁰.

Пятое предположение. Так ли невозможно дефинировать понятие/конструкцию семьи? Очевидно, что ее философские, социологические, психологические, этические, экономические, медико-биологические¹¹ характеристики существуют, обсуждаются, консенсуально выводятся в соответствующих научно-отраслевых доктринах, формируют общественное мировоззрение. Однако, в любом случае, их контенты отнюдь не напрямую влияют на содержание характеристик юридически значимых, относительно которых, впрочем, как мы уже отмечали ранее, не достигнуто единства ни в юридической науке (что составляет нашу норму и традицию), ни в законотворческой, ни в правоприменительной деятельности. И это притом, что по совершенно, видимо, загадочным для автора статьи причинам законодатели ближнего зарубежья находят технологии для дефинирования конструкции семьи¹². А ведь наши «юриспруденции» выросли из одного, советского корня¹³...

Какими же субстантивными юридически значимыми характеристиками, в том числе по мысли указанных представителей (п. 1 ст. 59 Кодекса о браке и семье Республики Беларусь, ст. 1 Закона Республики Казахстан о браке и семье, ст. 3 Семейного кодекса Украины), обладает семья?

Первая: ее субъекты объединены между собой тем или иным типом семейно-правовой связи — супружеством, родством любой степени, свойством, усыновлением/удочерением, приемным родительством, опекуном (при определенных дополнительных условиях — прежде всего по факту совместного проживания опекуна и подопечного), фактическим воспитанием, нахождением на иждивении (также исключительно при совместном проживании), фактическим супружеством¹⁴.

Вторая характеристика: указанные субъекты в различных сочетаниях составляют общность, совместное «сожитие». При этом исключения из требования о совместном проживании, разумеется, возможны: временное пребывание одного из супругов в семье детей в качестве «функционала» бабушки или дедуш-

¹⁰ Подобный «романтизм» был характерен для авторов 50—70-х гг. XX в. (см., например: *Иоффе О. С.* Советское гражданское право. Л., 1965. Т. 3. С. 187; *Белякова А. М., Ворожейкин Е. М.* Советское семейное право. М.: Юрид. литература, 1974. С. 87). Однако в контексте сохранения традиционных семейных ценностей он просматривается и в настоящее время.

¹¹ Политические характеристики, разумеется, также присутствуют. Так, В. И. Бошко в один из самых политизированных этапов развития российского/советского законодательства писал: семья — союз лиц, основанный на свободном и равноправном браке или родстве, «идейно связанных участием в строительстве коммунизма»... (*Бошко В. И.* Указ. соч. С. 89).

¹² Как, впрочем, и для дефинирования брака.

¹³ Некоторые авторитетные российские/советские цивилисты невольно своими определениями семьи затрудняли продвижение хотя бы к относительному единству, украшая свои суждения о семейном союзе дополнительными эпитетами и требованиями неюридического свойства. Например, Е. М. Ворожейкин писал: советская семья может быть определена как урегулированная нормами совместная жизнь лиц, возникшая как следствие их союза, либо как результат действий одного из них, либо как следствие рождения ребенка; оформленная в необходимых случаях в установленном порядке; имеющая целью рождение и воспитание детей, взаимную заботу на базе «духовной, психологической интимной общности и на основе совместного ведения семейного хозяйства». При этом автор подчеркивал, что отсутствие стабильной дефиниции семьи, в том числе в законодательстве, не способствует устойчивому правоприменению (см.: *Белякова А. М., Ворожейкин Е. М.* Указ. соч. С. 34—35).

¹⁴ Несмотря на очередной провал законопроекта об определенном (ограниченном) признании правовых последствий фактического брака, мы по-прежнему являемся безусловными сторонниками представления о нем как разновидности семейного союза, а не «блуда» и не договорного партнерства непоименованного гражданско-правового типа (подробнее об этом см., например: *Лушников А. М., Лушников М. В., Тарусина Н. Н.* Гендер в законе. М.: Проспект, 2015. С. 143—165). Следует заметить, что даже противники установления каких бы то ни было правовых последствий фактического супружества тем не менее признают за ним качество современной разновидности семьи — при наличии повседневных контактов ее участников, характерных для супругов, взаимной поддержки, общей организации быта, то есть характеристик семейной модели отношений (см.: *Косова О. Ю.* «Фактические браки» и семейное право // Правоведение. 1999. № 3. С. 105—120).

ки, длительная служебная командировка, получение образования в другом городе и т.п. Отметим, весьма дельное уточнение украинского законодателя относительно уважительных причин раздельного проживания супругов и фиксации сохранения семьи при проживании ребенка отдельно от родителей содержится в нормах ст. 3 Семейного кодекса Украины.

И первая, и вторая характеристики нуждаются в дополнительных конкретизациях, ибо возможны ситуации, требующие либо специальной квалификации, либо не подпадающие под общее правило вовсе. Так, членом какой семьи является ребенок, проживающий с одним из родителей (на основании соответствующего соглашения или судебного решения) вследствие прекращения брака между ними или родившийся вне брака? Если конфликта между родителями нет и ребенок общается с отдельно проживающим родителем, а последний выполняет свои обязанности как лично-правового, так и имущественно-правового характера, налицо два семейных союза с участием ребенка или семейный союз специального типа? Возможно, и нет. Не исключен вывод о том, что конструкция права на воспитание/общение отдельно проживающего от ребенка родителя подменяется конструкцией семьи в ее строгом смысле.

Если отец/мать не выполняет своих родительских обязанностей (злоупотребляет родительскими правами), должно следовать одно из четырех вероятий: ограничение в общении, отказ в общении, ограничение в родительских правах, лишение родительских прав. Последнее аннулирует семейно-правовую связь в полном объеме (кроме алиментных обязательств), первые три семейно-правовую связь частично сохраняют, но разрушают семейный союз, ибо наличие означенной связи является необходимым, но недостаточным признаком семьи.

Своеобразием отличается состав семьи с участием несовершеннолетнего родителя, не состоящего в браке, ибо опекун его ребенка, как правило, является попечителем самого не-

совершеннолетнего родителя¹⁵ («иерархическая лестница попечения»).

Небезынтересен и «казус принудительного отцовства»: в доктрине давно обсуждается вопрос об ограничении родительских прав лица, активно противодействовавшего судебному установлению своего родительства и несклонного в последующем добросовестно реализовывать данный статус. Как, впрочем, и вопрос о предоставлении суду права отказывать в иске, если того явным образом требуют интересы ребенка, особенно 10 лет и старше (вплоть до условия о согласии последнего на совершение данного акта)¹⁶. Можно предположить, что в сходном направлении формируется правовая позиция Верховного Суда РФ, допускающего отказ в иске об оспаривании отцовства при наличии ряда значимых обстоятельств, включая прежде всего интересы ребенка¹⁷.

В рамках «правовых качелей» находится в настоящее время возникновение семейно-правовой связи вследствие рождения ребенка по программе суррогатного материнства. Во-первых, специфична таковая связь между ребенком и супругом суррогатной матери, если она воспользовалась правом на запись своего материнства, а ее супруг дал согласие на участие супруги в указанной программе. Во-вторых, несмотря на отсутствие права «одинокого мужчины» вступать в соответствующие правоотношения, это фактически происходит и имеются прецеденты удовлетворения судебных исков о признании их отцовства¹⁸ — при неурегулированности проблемы материнства. Известна также правовая позиция Верховного Суда РФ о возможности преодоления императива нормы ч. 2 п. 3 ст. 51 СК РФ (не только в связи с фактами злоупотребления правом со стороны суррогатной матери, но и в интересах ребенка), что не только может порождать коллизию между законом и судебным актом, но и коллидирует с правовой позицией Конституционного Суда РФ, не нашедшего признаков неконституционности указанной нормы¹⁹. Оче-

¹⁵ См., например: *Ильина О. Ю.* Современная российская семья ... С. 14.

¹⁶ См., например: *Антокольская М. В.* Семейное право : учебник. М. : Норма, 2010. С. 245.

¹⁷ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 16 мая 2017 г. № 16 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел, связанных с установлением происхождения детей». П. 29 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁸ См., например: решение Тушинского районного суда г. Москвы от 19 марта 2014 г. № 2-1472/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁹ Определение Конституционного Суда РФ от 15 мая 2012 г. № 880-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Ч. П. и Ч. Ю. на нарушение их конституционных прав положениями пункта 4 ста-

видно, что накал дискуссии²⁰ и коллизииности позиции судов требует скорейшей оптимизации семейного законодательства: в качестве варианта можно было бы перейти от императива нормы п. 4 ст. 51 СК РФ к диспозитиву, сделав ставку на мотивированное судебское усмотрение.

В этом же неопределенном поле, с точки зрения Г. А. Гаджиева, выраженной в его особом мнении в качестве судьи Конституционного Суда РФ по поводу указанного определения Суда, находится само понятие «мать ребенка», в том числе в контексте неоднозначности применения этого термина к суррогатной матери. В доктрине также по данной проблеме единства нет: мать ребенка — суррогатная мать, генетическая мать и т.п. Дополним: также не вполне определена и конструкция «отец ребенка» (с учетом различных вариантов законного и/или судебно-прецедентного социального отцовства, «отцовства» супруга суррогатной матери).

Не менее остро проявляет себя и проблематика однополых браков и/или однополого родительства²¹. Возникнув из воинствующего феминизма, мультикультурной и гендерной толерантности, концепции абсолютности и универсальности прав человека (в том числе в ипостасях женщины и мужчины, трансгендера, бисексуала, носителя «нулевого пола» и т.д.), идея гендерно нейтральных брака и родительства (изначально и прежде всего — одно-

полого) получила идеологическое одобрение и легальное разрешение (а в контексте дополнительных гарантий защиты — и поощрение) в ряде европейских законодательств и в североамериканском праве. Право ребенка на семейную жизнь, доброе воспитание мамой и/или папой (иными законно замещающими лицами — опекуном, усыновителем/удочерителем и др.) превратилось в право взрослого человека на ребенка, чьи интересы не оценены, а последствия гендерного разнообразия родительства — не исследованы²².

Как известно, ни тому, ни другому российский законодатель значения не придает и возможности, казалось бы, не предоставляет. Однако «подводная часть айсберга» отнюдь не столь очевидна по своей сущности. С одной стороны, из ст. 12 СК РФ вроде бы следует, что супружество возникает между мужчиной и женщиной²³. Это подтверждается и толкованием Конституционного Суда РФ²⁴. С другой стороны, как неоднократно отмечалось в цивилистике, в ситуации смены пола в действующем браке и отсутствия правовых последствий данного действия для правоотношений супружества мы получаем не столько фактический, сколько юридический однополый брачный союз, а если у супругов до смены пола родились общие дети — то и однополое родительство.

Неочевидна и нормативно-правовая прозрачность брачных отношений между российскими гражданами, возникших по правилам

тии 51 Семейного кодекса Российской Федерации и пункта 5 статьи 16 федерального закона «Об актах гражданского состояния» // СПС «КонсультантПлюс».

²⁰ См., например: *Момотов В. В.* Биоэтика в контексте законодательства и правоприменения (суррогатное материнство) // *Lex russica*. 2019. № 1. С. 29—39 ; *Тарусина Н. Н.* Судебная практика по семейным делам: проблемы усмотрения на грани правотворчества // *Lex russica*. 2019. № 5. С. 40—48.

²¹ Социологический контекст проблемы весьма ярко представлен в работах А. Г. Щелкина (см., например: *Щелкин А. Г.* Нетрадиционная сексуальность (опыт социологического анализа) // Социологические исследования. 2013. № 6. С. 132—141 ; *Он же.* Легализация однополых браков: к вопросу о социально-цивилизационных последствиях // Социологические исследования. 2019. № 11. С. 152—160).

²² См. также: *Новоселова Е. Н.* Однополый «брак» — тупиковая ветвь эволюции семьи и общества // Вестник Моск. ун-та. Серия 18 : Социология и политология. 2013. № 4. С. 85—103 ; *Тарусина Н. Н.* О новом концепте брака, или «пятой колонне» в брачном пространстве // Вестник Ярославского государственного университета имени П. Г. Демидова. Серия : Гуманитарные науки. 2014. № 2. С. 48—52.

²³ А если следовать правилам гендерно нейтральной филологии — между женщиной и мужчиной.

²⁴ Определение Конституционного Суда РФ от 16 ноября 2006 г. № 496-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Э. Мурзина на нарушение его конституционных прав пунктом 1 статьи 12 Семейного кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс» (примечание: в рамках обсуждения конституционных поправок было предложено вывести требование о браке как союзе мужчины и женщины на конституционный уровень. Следует заметить, что это не является эксклюзивом — в конституциях ряда стран ровно это и зафиксировано, хотя и в разных формулировках (например, в ст. 32 Конституции Республики Беларусь, ст. 18 Конституции Республики Польша и др.)).

ст. 158 СК РФ, то есть в соответствии с иностранным законодательством, допускающим однополые союзы. Ссылка на возможность их непризнания в связи с противоречием основам российского правопорядка (ст. 167 СК РФ), конечно, возможна. Однако благонадежнее (целесообразнее) запреты п. 1 ст. 158 СК РФ, вытекающие из нормативов ст. 14 СК РФ, дополнить ссылкой на ст. 12, а возможно, и ст. 15 СК РФ. Полагаем, в данном случае очевидное явно лучше усмотренческого, формальная определенность — ситуационности²⁵. К чему множить фактические прецеденты, чтобы затем административными и судебными усилиями их преодолевать?..

Однополое родительство, возникающее вследствие смены пола одним из супругов-родителей, с очевидностью продолжается и после расторжения брака. Единственным основанием прекращения данного состояния являются установленные судом в процессе о лишении родительских прав факты злоупотребления этими правами²⁶. И это притом, что пункт 13 ст. 127 СК РФ содержит запрет усыновления/удочерения гражданами государств, законодательство которых разрешает однополые браки, а правило ст. 137 СК РФ юридически приравнивает правоотношения родительства и усыновления/удочерения.

Следует также заметить, что законодатель иногда (скорее всего, именно вследствие неопределенности понятия семьи) избыточно широко употребляет термин «член семьи»²⁷ применительно, казалось бы на первый взгляд, к классическим субъектам данного вида. Например, в гл. 15 «Алиментные обязательства других членов семьи» СК РФ он перечисляет близких родственников (бабушек, дедушек, братьев, сестер), свойственников (мачеху, отчима, падчерицу, пасынка), фактических воспитателей, которые действительно являются или являлись членами соответствующего семейного союза либо, напротив, никогда ими не были.

Как справедливо подчеркивают некоторые цивилисты²⁸, в данном и подобных ему случаях термин используется некорректно («спустя рукава») — вместо адекватных обозначений различных видов субъектов правоотношений, в том числе семейных. Данная корректировка, по сути, продолжает ряд уточнений правового статуса отца, суррогатной матери и др. (в специальных обстоятельствах), о которых мы писали ранее.

Третья характеристика семейного союза — осуществление общей экономической функции, ведение общего хозяйства (в самых различных вариантах домохозяйства, включая фермерство, иной семейный бизнес). В конце концов супруги или иные субъекты семейной общности могут питаться исключительно в кафе и/или ресторанах, не проводить совместно отпуска, индивидуализировать свой досуг и т.п... Однако при этом все же должны, как и другие участники различных типов семейного союза, взаимно участвовать в формировании семейного бюджета (при отсутствии доходов — за счет вклада домашним трудом на благо семьи), расходовании его ресурсов на семейные нужды. В этой связи полагаю возможным высказать три соображения.

Во-первых, разумеется, данные условия не относятся к детям, хотя и не исключают их участия в той или иной форме в семейном домохозяйстве. Кстати, в отличие от российского законодателя, по умолчанию, вслед за доктриной, отрицающего наличие у детей обязанностей, в том числе в семейной сфере, ряд законодателей некое подобие обязанностей фиксируют. Например, в соответствии с нормой ст. 1619 Гражданского уложения Германии дети обязаны посильным способом помогать родителям в домашнем хозяйстве и в их делах. Да, правилу присущ декларативный характер, оно не поддерживается поощряющей или принуждающей санкцией, однако, на наш взгляд, имеет право на существование. Это тем более

²⁵ Подробнее см., например: *Тарусина Н. Н.* Семейное законодательство — парадоксов друг // Социально-юридическая тетрадь. 2019. № 9. С. 98—99.

²⁶ Именно так поступил суд, признав, что действия отца, сменившего пол на женский, наносят существенный вред ребенку, которого после общения с «экс-отцом — матерью» приходилось неоднократно консультировать у психотерапевта и психиатра. См.: *Тарусина Н. Н., Сочнева О. И.* Права детей. М.: Проспект, 2019. С. 79.

²⁷ Это уже стало традицией, истоки которой мы продемонстрировали ранее на примере юридических фактов примачества, а также домоводства сторонних лиц.

²⁸ См., например: *Мананкова Р. П.* Правовой статус членов семьи по советскому законодательству. Томск: ТГУ, 1991. С. 47—48.

было бы справедливо применительно к российскому семейному законодательству, ибо СК РФ содержит немало этических конструктов, которым придается юридическое значение²⁹. Кроме того, в соответствии с предписаниями ст. 43 Федерального закона «Об образовании в Российской Федерации» дети (и отнюдь не с 14 лет) могут быть привлечены к дисциплинарной ответственности за неисполнение ряда обязанностей в указанной сфере³⁰. Значит, конструкция обязанностей к детям вполне приложима.

Во-вторых, несмотря на гендерно прогрессивный характер российского семейного законодательства (кроме периода с 1944 по 1967 г.), до настоящего времени в СК РФ отсутствует исключительно важная оговорка о том, что ведение домашнего хозяйства является общественно значимым трудом. Это, в частности, не позволяет хотя бы как-то защитить имущественные интересы в фактическом браке (той его разновидности, которая характеризуется длительным устойчивым совместным проживанием и общим домохозяйством) и надежнее охранить права и интересы «классических супругов». Между тем белорусский законодатель считает, что воспитание детей и ведение домашнего хозяйства безусловным образом квалифицируется в качестве разновидности общественно полезного труда (ч. 3 ст. 3 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье). Российский законодатель в принципе с ним солидарен. Однако эта солидарность, во-первых, выражена косвенно — через норму п. 3 ст. 34 СК РФ о возникновении режима совместной собственности и в ситуации, если один из супругов не имел самостоятельного дохода по уважительным причинам (вел домашнее хозяйство, воспитывал детей и т.п.)³¹. Кроме того, она утрачивается (или с высокой степенью вероят-

ности — может утрачиваться) при подключении технологии брачного договора.

В-третьих, полезно сделать и частное замечание: брачный договор, в котором избран раздельный режим собственности, не должен признаваться действительным, если в нем не предусмотрены хотя бы минимальные требования к формированию супругами общесемейного бюджета, ибо в отсутствие указанного условия такой договор не соответствует началам семейного законодательства и сущности семьи, которая опосредованно в этих началах просматривается — через призывы к заботе и взаимной поддержке членов семьи (ч. 2 п. 1, ч. 3 ст. 1 СК РФ).

Четвертая характеристика семейного союза — осуществление взаимной поддержки (а в ситуации с несовершеннолетними детьми, соответственно, поддержки взрослых членов семьи в адрес несовершеннолетних³²), решение семейных вопросов на основе последовательного ряда соглашений. Как мы отмечали ранее, в цивилистике сущность семьи предлагается также «прочитывать» с помощью конструкции простого товарищества, договора о совместной деятельности. Во-первых, в определенном смысле и брак может быть отнесен к таковому договору, тем более что его договорная природа признавалась и признается многими цивилистами — от Г. Ф. Шершеневича до современных представителей юридической науки³³. Во-вторых, договорные основания по типу совместной деятельности имеют родительские правоотношения, приемная семья, правоотношения суррогатного материнства, несовершеннолетнего родительства — в рамках опекуновства детей³⁴ и т.д. При этом аналогия с гражданско-правовым возмездным оказанием услуг здесь совершенно

²⁹ Подробнее об этом см., например: Тарусина Н. Н. Семейное право: в «оркестровке» суверенности и судебного усмотрения. М.: Проспект, 2014. С. 53—58.

³⁰ Подробнее см., например: Тарусина Н. Н., Сочнева О. И. Указ. соч. С. 9—11.

³¹ Примечательно, что первый кодифицированный акт о браке и семье был выстроен на основе идеи о раздельном режиме имущества супругов как гарантии принципа равенства, освобождения женщины от гнета патриархического брака, а второй — на конструкции совместной собственности как гарантии защиты социально слабой стороны и справедливого учета домашнего труда женщины (см., например: Курский Д. И. Избранные статьи и речи. М.: Госюриздат, 1958. С. 269—270).

³² Отдельная правовая композиция выстраивается между несовершеннолетними родителями, не состоящими в браке, и их родителями/родителем, выполняющими функции опекуна детей своих детей и попечителя своих детей (ст. 62 СК РФ).

³³ Подробнее см., например: Тарусина Н. Н. Брак по российскому семейному праву. М.: Проспект, 2010. С. 58—63, 67—129.

³⁴ См.: Ильина О. Ю. Современная российская семья ... С. 14.

неуместна, противоречит существу семейных правоотношений, сугубо отличных по своей природе и целям от правоотношений гражданского оборота³⁵.

Отсутствует определенность в субъектной (пятой?) характеристике семьи: большинство цивилистов полагают, что субъектностью обладают только отдельные члены семьи, а не семья в целом. Это спорно и нуждается в дальнейшем о том рассуждении: семья как «организационно-правовая единица» рассматривается и в качестве домохозяйства (особенно такая разновидность, как фермерское хозяйство, объединяющее членов семьи), и в качестве, как мы только что констатировали, договора простого товарищества или особой разновидности объединения граждан семейно-правового типа. Так, многодетная семья, например, имеет разнообразные льготы именно как особое объединение. То, что ресурсы и иное вспомоществование предоставляются одному или нескольким ее членам, можно квалифицировать как представительство общесемейных интересов. Отсутствие юридического лица также не есть доказательство полного неприменения к ней конструкции специфической (специальной) правосубъектности — юридического лица могут не иметь и другие объединения, которые не объявляются на этом основании фикциями, юридически «эфемерными» конструктами. Более того, если до настоящего времени в законодательстве и не было прямых указаний на ее суверенный статус, то из этого не следует, что соответствующей попытки не случится никогда.

Некоторые авторы выступают против использования применительно к семье термина «объединение», подчеркивая, что семья — «социобиологический институт, в котором про-

исходит единение личности», особая ячейка общества³⁶. В качестве дополнительного аргумента они апеллируют к ст. 23 Международного пакта о гражданских и политических правах, ст. 67 Конституции Португалии, ст. 1 Семейного кодекса Кыргызстана, в которых в качестве родового понятия применяется именно термин «ячейка общества». Однако последний — далеко не юридического свойства. Если обратиться к его филологическим трактовкам, демонстрирующим разные смыслы, то, например, «партийная ячейка» — как раз и представляет собой разновидность объединения...

Таким образом, выявление существенных признаков семьи вполне достижимо, несмотря на гибкость, изменчивость, вариативность данной конструкции. На разных этапах развития цивилистической доктрины выстраивались обоснованные позиции³⁷; предпринималась попытка получения конституционного толкования понятия — ввиду его неопределенности, с одной стороны, и высокой значимости — с другой³⁸; региональные законодатели предлагали свои определения³⁹; не остается в стороне и ЕСПЧ, впрочем преимущественно толкуя конструкцию права на семейную жизнь, в ряде случаев существенно расширяя и без того вполне объемную сферу применения конструкции семьи: от предположения семьей фактических брачных отношений (что, с нашей точки зрения, справедливо) до известной подмены конструкции семьи правом на общение с ребенком различными лицами⁴⁰, включая совершенно особенные случаи, которые сами по себе требуют внимания и поддержки, но отнюдь не в контексте права на семью.

С оптимизмом полагаем, что предложенный «спектральный» анализ правовой сущности конструкции семьи, вслед за разработками

³⁵ См.: Ильина О. Ю. Современная российская семья ... См. также: Тарусина Н. Н. Семейное право: в «оркестровке» суверенности и судебного усмотрения. С. 4—52.

³⁶ См.: Романовская О. В. «Семейные» объединения граждан в российском праве // Правоведение. 2009. № 5. С. 123.

³⁷ Кроме уже обозначенных, см. также: Шершень Т. В. В Год семьи о понятии семьи в современном российском праве // Семейное и жилищное право. 2008. № 5. С. 2—6.

³⁸ В 2001 г. с соответствующим запросом в Конституционный Суд РФ обратилась Костромская областная Дума, но получила отказ в принятии заявления к рассмотрению за неподведомственность (подробнее см.: Шершень Т. В. О значении решений Конституционного Суда Российской Федерации в защите семейных прав и правовом регулировании семейных отношений // Семейное и жилищное право. 2009. № 2. С. 6).

³⁹ Подробнее см.: Шершень Т. В. В год семьи о понятии семьи ... С. 2—6.

⁴⁰ См., например: постановление Европейского Суда по правам человека от 16 июля 2015 г. «Дело “Назаренко (Nazarenko) против Российской Федерации”» // СПС «КонсультантПлюс».

и размышлениями немалого числа представителей науки семейного права, активно и плодотворно приближает нас к юридически корректной и социально полезной законодательной дефиниции семейного союза в СК РФ, а также конкретизации видов данного союза, позволяющей правоприменителю адекватно толковать сущность семьи, отграничивать ее воплощения от близких семейно-правовых конструкций. В качестве предположения можно руководствоваться следующей версией: семья есть объединение граждан, которые находятся в предусмотренной законом семейно-правовой связи (на основе супружества, родительства и детства, родства, свойства, опеки и (или) попечительства, приемного родительства, усыновления (удочерения), иждивения и др.), совместно проживают и ведут общее домохозяйство, наделены правами и обязанностями, соответствующими статусу семьи; членство в семье сохраняется при временном раздель-

ном проживании, обусловленном уважительными причинами.

Памятуя об известном риторическом вопросе «нужен ли нам новый Семейный кодекс?»⁴¹, с одной стороны, если иметь в виду только его обогащение за счет дефиниции семьи, готовы ответить на данный вопрос отрицательно, ибо это не создаст чрезвычайной технологической ситуации. С другой стороны, подобный шаг неизбежно породит и следующие: кодекс нуждается в норме, закрепляющей понятийный ряд в целом, конструкции семейно-правовых договоров, способы защиты субъективных семейных прав и интересов, коррекции статуса родителей и детей и т.д.⁴² А это уже потянет на большие проектные работы. Новый Семейный кодекс, возможно, не нужен сей же час, но окажется необходимым в обозримом будущем. Сей же час следует ускорить открытие указанного понятийного ряда нормативно-правовым конструктом семьи.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Антокольская М. В. Семейное право : учебник. — М. : Норма, 2010. — 432 с.
2. Белякова А. М., Ворожейкин Е. М. Советское семейное право. — М. : Юрид. литература, 1974. — 304 с.
3. Бошко В. И. Очерки советского семейного права. — Киев : Госполитиздат, 1952. — 371 с.
4. Гражданское право : учебник / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — М. : Проспект, 2006. — Т. 3. — 784 с.
5. Гражданское право : учебник / под ред. А. П. Сергеева. — М. : Проспект, 2016. — Т. 3. — 736 с.
6. Ильина О. Ю. Проблемы интереса в семейном праве Российской Федерации. — М. : Городец, 2007. — 192 с.
7. Ильина О. Ю. Современная российская семья как договор простого товарищества // Семейное и жилищное право. — 2019. — № 1. — С. 12—15.
8. Иоффе О. С. Советское гражданское право. — Л., 1965. — Т. 3. — 347 с.
9. Косова О. Ю. «Фактические браки» и семейное право // Правоведение. — 1999. — № 3. — С. 105—120.
10. Крашенинников П. В. Нужен ли России новый Семейный кодекс? // Семейное и жилищное право. — 2017. — № 1. — С. 3—7.
11. Курский Д. И. Избранные статьи и речи. — М. : Госюриздат, 1958. — 160 с.
12. Лушников А. М., Лушникова М. В., Тарусина Н. Н. Гендер в законе. — М. : Проспект, 2015. — 480 с.
13. Мананкова Р. П. Пояснительная записка к концепции нового Семейного кодекса Российской Федерации // Семейное и жилищное право. — 2012. — № 4. — С. 26—42.
14. Мананкова Р. П. Правовой статус членов семьи по советскому законодательству. — Томск: ТГУ, 1991. — 230 с.
15. Момотов В. В. Биоэтика в контексте законодательства и правоприменения (суррогатное материнство) // Lex russica. — 2019. — № 1. — С. 29—39.
16. Нечаева А. М. Семейное право : учебник. — М. : Юрайт, 2019. — 294 с.
17. Нечаева А. М. Семейное право. Актуальные проблемы теории и практики. — М. : Юрайт, 2007. — 280 с.

⁴¹ См.: Крашенинников П. В. Нужен ли России новый Семейный кодекс? // Семейное и жилищное право. 2017. № 1. С. 3—7.

⁴² Подробнее см., например: Тарусина Н. Н. Российское семейное законодательство: основные тенденции развития // Lex russica. 2014. № 3. С. 314—323.

18. Новоселова Е. Н. Однополый «брак» — тупиковая ветвь эволюции семьи и общества // Вестник Московского университета. Серия 18 : Социология и политология. — 2013. — № 4. — С. 85—103.
19. Романовская О. В. «Семейные» объединения граждан в российском праве // Правоведение. — 2009. — № 5. — С. 121—133.
20. Семейное право : учебник / под ред. Е. А. Чефрановой. — М. : Юрайт, 2019. — 331 с.
21. Тарусина Н. Н. Брак по российскому семейному праву. — М. : Проспект, 2010. — 224 с.
22. Тарусина Н. Н. О новом концепте брака, или «пятой колонне» в брачном пространстве // Вестник Ярославского государственного университета имени П. Г. Демидова. Серия : Гуманитарные науки. — 2014. — № 2. — С. 48—52.
23. Тарусина Н. Н. Российское семейное законодательство: основные тенденции развития // Lex russica. — 2014. — № 3. — С. 314—323.
24. Тарусина Н. Н. Семейное законодательство — парадоксов друг // Социально-юридическая тетрадь. — 2019. — № 9. — С. 96—109.
25. Тарусина Н. Н. Семейное право: в «оркестровке» суверенности и судебного усмотрения. — М. : Проспект, 2014. — 288 с.
26. Тарусина Н. Н. Судебная практика по семейным делам: проблемы усмотрения на грани правотворчества // Lex russica. — 2019. — № 5. — С. 40—48.
27. Тарусина Н. Н., Сочнева О. И. Права детей. — М. : Проспект, 2019. — 176 с.
28. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. — Казань, 1905. — 795 с.
29. Шершень Т. В. В Год семьи о понятии семьи в современном российском праве // Семейное и жилищное право. — 2008. — № 5. — С. 2—6.
30. Шершень Т. В. О значении решений Конституционного Суда Российской Федерации в защите семейных прав и правовом регулировании семейных отношений // Семейное и жилищное право. — 2009. — № 2. — С. 3—7.
31. Щелкин А. Г. Легализация однополых браков: к вопросу о социально-цивилизационных последствиях // Социологические исследования. — 2019. — № 11. — С. 152—160.
32. Щелкин А. Г. Нетрадиционная сексуальность (опыт социологического исследования) // Социологические исследования. — 2013. — № 6. — С. 132—141.

Материал поступил в редакцию 10 февраля 2020 г.

REFERENCES

1. Antokolskaya MV. *semeynoe pravo : uchebnik* [Family Law: Textbook]. Moscow: Norma; 2010. (In Russ.)
2. Belyakova AM, Vorozheikin EM. *Sovetskoe semeynoe pravo* [Soviet Family Law]. Moscow: Yurid. literatura; 1974. (In Russ.)
3. Boshko VI. *Ocherki sovetskogo semeynogo prava* [Essays of the Soviet Family Law], Kiev: Gosolitizdat; 1952. (In Russ.)
4. Sergeev AP, Tolstoy YuK, editors. *Grazhdanskoe pravo : uchebnik* [Civil Law: A Textbook]. Vol. 3. Moscow: Prospekt; 2006. (In Russ.)
5. Sergeev AP, editor. *Grazhdanskoe pravo : uchebnik* [Civil Law: A Textbook]. Vol. 3. Moscow: Prospekt; 2016. (In Russ.)
6. Ilyina OYu. *Problemy interesa v semeynom prave Rossiyskoy Federatsii* [Problems of Interest in Family Law of the Russian Federation]. Moscow: Gorodets; 2007. (In Russ.)
6. Ilyina OYu. *Sovremennaya rossiyskaya semya kak dogovor prostogo tovarishchestva* [A Modern Russian Family as an Agreement of Simple Partnership]. *Family and Housing Law*. 2019;1:12—15. (In Russ.)
8. Ioffe OS. *sovetskoe grazhdanskoe pravo* [Soviet Civil Law]. Vol. 3. Leningrad; 1965. (In Russ.)
9. Kosova OYu. «Fakticheskie braki» i semeynoe pravo [“Actual Marriages” and Family Law]. *Pravovedenie*. 1999;3:105—120. (In Russ.)
10. Krashenninnikov PV. *Nuzhen li Rossii novyy semeynyy kodeks?* [Does Russia need a new Family Code?]. *Family and Housing Law*. 2017;1:3—7. (In Russ.)
11. Kurskiy DI. *Izbrannye stati i rechi* [Selected articles and speeches]. Moscow: Gosyurizdat; 1958. (In Russ.)
12. Lushnikov AM, Lushnikova MV, Tarusina NN. *Gender v zakone* [Gender in Law]. Moscow: Prospekt; 2015.

13. Manankova RP. Poyasnitelnaya zapiska k kontseptsii novogo Semeynogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii [Explanatory Note to the Concept of the New Family Code of the Russian Federation]. *Family and Housing Law*. 2012;4:26—42. (In Russ.)
14. Manankova RP. Pravovoy status chlenov semi po sovetskomu zakonodatelstvu [A legal status of family members under the Soviet legislation]. Tomsk: Tomsk State University; 1991. (In Russ.)
15. Momotov VV. Bioetika v kontekste zakonodatelstva i pravoprimereniya (surrogatnoe materinstvo) [Bioethics in the context of legislation and law enforcement (surrogate motherhood)]. *Lex russica*. 2019;1:29—39. (In Russ.)
16. Nechaeva AM. Semeynoe pravo : uchebnik [Family law: textbook]. Moscow: Yurait; 2019. (In Russ.)
17. Nechaeva AM. Semeynoe pravo. Aktualnye problemy teorii i praktiki [Family Law. Actual Problems of Theory and Practice]. Moscow: Yurait; 2007. (In Russ.)
18. Novoselova E. Odnopolyy «brak» — tupikovaya vetv evolyutsii semi i obshchestva [Same-sex “marriage” is a dead-end branch of evolution of family and society]. *Vestnik Moskovskogo universiteta. Seriya 18. Sotsiologiya i politologiya [Moscow State University Bulletin. Series 18. Sociology and Political Science]*. 2013;4:85—103. (In Russ.)
19. Romanovskaya OV. «Semeynye» obedineniya grazhdan v rossiyskom prave [“Family” associations of citizens in the Russian law]. *Pravovedenie*. 2009;5:121—133. (In Russ.)
20. Chefranova EA, editor. Semeynoe pravo : uchebnik [Family Law: A Textbook]. Moscow: Yurait; 2019. (In Russ.)
21. Tarusina NN. Brak po rossiyskomu semeynomu pravu [Marriage under the Russian Family Law]. Moscow: Prospekt; 2010. (In Russ.)
22. Tarusina NN. O novom kontsepte braka, ili «pyatoy kolonne» v brachnom prostranstve [On the New Concept of Marriage, or the “Fifth Column” in the Area of Marriage]. *Vestnik YarGU. Seriya gumanitarnye nauki*. 2014;2:48—52. (In Russ.)
23. Tarusina NN. Rossiyskoe semeynoe zakonodatelstvo: osnovnye tendentsii razvitiya [Russian Family Law Laws: the Main Tendencies of Development]. *Lex russica*. 2014;3:314—323. (In Russ.)
24. Tarusina NN. Semeynoe zakonodatelstvo — paradoksov drug [Family Laws — the Friend of Paradoxes]. *Sotsialno-yuridicheskaya tetrad*. 2019;9:96—109. (In Russ.)
25. Tarusina NN. Semeynoe pravo: v «orkestrrovke» suverennosti i sudebnogo usmotreniya [Family Law: in the “orchestration” of sovereignty and judicial discretion]. Moscow: Prospekt; 2014. (In Russ.)
26. Tarusina N. Sudebnaya praktika po semeynym delam: problemy usmotreniya na grani pravotvorchestva [Judicial Practice in Family Cases: Problems of Discretion on the Verge of Law-making]. *Lex russica*. 2019;5:40—48. (In Russ.)
27. Tarusina NN, Sochneva OI. Prava detei [Rights of Children]. Moscow: Prospekt; 2019. (In Russ.)
28. Shershenevich GF. Uchebnik russkogo grazhdanskogo prava [A Textbook of Russian Civil Law]. Kazan; 1905. (In Russ.)
29. Shershen TV. V God semi o ponyatii semi v sovremennom rossiyskom prave [In the Year of the Family about the Concept of the Family in Modern Russian Law]. *Family and Housing Law*. 2008;5:2—6. (In Russ.)
29. Shershen TV. O znachenii resheniy konstitutsionnogo suda rossiyskoy federatsii v zashchite semeynykh prav i pravovom regulirovanii semeynykh otnosheniy [The Importance of Decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation in Protection of Family Rights and Legal Regulation of Family Relations]. *Family and Housing Law*. 2009;2:3—7. (In Russ.)
31. Shchelkin AG. Legalizatsiya odnopolnykh brakov: k voprosu o sotsialno-tsivilizatsionnykh posledstviyakh [Legalization of same-sex marriages: to the question of social-civilizational consequences]. *Sotsiologicheskie Issledovaniia [Sociological Studies]*. 2019;11:152—160. (In Russ.)
32. Shchelkin AG. netraditsionnaya seksualnost (opyt sotsiologicheskogo issledovaniya) [Non-traditional sexuality (experience of sociological research)]. *Sotsiologicheskie Issledovaniia [Sociological Studies]*. 2013;6: 132—141. (In Russ.)

К юридическому определению понятия экологического туризма

Аннотация. Экологический туризм традиционно означает путешествия на природные территории в места нахождения природных объектов, не затронутых или мало затронутых антропогенным воздействием, обладающих научной, познавательной, рекреационной, культурной ценностью, осуществляемые природосберегающими способами, способствующие гармонизации отношений человека с окружающей природной средой, экологическому воспитанию и образованию, содействующие охране биологического и ландшафтного разнообразия. Один из обязательных признаков экологического туризма — вовлеченность в него местного населения, предоставляющего туристам работы и услуги в сфере обслуживания. Использование природных территорий для туризма имеет важное социально-экономическое значение для развития регионов, обладающих значительным рекреационным потенциалом. Организация туризма на особо охраняемых природных территориях имеет особенности, связанные с их правовым режимом, направленным на сохранение природных объектов, в целях охраны которых создаются такие территории, и содержащим ограничения использования природных ресурсов и ведения хозяйственной деятельности. Программная постановка развития экологического туризма на особо охраняемых природных территориях в качестве государственной задачи требует легального определения данного понятия, поскольку от его содержания зависит степень вовлеченности особо охраняемых природных объектов, комплексов и экосистем в рекреационную деятельность. Понятие экологического туризма должно содержать указание на предельно допустимые рекреационные нагрузки и соответствие форм экологического туризма задачам особо охраняемых природных территорий, определенным в законодательстве и индивидуальных положениях о них. Перечень объектов туристской инфраструктуры должен утверждаться Правительством РФ для федеральных особо охраняемых природных территорий и высшими органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации и муниципальных образований для особо охраняемых природных территорий регионального и местного значения.

Ключевые слова: экологический туризм; познавательный туризм; особо охраняемые природные территории; рекреация; государственные природные заповедники; национальные парки.

Для цитирования: Васильева М. И. К юридическому определению понятия экологического туризма // Lex russica. — 2020. — Т. 73. — № 4. — С. 34—52. — DOI: 10.17803/1729-5920.2020.161.4.034-052.

© Васильева М. И., 2020

* Васильева Мария Ивановна, доктор юридических наук, профессор кафедры земельного права и государственной регистрации недвижимости Московского государственного университета геодезии и картографии (МИИГАиК), ведущий научный сотрудник отдела экологического и аграрного законодательства Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ
Гороховский пер., д. 4, г. Москва, Россия, 105064
vasilyeva-mi@yandex.ru

The Legal Definition of the Concept of Ecotourism

Maria I. Vasilyeva, Dr. Sci. (Law), Professor, Department of Land Law and Real Estate Registration, Moscow State University of Geodesy and Cartography (MIIGAIK); Leading Research Fellow, Department of Environmental and Agrarian Legislation, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation
per. Gorokhovskiy, d. 4, Moscow, Russia, 105064
vasilyeva-mi@yandex.ru

Abstract. The term ecotourism is traditionally referred to travelling to natural areas in locations unaffected or poorly affected by anthropogenic factors and having scientific, cognitive, recreational, cultural value, and carried out by environmentally friendly methods, contributing to and promoting the harmonization of human relations with the environment, ecological education and education that promotes the protection of biological and landscape diversity. One of the essential features of ecotourism is the involvement of the local population in providing tourists with works and services in the service sector. The use of natural areas for tourism is of great social and economic importance for the development of regions with significant recreational potential. The organization of tourism in protected natural territories has features related to their legal regime aimed at the preservation of natural objects for the purpose of protection of which such territories are created and containing restrictions on the use of natural resources and economic activities. The policy development of ecotourism in specially protected natural areas as an objective laid by the State requires to define this concept in compliance with the law, since its content depends on the degree of involvement of specially protected natural objects, complexes and ecosystems in recreational activities. The concept of ecotourism should include an indication of the maximum permissible recreational loads and the conformity of forms of ecotourism with the objectives of specially protected natural areas as defined in the legislation and individual provisions thereon. The list of objects of tourist infrastructure must be approved by the Government of the Russian Federation for federal specially protected natural territories and the highest executive authorities of constituent entities of the Russian Federation and municipalities for specially protected natural areas at the regional and local levels.

Keywords: ecotourism; cognitive tourism; specially protected natural areas; recreation; state nature reserves; national parks.

Cite as: Vasilyeva MI. K yuridicheskomu opredeleniyu ponyatiya ekologicheskogo turizma [The Legal Definition of the Concept of Ecotourism]. *Lex russica*. 2020;73(4):34—52. DOI: 10.17803/1729-5920.2020.161.4.034-052. (In Russ, abstract in Eng.).

В настоящее время развитие экологического туризма рассматривается как значимое направление социально-экономического развития территорий, повышающее инвестиционную активность субъектов малого и среднего предпринимательства, способствующее трудовой занятости местного населения, наиболее эффективно использованию потенциала природных рекреационных объектов и ресурсов, стимулирующее развитие транспортной инфраструктуры. В этом качестве экологический туризм упоминается во многих нормативных

актах программного характера. Согласно Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года (утверждена распоряжением Правительства РФ от 17.11.2008 № 1662-р) для России актуальна задача капитализации ее экологических преимуществ, что должно найти выражение, в частности, в развитии экологического туризма. На развитие экологического туризма указывалось в Стратегиях социально-экономического развития федеральных округов и ряде других документов¹. Концепция устойчи-

¹ Например: распоряжение Правительства РФ от 18.11.2011 № 2074-р «Об утверждении Стратегии социально-экономического развития Северо-Западного федерального округа на период до 2020 года»; распоряжение Правительства РФ от 06.10.2011 № 1757-р «Об утверждении Стратегии социально-экономического развития Уральского федерального округа до 2020 года»; постановление Совета Федерации ФС РФ от 30.05.2018 № 188-СФ «О развитии внутреннего и въездного туризма как факторе экономического роста Российской Федерации»; Стратегия развития Арктической зоны Российской Федерации и обеспечения национальной безопасности на период до 2020 года (утв. Президентом РФ); распоряжение Правительства РФ от 05.05.2018 № 872-р «Об утверждении Концепции федеральной

вого развития коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока Российской Федерации (утверждена распоряжением Правительства РФ от 04.02.2009 № 132-р) ставила задачу развития экологического туризма с участием представителей малочисленных народов Севера в местах их традиционного проживания и традиционной хозяйственной деятельности, создания необходимых условий для занятости представителей малочисленных народов в экологическом туризме. Стратегия развития туризма в Российской Федерации на период до 2035 года (утверждена распоряжением Правительства РФ от 20.09.2019 № 2129-р) предполагает разработку отдельной концепции развития экологического туризма в Российской Федерации на период до 2035 г., в которой будет обоснован переход к модели экологического туризма как комплексному направлению, обеспечивающему взаимосвязь туризма, культуры и экологии, а также представляющему современный подход к организации экологического туризма на особо охраняемых природных территориях, прежде всего национальных парков, в целях обеспечения их устой-

чивого развития за счет создания условий для комплементарного взаимодействия инвестиционной, туристской (в том числе научно-познавательной и рекреационной) и социальной деятельности с учетом ландшафтной, природоохранной специфики и антропогенной нагрузки на территорию.

Термин «экологический туризм» встречается в подзаконных актах, принятых еще в 1990-е гг. (Примерный перечень работ и услуг природоохранного назначения, утвержденный Госкомэкологии РФ 06.09.1999), что свидетельствует о давности самой идеи экологического туризма. В специальной литературе считается, что экологический туризм как направление туризма в России зародился в 1980-е гг.² По экспертным оценкам, в настоящее время доля экологического туризма в общем объеме туризма страны составляет 15 %. Экологический туризм встраивается в структуру экономических механизмов развития территорий³.

Тенденции на рынке туристических услуг позволяют говорить об экологическом туризме в широком смысле — как о путешествиях на территории, обладающие природной, климати-

целевой программы «Развитие внутреннего и въездного туризма в Российской Федерации (2019—2025 годы)»; распоряжение Правительства РФ от 15.07.2013 № 1226-р «Об утверждении плана мероприятий по реализации в 2013—2015 годах Стратегии государственной национальной политики Российской Федерации на период до 2025 года»; распоряжение Правительства РФ от 12.10.2012 № 1906-р «Об утверждении Плана мероприятий по реализации в 2012—2015 годах Концепции устойчивого развития коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока Российской Федерации, утвержденной распоряжением Правительства РФ от 04.02.2009 № 132-р»; постановление Правительства РФ от 04.08.2015 № 793 «Об утверждении федеральной целевой программы «Социально-экономическое развитие Курильских островов (Сахалинская область) на 2016—2025 годы»; распоряжение Правительства РФ от 30.11.2010 № 2136-р «Об утверждении Концепции устойчивого развития сельских территорий Российской Федерации на период до 2020 года»; План мероприятий по продвижению туристского продукта Российской Федерации на мировом и внутреннем туристских рынках, реализуемых при поддержке Федерального агентства по туризму в 2017 году (утвержден Ростуризмом 25.01.2017); приказ Минрегиона России от 11.10.2013 № 440 «Об утверждении методических рекомендаций по разработке региональной программы по укреплению единства российской нации и этнокультурному развитию народов России».

² Рудченко В. Н. Экологический туризм как часть туристской стратегии развития пригородной зоны мегаполиса // Ученые записки Российского государственного гидрометеорологического университета. 2013. № 27. С. 176—185.

³ См., например: Никоноров С. М. Эколого-экономические основы развития рекреационных зон (на примере Чувашской Республики) : автореф. дис. ... д-ра экон. наук. М., 2014. 49 с. ; Зиганшин И. И., Биктимирова Х. С., Зиганшина Д. И. Проблемы развития экологического туризма на особо охраняемых природных территориях регионального значения // Актуальные проблемы биологии и экологии : материалы междунар. науч.-практ. конференции. 2019. С. 119—124 ; распоряжение Кабинета Министров Чувашской Республики от 29.08.2014 № 513-р «О Концепции развития сельского и экологического туризма в Чувашской Республике на 2015—2020 годы» ; постановление Государственного совета Республики Крым от 28.02.2018 № 1871-1/18 «О развитии аграрного, сельского и экологического видов туризма в Республике Крым».

ческой, географической, ландшафтной привлекательностью, в рекреационных (пансионаты, кемпинги, неорганизованный отдых), лечебно-оздоровительных (санаторно-курортное лечение с использованием природных факторов), познавательных (посещение особо охраняемых природных территорий с целью приобщения к дикой и малозатронутой природе), физкультурно-спортивных и приключенческих (рыболовство, рафтинг, скалолазание) целях.

Экологический туризм, понимаемый в широком смысле, часто переплетается с историко-культурным, сельским, этнографическим туризмом, когда природные территории и объекты как объекты экскурсионного показа сочетаются с памятниками истории и культуры, религиозными святынями, этнографическими комплексами, будучи «на втором плане», но экологический компонент значимо присутствует в составе туристского продукта. Таковы, например, популярные туры «Кизи — Валаам — Соловки», «Ясная Поляна». Экологическим может считаться тур, в основе которого показ природных достопримечательностей, ландшафтов, пейзажей либо природоориентированный отдых. Это, например, туры на озеро Байкал, на Телецкое озеро, в Саянские горы или в Долину гейзеров Камчатки. Туристские дестинации, являющиеся объектами экологического туризма, имеют в качестве основной природоресурсную составляющую, которая является целью туризма. Кроме того, в туристский продукт входят инфраструктурные (транспорт, проживание, питание) и социокультурные компоненты.

Существует множество авторских определений экологического туризма, сформулированных специалистами в данной сфере⁴, а также международными и зарубежными организациями. Считается, что термин «экотуризм» впервые появился в 1984 г. в журнале «Американские птицы»⁵. Экологический туризм определен Международным обществом экотуризма TIES (The International Ecotourism Society) как ответственное путешествие в природные зоны, сохраняющее окружающую среду

и поддерживающее благосостояние местного населения, Международным союзом охраны природы — как экологически ответственные путешествия по относительно ненарушенным природным территориям с целью знакомства и изучения природы и сопутствующих культурных достопримечательностей, способствующие сохранению окружающей среды, наносящие минимальный ущерб природе и создающие социально-экономические выгоды для местного населения путем его активного вовлечения в туристский процесс. По национальной стратегии экотуризма Австралии это природно-ориентированный туризм, включающий программы экологического образования и просвещения и осуществляемый в соответствии с принципами экологической устойчивости. Согласно Модельному закону о туристской деятельности (принят Межпарламентской Ассамблеей государств — участников СНГ постановлением от 16 ноября 2006 г. № 27-15) экологический туризм — природоориентированная туристская деятельность, имеющая целью организацию отдыха или получение естественно-научных или практических знаний и опыта, не наносящая вред природной среде. Понятие экологического туризма в ГОСТ Р 56642-2015 «Туристские услуги. Экологический туризм. Общие требования» (утвержден для добровольного применения приказом Росстандарта от 14.10.2015 № 1562-ст) раскрывается как деятельность по организации путешествий, включающая все формы природного туризма, при которых основной мотивацией туристов является наблюдение и приобщение к природе при стремлении к ее сохранению. Это определение воспроизведено в Стратегии развития туризма в Российской Федерации на период до 2035 года. Из данного определения следует, что экологическим туризмом является предпринимательская деятельность (соответственно, это вид эколого-ориентированного бизнеса). Кроме того, это может быть и деятельность некоммерческих организаций и администраций ООПТ. При этом самостоятельный (самостоятельный, неорганизован-

⁴ См., например: Арсеньева Е. И., Кусков А. С., Феоктистова Н. В. Основные концепции и направления современного экотуризма: компаративный анализ // Туризм и культурное наследие : межвузовский сборник научных трудов. 2005. Вып. 2. С. 186—205 ; Богатырева Д. С. Экологический туризм: компаративный анализ определений // Известия Волгоградского государственного педагогического университета. 2015. № 9—10 (104). С. 78—83.

⁵ Хохлова Е. Р., Дорофеев А. А., Аверьянова Т. В. Особо охраняемые природные территории как главные дестинации экологического туризма // Курортно-рекреационный комплекс в системе регионального развития: инновационные подходы. 2017. № 1. С. 284.

ный) туризм остается за рамками определения, данного в ГОСТе.

В основе понятия туризма, закрепленного в Федеральном законе от 24.11.1996 № 132-ФЗ «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации», — временные выезды (путешествия) граждан с постоянного места жительства. Семантически «туризм» относится к поведению (действиям) граждан, а не к туроператорам и турагентам как субъектам туристской предпринимательской деятельности. Поэтому понимание экологического туризма как вида предпринимательской деятельности некорректно, такой деятельностью является не туризм, а туристская деятельность.

Стратегия развития познавательного туризма на особо охраняемых природных территориях (далее — ООПТ) (одобрена Экспертным советом по особо охраняемым природным территориям при Минприроды России 20.03.2015) содержит определения экологического туризма и познавательного туризма как вида экологического туризма. *Экологический туризм* — все виды туризма, при которых главной мотивацией туристов является наблюдение за природными объектами и явлениями и общение с природой, которые способствуют сохранению окружающей среды и культурного наследия, оказывая на них минимальное воздействие, а также росту благосостояния местного населения. *Познавательный туризм* — вид экологического туризма, осуществляемый с целью ознакомления с природными и тесно связанными с природой культурными достопримечательностями, а также с деятельностью по сохранению и изучению природного и культурного наследия. Как видим, определения экологического и познавательного туризма таковы, что экологический туризм фактически сводится к познавательному, различие же в том, что экологический туризм предполагает общение с природой, что само по себе требует уточнения способов такого общения (видов связанного с природой туризма).

В Концепции федеральной целевой программы «Развитие внутреннего и въездного туризма в Российской Федерации (2019—

2025 годы)» (утверждена распоряжением Правительства РФ от 5 мая 2018 г. № 872-р) экологический туризм определен как путешествие с целью наблюдения и приобщения к природе, основными принципами которого являются рациональное использование природных ресурсов и охрана окружающей среды.

В юридической литературе А. П. Анисимов, отмечая, что экологический туризм является как видом экологического предпринимательства, так и способом экологического просвещения, определяет это понятие как преимущественно эколого-предпринимательскую деятельность, направленную на ознакомление граждан с природными достопримечательностями в границах особо охраняемых природных территорий или вне таковых в целях реализации экономических, социальных, образовательных и иных общепользовных задач при участии местного населения и гарантиях прав коренных малочисленных народов⁶. По мнению С. Д. Бекишевой, под экологическим туризмом следует понимать познавательное путешествие физических лиц продолжительностью от 24 часов до одного года либо меньше 24 часов, но с ночевкой в целях исследования особенностей окружающей природной среды и ее компонентов в стране (месте) временного пребывания, не нарушающее целостности экологических систем места пребывания⁷. В экономике природопользования С. М. Никоноров определяет экологический туризм в рекреационной зоне как целенаправленные путешествия с целью физического и психологического восстановления, культурного и (или) познавательного характера на территории с ненарушенными либо минимально нарушенными человеком экосистемами, обеспечивающие непосредственный вклад в охрану и приумножение природных ресурсов с учетом интересов местного населения и подлежащие определенному режиму управления и планирования⁸.

По исследованиям казахстанских специалистов, среди мотиваций экотуристов, помимо посещения природоохраняемых зон и совершения экологических экскурсий, преобладают отдых, досуг и праздники (92,8 %). Опрос туроперато-

⁶ Анисимов А. П. Развитие экологического туризма в России: проблемы и перспективы // Сборник научных трудов II Международной научно-практической конференции / сост. И. В. Мишуткина. [Б. м.] : Аксиос, 2017. С. 167.

⁷ Бекишева С. Д. Развитие экологического предпринимательства как направление экологической политики Республики Казахстан // Экологическое право. 2011. № 5. С. 27—32.

⁸ Никоноров С. М. Указ. соч. С. 31.

ров в Республике Казахстан позволил выделить три основные категории предпочтений: обзор дикой природы определен наивысшим приоритетом; наблюдение за птицами, просмотр редких животных, морские и другие водные виды спорта, жизнь коренных народов и археология обладают промежуточным приоритетом; ботаника и геология рассматриваются как наименее привлекательные⁹.

Экологический туризм нередко отождествляется с познавательным туризмом на особо охраняемых природных территориях. Например, Стратегия развития туризма в Российской Федерации на период до 2020 года (утверждена распоряжением Правительства РФ от 31.05.2014 № 941-р) говорит о развитии *познавательного (экологического) туризма* на особо охраняемых природных территориях. А. А. Козодубов понимает экологический туризм как регулируемое посещение особо охраняемых природных территорий и объектов с целью экологического просвещения, популяризации объектов природного наследия¹⁰ — фактически речь идет о переименовании познавательного туризма в экологический. Однако далее тот же автор пишет: «При формулировании определения “познавательный туризм” учесть подход к пониманию экологического туризма и распространить познавательный туризм на иные природные (природно-антропогенные и антропогенные) территории и объекты». Как видим, точка зрения обратна тому, что подразумевает ГОСТ Р 56642-2015.

Познавательный туризм на ООПТ — ограниченный вид экологического туризма, имеющий особенности, связанные с необходимостью соблюдения режима особой охраны данных территорий, а также с тем, что познавательный туризм является для ООПТ формой экологического просвещения, а не бизнеса. В то же время в государственной политике наблюдается тенденция перевода познавательного туризма на ООПТ в сферу действия закономерностей ту-

ристического бизнеса с подчеркиванием важности обеспечения дополнительных доходов для организации деятельности ООПТ (а такой подход к экологическому туризму был с начала зарождения самой идеи, что нашло отражение, например, в приказе Минприроды РФ от 17.05.1994 № 146 «О проведении эксперимента по совершенствованию экономического механизма функционирования особо охраняемых природных территорий»), создания рабочих мест для местных жителей. В Концепции развития системы особо охраняемых природных территорий федерального значения на период до 2020 года (утверждена распоряжением Правительства РФ от 22.12.2011 № 2322-р) указывается на необходимость разработки и реализации комплекса мер по стимулированию развития малого бизнеса в сфере организации туризма и рекреации на особо охраняемых природных территориях для устойчивого экономического и финансового обеспечения системы ООПТ. По официальным оценкам Минприроды России, рекреационные возможности сети российских заповедных территорий позволяют принимать как минимум вдвое больше экотуристов¹¹. Вместе с тем в официальных документах сохраняется указание на просветительскую роль ООПТ. Так, в послании Президента РФ Федеральному Собранию от 01.03.2018 было сказано, что откроются 24 новых заповедника и национальных парка, надо сделать их доступными для экологического туризма, что важно для воспитания бережного, ответственного отношения к природе.

Согласно Концепции развития системы особо охраняемых природных территорий федерального значения на период до 2020 года основным предназначением особо охраняемых природных территорий является предоставление востребованных обществом услуг¹², в том числе в области создания условий для развития регулируемого туризма и рекреации, реализации эколого-просветительских программ. В це-

⁹ Тлеубердинова А. Т., Салауатова Д. М. Учет потребностей экологического туриста США при использовании природно-рекреационных ресурсов Казахстана // Туризм: право и экономика. 2014. № 2. С. 25—30.

¹⁰ Козодубов А. А. Экологический туризм — направление экологического просвещения: правовой аспект // Экологическое право. 2017. № 5. С. 24—27.

¹¹ Показателем эффективности использования рекреационного потенциала ООПТ и развития на них экологического туризма является отношение количества посещений этих территорий к их рекреационной емкости (в процентах).

¹² Такая терминология пришла из сферы экономики природопользования, экономической оценки природных ресурсов с точки зрения экосистемных услуг окружающей среды, в частности особо охраняемых природных территорий, где предлагается ввести соответствующие виды платежей за пользование

лях развития системы ООПТ Концепция предусматривает вовлечение особо охраняемых природных территорий в развитие экологического туризма. Дано *определение познавательного туризма как одного из специализированных видов экологического туризма*, основной целью которого является ознакомление с природными и культурными достопримечательностями. В заповедниках эта деятельность должна ограничиваться и осуществляться с учетом их размеров, ландшафтной и природоохранной специфики на конкретных участках, определенных индивидуальными положениями о заповедниках.

Согласно Концепции, для обеспечения развития познавательного туризма необходимо: совершенствовать систему планирования, контроля и мониторинга деятельности в сфере познавательного туризма на особо охраняемых природных территориях; разработать комплекс экскурсионных программ для различных категорий посетителей, уделяя приоритетное внимание демонстрации диких животных в естественной среде; обеспечить обустройство (в том числе информационное) экскурсионных экологических троп и туристических маршрутов, смотровых площадок, мест наблюдения за дикими животными; создавать новые и модернизировать существующие музеи и информационные центры для посетителей; провести оценку предельно допустимых нагрузок и определить пути минимизации негативного воздействия на природные экосистемы; разработать и внедрить систему добровольной сертификации экскурсионных экологических троп и туристических маршрутов на особо охраняемых природных территориях; создать инфраструктуру для обеспечения сервисного обслуживания посетителей, в том числе путем привлечения инвесторов; разработать предложения по формированию и совершенствованию экономических механизмов развития системы познавательного туризма, в том числе с учетом международного опыта; содействовать развитию сопутствующего туризму малого и среднего бизнеса; разработать правила, регулирующие поведение посетителей на особо охраняемых природных территориях, с целью обеспечения безопасности людей и предот-

вращения ущерба природным комплексам и объектам.

В последующем по итогам заседания президиума Совета при Президенте России по стратегическому развитию и приоритетным проектам 11 апреля 2017 г. был утвержден паспорт приоритетного проекта «Дикая природа России: сохранить и увидеть». Цель проекта — определение и апробация механизмов сохранения, восстановления и устойчивого использования биологического и ландшафтного разнообразия, включая развитие экотуризма на базе 22 особо охраняемых природных территорий федерального значения, в числе участников проекта 18 заповедников и 4 национальных парка. К концу декабря 2017 г. должно было быть проанализировано действующее законодательство в части строительства объектов в рекреационных зонах ООПТ и завершена корректировка действующих нормативных правовых актов, регулирующих отношения в сфере развития туризма и рекреации на ООПТ, в том числе в части концессионных соглашений (не выполнено). Развитие экотуризма выделено в качестве отдельного приоритета проекта. В настоящее время реализуется федеральный проект «Сохранение биологического разнообразия и развитие экологического туризма» национального проекта «Экология».

Основной критерий познавательного туризма на ООПТ — ознакомление с природными достопримечательностями, его просветительский характер. Основным критерий иного экологического туризма, осуществляемого вне ООПТ, — его рекреационная направленность. Следует критически отнестись к позиции, согласно которой целью посещения природных зон является охрана окружающей среды и рациональное использование природных ресурсов, как это дано в определении экологического тура в ГОСТ Р 56642-2015. Охрана окружающей среды не является непосредственной целью видов экологического туризма ни в контексте понимания экологического туризма как вида предпринимательской деятельности, ни в контексте познавательного туризма на ООПТ, где основной задачей является экологическое просвещение и формирование экологической культуры, что соотносится с собственно охраной окружающей

такими услугами. Однако подобный подход, будучи уместным для решения специальных задач, не должен подменять собой традиционное понимание функций и задач особо охраняемых природных территорий, обозначение которых словом «услуги» представляется некорректным по отношению к таким территориям ввиду его потребительского акцента.

среды только опосредованно. Кроме того, к настоящему времени известно об издержках в охране окружающей среды, связанных с ростом туристических потоков, обуславливающих рост антропогенной нагрузки на природные объекты экологического туризма, и в том числе особо охраняемые природные территории в некоторых странах развитого экотуризма. И. А. Игнатьева обращает внимание на внутреннюю противоречивость в самой формулировке наименования федерального проекта «Сохранение биологического разнообразия и развитие экологического туризма», где имеют место противоположные по направленности задачи¹³. Проектом предусмотрено увеличение количества посетителей на ООПТ не менее чем на 4 млн человек¹⁴, к концу 2019 г. создание и развитие инфраструктуры для экологического туризма в национальных парках, в том числе с привлечением внебюджетного финансирования. Глава Минприроды России отмечал, что развитие познавательного туризма не должно входить в противоречие с ключевым предназначением особо охраняемых природных территорий — сохранением биологического и ландшафтного разнообразия, научной работой. По мнению А. В. Зименко, основной угрозой заповедному делу России стала тенденция слияния функций и прерогатив заповедников и национальных парков, то есть навязчивое стремление открыть заповедники для туризма, заставляя их таким образом улучшать свое экономическое положение собственны-

ми силами¹⁵. Т. В. Злотникова считает, что идет правовое и смысловое размывание сугубо природоохранительной функции российских ООПТ, направленной на сохранение биологического разнообразия¹⁶.

Полагаем, что в связи с постановкой развития экотуризма на ООПТ как государственной задачи в первую очередь необходимо установить (в Федеральном законе «Об особо охраняемых природных территориях» в общем виде и в положениях об ООПТ конкретно) предельно допустимые нагрузки на ООПТ, исходящие из непревышения величины туристического потока, количественно создающей угрозу видам растительного и животного мира, природным комплексам и ландшафтам, для охраны которых созданы ООПТ, и урегулировать виды инфраструктурных объектов, допускаемых к строительству на ООПТ. В настоящее время нормативы предельно допустимых нагрузок единичны — установлены нормативы допустимой антропогенной нагрузки на уникальную экологическую экосистему озера Байкал. Допустимые нагрузки на локальные наземные экосистемы центральной экологической зоны Байкальской природной территории при непрерывном пребывании людей в вегетационный период составляют 1—6 человек на 1 га, допустимые воздействия при рекреационном использовании наземных экосистем определены для 500-метровой прибрежной полосы в процентах от территории естественных эко-

¹³ Игнатьева И. А. Проблемы развития экологического законодательства в контексте задач национального проекта «Экология» // Экологическое право. 2019. № 1. С. 20—26.

Концепцией федеральной целевой программы «Развитие внутреннего и въездного туризма в Российской Федерации (2019—2025 годы)» в рамках экологического туризма выделен перспективный туристский укрупненный инвестиционный проект «Байкал» (Иркутская область, Республика Бурятия, Забайкальский край). Правительству Республики Бурятия, Правительству Забайкальского края и Правительству Иркутской области поручено провести оценку потенциального воздействия туризма и туристской деятельности на Байкальскую природную территорию и обеспечить внесение изменений в программные документы и правовые акты в данной сфере, направленные на снижение негативного воздействия на окружающую среду и обеспечение поступления налоговых и других обязательных платежей от указанной деятельности в бюджеты бюджетной системы Российской Федерации (Перечень поручений по результатам проверки исполнения законодательства по сохранению озера Байкал и его экологическому оздоровлению : утвержден Президентом РФ 12.09.2019). Как видим, здесь также ставятся противоположные задачи.

¹⁴ По данным Федеральной службы государственной статистики, в 2018 г. количество посетителей в государственных природных заповедниках составило 1 814 655 человек, в национальных парках 2 000 315 человек (см.: URL: <https://www.gks.ru/folder/11194>).

¹⁵ Зименко А. В. Заповедное дело в постсоветской России: факторы и тенденции // В фокусе наследия : сборник статей / сост., отв. ред. М. Е. Кулешова. М. : Институт географии РАН, 2017. С. 619.

¹⁶ Злотникова Т. В. Современные тенденции правового регулирования охраны и использования особо охраняемых природных территорий // Экологическое право. 2019. № 2. С. 18.

систем¹⁷. Предельно допустимые рекреационные нагрузки для пляжей установлены постановлением Правительства Иркутской области от 19.09.2019 № 777-пп «Об утверждении Правил организации туризма и отдыха в центральной экологической зоне Байкальской природной территории в Иркутской области» и постановлением Правительства Республики Бурятия от 01.08.2019 № 416 «Об утверждении Правил организации туризма и отдыха в центральной экологической зоне Байкальской природной территории в Республике Бурятия». Постановлением Правительства РФ от 21.08.2012 № 847 «О федеральной целевой программе “Охрана озера Байкал и социально-экономическое развитие Байкальской природной территории на 2012—2020 годы”» предусмотрено увеличение на 28 % отношения количества посещений особо охраняемых природных территорий к их рекреационной емкости на Байкале.

Авторы, придерживающиеся понятия экологического туризма как вида предпринимательской деятельности, предлагают включить понятие экологического туризма и его видов в Федеральный закон «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации» и в Федеральный закон «Об охране окружающей среды»¹⁸. Включать такое определение понятия в Федеральный закон «Об охране окружающей среды» нет достаточных оснований, если иметь в виду, что в современном мире практически не осталось сфер, не соприкасающихся с экологией и охраной окружающей среды, и задачей этого закона не может быть описание любых эколого-взаимосвязанных понятий, в противном случае предмет его регулирования разросся бы до неограниченных масштабов. Поскольку в основе понятия лежит «туризм», то, на первый взгляд, логично дать определение в Федеральном законе «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации». Такая попытка была предпринята Минприроды России в 2019 г.

Поручением Президента РФ от 30.01.2019 № Пр-118 (пп. 4, 4.1) Правительству Российской

Федерации с участием органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации было поручено утвердить план мероприятий, направленный на стимулирование участия бизнеса в развитии экологического туризма на особо охраняемых природных территориях, предусмотрев в нем в том числе мероприятия по установлению критериев экологического туризма и объектов рекреационного назначения, строительство которых допускается на таких территориях. Подготовленный Минприроды России и вынесенный на обсуждение для оценки регулирующего воздействия проект федерального закона «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в целях организации деятельности по осуществлению экологического туризма на особо охраняемых природных территориях» в первоначальной редакции¹⁹ включал определения понятий «экологический туризм» и «познавательный туризм», которые предполагалось закрепить в Федеральном законе «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации». Экологический туризм определялся как туризм в познавательных, рекреационных, оздоровительных целях, при котором основной мотивацией туристов является наблюдение и приобщение к природе при стремлении к ее сохранению, оказанию на нее минимального воздействия. Познавательный туризм — вид экологического туризма, осуществляемый с целью ознакомления с природными комплексами и объектами, достопримечательными природными образованиями, объектами растительного и животного мира, их генетическим фондом, естественными процессами в биосфере, а также с деятельностью по сохранению и изучению природного и культурного наследия. Как видим, понятия не были прямо ассоциированы с особо охраняемыми природными территориями, несмотря на название законопроекта. Предполагалось дополнить Федеральный закон «Об особо охраняемых природных территориях» нормой о том, что в целях осуществления экологического, в том числе познавательного,

¹⁷ Приказ Минприроды РФ от 05.03.2010 № 63 «Об утверждении нормативов предельно допустимых воздействий на уникальную экологическую систему озера Байкал и перечня вредных веществ, в том числе веществ, относящихся к категориям особо опасных, высокоопасных, опасных и умеренно опасных для уникальной экологической системы озера Байкал» (зарегистрировано в Минюсте РФ 07.06.2010 № 17490) // БНА ФОИВ. 2010. № 26.

¹⁸ Анисимов А. П., Злобин С. В., Рыженков А. Я. Проблемы правового регулирования экологического туризма как вида предпринимательской деятельности // Туризм: право и экономика. 2011. № 3.

¹⁹ URL: <http://regulation.gov.ru/> (дата обращения: 31.05.2019).

туризма на особо охраняемых природных территориях требования к туристским маршрутам, виды объектов туристской индустрии, предназначенных для размещения в границах особо охраняемой природной территории, устанавливаются в положении об особо охраняемой природной территории федерального значения. Законопроект не содержал предписаний относительно внесения подобных норм в положения об особо охраняемых природных территориях регионального и местного значения.

Предметом заключения Минэкономразвития РФ стал измененный законопроект²⁰, в котором есть только понятие экологического туризма и отсутствует понятие познавательного туризма, термин «познавательный туризм» исключен из текста Федерального закона «Об особо охраняемых природных территориях» и заменен на «экологический туризм». Замена термина была произведена в законопроекте таким образом, что экологический туризм осуществляется в равной степени на особо охраняемых и рекреационных зонах национальных парков, при этом о правилах организации отдыха, экологического туризма сказано применительно только к рекреационным зонам. Понятие экологического туризма планировалось внести, как и в предыдущей версии, в Федеральный закон «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации», с дополнением: «осуществляющийся в границах особо охраняемых природных территорий». Во второй версии законопроекта было определено, что правила организации экологического туризма на территориях государственных природных заповедников, национальных парков, государственных природных заказников, перечень разрешенных к возведению объектов для организации экологического туризма на их территориях утверждаются федеральными органами исполнительной власти, в ведении которых находятся названные особо охраняемые природные территории. Об утверждении правил экологического туризма региональными органами исполнительной власти было сказано только применительно к государственным природным заказникам регионального значения. Таким образом, по мнению Минприроды РФ, правила экологического туризма и перечень разрешенных к возведению объектов для организации экологического туризма не утверждаются для иных особо охраняемых природных

территорий регионального значения (могут быть утверждены региональными органами исполнительной власти), для любых ООПТ местного значения (могут быть утверждены органами местного самоуправления), а также для федеральных памятников природы, дендрологических парков и ботанических садов. Полагаем, что сформулированное полномочие по утверждению перечня разрешенных к возведению объектов потенциально коррупциогенно, такой перечень должен быть утвержден централизованно на уровне постановления Правительства РФ, а не применительно к отдельным федеральным ООПТ.

Заключение Минэкономразвития РФ от 25.07.2019 № 24309-ВЖ/Д26и об оценке регулирующего воздействия на проект федерального закона отрицательное. Минэкономразвития РФ отмечает, что экологический туризм может осуществляться не только на ООПТ, но и на любых природных территориях, возражает против приведенной дефиниции экологического туризма, мотивируя свое мнение следующим. В законодательстве не определено понятие «оздоровительный», что может повлечь за собой осуществление на ООПТ деятельности и строительства объектов недвижимости, не соответствующих или противоречащих целям создания ООПТ. Предлагаемая проектом законодательного акта формулировка «основной мотивацией туристов является наблюдение и приобщение к природе при стремлении к ее сохранению, оказывая на нее минимальное воздействие» не может быть установлена в качестве основной характеристики понятия «экологический туризм», поскольку включает не объективные показатели, а внутреннее предполагаемое состояние туриста (психологический фактор). Норма не соответствует критерию определенности, а также нарушает правила юридической техники. В законодательстве отсутствуют определения терминов «приобщение к природе», «стремление к сохранению природы», «минимальное воздействие». В проекте акта не предусмотрен механизм определения «мотивации» туристов, которая предлагается как основной критерий отнесения туризма к экологическому. Не предусматриваются также разработка и утверждение механизма по выявлению и определению с высокой степенью достоверности стремления туристов к сохранению природы. Таким образом, предлагаемое проектом определение

²⁰ URL: <https://regulation.gov.ru/projects/List/AdvancedSearch#npa=91793> (дата обращения: 29.08.2019).

понятия «экологический туризм» требует доработки. Суть предлагаемых изменений заключается в отсылочных и декларативных нормах и замене понятия «познавательный туризм» на «экологический туризм».

Отрицательное заключение Минэкономразвития на законопроект Минприроды РФ симптоматично с точки зрения того, что не получило поддержку симбиотичное понятие экологического туризма, представляемого в широком смысле по своим *целям* — как осуществляемого в рекреационных, познавательных, оздоровительных целях — и в узком смысле по *территориальному признаку* — как осуществляемого на ООПТ.

В настоящее время возобладало официальное понимание экологического туризма на ООПТ как туризма рекреационно-познавательного. Это видно и из отвергнутого Минэкономразвития РФ определения в рассмотренном законопроекте, и из паспорта национального проекта «Экология» (утвержден президиумом Совета при Президенте РФ по стратегическому развитию и национальным проектам, протокол от 24.12.2018 № 16), согласно которому задачей федерального проекта «Сохранение биологического разнообразия и развитие экологического туризма» является формирование до конца 2019 г. методологической, нормативной и методической базы по созданию инфраструктуры для экологического туризма в национальных парках и продвижению комплексного туристского продукта на российском и международном рынках, к концу 2024 г. должно быть обеспечено продвижение туристских продуктов национальных парков. Очевидно, что в условиях направленности государственной стратегии на расширение использования рекреационного потенциала ОППТ сводить понятие и будущие реалии экологического туризма на ООПТ до познавательного туризма было бы простым переименованием и не отвечало бы текущим задачам совершенствования законодательства для развития экологического туризма на ООПТ.

Определение экологического туризма в широком смысле (осуществляемого на любых территориях) представляется менее актуальным, нежели определение экологического туризма на ООПТ, хотя и могло бы быть дано в Федеральном законе «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации» в целях определенности (адресности) декларируемых мер государственной поддержки экотуристского малого и среднего

бизнеса. Однако тенденции правового регулирования такой поддержки свидетельствуют о ее сокращении. Государственной программой Российской Федерации «Экономическое развитие и инновационная экономика» (утверждена постановлением Правительства РФ от 15.04.2014 № 316) предусматривалось субсидирование части затрат субъектов малого и среднего предпринимательства, осуществляющих деятельность в области экологического туризма. Постановлением Правительства РФ от 11.02.2019 № 110 программа изложена в новой редакции, в которой нет положений о предоставлении таких субсидий. Аналогично был изменен приказ Минэкономразвития России от 14.02.2018 № 67 «Об утверждении требований к реализации мероприятий субъектами Российской Федерации, бюджетам которых предоставляются субсидии на государственную поддержку малого и среднего предпринимательства, включая крестьянские (фермерские) хозяйства, а также на реализацию мероприятий по поддержке молодежного предпринимательства, и требований к организациям, образующим инфраструктуру поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства» (зарегистрировано в Минюсте России 03.05.2018 № 50966), ранее предусматривавший предоставление субсидий на реализацию мероприятий по созданию и (или) развитию экологического туризма. Федеральный закон от 24.07.2007 № 209-ФЗ «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации» устанавливает, что инфраструктура поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства включает в себя центры развития сельского и экологического туризма; приказ Минэкономразвития России от 14.02.2018 № 67 содержит нормы о расходовании субсидии федерального бюджета и бюджета субъекта Российской Федерации на финансирование центров народных художественных промыслов, сельского и экологического туризма, и это отчасти может объяснять целесообразность определения критериев экологического туризма в широком смысле (как и критериев сельского туризма). Такое определение может быть дано исходя из видов экологических туров, названных в ГОСТ Р 56642-2015: ботанические, зоологические, геологические туры (посещение парков, особо охраняемых территорий); эколого-этнографические, археологические, эколого-культурные, культурологические туры; научно-познаватель-

ные туры; агротуры и сельские «зеленые» туры (проживание на фермах, в сельских гостевых домах, сельских усадьбах и т.п.); спелеологические, водные, горные туры; фауно- и флористические туры (например, наблюдение за дикими животными); приключенческие туры; спортивные; рекреационные; оздоровительные и др.²¹ Однако в этом ГОСТе есть несоответствие определения экологического туризма и его видов. Вряд ли перечисленное можно полагать только наблюдением и приобщением к природе, посещением природных зон в целях охраны окружающей среды и рационального использования природных ресурсов, как это определено в понятии экологического тура.

При определении экологического туризма в широком смысле следует соотнести его с нормами земельного законодательства, которые при необходимости могут быть скорректированы. Так, согласно Классификатору видов разрешенного использования земельных участков (утвержден приказом Минэкономразвития России от 01.09.2014 № 540, зарегистрировано в Минюсте России 08.09.2014 № 33995) одним из видов разрешенного использования земельных участков является природно-познавательный туризм (размещение баз и палаточных лагерей для проведения походов и экскурсий по ознакомлению с природой, пеших и конных прогулок, устройство троп и дорожек, размещение щитов с познавательными сведениями об окружающей природной среде; осуществление необходимых природоохранных и природовосстановительных мероприятий). Наряду с этим, Классификатор содержит описание вида разрешенного использования земельных участков «отдых (рекреация)»: обустройство мест для занятия спортом, физической культурой, пешими или верховыми прогулками, отдыха и туризма, наблюдения за природой, пикников, охоты, рыбалки и иной деятельности. Как видим, разрешенное использование для отдыха (рекреации) шире разрешенного использования для природно-познавательного туризма.

Как показывает текущая правотворческая практика, новые нормы, направленные на развитие экологического туризма, вносятся вне зависимости от отсутствия определения этого понятия. Так, внесенный Правительством РФ в Государственную Думу РФ проект федерального закона № 793310-7 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части совершенствования правового регулирования использования лесов при строительстве, реконструкции, капитальном ремонте и эксплуатации объектов капитального строительства, не связанных с созданием лесной инфраструктуры, а также при возведении и эксплуатации некапитальных строений, сооружений, не связанных с созданием лесной инфраструктуры» предусматривает в предлагаемой новой редакции ст. 41 Лесного кодекса РФ при использовании лесов для осуществления рекреационной деятельности допустить на площади, не превышающей 20 % площади предоставленного для нее лесного участка, размещение объектов туристской индустрии, детских и спортивных лагерей, объектов спорта, туристских парков, а также иных объектов капитального строительства и некапитальных строений, сооружений, необходимых для рекреационной деятельности; строительство и реконструкция объектов капитального строительства могут осуществляться на площади до 3 % от площади соответствующего лесничества. Высказываются опасения, что в связи со строительством и возведением заборов будут перекрыты пути свободного доступа граждан в лес²². Законопроектом предусмотрено, что возведение и эксплуатация некапитальных строений, сооружений, не связанных с созданием лесной инфраструктуры (в том числе оград, объектов благоустройства), на землях лесного фонда допускаются в случаях, предусмотренных Лесным кодексом РФ. В настоящее время Лесной кодекс РФ допускает возможность возведения ограждений в целях охраны лесов, расположенных в лесопарковых зонах, и в качестве

²¹ Стратегия действий в интересах граждан старшего поколения в Российской Федерации до 2025 года (утверждена распоряжением Правительства РФ от 05.02.2016 № 164-р) называет экологический туризм в числе видов социального туризма наряду с лечебно-оздоровительным, культурно-познавательным, религиозным, круизным. Некоторые авторы относят экологический туризм к спортивному туризму (см.: Агешкина Н. А., Бельянская А. Б., Холкина М. Г. Комментарий к Федеральному закону от 24 ноября 1996 г. № 132-ФЗ «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации» (постатейный) / под ред. Л. Л. Руденко. Подготовлен для системы «КонсультантПлюс», 2016). Это не соответствует понятию, целям, принципам экологического туризма.

²² URL: <http://www.forestforum.ru/viewtopic.php?f=9&t=23757>.

объектов охотничьей инфраструктуры, являющихся временными постройками.

Нормативные акты программного характера концентрируют экологический туризм именно на ООПТ (австралийская модель экотуризма). Указом Президента РФ от 07.05.2018 № 204 «О национальных целях и стратегических задачах развития Российской Федерации на период до 2024 года» к основным целям и задачам социально-экономического развития Российской Федерации отнесена задача по созданию инфраструктуры для экологического туризма в национальных парках. В Стратегии развития туризма в Российской Федерации на период до 2020 года отмечается: обладая уникальными объектами показа, как природными, так и культурно-историческими, особо охраняемые природные территории могут стать основой для формирования крупных туристских центров. При этом с учетом мирового опыта соответствующая туристская инфраструктура (гостиничные комплексы и др.) должна преимущественно размещаться на прилегающих к особо охраняемым природным территориям участкам, не обремененных ограничениями, связанными с режимом особой охраны. Учитывая также названные ранее стратегические документы по развитию особо охраняемых природных территорий, можно утверждать, что вектор экологического туризма лежит в сфере его развития именно на ООПТ. Поэтому понятие экологического туризма на ООПТ целесообразно дать в Федеральном законе «Об особо охраняемых природных территориях».

Федеральный закон «Об особо охраняемых природных территориях» использует термин

«познавательный туризм» применительно к государственным природным заповедникам и особо охраняемым зонам национальных парков, «регулируемый туризм» — применительно к основным задачам национальных парков; в Положении о национальных природных парках Российской Федерации (утверждено постановлением Правительства РФ от 10.08.1993 № 769) — «регулируемый», «познавательный» туризм. Рекреационные зоны национальных парков предназначены для осуществления рекреационной деятельности, развития физической культуры и спорта, размещения объектов туристской индустрии, музеев и информационных центров, рекреационная деятельность допускается в зонах охраны объектов культурного наследия (памятников истории и культуры). Положения об отдельных ООПТ содержат термины «познавательный», «регулируемый», «спортивный», «экологический», «познавательный экологический», «экологический научно-познавательный», «экологически ориентированный» туризм²³.

И. А. Игнатьева обоснованно отмечает, что на первый взгляд чисто юридическая проблема отсутствия необходимых определений делает возможным вариант, что субъекты, ведущие предпринимательскую деятельность, в таких условиях формально правомерно смогут осваивать ООПТ в своих экономических интересах, используя все возможности извлечения прибыли; из отсутствия законодательного определения видов туризма, допускаемых на ООПТ, вытекает уязвимость правового режима разных категорий ООПТ²⁴.

²³ Положение о национальном парке «Плещеево озеро» (утверждено приказом Минприроды России от 15.03.2012 № 60); Положение о федеральном государственном учреждении «Кавказский государственный природный биосферный заповедник» (утверждено Минприроды РФ 01.09.2002); Положение о федеральном государственном учреждении «Государственный природный биосферный заповедник «Таймырский»» (утверждено приказом МПР РФ от 16.05.2003 № 428); Положение о федеральном государственном учреждении «Астраханский ордена Трудового Красного Знамени государственный природный биосферный заповедник» (утверждено МПР РФ 31.05.2001); Положение о федеральном государственном учреждении «Лапландский государственный природный биосферный заповедник» (утверждено МПР России 27.05.2001); Положение о государственном природном заказнике федерального значения «Земля Франца-Иосифа» (утверждено приказом Минприроды России от 16.08.2011 № 679); Положение о федеральном государственном учреждении «Государственный природный биосферный заповедник «Командорский»» (утверждено приказом МПР РФ от 17.02.2004 № 159); Положение об особо охраняемой природной территории областного значения «Природный парк «Река Чусовая»» (утверждено постановлением Правительства Свердловской области от 17.06.2004 № 519-ПП); Положение о природном парке «Виштынецкий» (утверждено постановлением Правительства Калининградской области от 19.01.2012 № 9).

²⁴ Игнатьева И. А. Туризм и ООПТ в России: неразрывная связь или непримиримое противоречие // Степной бюллетень. 2019. № 53. С. 8, 9.

При определении экологического туризма на ООПТ следует исходить в первую очередь из целей такого туризма — познавательных и рекреационных. Оздоровительные цели в той части, в какой они достигаются путем посещения ООПТ (физкультурно-оздоровительная деятельность в национальных и природных парках), входят в понятие рекреации, а в той части, в которой предполагается использование объектов санаторно-курортной инфраструктуры, превышает назначение федеральных ООПТ. Вместе с тем такая инфраструктура может быть на ООПТ регионального значения, например на территории природных парков Волгоградской области находятся детские оздоровительные лагеря, туристические базы, базы отдыха, санатории, объекты физической культуры и спорта, объекты дачной рекреации²⁵. Санатории и оздоровительные лагеря по своему назначению не являются объектами экологического туризма. Виды и мера рекреационного воздействия на ООПТ должны быть научно обоснованными с точки зрения сохранения таких территорий в интересах настоящего и будущих поколений. Критерии научной обоснованности следует связывать с нормативами предельно допустимой антропогенной нагрузки на ООПТ и с видами объектов туристской инфраструктуры, которые должны, по версии Минприроды РФ, устанавливаться индивидуально федеральными органами исполнительной власти, в ведении которых находятся ООПТ, а по нашему мнению — в едином нормативном акте с последующим выбором администрациями ООПТ конкретных объектов из перечня и проведением государственной экологической экспертизы проектов строительства.

В основе понятия туризма — путешествие, передвижение по природно-культурно привлекательным территориям. Если исходить из легального (Федеральный закон «Об основах туристской деятельности в Российской Феде-

рации») определения туризма как временных выездов (путешествий) граждан с постоянного места жительства, то экологический туризм не должен включать посещение ООПТ для отдыха и экскурсий гражданами, проживающими в близлежащих к ООПТ населенных пунктах, которые могут совершать организованные экскурсии или самостоятельно находиться на ООПТ без выезда со своего места жительства (например, в национальном парке «Лосиный остров»). Однако такой подход, основанный на разделении туризма и экскурсий (понятие экскурсанта дано в ст. 1 Федерального закона «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации») был бы формальным и не отвечающим задачам нормирования рекреационной нагрузки на ООПТ. Федеральный закон «Об особо охраняемых природных территориях» регулирует применительно к познавательному туризму «посещение» ООПТ, тип поведения при осуществлении рекреационных видов экологического туризма другой. Объединяющим термином может быть «пребывание» на ООПТ. При этом количество самостоятельных туристов, пребывающих на участках ООПТ, где это разрешено, должно оцениваться (возможно, расчетным путем) и включаться в предельно допустимые нагрузки.

Определенная сложность формулирования понятия экологического туризма связана с тем, что ООПТ имеют различающиеся цели и задачи и, соответственно, различные режимы охраны. В числе задач государственных природных заповедников — экологическое просвещение и развитие познавательного туризма; среди задач национальных парков — экологическое просвещение населения, создание условий для регулируемого туризма и отдыха; задачами государственных природных заказников являются экологическое просвещение²⁶ и развитие познавательного туризма²⁷; задачей памятников

²⁵ Приказ комитета природных ресурсов, лесного хозяйства и экологии Волгоградской области от 05.12.2017 № 2497 «Об утверждении Порядка организации эколого-туристической деятельности на территории природных парков Волгоградской области».

²⁶ Например: Положение о государственном природном заказнике федерального значения «Белоозерский» (утверждено приказом Минприроды РФ от 08.07.2010 № 241); Положение о государственном природном заказнике федерального значения «Цимлянский» (утверждено приказом Минприроды РФ от 08.07.2010 № 240); Положение о государственном природном заказнике федерального значения «Харбинский» (утверждено приказом Минприроды РФ от 08.07.2010 № 242).

²⁷ Например: Положение о государственном природном заказнике федерального значения «Кижский» (утверждено приказом Минприроды России от 07.08.2018 № 353); Положение о государственном природном заказнике федерального значения «Позарым» (утверждено приказом Минприроды России от 18.03.2016 № 81).

природы — экологическое просвещение²⁸, также памятники природы используются в рекреационных целях (транзитные прогулки)²⁹, в границах природных парков выделяются зоны, имеющие рекреационное назначение. Законопроектом Минприроды РФ не предполагалось внесение изменений в задачи организации и деятельности ООПТ различных видов, из чего можно сделать вывод о том, что развитие экологического туризма планируется в рамках существующих целей и задач ООПТ. Но тогда встает вопрос: а что именно может дать для правового регулирования и практики правоприменения легальное понятие экологического туризма, равноудаленное от указанных в законодательстве просветительских и рекреационных целей ООПТ конкретных видов? Если в контексте государственных стратегий по развитию экологического туризма на ООПТ речь не идет о смене парадигмы особой охраны природы, то определение такого понятия было бы избыточно. Однако в законопроекте было определено, что допускается деятельность по развитию экологического туризма на специально выделенных участках государственного природного заповедника, а правила организации экологического туризма на территориях государственных природных заповедников, правила организации отдыха, экологического туризма в границах рекреационных зон национальных парков, правила организации экологического туризма на территории государственных природных заказников федерального значения утверждаются федеральными органами исполнительной власти, в ведении которых находятся заповедники, национальные парки, заказники, правила организации экологического туризма на территории государственных при-

родных заказников регионального значения утверждаются органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации, принявшими решение о создании заказников. Поскольку уполномоченные органы государственной власти дискреционно определяют содержание экологического туризма на конкретных ООПТ, правовое регулирование экологического туризма, по сути, децентрализуется. В такой ситуации наличие общего определения экологического туризма необходимо.

Экологический туризм на особо охраняемых природных территориях может быть определен как *пребывание граждан на особо охраняемых природных территориях с познавательными и рекреационными целями, не нарушающее установленные для таких территорий нормативы допустимой антропогенной нагрузки и соответствующее их задачам*. Показателем (нормативом) допустимой антропогенной нагрузки может быть отношение количества посещений к единице площади охраняемых территорий в определенную единицу времени либо в непрерывном режиме, обеспечивающее сохранение природных объектов, комплексов и экосистем. Нормативы должны закрепляться в положениях об ООПТ. В настоящее время нормативы установлены только для центральной экологической зоны Байкальской природной территории, отсутствует утвержденная методика определения нормативов³⁰. Задачи государственных природных заповедников и национальных парков установлены Федеральным законом «Об особо охраняемых природных территориях», задачи других особо охраняемых природных территорий определяются в положениях о них, утверждаемых — в зависимости от категории ООПТ — органами государствен-

²⁸ Например: Положение о памятнике природы федерального значения «Городской бор» (утверждено приказом Минприроды России от 27.11.2015 № 513); Положение о памятнике природы федерального значения «Озеро Киево и его котловина» (утверждено приказом Минприроды России от 25.04.2016 № 262).

²⁹ Приказ Минприроды РФ от 25.01.1993 № 15 «Об утверждении Положения о памятниках природы федерального значения в Российской Федерации» (зарегистрировано в Минюсте РФ 02.02.1993 № 134).

³⁰ Исходной нормой для такой методики является ст. 27 Федерального закона «Об охране окружающей среды», которая, однако, внутренне противоречива: нормативы допустимой антропогенной нагрузки на окружающую среду устанавливаются для юридических лиц или индивидуальных предпринимателей, но тогда это нормативы воздействия на окружающую среду, в то время как допустимая антропогенная нагрузка по ее смыслу должна характеризовать качество окружающей среды. О необходимости разработки методики соотношения количества посещений ООПТ туристами и их рекреационной емкости см. также: Анисимов А. П., Рыженков А. Я., Чикильдина А. Ю. Экологический туризм в пределах особо охраняемых природных территорий: правовые аспекты // Евразийский юридический журнал. 2015. № 6 (85). С. 90.

ной власти Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, и могут содержать в себе развитие туризма. Так, Верховный Суд РФ отказал отделению международной неправительственной некоммерческой организации «Совет Гринпис» в административном иске о признании недействующими пунктов Положения о Сочинском общереспубликанском государственном природном заказнике, утвержденного приказом Министерства природных ресурсов и экологии РФ от 29.10.2015 № 452, предусматривающих в перечне задач, для выполнения которых образован заказник, создание условий для развития туризма и отдыха, а также допущение строительства объектов туристской индустрии³¹.

Применительно к понятию экологического туризма на ООПТ следует найти *сбалансированные цели рекреационного характера*, когда стремление создать и реализовать привлекательный туристский продукт не шло бы вразрез с природоохранными задачами ООПТ. Именно на рекреационные цели надо обратить первоочередное внимание, поскольку познавательный туризм является для ООПТ традиционным (а для заповедников до внесения Федеральным законом от 30.11.2011 № 365-ФЗ изменений в Федеральный закон «Об особо охраняемых природных территориях», разрешивших на специально выделенных участках биосферных полигонов государственных природных биосферных заповедников капитальное строительство для развития физической культуры и спорта, — единственным видом туризма³²), со сложившейся инфраструктурой. При этом содержание рекреации в федеральных национальных парках и в природных парках регионального значения может быть различно, а законами субъектов Российской Федерации могут устанавливаться и иные категории особо охраняемых природных территорий регионального и местного значения, которые могут иметь

рекреацию в качестве основной задачи, как, например, природно-исторические парки Москвы выполняют в первую очередь культурно-просветительские и рекреационные функции и одновременно в них также сохраняются уникальные природные объекты. Виды допустимой рекреационной деятельности могут быть определены посредством установления перечней разрешенных к строительству объектов туристской инфраструктуры. В условиях неопределенности в отношении видов таких объектов в рамках федерального проекта «Сохранение биологического разнообразия и развитие экологического туризма» национального проекта «Экология» национальные парки «Плещеево озеро» (Ярославская область), «Тункинский» (Республика Бурятия), «Зюраткуль» и «Таганай» (Челябинская область), «Башкирия» (Республика Башкортостан), «Угра» (Калужская область), «Прибайкальский» (Иркутская область) и «Русский Север» (Вологодская область) получают в 2019 г. 100 млн руб. на создание и реконструкцию туристской инфраструктуры³³ — на обустройство троп и кемпингов, строительство визит-центров.

В концепции развития экологического туризма планируется уделить внимание созданию условий для реализации моделей привлечения туристского потока на особо охраняемые природные территории, которые позволяют за счет получаемой прибыли компенсировать антропогенную нагрузку на территорию, а также развивать инфраструктуру, ограничивающую воздействие туристов на окружающую среду. Задачами экологического туризма на период реализации концепции являются: увеличение числа посетителей особо охраняемых природных территорий до 16 млн человек к 2035 г.; реализация к 2035 г. на территории не менее чем половины национальных парков модели экологического туризма с учетом стандартов ведения туристской деятельности в границах особо охраняемых природных территорий; реализация к 2035 г. модели экологического

³¹ Решение Верховного Суда РФ от 14.04.2016 № АКПИ16-67.

³² Согласно Рекомендациям по организации и ведению эколого-просветительской деятельности в государственных природных заповедниках (утверждены Госкомэкологии РФ 03.08.1999) экскурсионно-туристическая деятельность заповедников имеет исключительно познавательную направленность, посещение территорий заповедников в спортивных и иных развлекательных целях (включая «приключенческий туризм») не осуществляется. В необходимых случаях исключения из этого правила устанавливаются по разрешению Госкомэкологии России и в порядке, предусмотренном индивидуальным Положением о заповеднике.

³³ URL: https://asi.ru/news/112662/?fbclid=IwAR2qsxLOjEG-tSnOWaj2CtygVCgIR5NHMIQgoHtohX4jKyYbXAFlasl_dm0.

туризма на территории не менее половины национальных парков.

Экологический туризм предметно отличается от устойчивого туризма *непосредственной обращенностью к природе*, в то время как устойчивым может быть любой вид туризма, независимо от того, какой аттрактивный потенциал находится в его основе. При устойчивом туризме, согласно определению ВТО, ресурсы используются таким образом, чтобы удовлетворить экономические, социальные и эстетические потребности и при этом сохранить культурную уникальность, важнейшие экологические особенности, многообразие биологических видов и жизненно важные системы. Общим для экологического и устойчивого туризма является непричинение вреда окружающей среде либо минимизация такого вреда. Любое вмешательство человека в природные процессы изменяет естественные экосистемы, что может привести к потере в первую очередь наиболее уязвимых видов или целых природных комплексов. Уменьшение вреда возможно³⁴ путем соблюдения правил поведения экотуристов и научно обоснованных правил показа природных достопримечательностей³⁵. В концепции развития экологического туризма будет уделено внимание сертификации экологических троп и туристских маршрутов на особо охраняемых природных территориях и разработке правил, регулирующих поведение посетителей на особо охраняемых природных территориях, с целью

обеспечения безопасности людей и предотвращения ущерба природным комплексам и объектам.

Экологизация туризма включает экологическую сертификацию туристских маршрутов, экологический менеджмент в гостиничном хозяйстве (эффективное управление отходами, минимизация использования энергоресурсов, воды, одноразовых пластиковых предметов обихода), использование экологичных видов транспорта.

Стратегией развития туризма в Российской Федерации на период до 2035 года планируется в рамках задачи обеспечения экологической безопасности и сохранения окружающей среды как базиса туризма осуществить, в частности, такие мероприятия: формирование системы мониторинга и учета экологической нагрузки и экологической емкости при планировании и развитии туризма; разработка и внедрение системы оценки экологической нагрузки, экологической емкости и предельной нагрузки на туристских территориях; проведение оценки экологической емкости и предельной экологической нагрузки как одного из параметров при предоставлении государственной поддержки реализации отдельных проектов в сфере туризма, а также реализации планов развития туристских территорий; проработка мер по снижению негативного воздействия на окружающую среду функционирования транспорта на туристских территориях.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Агешкина Н. А., Бельянская А. Б., Холкина М. Г. Комментарий к Федеральному закону от 24 ноября 1996 г. № 132-ФЗ «Об основах туристской деятельности в Российской Федерации» (постатейный) / под ред. Л. Л. Руденко. — Подготовлен для системы «КонсультантПлюс», 2016.
2. Амосов П. Н. Научное обоснование снижения уровня воздействия туризма и других форм экологического просвещения на особо охраняемые природные территории // Астраханский вестник экологического образования. — 2011. — № 2 (18). — С. 158—161.
3. Анисимов А. П. Развитие экологического туризма в России: проблемы и перспективы // Сборник научных трудов II Международной научно-практической конференции / сост. И. В. Мишуткина. — [Б. м.] : Аксиос, 2017. — С. 165—168.
4. Анисимов А. П., Злобин С. В., Рыженков А. Я. Проблемы правового регулирования экологического туризма как вида предпринимательской деятельности // Туризм: право и экономика. — 2011. — № 3.

³⁴ См., например: Амосов П. Н. Научное обоснование снижения уровня воздействия туризма и других форм экологического просвещения на особо охраняемые природные территории // Астраханский вестник экологического образования. 2011. № 2 (18). С. 158—161.

³⁵ ГОСТ Р 57287-2016 «Туристские услуги, предоставляемые на особо охраняемых природных территориях» (утвержден и введен в действие приказом Росстандарта от 25.11.2016 № 1798-ст).

5. Анисимов А. П., Рыженков А. Я., Чикильдина А. Ю. Экологический туризм в пределах особо охраняемых природных территорий: правовые аспекты // Евразийский юридический журнал. — 2015. — № 6 (85). — С. 86—90.
6. Арсеньева Е. И., Кусков А. С., Феоктистова Н. В. Основные концепции и направления современного экотуризма: компаративный анализ // Туризм и культурное наследие : межвузовский сборник научных трудов. — [Б. м.], 2005. — Вып. 2. — С. 186—205.
7. Бекишева С. Д. Развитие экологического предпринимательства как направление экологической политики Республики Казахстан // Экологическое право. — 2011. — № 5. — С. 27—32.
8. Богатырева Д. С. Экологический туризм: компаративный анализ определений // Известия Волгоградского государственного педагогического университета. — 2015. — № 9—10 (104). — С. 78—83.
9. Зименко А. В. Заповедное дело в постсоветской России: факторы и тенденции // В фокусе наследия : сборник статей / сост., отв. ред. М. Е. Кулешова. — М. : Институт географии РАН, 2017. — С. 615—629.
10. Игнатьева И. А. Проблемы развития экологического законодательства в контексте задач национального проекта «Экология» // Экологическое право. — 2019. — № 1. — С. 20—26.
11. Козодубов А. А. Экологический туризм — направление экологического просвещения: правовой аспект // Экологическое право. — 2017. — № 5. — С. 24—27.
12. Никоноров С. М. Эколого-экономические основы развития рекреационных зон (на примере Чувашской Республики) : автореф. дис. ... д-ра эконом. наук. — М., 2014. — 49 с.
13. Рудченко В. Н. Экологический туризм как часть туристской стратегии развития пригородной зоны мегаполиса // Ученые записки Российского государственного гидрометеорологического университета. — 2013. — № 27. — С. 176—185.
14. Тлеубердинова А. Т., Салауатова Д. М. Учет потребностей экологического туриста США при использовании природно-рекреационных ресурсов Казахстана // Туризм: право и экономика. — 2014. — № 2. — С. 25—30.
15. Хохлова Е. Р., Дорофеев А. А., Аверьянова Т. В. Особо охраняемые природные территории как главные дестинации экологического туризма // Курортно-рекреационный комплекс в системе регионального развития: инновационные подходы. — 2017. — № 1. — С. 284—287.

Материал поступил в редакцию 11 октября 2019 г.

REFERENCES

1. Ageshkina NA, Belyanskaya AB, Kholkina MG, Rudenko LL, editor. Commentariy k Federalnomu zakonu ot 24 noyabrya 1996 g. № 132-FZ «Ob osnovakh turistskoy deyatel'nosti v Rossiyskoy Federatsii» (postateynyy) [Commentaries to the Federal Law of November 24, 1996 № 132-FZ “On the Basics of Tourist Activity in the Russian Federation” (annotated). Prepared for the ConsultantPlus Reference System; 2016. (In Russ.)
2. Amosov PN. Nauchnoe obosnovanie snizheniya urovnya vozdeystviya turizma i drugikh form ekologicheskogo prosveshcheniya na osobo okhranyaemye prirodnye territorii [Scientific Substantiation of Reducing the Level of Impact of Tourism and other Forms of Environmental Education on Specially Protected Natural Territories]. *Astrakhan Journal of Environmental Education*. 2011;2 (18):158—161. (In Russ.)
3. Anisimov AP. Razvitie ekologicheskogo turizma v Rossii: problemy i perspektivy [Development of ecological tourism in Russia: Problems and Prospects]. *Proceedings of the 2nd International Scientific and Practical Conference*. Aksios; 2017. (In Russ.)
4. Anisimov AP, Zlobin SV, Ryzhenkov AY. Problemy pravovogo regulirovaniya ekologicheskogo turizma kak vida predprinimatelskoy deyatel'nosti [Problems of Legal Regulation of Ecological Tourism as a Type of Business Activity]. *Tourism: Law and Economy*. 2011;3. (In Russ.)
5. Anisimov AP, Ryzhenkov AY, Chikildina AY. Ekologicheskiy turizm v predelakh osobo okhranyaemykh prirodnikh territoriy: pravovye aspekty [Ecotourism within Specially Protected Natural Territories: Legal Aspects]. *Eurasian Law Journal*. 2015;6(85):86—90. (In Russ.)
6. Arseneva EI, Kuskova AS, Feoktistova NV. Osnovnye kontseptsii i napravleniya sovremennogo ekoturizma: komparativnyy analiz [Basic concepts and directions of modern ecotourism: comparative analysis]. *Tourism and Cultural Heritage: Interuniversity Collection of Research Papers*. 2005;2:86—205. (In Russ.)

7. Bekisheva SD. Razvitie ekologicheskogo predprinimatelstva kak napravlenie ekologicheskoy politiki Respubliki Kazakhstan [Development of Ecological Entrepreneurship as a Direction of Ecological Policy of the Republic of Kazakhstan]. *Environmental Law*. 2011;5:27—32. (In Russ.)
8. Bogatyreva DS. Ekologicheskij turizm: komparativnyy analiz opredeleniy [Ecotourism: A Comparative Analysis of Definitions]. *Izvestia of the Volgograd State Pedagogical University*. 2015;9—10 (104):78—83. (In Russ.)
9. Zimenko AV. Zapovednoe delo v postsovetskoj rossii: faktory i tendentsii [Preserve management and studies in post-Soviet Russia: factors and tendencies]. In: Kuleshova ME. In the Focus of Heritage: Collection of Articles. Moscow: Institute of Geography RAS; 2017.
10. Ignatieva IA. Problemy razvitiya ekologicheskogo zakonodatelstva v kontekste zadach natsionalnogo proekta «Ekologiya» [Problems of development of environmental legislation in the context of tasks of the “Ecologiya” National Project]. *Environmental Law*. 2019;1:20—26. (In Russ.)
11. Kozodubov AA. Ekologicheskij turizm — napravlenie ekologicheskogo prosveshcheniya: pravovoy aspekt [Ecological tourism — direction of ecological education: legal aspect]. *Environmental Law*. 2017;5:24—27. (In Russ.)
12. Nikonorov SM. Ekologo-ekonomicheskie osnovy razvitiya rekreatsionnykh zon (na primere Chuvashskoy Respubliki) : avtoref. dis. ... d-ra ekonom. nauk. [Ecological and economic bases of development of recreational zones (on the example of the Chuvash Republic): Author’s Abstract of Doctoral Dissertation]. Moscow; 2014.
13. Rudchenko VN. Ekologicheskij turizm kak chast turistskoy strategii razvitiya prigorodnoy zony megapolisa [Ecotourism as part of a tourist strategy of development of the suburban area of the metropolis]. *Proceedings of the Russian State Hydrometeorological University*. 2013;27:176—185. (In Russ.)
14. Tleuberdinova AT, Salauatova DM. Uchet potrebnostey ekologicheskogo turista SShA pri ispolzovanii prirodno-rekreatsionnykh resursov Kazakhstana [Taking into Account the Needs of the USA Ecological Tourist in the Use of Natural and Recreational Resources of Kazakhstan]. *Tourism: Law and Economics*. 2014;2:25—30. (In Russ.)
15. Khokhlova ER, Dorofeev AA, Averyanova TV. Osobo okhranyaemye prirodnye territorii kak glavnye destinatsii ekologicheskogo turizma [Specially Protected Natural Areas as the Main Destinations of Ecological Tourism]. *Resort and recreational complex in the system of regional development: innovative approaches*. 2017;1:284—287. (In Russ.)

DOI: 10.17803/1729-5920.2020.161.4.053-068

Л. А. Воскобитова*

Цифровизация начального этапа уголовного судопроизводства как необходимое средство обеспечения прав потерпевших¹

Аннотация. В статье рассматриваются проблемы, связанные с защитой и обеспечением прав потерпевшего при приеме, регистрации и рассмотрении сообщений о преступлениях на начальном этапе уголовного судопроизводства; обосновывается необходимость совершенствования практики возбуждения уголовного дела, судебной статистики с целью неукоснительного выполнения ст. 52 Конституции РФ, а также предложения о цифровизации данного этапа уголовного судопроизводства.

Автор подчеркивает, что уголовное судопроизводство должно рассматриваться как единая государственно-властная деятельность, начинающаяся с появления сообщения о совершенном преступлении и завершающаяся окончательным разрешением всех материально-правовых и процессуально-правовых вопросов, возникающих по данному делу. Ввиду этого процесс цифровизации уголовного судопроизводства должен строиться на единой платформе, связывающей не только все стадии производства, но и должностных лиц любого из ведомств, осуществляющих отдельные этапы этой деятельности. Такая платформа должна быть в пределах, установленных законом, доступна всем участниками процесса, чьи права и интересы затрагиваются данной деятельностью. Это должна быть гибкая цифровая система, обеспечивающая по одним параметрам тайну производства, в том числе тайну следствия, охрану чести и достоинства человека, его право на тайну личной жизни, семейную и другие охраняемые законом тайны. Но по другим параметрам она должна быть открыта для доступа человека, вовлекаемого в данное производство, его защитника, представителя. Кроме того, по некоторым параметрам, не противоречащим закону, она должна быть доступна и иным лицам, например для проведения научных исследований и обобщения практики уголовного судопроизводства по уже разрешенным уголовным делам; для средств массовой информации, обеспечивающих обществу доступ к информации о судопроизводстве по отдельным делам или при общественном обсуждении отдельных правовых проблем, а иногда и для защиты прав человека в сфере уголовного судопроизводства и т.п.

Ключевые слова: уголовное судопроизводство; потерпевший; сообщение о преступлении; судебная статистика; цифровизация; функциональный подход; единая платформа (портал); обеспечение прав.

Для цитирования: Воскобитова Л. А. Цифровизация начального этапа уголовного судопроизводства как необходимое средство обеспечения прав потерпевших // Lex russica. — 2020. — Т. 73. — № 4. — С. 53—68. — DOI: 10.17803/1729-5920.2020.161.4.053-068.

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-16041. Материалы были частично апробированы в выступлении автора на Координационном совете Уполномоченных по правам человека 11 декабря 2019 г., г. Москва.

© Воскобитова Л. А., 2020

* Воскобитова Лидия Алексеевна, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовно-процессуального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

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

lavoskobitova@msal.ru

Digitalization of the Initial Stage of Criminal Proceedings as a Necessary Means of Ensuring the Rights of Victims²

Lidia A. Voskobitova, Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the Department of Criminal Procedure, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
lavoskobitova@msal.ru

Abstract. The paper deals with the problems related to the protection and enforcement of the rights of the victim during acceptance, registration and examination of reports of crimes at the initial stage of criminal proceedings. The author substantiates the necessity of improving the practice of initiation of criminal proceedings, the judicial data for the purpose of precise implementation of Art. 52 of the Constitution of the Russian Federation, as well as proposals on digitalization at this stage of criminal proceedings.

The author emphasizes that criminal proceedings should be considered as a uniform state power activity, beginning with a report on the committed crime and ending with the final resolution of all substantive and procedural issues arising in the case. In view of this, the process of digitalization of criminal proceedings should be based on a single platform linking not only all stages of the proceedings, but also officials of any of the departments carrying out certain phases of this activity. Such a platform should comply with the statutory framework, be accessible to all participants in the process whose rights and interests are affected by the activity under consideration. The platform should represent a flexible digital system that secures the secret of production with regard to some parameters, including investigatory privilege, protection of the honor and dignity of a person, his or her right to privacy, family and other secrets protected by law. But according to other parameters it should be accessible for the person involved in this proceeding, his advocate and representative. In addition, according to certain parameters complying with the law, this platform should also be accessible for other persons to conduct research and to summarize the practice of criminal proceedings in the past; for the media providing the public with access to information about the proceedings in certain cases or in the public debate on certain legal issues, and it should be available to enforce protection of human rights in the field of criminal proceedings, etc.

Keywords: criminal proceedings; victim; crime reporting; judicial data; digitalization; functional approach; unified platform (portal); ensuring rights.

Cite as: Voskobitova LA. Tsifrovizatsiya nachalnogo etapa ugolovnogo sudoproizvodstva kak neobkhodimoe sredstvo obespecheniya prav poterpevshikh [Digitalization of the Initial Stage of Criminal Proceedings as a Necessary Means of Ensuring the Rights of Victims]. *Lex russica*. 2020;73(4):53—68. DOI: 10.17803/1729-5920.2020.161.4.053-068. (In Russ., abstract in Eng.).

Возможности цифровизации уголовного судопроизводства активно обсуждаются в процессуальной литературе, на научных конференциях, круглых столах и семинарах³. Постепенно вырисовываются те области российской уголовно-процессуальной практики, где новые технологии уже успешно, но пока еще фрагментарно

применяются и дают положительный эффект. К ним можно отнести широкое использование возможностей цифровых видеорегистраторов для выявления и расследования преступлений⁴; использование цифровой информации в доказывании при расследовании преступлений⁵, в том числе совершенных с использованием

² The reported study was funded by RFBR according to the research project № 18-29-16041.

The research was partially represented in the author's speech at the meeting of the Coordinating Council of Human Rights Commissioners on December 11, 2019, Moscow.

³ При подготовке статьи использованы материалы СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Презентация к отчету «О выполнении Государственной программы города Москвы “Безопасный город” в 2017 году и задачах по обеспечению безопасности города Москвы на 2018 год» // Официальный сайт мэра Москвы. URL: <https://www.mos.ru/drbez/documents/programma-bezopasnyi-gorod/view/215646220/> (дата обращения: 5 февраля 2020 г.).

⁵ См.: Обидин К. В. О соотношении оснований для возбуждения уголовного дела и оснований для предъявления обвинения в условиях цифровизации уголовного судопроизводства // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 6. С. 147—155.

компьютерной техники⁶; ведение аудиозаписи протокола судебного разбирательства; возможность коммуникации суда с участниками процесса посредством электронных средств связи; использование видео-конференц-связи в судебных заседаниях⁷. Одновременно выявляются те области уголовно-процессуальной деятельности, которые требуют модернизации, но пока еще не затронуты ею. К ним относятся отдельные этапы или относительно обособленные блоки процессуальной деятельности, где, во-первых, имеется достаточная степень формализации процедур; во-вторых, значительную роль играет субъективный фактор, в силу чего должностное лицо имеет возможность безнаказанно «обходить» требования закона, в связи с чем «объективизация» действий и результата с помощью цифровых технологий приема, накопления и обработки информации становится необходимой; в-третьих, действующее состояние практики создает острые социально-правовые проблемы, обусловленные нарушениями прав человека, провоцирующими недоверие общества к правоохранительным органам и государству в целом.

Указанным признакам в современной практике уголовного судопроизводства отвечает, например, этап получения и процессуальной фиксации сообщения о преступлении и реагирования на него. Поэтому вопрос о необходимости цифровизации этого этапа стоит наиболее остро⁸. От выполнения и соблюдения всех предписаний закона и локальных нормативных актов зависит реализация права потерпевшего на защиту от преступления и его доступ к правосудию. Как известно, с сообщением о преступлении в правоохранительные органы может обратиться любой человек, которому стало известно о совершенном преступлении, в том числе сам пострадавший. Немалую долю сообщений дают и служебные рапорты сотрудников полиции или иных правоохранительных органов, которые самостоятельно выявляют совершенные преступления в процессе своей профессиональной деятельности. Однако формальных предписаний оказывается недо-

статочно, чтобы права потерпевшего были защищены.

Следует сразу уточнить некоторые из формальных предписаний. Уголовное судопроизводство начинается лишь в случае *совершенного* преступления: т.е. *совершения* деяния, в котором уже содержатся определенные признаки конкретного состава преступления, установленного Особенной частью УК РФ. В этом смысле привычное выражение, используемое в том числе в п. 3 ч. 1 ст. 140 УПК РФ, «сообщение о *совершенном* или *готовящемся* преступлении...» представляется неточным и вводящим в заблуждение правоприменителя. Следует отличать *совершенное* преступление как фактически осуществленное деяние, которое согласно определенной статье Особенной части УК РФ влечет уголовную ответственность, в том числе и в тех случаях, когда такая ответственность предусмотрена уже на стадиях приготовления или покушения, от *готовящегося* преступления. Наличие достаточных данных о том, что деяние уже *совершено* и оно подпадает под признаки конкретного состава преступления, требует возбуждения уголовного дела и начала его расследования. Наличие данных о *готовящемся* преступлении, когда признаки состава еще фактически не проявились, но происходит обдумывание и/или обсуждение возможности/желательности совершения преступления, происходит совершение отдельных подготовительных действий, которые сами по себе еще не охватываются положениями Особенной части УК РФ, — все это требует иных методов оперативного реагирования. Возникает необходимость в совершении правоохранительной деятельности, направленной на выявление подобной подготовки и ее пресечение, но не уголовно-процессуальной деятельности. Поэтому при приеме сообщений о преступлении необходимо выделять информацию только о *совершенных* в реальности действиях, в которых уже проявились признаки того или иного состава преступления, даже если такой состав на момент обнаружения еще не окончен или последствия не наступили по независящим от

⁶ Например: *Оконенко Р. И.* Доказательственное право Российской Федерации и Соединенных Штатов Америки в информационную эпоху: уголовно-процессуальный аспект // Юридический вестник СамГУ. 2015. Т. 1. № 3. С. 145—149; *Антонян Е. А., Аминов И. И.* Блокчейн-технологии в противодействии кибертерроризму // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 6. С. 167—177.

⁷ См., например: *Бормотова Л. В.* Особенности информационно-коммуникативного обеспечения уголовного судопроизводства // Вестник ОГУ. 2013 № 3. С. 118—121.

субъекта причинам, однако это не исключает уголовной ответственности.

Второе важное замечание связано с пониманием *оснований* для возбуждения уголовного дела. Полагаем, что указание в ч. 2 ст. 140 УПК РФ на необходимость устанавливать в качестве такого основания достаточные данные о «*признаках преступления*» также сформулировано неточно. Оно входит в противоречие с принятыми понятиями и категориями теории уголовного права и с системным правовым регулированием. К признакам преступления теория уголовного права, как известно, относит общественную опасность, противоправность, виновность и наказуемость деяния, что нашло закрепление в ч. 1 ст. 14 УК РФ⁸. Эти признаки принципиально важны для различения преступлений и иных правонарушений и, безусловно, должны учитываться при проверке сообщений. Отсутствие хотя бы одного из указанных признаков должно влечь за собой отказ в возбуждении уголовного дела. При этом остается возможность применения к правонарушителю иных видов ответственности, например административной, если есть для этого основания¹⁰. Однако при решении вопроса о возбуждении уголовного дела разрешаются еще и принципиально иные вопросы. Можно ли начинать расследование по выявленному факту или в отношении конкретного лица? Кто вправе вести расследование? В какой процессуальной форме оно должно осуществляться? Для решения возникающих вопросов следует различать материально-правовую основу уголовной ответственности и процессуальную основу для продолжения процессуальной деятельности. Единственным основанием уголовной ответственности является совершение деяния, содержащего *все признаки состава преступления* (ст. 8 УК РФ), что требует предметной уголовно-правовой оценки информации на начальном этапе уголовного судопроизводства. Уголовное

дело может быть возбуждено только при том условии, что достаточные данные позволяют выявить признаки *конкретного состава преступления*. Выявления в информации только общих признаков преступления явно недостаточно, чтобы принять решение о возбуждении уголовного дела и определить его подсудность. Согласно п. 4 ч. 1 ст. 146 УПК РФ, в постановлении о возбуждении уголовного дела правоприменитель обязан указать не ч. 1 ст. 14 УК РФ, а пункт, часть, статью Особенной части УК РФ, на основании которых возбуждается уголовное дело. Системный анализ уголовного и уголовно-процессуального права однозначно ориентирует правоприменителя на необходимость выявить в ходе проверки сообщения о преступлении конкретные признаки того состава преступления, по которому может быть возбуждено уголовное дело. На данном начальном этапе производства не требуется выявлять весь объем таких признаков, потому что здесь решается не «конечный» вопрос об уголовной ответственности (ст. 8 УК РФ), а «начальный» вопрос о том, какими процессуальными средствами и процедурами вправе пользоваться правоприменитель. Для начала применения уголовно-процессуальных процедур достаточно выполнить требования ч. 1 ст. 146 УПК РФ, что не препятствует в последующем производстве по данному делу изменять квалификацию, расширять или сужать объем обвинения и даже прекращать дело производством. Эти положения очень важны для обеспечения прав потерпевшего путем оперативного и своевременного возбуждения дела. Тем большее значение они приобретают для разработки цифровых программ автоматизированного онлайн-приема и регистрации сообщений о совершенном преступлении, способных более эффективно обеспечить потерпевшему саму возможность получить доступ к правосудию через процедуру досудебного производства.

⁸ См.: Масленникова Л. Н., Собенин А. А. Регистрация сообщения о преступлении и начало расследования в новой цифровой реальности // Российский следователь. 2019. № 6. С. 12—16.

⁹ Наумов А. В. Российское уголовное право : курс лекций. 5-е изд. М. : Волтерс Клувер, 2011. Т. 1. С. 292—300.

¹⁰ Соотношение и самостоятельное значение признаков преступления и признаков состава преступления показано и Конституционным Судом РФ, который подчеркнул важность различения этих признаков. Например, при наличии формальных признаков состава преступления, но отсутствии фактических данных об общественной опасности деяния суд не может привлекать лицо к уголовной ответственности, так же как не может делать этого без прямого указания о том в законе (постановление Конституционного Суда РФ от 10 февраля 2017 г. № 2-п «По делу о проверке конституционности положений статьи 212.1 УК РФ в связи с жалобой гражданина И. И. Дадина». П. 4.1, 4.2 // СПС «КонсультантПлюс»).

Современные проблемы обеспечения прав потерпевших в уголовном судопроизводстве обусловлены еще и динамикой, состоянием преступности в данный период времени. Так, на протяжении уже нескольких лет права потерпевших нарушаются чаще всего хищениями имущества: кражами, грабежами, разбоями, мошенничеством и пр., когда лицу преступлением причиняется имущественный вред. Такие преступления составляют более 50 % от всех дел, рассматриваемых судами¹¹. Другая относительно значительная группа — это насильственные преступления, причиняющие, например, физический вред здоровью, жизни, половой неприкосновенности человека и т.п., составляющие примерно около 29 % уголовных дел. Последствием насильственных преступлений может быть также и имущественный вред, требующий возмещения, например, затрат на лечение, протезирование, восстановительное санаторное лечение и пр. Как известно, любое преступление способно причинить потерпевшему еще и моральный вред, компенсация которого также может быть выражена в денежной форме, а размер компенсации должен быть определен судом. Эти две группы преступлений составляют почти 70 % дел, рассматриваемых судами за год, следовательно, количество потерпевших соответствует или превышает эту цифру. По данным исследователей, в России ежегодно регистрируется примерно 11—12 млн сообщений о преступлениях, из которых порядка 10—11 млн, т.е. 90 % сообщений, рассматривают органы МВД¹². И если в этом количестве преступлений примерно в 80 % уголовных дел имеется потерпевший, то это более 9 млн потерпевших ежегодно. Одна только статистика судимостей должна была бы поставить фигуру потерпевшего в центр уголовно-процессуальной деятельности с момента обращения с сообщением о преступлении и до окончательного разрешения уголовного дела судом. Это пря-

мо вытекает и из содержания ст. 52 Конституции РФ, согласно которой каждому потерпевшему государством обеспечивается доступ к правосудию и компенсация причиненного вреда. Однако ситуация в современной практике уголовного судопроизводства показывает, что правоохранительные органы ориентируются в первую очередь не на Конституцию РФ, а на статистические показатели, учитывающие количество зарегистрированных преступлений, лиц, привлеченных к ответственности, дел, направленных в суд, и т.п. Отношение к потерпевшему, объективно выраженное в формах статистической отчетности, явно не соответствует требованиям права.

Следует отметить также, что правоохранительные органы пока не могут указать точные данные о количестве совершаемых преступлений и количестве лиц, фактически потерпевших от преступления. По мнению криминологов, далеко не все преступления по разным причинам попадают в учет. Реальное количество совершаемых преступлений по разным методикам подсчетов в 4—7 раз больше, чем данные официальной статистики¹³. Следовательно, можно предположить, что количество реальных потерпевших также существенно больше. Известно и то, что жертвы преступлений далеко не всегда обращаются в правоохранительные органы за защитой нарушенных прав, а уровень доверия населения к правоохранительным органам оставляет желать лучшего. Многие исследователи отмечают, что на начальном этапе уголовного судопроизводства все еще распространена практика, когда сотрудники правоохранительных органов руководствуются вовсе не интересами потерпевшего, а узко ведомственными интересами, учитывая, что одним из определяющих показателей качества их работы является количество дел, направленных ими в суд. Если сообщается о неочевидном преступлении и есть вероятность, что оно не

¹¹ См.: Краткая характеристика состояния преступности в Российской Федерации за январь — декабрь 2018 г. // URL: <https://xn--b1aew.xn--p1ai/reports/item/16053092/> (дата обращения: 5 февраля 2020 г.).

¹² См.: Панеях Э., Тумаев К., Шклярчук М. Траектория уголовного дела: институциональный анализ. СПб. : Изд-во Европейского ун-та в Санкт-Петербурге, 2018. С. 36.

Аналогичные данные приводит А. А. Собенин (Собенин А. А. К вопросу о процессуальной форме судебного производства в условиях развития цифровых технологий // Российская правовая система в условиях четвертой промышленной революции : материалы VI Московского юридического форума. М. : Проспект, 2019. Ч. 3. С. 251). Текущие данные о состоянии преступности можно найти на сайте Главного управления правовой статистики и информационных технологий Генеральной Прокуратуры РФ (URL: <http://crimestat.ru> (дата обращения: 5 февраля 2020 г.)).

¹³ Лунеев В. В. Преступность XX века. Мировые, региональные и российские тенденции. М. : Норма, 1997.

будет раскрыто, такое дело лучше не возбуждать, чтобы не «портить статистику». Для этого используют «уговоры» заявителя не подавать заявления, откровенно объясняя ему бесполезность его надежды на раскрытие преступления и ожидание заслуженного наказания преступнику¹⁴. Далеко не все зарегистрированные сообщения о преступлении завершаются возбуждением уголовного дела. Например, в 2018 г. из 9 млн зарегистрированных в МВД сообщений о преступлении по 6 млн обращений было отказано в возбуждении уголовного дела. Возбуждено всего лишь 1,65 млн уголовных дел. Данных о судьбе оставшихся 1,45 млн обращений в статистике нет¹⁵. Из этого следует, что в 2018 г. потерпевшие смогли получить формальный доступ к правосудию лишь в тех делах, которые вошли в указанные 1,65 млн случаев. При этом в ходе прокурорского надзора за соблюдением закона при приеме, регистрации и рассмотрении сообщений о преступлении, например, в 2017 г. было выявлено 3 793 667 нарушений и более чем 2 млн постановлений об отказе в возбуждении уголовного дела было отменено прокурором¹⁶. Следует учитывать и тот факт, что катастрофически — до 70—80 % расширилась практика приостановления производства по уголовным делам¹⁷. За январь — сентябрь 2019 г. остаются нераскрытыми более 800 тыс. дел, из них более 97 % не раскрыто в связи с неустановлением лица, подлежащего привлечению в качестве обвиняемого¹⁸. В таких случаях вновь возникает непреодолимое препятствие для доступа потерпевших к правосудию. Значительная часть жертв преступлений остается без защиты правоохранительных органов, а ст. 52 Конституции РФ, в силу которой *каждому* потерпевшему от преступления обеспечивается

доступ к правосудию, в реальной практике не выполняется¹⁹.

Для изменения ситуации главные и первоначальные усилия, на мой взгляд, должны быть направлены на изменение всей *практики реагирования* на сообщения потерпевших: на усиление активности и ответственности должностных лиц правоохранительных органов за защиту и восстановление прав человека, нарушенных преступлением. Изложенное выше показывает, что подлинное отношение правоохранительных органов к потерпевшему зависит не столько от точности законодательного регулирования, сколько от «ориентирующих» показателей ведомственной статистики. В фокусе внимания последней стоят преступность и преступник, а также ряд организационных вопросов (сроки расследования; приостановление или прекращение дел; направление дела в суд и т.д.). Статистические учетные формы *не содержат даже упоминания о потерпевшем*. Поэтому первой и наиболее эффективной мерой должно стать совершенствование, в том числе цифровизация, статистики. Для учета эффективности работы правоохранительных органов необходимо сместить центр внимания с преступности на потерпевших и их защиту. Это требует всего лишь введения во все учетные статистические формы трех-четырёх строк, подлежащих заполнению при производстве по каждому уголовному делу: 1) количество потерпевших по уголовному делу, находящемуся в производстве, в том числе и по приостановленному; 2) вид вреда, причиненного потерпевшему, и размер заявляемых им требований о возмещении вреда или его компенсации; 3) количество гражданских исков, заявленных по уголовному делу потерпевшими;

¹⁴ См.: Панеях Э., Титаев К., Шклярук М. Указ. соч. С. 123—124.

¹⁵ Гаврилов Б. Я. Досудебное производство в XXI веке: современное состояние и перспективы совершенствования // Российская правовая система в условиях четвертой промышленной революции. С. 195.

¹⁶ Володина Л. М. Досудебное производство и механизм доступа к правосудию // Российская правовая система в условиях четвертой промышленной революции. С. 207—208.

¹⁷ Гаврилов Б. Я. Досудебное производство в XXI веке. С. 191. См. также: Статистические данные о результатах следственной работы за 2012—2018 г. // Следственный департамент МВД России. М., 2013—2018.

¹⁸ Статистические данные об основных показателях деятельности прокуратуры РФ. Состояние преступности в России за январь — сентябрь 2019 г. Генеральная прокуратура Российской Федерации. Главное управление статистики и информационных технологий. Сборник подготовлен на основании формы федерального статистического наблюдения № 4-ЕГ (URL: // [Chttps://genproc.gov.ru/stat/data/1681252/](https://genproc.gov.ru/stat/data/1681252/) (дата обращения: 5 февраля 2020 г.)).

¹⁹ На это обращают внимание и другие исследователи, например: Масленникова Л. Н. Трансформация досудебного производства в начальный этап уголовного судопроизводства, обеспечивающий доступ к правосудию в эру Industry 4.0 // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 6. С. 139.

4) решения, принятые по гражданскому иску. Такие изменения без особых реформ и достаточно оперативно превратят *потерпевшего* в процессуально значимую фигуру, сделав его *статистически значимой единицей учета*, и, следовательно, изменят *оценку* результатов работы органов расследования и суда.

Однако таких мер явно недостаточно, чтобы вывести правоприменительную практику на иной, «человеко-ориентированный» уровень деятельности, который в данный момент остро востребован обществом²⁰. Одной из наиболее эффективных и современных мер изменения практики работы с сообщениями о преступлениях представляется цифровизация регистрации и учета всех сообщений о совершенных преступлениях. Цифровизация начального этапа уголовного судопроизводства возможна уже потому, что на этом этапе, с одной стороны, деятельность должностных лиц достаточно формализована и подчиняется алгоритму: сообщение — проверка — решение. С другой стороны, возникает острая проблема снижения той существенной роли, которую играют *субъективные* факторы и неправовые технологии «*обхода*» закона. Цифровизация способна заметно снизить негативные последствия субъективизма при принятии решений о регистрации сообщения о преступлении, о возбуждении или об отказе в возбуждении уголовного дела. Содержание начального этапа процессуальной деятельности может быть алгоритмизировано аналогично возникающим процессуальным задачам:

а) автоматическое принятие и официальная регистрация каждого сообщения о преступлении;

б) проверка наличия/отсутствия достоверных и достаточных данных о признаках состава преступления;

в) принятие законного и обоснованного решения по результатам проверки.

Цифровизация этапа получения сообщения о происшествии и его регистрации может быть обеспечена посредством разработки специализированной открытой онлайн-платформы (портала)²¹ и создания компьютерных программ, позволяющих любому заявителю обратиться в правоохранительные органы с сообщением о совершенном преступлении. С помощью специальных электронных бланков заявителю могут быть предложены ясные и понятные вопросы, не требующие специальных юридических знаний, ответы на которые позволят правоохранительным органам получить достаточный объем информации о том, что произошло. С точки зрения правоприменителя, выступающего получателем информации, эти вопросы должны охватывать юридически значимые обстоятельства, в которых проявляются признаки прежде всего объективной стороны преступления и первичные характеристики лица, совершившего эти действия. Но для заявителя вопросы должны быть построены по понятной ему логике обыденной информации о фактах. Электронный бланк должен включать:

а) *вопросы о самом заявителе*, обеспечивающие достоверность информации и возможность дальнейшей коммуникации с ним, в том числе предусматривающие технические меры защиты от ложных или анонимных обращений, от обращений лиц с неадекватным поведением и т.п.;

²⁰ Профессор Л. Н. Масленникова усматривает в этом необходимость смены парадигмы досудебного производства (см.: Масленникова Л. Н. Указ. соч. С. 143). Полагаю, что парадигма — это более общее понятие, охватывающее социальное сознание в целом на определенном историческом этапе развития, опирающееся на определенную систему ценностей и представлений (см. об этом подробнее: Карнозова Л. М. Уголовная юстиция и гражданское общество. Опыт парадигмального анализа. М.: Валент, 2010). Но следует согласиться с Л. Н. Масленниковой в том, что начальный этап уголовного судопроизводства и досудебное производство действительно требуют совершенствования и перестановки акцентов, изменения целеполагания данной деятельности в соответствии с требованиями ст. 2, 10, 15, 18, 52 и др. Конституции РФ.

²¹ В Государственную Думу внесен проект федерального закона № 745083-7 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам государственного единого статистического учета данных о состоянии преступности, а также о сообщениях о преступлениях, следственной работе, дознании, прокурорском надзоре», который прошел первое чтение 24 сентября 2019 г. В нем предлагается создание единой базы учета преступлений, а оператором системы учета предлагается Генеральная прокуратура РФ (см.: СПС «КонсультантПлюс»). Подобные предложения в научных публикациях см.: Таболина К. А. К вопросу о высокотехнологичном надзоре прокурора в уголовном процессе // Российская правовая система в условиях четвертой промышленной революции. С. 242.

- б) *вопросы о событии*, о котором заявитель хочет сообщить: когда и где произошло событие; в чем выразились действия, которые заявитель считает противоправными; чьи права (его собственные или третьего лица) были нарушены этими действиями; какой вред был причинен и в чем он выразился;
- в) *вопросы о лице (лицах), совершивших преступление*: кто совершил это деяние; знаком ли он заявителю, с указанием данных об известном лице; если не знаком — описание внешних характеристик незнакомого лица; указание, куда он направился (скрылся), где может быть обнаружен; сможет ли заявитель опознать лицо в случае его задержания и т.п.

При этом для сообщений о наиболее распространенных преступлениях компьютерная программа может предлагать заявителю еще и варианты возможных ответов, также формулируя их в понятных неюристу фактологических терминах и описаниях. Например, на вопрос «когда» могут быть предложены варианты: «указать дату, час, минуты»; «указать примерное время или часть суток — утром, днем, вечером, ночью; примерно после обеда» или «в начале дня», «в период с... до...» и т.п. Заявитель может выбирать наиболее адекватное описание, что существенно облегчает и ускоряет подачу такого сообщения. Следует учитывать и полномочия правоохранительных органов, а также ряда иных органов государства выявлять совершенные преступления и сообщать о них рапортом или иными способами (ч. 2 п. 2 ст. 37, ст. 38—39, ст. 40—41 УПК РФ). Чтобы такие сообщения не терялись в потоке обращений граждан, полагаем целесообразным вводить должностную информацию в таком же порядке через единую онлайн-платформу (портал), разработав соответствующую электронную форму служебного рапорта. При этом может быть создана развивающаяся программа, которая будет способна автоматически пополняться новыми вариантами ответов, почерпнутых из производства по предшествующим делам об аналогичных преступлениях.

Сообщения, поданные через онлайн-платформу (портал), должны оперативно поступать на рассмотрение компетентному должностному лицу. В российских реалиях это порождает проблемы взаимодействия множества разнообразных органов, правомочных получать такие сообщения, обязанных направлять их в правоохранительные органы или незамедлительно

реагировать на них. Это усугубляется огромной территорией государства со множеством территориальных органов, работающих в условиях различных часовых поясов, в удаленности от административных центров, что существенно затрудняет возможности оперативного взаимодействия при выявлении, раскрытии и расследовании преступлений. Эти факторы затрудняют транспортное передвижение участников процесса в глубинных регионах страны, а с другой стороны, создают правонарушителю возможность скрываться от преследования. Поэтому цифровизация данного этапа процессуальной деятельности позволит обеспечивать оперативность деятельности как должностных лиц, проводящих проверку, так и лиц, уполномоченных осуществлять контроль и надзор за законностью, своевременностью и полнотой реагирования на такие сообщения в режиме реального времени.

Полагаем, что с учетом указанных условий целесообразно создать специальный государственный орган, осуществляющий полномочия администрирования онлайн-платформы (портала) сообщений о совершенных преступлениях. В российских условиях, как мне представляется, наиболее эффективным было бы возложить такие полномочия на органы прокуратуры. Это соответствует функции прокуратуры как единой федеральной централизованной системы органов, осуществляющих от имени Российской Федерации надзор за соблюдением Конституции РФ и исполнением законов, действующих на территории Российской Федерации (ч. 1 ст. 1 Закона о прокуратуре РФ). Прокуратура полномочна осуществлять надзор за законностью в государстве, в том числе за соблюдением прав человека и гражданина, за исполнением законов Следственным комитетом РФ, а также органами исполнительной власти, к которым относятся и правоохранительные органы, осуществлять координацию деятельности правоохранительных органов по борьбе с преступностью (ч. 2 ст. 1 Закона о прокуратуре РФ), а также осуществляет процессуальные полномочия по надзору за законностью и своевременностью регистрации сообщений о преступлениях, законностью и обоснованностью разрешения таких сообщений (ст. 37, ч. 4 ст. 146, ч. 4—6 ст. 148 УПК РФ). В этой связи представляются целесообразными предложения о дополнении Конституции РФ положением об участии прокуратуры в осуществлении уголовного преследования. Полагаю, что это

позволило бы восстановить полномочия прокурора по самостоятельному возбуждению уголовных дел, по надзору за предварительным следствием, расширить права прокурора по принятию процессуальных решений взамен отмененных незаконных решений, например об отказе в возбуждении уголовного дела и т.п., что также оправдывало бы администрирование прокуратурой цифровых платформ, охватывающих уголовное судопроизводство.

Для возложения на прокуратуру функции администрирования онлайн-платформы (портала) приема и регистрации сообщений о преступлениях, возможно, потребуется, например, создание в органах прокуратуры специализированного отдела (управления). Разработка и внедрение разрозненных и автономных ведомственных программ цифровизации приема сообщений, без создания такого *координирующего органа*, не позволит обеспечить полный и единый учет всех сообщений о преступлениях; оперативность и полноту их проверки; законность и обоснованность их разрешения. В компьютерную программу приема и регистрации сообщений о преступлениях вполне можно заложить информацию о разных признаках подследственности. Это обеспечит онлайн-регистрацию в единой системе с оперативным направлением сообщения о преступлении для регистрации и учета в соответствующий орган расследования в зависимости от территории и характера происшествия самим компьютером в автоматическом режиме. При этом должна будет обеспечиваться возможность контроля всех автоматических действий администратором платформы (портала). Создание такой онлайн-платформы (портала) потребует взаимодействия всех заинтересованных ведомств. Потребуется привлечение к участию в разработке технических заданий наиболее квалифицированных теоретиков и практиков уголовного судопроизводства, а также консультирование ими специалистов в области цифровых технологий, разрабатывающих компьютерные программы для уголовного судопроизводства, и последующее участие их в апробации программ и всей онлайн-платформы (портала).

Цифровизация этапа *проверки* сообщений должна содействовать решению процессуальной задачи получения достоверной и достаточной юридически значимой фактической информации относительно зарегистрированного сообщения. Но прежде следует определиться с целями, содержанием и объемом проверочных действий. Постоянные (17 раз с момента введения в действие УПК РФ), но несистемные изменения законодательного регулирования стадии возбуждения уголовного дела, и, в частности, проверки сообщений о преступлениях в этой стадии (ст. 144 УПК РФ с изменением редакций с 2003 по 2017 г., с учетом ряда постановлений Конституционного Суда РФ)²², существенно изменили целеполагание данной стадии, превратив ее в некий дублирующий аналог расследования. Цель изменений можно объяснить лишь стремлением органов расследования обеспечить всё те же статистические показатели: возбуждать дело, только собрав как можно больше доказательств преступления, т.е. имея определенные гарантии, что его можно будет после расследования направить в суд. Интересы потерпевшего при этом опять остаются второстепенными. Уже поэтому проверка сообщений тоже, по возможности, должна быть цифровизирована, однако здесь есть ряд ограничений. Проверка связана с необходимостью устанавливать *индивидуальные и уникальные* фактические проявления того события, которые излагаются в зарегистрированном сообщении. Все они не могут быть заранее спрогнозированы и включены в компьютерную программу, поэтому следует учитывать возможность проявления уникальности, не встречавшейся ранее в следственной практике. Это может выявить и учесть только человек — субъект проверки. Однако применение цифровых технологий способно существенно облегчить проведение проверки и ускорить принятие правоприменительного решения.

Для этого, во-первых, представляется необходимым техническое и содержательное усовершенствование справочно-правовых систем (СПС) и приспособление их к решению не только информационных, но и *правоприменитель-*

²² Изменения в регулирование стадии возбуждения уголовного дела вносились Федеральными законами от 29.05.2002 № 58-ФЗ; от 04.07.2003 № 92-ФЗ; от 12.04.2007 № 47-ФЗ; от 05.06.2007 № 87-ФЗ; от 02.12.2008 № 226-ФЗ; от 29.05.2009 № 58-ФЗ; от 09.03.2010 № 19-ФЗ; от 28.12.2010 № 404-ФЗ; от 06.12.2011 № 407-ФЗ; от 29.05.2012 № 58-ФЗ; от 05.06.2012 № 51-ФЗ; от 04.03.2013 № 23-ФЗ; от 05.04.2013 № 54-ФЗ; от 22.10.2014 № 308-ФЗ; от 30.12.2015 № 440-ФЗ; от 29.07.2017 № 250-ФЗ; от 27.12.2018 № 530-ФЗ, постановлением КС РФ от 18.10.2011 № 23-П (см. СПС «КонсультантПлюс»).

ных задач. Актуальной для должностного лица, проверяющего сообщение, является задача выявления признаков состава преступления в той фактической информации, которая будет поступать в электронную систему в момент получения и регистрации, а также проверки сообщения о совершенном преступлении. Официальные тексты законов, размещенные в СПС, снабжены достаточно объемными отсылками к иному нормативному материалу, помогающему уяснить текст и смысл той или иной статьи закона. Но для правоприменителя, особенно в условиях начального этапа уголовного судопроизводства, когда время проверки ограничено, а информации может быть крайне мало, требуется, чтобы нормативная база для оценки информации была в более оперативном доступе. Компьютерная программа для правоприменителя должна быть дополнена значительной по объему, но оперативно доступной информацией о возможных фактических проявлениях признаков любого из элементов состава преступления применительно к каждому из преступлений²³. При этом система должна не только накапливать объем такой информации, но и быть способной к анализу: в автоматическом режиме соотносить информацию из сообщения с имеющимися описаниями признаков, отыскивать и предлагать правоприменителю возможные варианты соответствия²⁴.

К сожалению, в тексте уголовного закона признаки состава различных преступлений, как правило, выражаются только в наиболее обобщенном виде, тогда как в теоретических исследованиях они даются весьма разрозненно и не всегда исчерпывающе. Поэтому для выполнения СПС потребуются специальные разработки обобщенной научной информации о признаках каждого элемента состава преступления для каждого преступления, предусмотренного в УК РФ. Это потребует включения в информационную базу также отдельных положений о таких признаках, указываемых в постановле-

ниях Пленума Верховного Суда РФ о практике применения отдельных статей УК РФ, а также учета судебной практики по конкретным делам, решения по которым прошли проверочные стадии, «устояли» и могут быть рекомендованы правоприменителю как правильные по вопросам применения той или иной нормы Особенной части УК РФ. Это существенно облегчит принятие решений в момент возбуждения уголовного дела, а также будет востребованным и в последующем производстве расследования, и при рассмотрении уголовного дела. В настоящее время такого рода информацию можно получить в научных статьях, в некоторых учебниках по уголовному праву, в отдельных комментариях к УК РФ.

Правоприменителю достаточно трудно искать подобные подсказки в неопределенном объеме научных исследований, тогда как компьютерная программа проверки сообщений о преступлении могла бы содержать неограниченный и развивающийся объем информации, систематизировав ее применительно к каждому признаку каждого состава преступлений в форме информационных ссылок «i» на полях размещаемого в программе текста УК РФ. Открыв такую ссылку, правоприменитель видел бы, посредством каких фактических обстоятельств проявляет себя тот или иной признак данного состава преступления. Это позволяло бы проверить правильность собственного представления о наличии достаточных признаков, показывало бы, какие фактические обстоятельства требуется установить дополнительно, какую из возможных статей Особенной части УК РФ можно было бы применить к обстоятельствам данного сообщения.

Современные технологии позволяют заложить в компьютерную программу еще и задачу автоматического поиска наиболее подходящих вариантов: текст электронного бланка, заполненный заявителем, позволит компьютерной программе ориентировочно выявить и пред-

²³ Примеры анализа признаков состава преступления о взяточничестве можно увидеть в некоторых научных статьях (например: Попов И. А. Доказывание предмета взятки как необходимое условие привлечения к уголовной ответственности // Мировой судья. 2018. № 3 ; Яни П. С. Достаточность доказательств по делам о взяточничестве // Законность. 2018. № 9 ; Говорков Н. Доказывание получения взятки // Законность. 2008. № 8 ; Обидин К. В. Особенности предмета доказывания по делам о взяточничестве // Уголовное судопроизводство. 2017. № 4). Однако правоприменителю крайне сложно отыскивать такого рода подсказки в короткие сроки проверки сообщения о преступлении.

²⁴ Подобный подход широко применяется в странах прецедентного права, где в информационные системы вводится огромный объем данных о фактических обстоятельствах дел, давших правовой системе соответствующий прецедент и практику его многолетнего применения.

ложить возможные варианты квалификации субъекту расследования. Решение будет принимать человек, но он получит возможность учесть конкуренцию норм, выбирая наиболее адекватную квалификацию, а также учесть риски неправильной квалификации и будет обязан это сделать. Это могло бы способствовать повышению качества проверочной деятельности на этом этапе, потому что без достаточных фактических данных система может ставить препятствия к заполнению и распечатыванию бланка решения. Например, это позволило бы существенно снизить возможность волюнтаристских решений о возбуждении уголовного дела без достаточных признаков преступления, что сегодня все еще встречается, в том числе при возбуждении отдельных дел об экономических или должностных преступлениях. Это могло бы прервать порочную практику квалификации преступления «с запасом» только для того, чтобы можно было получить решение суда о заключении подозреваемого/обвиняемого под стражу уже в первые дни производства по делу. Это позволило бы восстановить действие необоснованно игнорируемого в досудебном производстве института прекращения уголовного дела, который явно недостаточно используется в силу статистических показателей успешности расследования только при направлении дела в суд²⁵.

Применение подобной программы могло бы повлиять и на качество принимаемых решений. Компьютер мог бы давать рекомендации правоприменителю по вопросу о возможности возбуждения дела с указанием его предметной подследственности. При недостаточности данных о признаках состава преступления или наличии иных юридических оснований правоприменитель получал бы рекомендацию отказать в возбуждении дела с «подсказкой» фактических или юридических оснований. Разработка подобной компьютерной программы, на мой взгляд, потребует исключения такого вида решения, как передача сообщения по подследственности (п. 3 ч. 1 ст. 145 УПК РФ). Представляется, что такой вид решения не должен иметь места в данной стадии. Как показывает современная практика, принятие такого решения по сообщению о преступлении

необоснованно затягивает принятие решения по существу сообщения, приводит к утрате возможных доказательств по делу, к фактической невозможности в последующем восполнить эти утраты и завершить досудебное производство реальным обеспечением потерпевшему права на доступ к правосудию путем направления дела в суд. Многочисленные жалобы лиц, пострадавших от преступления, результаты прокурорских проверок наглядно свидетельствуют о неэффективности такого неопределенного решения по заявлениям и сообщениям о преступлении. Орган, первым получивший сообщение о преступлении, обязан сделать все необходимое и возможное для принятия одного из двух указанных выше решений, и для этого достаточно процессуальных средств в данной стадии процесса. Если в последующем будет выяснена иная подследственности дела, оно может быть направлено по подследственности, но уже с полученными и зафиксированными материалами проверки и доказательствами, полученными в порядке неотложных следственных действий. Может быть принято решение и о последующем прекращении уголовного дела, если в ходе расследования будет установлено любое из оснований для прекращения дела или уголовного преследования конкретного лица. И такое решение вполне законно, что и должно найти реализацию в практике. Тем более ничто не препятствует возможности изменения квалификации, которая была предложена по первичным материалам, не нашла подтверждения в ходе расследования, но установлены признаки иного состава преступления. Двух решений, указанных в п. 1 и 2 ч. 1 ст. 145 УПК РФ, вполне достаточно для начального этапа производства по уголовному делу. При этом возбуждение дела будет сопровождаться обязанностью лица, принявшего такое решение, произвести незамедлительно все неотложные следственные действия, обусловленные характером и особенностями дела.

Предлагаемое построение автоматизированной системы приема, регистрации и разрешения сообщений о преступлении, на мой взгляд, могло бы обеспечить полный учет и преступлений, и потерпевших. Это практически исключило бы субъективный фактор

²⁵ Судебная статистика свидетельствует, что уже многие годы суды прекращают производством до 20 % рассматриваемых уголовных дел, тогда как основания для их прекращения имелись в материалах дела уже в досудебном производстве (см.: Воскобитова Л. А. Возбуждение и прекращение уголовного дела, анализ следственной практики // Уголовное судопроизводство. 2010. № 2. С. 3—6).

влияния на сам факт регистрации сообщений. Своевременность и оперативность реакции на сообщение о преступлении, облегчение проверки и принятия решения, безусловно, могли бы способствовать повышению раскрываемости преступлений и защиты прав потерпевших. Это подтверждается и опытом тех зарубежных государств, где уже ведутся или завершены такие работы²⁶. Следует признать, что переход на электронные, цифровые системы учета обращений граждан начал разрабатываться в некоторых зарубежных государствах еще в конце 1990-х гг., поэтому у России есть возможность воспользоваться уже проверенным зарубежным опытом, адаптировав программы к условиям российской практики. Однако эта задача может быть решена только на уровне руководителей государства в порядке международного сотрудничества. Поэтому такие меры целесообразно включать в число среднесрочных и долгосрочных задач для совершенствования практики российского уголовного судопроизводства.

В российской практике предпринимаются попытки автоматизировать начальный этап работы по делу, решить отдельные вопросы, возникающие при рассмотрении дел судами различных инстанций. К сожалению, в такой цифровизации уголовного судопроизводства пока преобладает ведомственный подход, когда цифровые технологии «вписываются» в общую работу того или иного ведомства. Например, в органах МВД есть единый автоматизированный учет обращений. Однако применительно к уголовному судопроизводству его существенный недостаток состоит в том, что он не позволяет автоматически выделять в автономную базу сообщения о преступлениях²⁷. Для того чтобы выбрать и проанализировать эти обращения, их необходимо распечатать на бумажном носителе, поручить должностному лицу традиционную проверку и получить от него соответствующие результаты. Ведущая роль в такой деятельности традиционно переходит от автоматизированной системы к долж-

ностному лицу с преобладанием субъективного фактора, что и обуславливает проблемы, обозначенные выше. Представляется, что использование не ведомственных, а единой государственной цифровой регистрационной системы является наиболее эффективным средством снижения воздействий субъективного фактора. Это может реально обеспечить доступ потерпевших к правосудию уже на этапе первичных действий органов государства по регистрации и учету обращений, обязанности рассмотреть эти обращения и дать мотивированный ответ.

Однако это не единственная возможность цифровизации уголовного судопроизводства. Для повышения качества и избавления от негативных тенденций в современном российском уголовном судопроизводстве необходим целостный и системный подход к цифровизации всей этой деятельности. Такая программа не должна быть ориентирована на отдельные ведомства или государственные органы. Уголовное судопроизводство должно рассматриваться как единая государственно-властная деятельность, начинающаяся с появления сообщения о совершенном преступлении и завершающаяся окончательным разрешением всех материально-правовых и процессуально-правовых вопросов по данному делу. Следовательно, процесс цифровизации уголовного судопроизводства должен строиться на единой платформе, связывающей не только все стадии производства, но и должностных лиц любого из ведомств, осуществляющих отдельные этапы этой деятельности. Более того, она должна быть в пределах, установленных законом, доступна всем участникам процесса, чьи права и интересы затрагиваются данной деятельностью. Это должна быть гибкая цифровая система, обеспечивающая по одним параметрам тайну производства, в том числе тайну следствия, охрану чести и достоинства человека, его право на тайну личной жизни, семейную и другие охраняемые законом тайны. Но по другим параметрам она должна быть открыта для доступа человека, вовлекаемого в данное

²⁶ См.: Атакиши А. М. Влияние цифровизации на реализацию принципа состязательности в уголовном судопроизводстве отдельных государств // Российская правовая система в условиях четвертой промышленной революции. С. 167 ; Вилкова Т. Ю. Досудебное производство в условиях развития цифровых технологий в России и за рубежом: сравнительный анализ // Там же. С. 236 и др.

²⁷ Приказ МВД России от 29.08.2014 № 736 (в ред. от 07.11.2018) «Об утверждении Инструкции о порядке приема, регистрации и разрешения в территориальных органах Министерства внутренних дел Российской Федерации заявлений и сообщений о преступлениях, об административных нарушениях, о происшествиях» // СПС «КонсультантПлюс».

производство, его защитника, представителя. А по некоторым параметрам, не противоречащим закону, она должна быть доступна и иным лицам, например для проведения научных исследований и обобщения практики уголовного судопроизводства по уже разрешенным уголовным делам; для средств массовой информации, обеспечивающих обществу доступ к информации о судопроизводстве по отдельным делам или при общественном обсуждении отдельных правовых проблем, а иногда и для защиты прав человека в сфере уголовного судопроизводства и т.п.

Будет ли этап цифровизации учета обращений потерпевших интегрирован в действующую стадию возбуждения уголовного дела или такая система потребует иного правового регулирования начального этапа выявления и регистрации преступлений — это вопрос, требующий более глубокого самостоятельного изучения. На протяжении ряда лет некоторые авторы настойчиво предлагают отказаться от стадии возбуждения уголовного дела, полагая, что ее проблемы таким образом будут решены²⁸. Между тем есть существенные риски в такой реформе досудебного производства, о чем было много сказано в научной дискуссии, проведенной журналом «Библиотека криминалиста. Научный журнал»²⁹. Главная проблема — недостаточно изучены последствия отказа от данной стадии и остается неясным, что произойдет с начальным этапом уголовного судопроизводства при устранении этой стадии? Функциональный подход к обсуждению данной проблемы³⁰ показывает, что в досудебном производстве объективно существуют и реализуются несколько содержательных задач и функций по их разрешению. На начальном этапе всегда возникает задача отделения сообщений о преступлении от иных обращений в правоохранительные органы. Уголовно-процессуальная деятельность осуществляется только по сообщениям

о преступлениях и не должна использоваться, если речь идет не о преступлении. Исключение стадии возбуждения уголовного дела не отменяет указанной задачи и не освобождает правоохранительные органы от этой проверочной и «разделительной» деятельности. Другая содержательная задача и соответствующая ей функция — это познание фактических обстоятельств дела, имеющих юридическое значение. Она возникает уже при проверке сообщения о преступлении и продолжается, разворачиваясь и углубляясь, в ходе расследования. Но познавательная задача имеет самостоятельное значение и возникает только после того, как принято решение о наличии признаков состава преступления. Следовательно, не решив первой задачи, не имеет смысла переходить к решению второй.

Первоначальное регулирование стадии возбуждения уголовного дела, каким оно было в УПК РСФСР, в большей мере соответствовало функциональной характеристике процессуальной деятельности. Современные изменения регулирования данной стадии не функциональны, поэтому стадия перестала соответствовать стоящим перед нею задачам, она стала неэффективной не потому, что она не нужна, а потому, что ее регулирование искажает ее смысл и назначение. Если эту стадию упразднить, процессуальная задача отграничения сообщений о преступлениях от иных сообщений останется. Без этого процессуальная деятельность окажется перегруженной множеством проверок, не имеющих к расследованию преступления никакого отношения. Это потребует существенного увеличения штата сотрудников, осуществляющих такие проверки. Это приведет к возможности использования процессуального принуждения, производству следственных действий и пр. в случаях, когда признаков преступления нет и совершенно невозможно предугадать, появятся ли они в ходе такой проверки. Неясным

²⁸ Например: Вицин С. Е. Институт возбуждения дела в уголовном судопроизводстве // Российская юстиция. 2003. № 6. С. 56; Деришев Ю. В. Стадия возбуждения уголовного дела — реликт «социалистической законности» // Российская юстиция. 2003. № 8. С. 34—36; Быков В. М. Проблемы стадии возбуждения уголовного дела // Журнал российского права. 2006. № 7. С. 53—67; Гаврилов Б. Я. Реалии и мифы возбуждения уголовного дела // Уголовное судопроизводство. 2010. № 2. С. 7—10; Он же. Современный уголовно-процессуальный закон и реалии его правоприменения // Российский следователь. 2010. № 4. С. 17—19; Володина Л. М. Проблемы регламентации возбуждения уголовного дела // Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2013. № 4. С. 5—11.

²⁹ См.: Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2014. № 1 (12). С. 20—202.

³⁰ См.: Воскобитова Л. А. Функциональная модель уголовного судопроизводства // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2018. № 32 (42). С. 24—38.

остаётся и вопрос о последствиях процессуальной принудительной деятельности, с вероятностью способной затронуть честь и достоинство отдельных лиц, их права, при неподтверждении сообщения или установлении неправомерного характера события. Без глубокого и широкого обсуждения всего комплекса вопросов, связанных со стадией возбуждения уголовного дела и последствиями отказа от такой стадии,

кардинальное реформирование может оказаться поспешным и губительным для качества уголовного судопроизводства в целом. Представляется, что меры по цифровизации данной стадии уголовного процесса могут дать более эффективное решение как для укрепления гарантий прав человека, потерпевшего от преступления, так и для повышения качества самого досудебного производства в целом.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Антонян Е. А., Аминов И. И.* Блокчейн-технологии в противодействии кибертерроризму // Актуальные проблемы российского права. — 2019. — № 6.
2. *Атакиши А. М.* Влияние цифровизации на реализацию принципа состязательности в уголовном судопроизводстве отдельных государств // Российская правовая система в условиях четвертой промышленной революции : материалы VI Московского юридического форума. — М. : Проспект, 2019. — Ч. 3.
3. *Бормотова Л. В.* Особенности информационно-коммуникативного обеспечения уголовного судопроизводства // Вестник ОГУ. — 2013. — № 3. — С. 24—27.
4. *Быков В. М.* Проблемы стадии возбуждения уголовного дела // Журнал российского права. — 2006. — № 7. — С. 53—67.
5. *Вилкова Т. Ю.* Досудебное производство в условиях развития цифровых технологий в России и за рубежом: сравнительный анализ // Российская правовая система в условиях четвертой промышленной революции : материалы VI Московского юридического форума. — М. : Проспект, 2019. — Ч. 3.
6. *Вицин С. Е.* Институт возбуждения дела в уголовном судопроизводстве // Российская юстиция. — 2003. — № 6.
7. *Володина Л. М.* Досудебное производство и механизм доступа к правосудию // Российская правовая система в условиях четвертой промышленной революции : материалы VI Московского юридического форума. — М. : Проспект, 2019. — Ч. 3.
8. *Володина Л. М.* Проблемы регламентации возбуждения уголовного дела // Библиотека криминалиста. Научный журнал. — 2013. — № 4.
9. *Воскобитова Л. А.* Возбуждение и прекращение уголовного дела, анализ следственной практики // Уголовное судопроизводство. — 2010. — № 2.
10. *Воскобитова Л. А.* Функциональная модель уголовного судопроизводства // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — 2018. — № 32 (42).
11. *Гаврилов Б. Я.* Досудебное производство в XXI веке: современное состояние и перспективы совершенствования // Российская правовая система в условиях четвертой промышленной революции : материалы VI Московского юридического форума. — М. : Проспект, 2019. — Ч. 3.
12. *Гаврилов Б. Я.* Реалии и мифы возбуждения уголовного дела // Уголовное судопроизводство. — 2010. — № 2.
13. *Гаврилов Б. Я.* Современный уголовно-процессуальный закон и реалии его правоприменения // Российский следователь. — 2010. — № 4.
14. *Говорков Н.* Доказывание получения взятки // Законность. — 2008. — № 8.
15. *Деришев Ю. В.* Стадия возбуждения уголовного дела — реликт «социалистической законности» // Российская юстиция. — 2003. — № 8.
16. *Карнозова Л. М.* Уголовная юстиция и гражданское общество. Опыт парадигмального анализа. — М. : Валент, 2010.
17. *Лунеев В. В.* Преступность XX века. Мировые, региональные и российские тенденции. — М. : Норма, 1997.
18. *Масленникова Л. Н.* Трансформация досудебного производства в начальный этап уголовного судопроизводства, обеспечивающий доступ к правосудию в эру Industry 4.0 // Актуальные проблемы российского права. — 2019. — № 6.
19. *Масленникова Л. Н., Собенин А. А.* Регистрация сообщения о преступлении и начало расследования в новой цифровой реальности // Российский следователь. — 2019. — № 6.

20. Наумов А. В. Российское уголовное право : курс лекций. — 5-е изд. — М. : Волтерс Клувер, 2011. — Т. 1.
21. Обидин К. В. О соотношении оснований для возбуждения уголовного дела и оснований для предъявления обвинения в условиях цифровизации уголовного судопроизводства // Актуальные проблемы российского права. — 2019. — № 6.
22. Обидин К. В. Особенности предмета доказывания по делам о взяточничестве // Уголовное судопроизводство. — 2017. — № 4.
23. Оконенко Р. И. Доказательственное право Российской Федерации и Соединенных Штатов Америки в информационную эпоху: уголовно-процессуальный аспект // Юридический вестник СамГУ. — 2015. — Т. 1. — № 3.
24. Панеях Э., Титаев К., Шклярчук М. Траектория уголовного дела: институциональный анализ. — СПб. : Изд-во Европ. ун-та в С.-Петербурге, 2018.
25. Попов И. А. Доказывание предмета взятки как необходимое условие привлечения к уголовной ответственности // Мировой судья. — 2018. — № 3.
26. Собенин А. А. К вопросу о процессуальной форме досудебного производства в условиях развития цифровых технологий // Российская правовая система в условиях четвертой промышленной революции : материалы VI Московского юридического форума. — М. : Проспект, 2019. — Ч. 3.
27. Таболина К. А. К вопросу о высокотехнологичном надзоре прокурора в уголовном процессе // Российская правовая система в условиях четвертой промышленной революции : материалы VI Московского юридического форума. — М. : Проспект, 2019. — Ч. 3.
28. Яни П. С. Достаточность доказательств по делам о взяточничестве // Законность. — 2018. — № 9.

Материал поступил в редакцию 5 февраля 2020 г.

REFERENCES

1. Antonyan EA, Aminov II. Blokcheyn-tekhnologii v protivodeystvii kiberterrorizmu [Blockchain Technologies in Countering Cyberterrorism]. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava*. 2019;6. (In Russ.)
2. Atakishi AM. Vliyanie tsifrovizatsii na realizatsiyu printsipa sostyazatelnosti v ugovnom sudoproizvodstve ot delnykh gosudarstv [The Influence of Digitalization on the Implementation of the Principle of Competitiveness in Criminal Proceedings of Certain States]. In: *The Russian Legal System in the Conditions of the Fourth Industrial Revolution : Proceedings of the VI Moscow Legal Forum. Part 3*. Moscow: Prospekt; 2019. (In Russ.)
3. Bormotova LV. Osobennosti informatsionno-kommunikativnogo obespecheniya ugovnogo sudoproizvodstva [Peculiarities of information and communicative support of criminal proceedings]. *Vestnik of OSU*. 2013;3:24—27. (In Russ.)
4. Bykov VM. Problemy stadii vobuzhdeniya ugovnogo dela [Problems of the Stage of Initiation of Criminal Proceedings]. *Journal of Russian Law*. 2006;7:53—67. (In Russ.)
5. Vilkova TYu. Dosudebnoe proizvodstvo v usloviyakh razvitiya tsifrovyykh tekhnologiy v Rossii i za rubezhom: sravnitelnyy analiz [Pre-Trial Proceedings under the Conditions of Development of Digital Technologies in Russia and Abroad: A Comparative Analysis]. In: *The Russian Legal System in the Conditions of the 4th Industrial Revolution: Proceedings of the 6th Moscow Legal Forum. Part 3*. Moscow: Prospekt; 2019. (In Russ.)
6. Vitsin SE. Institut vobuzhdeniya dela v ugovnom sudoproizvodstve [A Institution of Initiation of Proceedings in Criminal Proceedings]. *Russian Justitia*. 2003;6. (In Russ.)
7. Volodina LM. Dosudebnoe proizvodstvo i mekhanizm dostupa k pravosudiyu [Pre-trial Proceedings and Access to Justice Mechanisms]. In: *The Russian Legal System in the Conditions of the 4th Industrial Revolution: Proceedings of the 6th Moscow Legal Forum. Part 3*. Moscow: Prospekt; 2019. (In Russ.)
8. Volodina LM. Problemy reglamentatsii vobuzhdeniya ugovnogo dela [Problems of regulation of initiation of criminal case]. *Library of a Criminalist. Academic Journal*. 2013;4. (In Russ.)
9. Voskobitova LA. Vobuzhdenie i prekrashchenie ugovnogo dela, analiz sledstvennoy praktiki [Initiation and Termination of a Criminal Case, an Analysis of Investigatory Practice]. *Criminal Judicial Proceeding*. 2010;2. (In Russ.)
10. Voskobitova LA. Funktsionalnaya model ugovnogo sudoproizvodstva [A functional model of criminal proceedings]. *Courier of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)*. 2018;32(42). (In Russ.)

11. Gavrilov BYa. Dosudebnoe proizvodstvo v XXI veke: sovremennoe sostoyanie i perspektivy sovershenstvovaniya [Pre-trial Proceedings in the 21st Century: Current State and Prospects of Improvement]. In: *The Russian Legal System in the Conditions of the 4th Industrial Revolution: Proceedings of the 6th Moscow Legal Forum*. Part 3. Moscow: Prospekt; 2019. (In Russ.)
11. Gavrilov BYa. Realii i mify возбуждения уголовного дела [Realities and myths of initiation of criminal proceedings]. *Criminal Judicial Proceeding*. 2010;2. (In Russ.)
11. Gavrilov BYa. Sovremennyy ugolovno-protsessualnyy zakon i realii ego pravoprimeneniya [Modern Criminal Procedure Law and the Realities of its Enforcement]. *Russian Investigator*. 2010;4. (In Russ.)
14. Govorkov N. Dokazyvanie polucheniya vzyatki [Proving of Receiving a Bribe]. *Zakonnost*. 2008;8. (In Russ.)
15. Derishev YuV. Stadiya возбуждения уголовного дела — реликт «социалистической законности» [The Stage of Initiation of Criminal Proceedings — a Relic of “Socialist Legality”]. *Russian Justitia*. 2003;8. (In Russ.)
16. Karnozova LM. Ugolovnaya yustitsiya i grazhdanskoe obshchestvo. Opyt paradigmalnogo analiza [Criminal Justice and a Civil Society. Experience of Paradigmatic Analysis]. Moscow: Valent; 2010. (In Russ.)
17. Luneev VV. Mirovye, regionalnye i rossiyskie tendentsii [Crime of the 20th Century. World, Regional and Russian Tendencies]. Moscow: Norma; 1997. (In Russ.)
18. Maslennikova LN.. Transformatsiya dosudebnogo proizvodstva v nachalnyy etap ugolovnogo sudoproizводства, obespechivayushchiy dostup k pravosudiyu v eru industry 4.0 [Transformation of Pre-Trial Proceedings into the Initial Stage of Criminal Proceedings Providing Access to Justice in the Era of Industry 4.0]. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava*. 2019;6. (In Russ.)
19. Maslennikova LN, Sobenin AA. Registratsiya soobshcheniya o prestuplenii i nachalo rassledovaniya v novoy tsifrovoy realnosti [Registration of the report on the crime and the beginning of the investigation in the new digital reality]. *Russian Investigator*. 2019;6. (In Russ.)
20. Naumov AV. Rossiyskoe ugolovnoe pravo : kurs lektsiy [Russian Criminal Law: A Course of Lectures]. 5th ed. Vol. 1. Moscow: Volters Kluver; 2011. (In Russ.)
21. Obidin KV. O sootnoshenii osnovaniy dlya возбуждения уголовного дела i osnovaniy dlya predyavleniya obvineniya v usloviyakh tsifrovizatsii ugolovnogo sudoproizводства [The Ratio of Grounds for Initiation of Criminal Proceedings and Grounds for Bringing Charges in the Conditions of Digitalization of Criminal Proceedings]. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava*. 2019;6. (In Russ.)
21. Obidin KV. Osobennosti predmeta dokazyvaniya po delam o vzyatochnichestve [Features of the Subject of Proof in Cases of Bribery]. *Criminal Judicial Proceeding*. 2017;4. (In Russ.)
23. Okonenko RI. Dokazatelstvennoe pravo rossiyskoy federatsii i soedinennykh shtatov ameriki v informatsionnuyu epokhu: ugolovno-protsessualnyy aspekt [Evidence Law of the Russian Federation and the United States of America in the Information Age: a Criminal Procedural Aspect]. *Juridical Journal of Samara University*. 2015;1(3). (In Russ.)
24. Paneyakh E, Titayev K, Shklyaruk M. Traektoriya ugolovnogo dela: institutsionalnyy analiz [Trajectory of a Criminal Case: An Institutional Analysis]. St. Petersburg: European University Publishing House; 2018. (In Russ.)
25. Popov IA. Dokazyvanie predmeta vzyatki kak neobkhodimoe uslovie privlecheniya k ugolovnoy otvetstvennosti [Proving the Subject Matter of a Bribe as a Necessary Condition for Criminal Prosecution]. *Magistrate Judge*. 2018;3. (In Russ.)
26. Sobenin AA. K voprosu o protsessualnoy forme dosudebnogo proizvodstva v usloviyakh razvitiya tsifrovyykh tekhnologiy [On the Procedural Form of Pre-Trial Proceedings in the Conditions of Development of Digital Technologies]. In: *The Russian Legal System in the Conditions of the 4th Industrial Revolution: Proceedings of the 6th Moscow Legal Forum*. Part 3. Moscow: Prospekt; 2019. (In Russ.)
27. Tabolina KA. K voprosu o vysokotekhnologichnom nadzore prokurora v ugolovnom protsesse [High Tech Supervision of the Prosecutor in Criminal Proceedings]. In: *The Russian Legal System in the Conditions of the 4th Industrial Revolution: Proceedings of the 6th Moscow Legal Forum*. Part 3. Moscow: Prospekt; 2019. (In Russ.)
28. Yani PS. Dostatochnost dokazatelstv po delam o vzyatochnichestve [Sufficiency of Evidence in Cases of Bribery]. *Zakonnost*. 2018;9. (In Russ.)

DOI: 10.17803/1729-5920.2020.161.4.069-083

С. Л. Кисленко*

Роль криминалистической классификации и типизации подсудимых в формировании криминалистических рекомендаций по поддержанию государственного обвинения в суде

Аннотация. Системные характеристики учения о лице, совершившем преступление, определяют комплексность использования информации о нем в процессе уголовного преследования. Немаловажное значение в работе правоохранительных органов как системного образования будет иметь системная информация о поведенческих аспектах лица в процессе генезиса криминальной и посткриминальной деятельности, а также его процессуального статуса. О криминалистически значимых аспектах деятельности (и поведения) преступника как о системном целостном образовании следует говорить тогда, когда будет установлена решающая роль личностных особенностей не только в механизме преступного деяния, но и за его рамками. Исследованию должна подвергаться деятельность лица, имеющая место как до уголовного преследования (криминальный аспект), так и в его процессе (посткриминальный аспект). Поэтому личность подсудимого целесообразно рассматривать в системе таких категорий, как личность преступника и личность обвиняемого (подозреваемого). В целях повышения эффективности деятельности по изобличению преступников в рамках судебного производства необходима типизация подсудимых. Классификационный подход позволяет разрабатывать целенаправленные рекомендации (методики, тактические комплексы) для поддержания государственного обвинения. Получение и использование информации о личности подсудимого предполагает необходимость взаимодействия государственного обвинителя с иными органами уголовного преследования.

Автор приходит к выводу, что изучение личностных и поведенческих характеристик подсудимого имеет важное теоретическое и практическое значение. В первом случае обобщение таких знаний способствует развитию криминалистической теории в целом и отдельных ее разделов в частности. С практической точки зрения аккумуляция подобных знаний способствует формированию целенаправленных криминалистических рекомендаций по повышению эффективности уголовного преследования лиц, совершивших преступления, в рамках судебного разбирательства уголовных дел.

Ключевые слова: уголовное преследование; судебное разбирательство; поддержание государственного обвинения; прокурор; личность преступника; обвиняемый; подсудимый; типизация подсудимых; противодействие уголовному преследованию; оперативно-розыскная деятельность; криминалистика.

Для цитирования: Кисленко С. Л. Роль криминалистической классификации и типизации подсудимых в формировании криминалистических рекомендаций по поддержанию государственного обвинения в суде // Lex russica. — 2020. — Т. 73. — № 4. — С. 69—83. — DOI: 10.17803/1729-5920.2020.161.4.069-083.

© Кисленко С. Л., 2020

* Кисленко Сергей Леонидович, кандидат юридических наук, доцент кафедры криминалистики Саратовской государственной юридической академии
Вольская ул., д. 1, г. Саратов, Россия, 410056
ser-kislenko@yandex.ru

The Role of Criminalistic Classification and Defendants' Typification in the Formation of Forensic Recommendations for Prosecuting in Court

Sergey L. Kislenko, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Department of Criminalistics, Saratov State Law Academy
ul. Volskaya, d. 1, d. Saratov, Russia, 410056
ser-kislenko@yandex.ru

Abstract. Systemic characteristics of the doctrine dealing with the person committing a crime predetermine the complexity of the use of information about him or her in the process of criminal prosecution. Systemic information on the behavioral aspects of the person in the process of genesis of criminal and post-criminal activity, as well as its procedural status, will be of great importance in the work of law enforcement agencies as a systematic structure. Criminalistically significant aspects of criminal activity (and behavior) as a systemic holistic structure should be discussed when the decisive role of personal features is determined not only in the mechanism of the criminal act, but also beyond it. The activity of the person that takes place both before the criminal prosecution (criminal aspect) and during the proceedings (post-criminal aspect) should be investigated. Therefore, the identity of the defendant should be considered in the context of such categories as the identity of an offender and the identity of an accused (a suspect). The typification of defendants is necessary in order to improve the effectiveness of the prosecution of offenders in court proceedings. The classification approach allows us to develop targeted recommendations (methods, tactical complexes) to maintain the prosecution. Obtaining and using information about the identity of the defendant implies the need for the public prosecutor to interact with other authorities involved in prosecution process.

The author comes to the conclusion that the study of personal and behavioral characteristics of the defendant has important theoretical and practical significance. In the first case, the generalization of such knowledge contributes to the development of criminalistic theory in general and its certain sections in particular. From a practical point of view, accumulation of such knowledge contributes to the formation of targeted criminalistic recommendations used to improve the effectiveness of criminal prosecution of persons who committed crimes within the framework of criminal proceedings.

Keywords: criminal prosecution; trial; maintenance of the state prosecution; prosecutor; personality of the criminal; accused; defendant; typization of defendants; counteraction to criminal prosecution; operational-search activity; criminalistics.

Cite as: Kislenko SL. Rol kriminalisticheskoy klassifikatsii i tipizatsii podsudimyykh v formirovanii kriminalisticheskikh rekomendatsiy po podderzhaniiu gosudarstvennogo obvineniya v sude [The Role of Criminalistic Classification and Defendants' Typification in the Formation of Forensic Recommendations for Prosecuting in Court]. *Lex russica*. 2020;73(4):69—83. — DOI: 10.17803/1729-5920.2020.161.4.069-083. (In Russ., abstract in Eng.).

Введение в проблематику изучения личности подсудимого. Вопросы изучения личности участников уголовного судопроизводства напрямую влияют на криминалистические разработки в области тактического и методического обеспечения деятельности правоохранительных органов. Не является исключением и личность лица, совершившего преступное деяние, данные о котором широко используются при решении вопросов, касающихся выдвижения и проверки версий о его причастности к данному деянию, планирования судебного исследования доказательств, выбора тактических приемов проведения отдельных процессуальных действий, приемов по преодолению актов противодействия и др.

В целом криминалистическое изучение лица, совершившего преступление, имеет

многоуровневую систему с соответствующими криминалистическими задачами, решение которых базируется на использовании положений разных уровней данного учения. Так, получение и интерпретация знаний о неизвестном преступнике с учетом специфики вида совершенного криминального деяния по отобразившимся в окружающей обстановке следам позволяет правоохранительным органом наметить направление розыскных и иных первоначальных действий и др. А изучение уже задержанного лица происходит с целью криминалистической оценки его личности для построения оптимальной линии поведения лиц, осуществляющих его изобличение (определение времени, очередности и условий проведения следственных действий с участием подозреваемого, обвиняемого, прогнозирование его линии поведения

и мер, направленных на преодоление возможных актов противодействия, выбор тактических приемов воздействия и др.). Таким образом, объем криминалистического изучения личности преступника должен определяться исходя из тех задач, которые могут быть решены в процессе уголовного преследования такого лица с использованием сведений о нем.

В данном ракурсе мы разделяем точку зрения Н. И. Малихиной, справедливо отмечающей, что специфические цели, задачи, методология и методика изучения преступника (как неустановленного, так и фигурирующего в уголовном судопроизводстве в определенном процессуальном статусе), а также источники криминалистической информации о нем предопределяют необходимость выделения самостоятельным компонентом в общей системе криминалистического учения об участниках криминального события¹. На наш взгляд, подобное учение о личности преступника может иметь более глубокую уровневую систему. Основаниями для формирования самостоятельных уровней учения о преступнике может выступать как информационная составляющая деятельности правоохранительных органов относительно лица, совершившего преступление (известный и неизвестный преступник), вовлеченность его в сферу уголовного судопроизводства и процессуальная дифференциация данного субъекта (подозреваемый — обвиняемый — подсудимый), так и социально-демографические (например, изучение личности несовершеннолетнего обвиняемого²) и иные критерии (например, отношение данного лица к процессу его изобличения).

При этом необходимо учитывать, что системные характеристики учения о личности преступника предопределяют комплексность использования информации о нем в процессе уголовного преследования. Немаловажное значение в работе правоохранительных органов как системного образования (дознание — следствие — поддержание государственного обвинения) будет иметь именно системная

информация о поведенческих аспектах лица в процессе генезиса его криминальной и посткриминальной деятельности (как в рамках процессуального статуса, так и нет). Кроме того, между этими элементами прослеживается устойчивая причинно-следственная связь. Объясняется это отчасти положениями теории деятельности, в рамках которой способ выполнения каждого последующего действия рассматривается в зависимости от результатов предшествующего действия и конкретных условий деятельности³. Например, скрытность и осторожность докриминального и криминального поведения лица обуславливают, как правило, подобное его поведение в процессе уголовного судопроизводства. Кроме того, особенности поведения преступника как до, так и в процессе уголовного преследования детерминируют принятие субъектами, его изобличающими, ряда процессуальных и тактических решений (например, применение мер пресечения, которые должны ограничить деятельность лица по противодействию правоохранительным органам).

Исходя из изложенного, считаем, что в криминалистике должно найти отражение изучение взаимосвязи аспектов криминального и посткриминального поведения преступника в целях дальнейшей конкретизации их элементов в рамках разработки отдельных частных теорий. В частности, в литературе предлагается включать в качестве составной части криминалистики изучение тактики поведения преступников⁴. По нашим данным, 92 % опрошенных следователей указали на необходимость более глубокого познания тактики поведения преступников, которая, по их мнению, не должна ограничиваться только изучением типовых способов подготовки, совершения и сокрытия преступления, имеющей лишь поисково-познавательное практическое значение⁵. Как справедливо считают практические работники, тактика существует и там, где есть не только поиск преступника, но и необходимость преодолевать противодействие лиц, противостоящих уголов-

¹ Малихина Н. И. Криминалистическое учение о лице, совершившем преступление : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2017. С. 63.

² См.: Макаренко И. А. Личность несовершеннолетнего обвиняемого как объект криминалистического исследования. М., 2006.

³ См.: Основы инженерной психологии / под ред. Б. Ф. Ломова. М., 1986. С. 182.

⁴ См.: Бахин В. П. Криминалистика. Проблемы и мнения. Киев, 2002. С. 120.

⁵ Кисленко И. Л., Кисленко С. Л. Криминалистические основы поддержания государственного обвинения : монография. М. : Юрлитинформ, 2013. С. 287.

ному преследованию. Однако следует констатировать, что изучению личности преступника в рамках его посткриминального поведения не уделяется должного внимания на настоящем этапе развития теории криминалистики (а именно в рамках такого раздела данной науки, как криминалистическая тактика).

Также отметим, что моделирование поведенческих аспектов подсудимого в суде, на наш взгляд, не может основываться только на системе знаний о типичных связях механизма совершенного преступления и порождаемых им последствий в окружающей обстановке. Большинство положений, вытекающих из данной системы, в рамках судебного разбирательства с учетом новых системообразующих факторов теряют свою практическую значимость. Игнорирование данного положения приводит к тому, что на практике появляются проблемные ситуации в деятельности органов уголовного преследования (например, изменение подсудимым показаний и своей позиции в суде). Функционирование специфических личностных характеристик лица, совершившего преступление, не ограничивается рамками совершенного им деяния и процессом его расследования, но продолжает закономерно проявляться и в ходе судебного следствия.

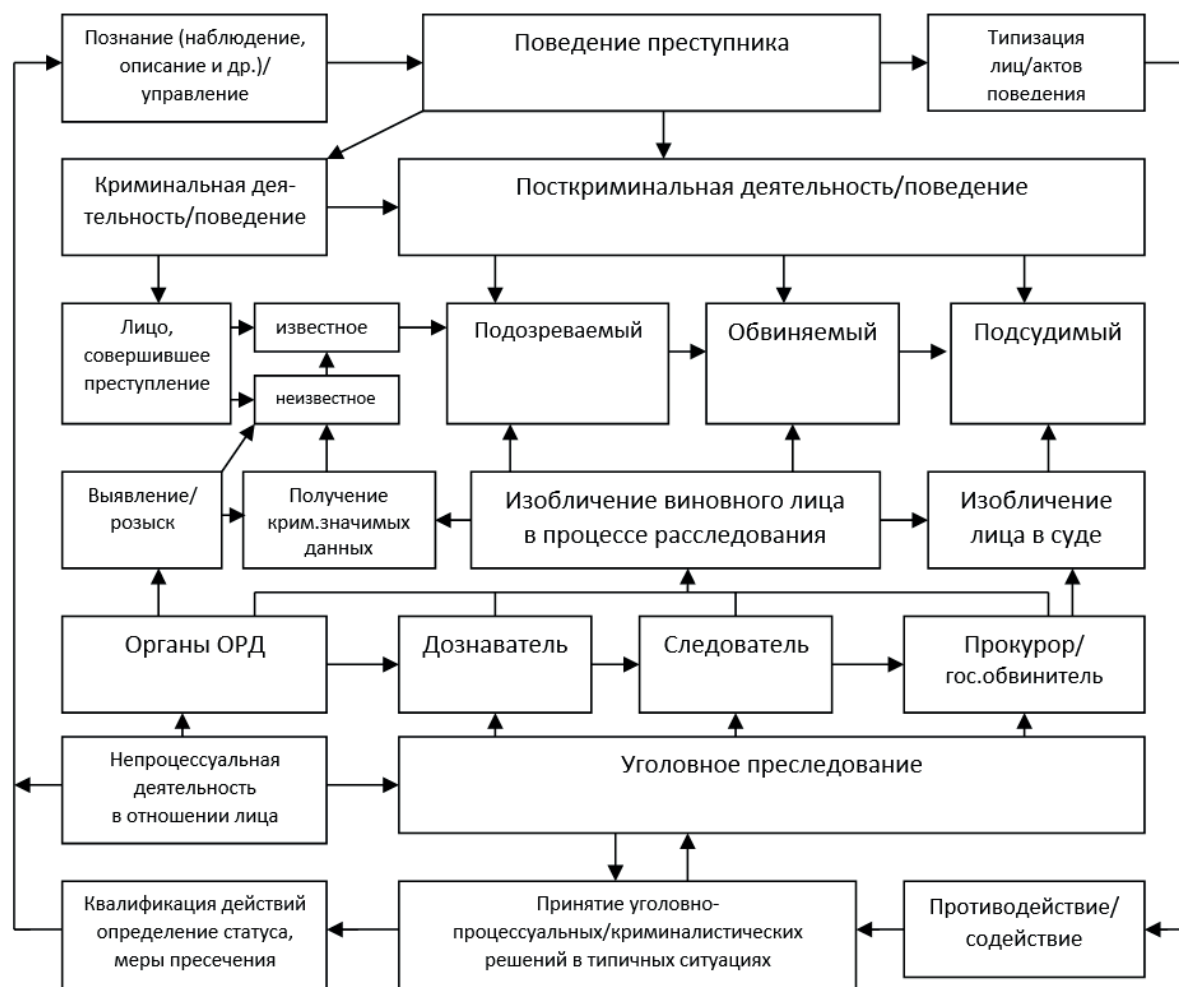
Изложенное свидетельствует о целесообразности рассмотрения поведения подсудимого как элемента системы более высокого порядка. Таким более общим объектом криминалистического познания, на наш взгляд, должна выступать деятельность преступника (и ее отдельные поведенческие аспекты⁶), охватывающая системы связей на разных уровнях их проявлений — предкриминальном, криминальном и посткриминальном (как до, так и в процессе уголовного преследования). При этом отдельные составля-

ющие указанной системы могут рассматриваться и как самостоятельные образования, так и во взаимосвязи с элементами системы поисково-познавательной и изобличающей деятельности субъектов уголовного преследования. Например, обусловленные криминальной деятельностью посткриминальные аспекты поведения преступника являются, в свою очередь, важным детерминантом процесса его изобличения. Мы солидарны с мнением О. В. Полстовалова, отмечающего, что именно посткриминальное поведение преступника как проявление особенностей личности участника уголовного судопроизводства является наиболее значимым для разработки индивидуально-типологических комплексов тактических приемов⁷.

На наш взгляд, исследование личности преступника, его поведения должно происходить через призму всей криминалистической деятельности. В одном случае данная информация будет использоваться в целях разработки тактических комплексов для деятельности дознавателя, следователя, а в другом — в целях поддержания прокурором обвинения в суде. Целесообразность предлагаемого нами подхода проявляется, например, при решении такой проблемы, как поддержание государственного обвинения в ситуациях изменения обвиняемыми своих первоначальных показаний и позиций по делу на стадии судебного разбирательства. Прогнозирование и оценка в суде таких показаний, равно как и определение путей выхода из подобной проблемной ситуации представляют для прокуроров значительную трудность. Так, по данным проведенного нами опроса, 90 % государственных обвинителей относят указанную ситуацию к вызывающей наибольшие затруднения при поддержании государственного обвинения в суде. Представляется, что только

⁶ В отличие от деятельности поведение не целенаправленно, не подчинено предварительно поставленной цели. Здесь нет анализа условий, нет составления идеальной схемы действий, нет предвидения — словом, всей той рассудочной работы, которая предшествует деятельности и сопровождает ее. Поэтому, говоря о деятельности, в литературе имеют в виду ее целенаправленность, наличие предварительной идеальной схемы, ее сложную структуру и ее способность быть рациональной или нерациональной (см.: Никифоров А. Л. Деятельность, поведение, творчество // Деятельность: теории, методология, проблемы : сборник науч. трудов. М. : Политиздат, 1990. С. 57). Данные обстоятельства свидетельствуют о необходимости системного подхода к анализу преступной деятельности, в частности рассмотрения последней в качестве элемента (целенаправленного поведения) в системе поведения преступника, охватывающего осознаваемые и неосознаваемые формы самовыражения индивида в окружающей социальной действительности (см.: Лаврухин С. В. Поведение преступника как объект криминалистического моделирования. Саратов : Изд-во Саратов. гос. академии права, 2006. С. 53—63).

⁷ Полстовалов О. В. Современные проблемы криминалистической тактики. М. : Юрлитинформ, 2009. С. 140—141.



познание закономерностей в рамках целостной системы поведения преступника на протяжении всего процесса его уголовного преследования позволит разработать целенаправленные криминалистические рекомендации по управлению отдельными его составляющими⁸.

Таким образом, личность подсудимого нецелесообразно рассматривать в отрыве от категорий, находящихся с ним в тесной взаимосвязи (непосредственной и опосредованной), как по

горизонтали (личность неизвестного преступника, личность подозреваемого, обвиняемого), так и по вертикали (деятельность органов уголовного преследования по выявлению данного лица и его изобличению на досудебной и судебной стадиях процесса)⁹.

Прикладное значение изучения личности подсудимого. Предлагаемый нами подход позволит повысить эффективность деятельности прокурора в суде путем разработки конкретных

⁸ Данное обстоятельство учитывает и законодатель при формализации поисково-познавательной деятельности субъектов уголовного преследования. Так, согласно ст. 6.1 УПК РФ при определении разумности срока уголовного судопроизводства, который охватывает собой период с момента начала осуществления уголовного преследования и до момента прекращения уголовного преследования или вынесения обвинительного приговора, помимо всех прочих обстоятельств, необходимо учитывать *поведение* участников уголовного судопроизводства.

⁹ Исходя из целей настоящей статьи — разработка рекомендаций по повышению эффективности деятельности прокурора в стадии судебного разбирательства, мы не рассматриваем особенности поведения осужденных лиц. При этом мы признаем, что пенитенциарный аспект поведения находится в тесной связи с рассматриваемыми нами аспектами и подлежит также комплексному исследованию (см., например: *Николайченко В. В.* Пенитенциарные и постпенитенциарные преступления: криминалистическая теория и практика : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 2006).

криминалистических рекомендаций, направленных на поддержание обвинения с учетом типизации личностных особенностей подсудимых.

Здесь необходимо учитывать, что в отличие от следователя государственный обвинитель при изучении личности подсудимого опирается в первую очередь на данные, содержащиеся в материалах досудебного производства. Но если информационной основой организации предварительного расследования выступает в первую очередь криминалистическая характеристика определенной группы (вида) преступлений, содержание которой определяется в первую очередь особенностями ее системообразующего элемента — личностью преступника, то предметом изучения государственного обвинителя являются фактические данные, уже зафиксированные в материалах дела. Однако это вовсе не говорит о нецелесообразности обращения государственного обвинителя в процессе аналитической работы над материалами досудебного производства к элементному составу криминалистической характеристики преступлений. Например, использование сведений о типичных элементах криминалистической характеристики преступлений и об их взаимосвязях позволяет прокурору в процессе подготовки к поддержанию обвинения, анализируя материалы досудебного производства, выявить отдельные упущения в процессе построения и проверки следственных версий, что, в свою очередь, предполагает необходимость принятия им системы действий по возможному восполнению выявленных недостатков. Так, по делам о незаконном сбыте наркотиков подсудимые часто заявляют в суде, что не имели умысла на сбыт наркотика, а приобрели и хранили его для собственного потребления. В такой ситуации государственному

обвинителю рекомендуется не ограничиваться оглашением показаний, данных подсудимым на предварительном следствии, а предоставлять дополнительные сведения, касающиеся его образа жизни (о пристрастиях, круге общения и т.п.) и их связей с элементами способа совершения преступления. В частности, данные, свидетельствующие о том, что сбытчик сам не употребляет наркотики¹⁰.

В связи этим на стадии подготовки к поддержанию обвинения в суде прокурор при изучении материалов досудебного производства должен оценить полноту данных (социальных, демографических, психофизиологических и др.), которые были выявлены как в преступном, так и в постпреступном поведении лица. При построении тактики своего дальнейшего участия в судебном исследовании доказательств государственный обвинитель должен уметь сопоставлять результаты исследования личности подсудимого с типовыми характеристиками, которые являются неотъемлемыми для личности преступника, совершившего конкретный вид преступления. При несовпадении таких характеристик государственный обвинитель может выдвинуть версии относительно обоснованности отдельных составляющих действий преступника (например, мотива и др.)¹¹.

При изучении исходной доказательственной модели государственному обвинителю рекомендуется также заранее побеседовать со следователем, который поможет прокурору устранить отдельные сомнения, возникшие у него в процессе изучения данных, характеризующих обвиняемого¹². Так, обобщение правоохранительной практики по половым преступлениям позволяет сделать вывод о том, что с актами воздействия на потерпевших со стороны преступников (их родственников, друзей) приходится сталкиваться как в процессе досудебного

¹⁰ См.: Гармаев Ю. П., Шашин Д. Г. Особенности криминалистической методики расследования и поддержания государственного обвинения по уголовным делам о незаконном сбыте наркотиков : монография. М. : Юрлитинформ, 2009. С. 104.

¹¹ Руководство для государственного обвинителя / кол. авторов. СПб. : Юридический центр, 2011.

¹² См.: Гаврилов В. В. Слово государственному обвинителю : Поддержание государственного обвинения в суде. Саратов : Слово, 1998. С. 41 ; Антипова Н. Т. Государственное обвинение в суде: проблемы законодательного регулирования и практики : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 108.

Кроме того, знания о личности следователя позволят оптимизировать деятельность государственного обвинителя по изучению материалов уголовного дела, помогут быстрее выявлять допущенные ошибки (возможно, типичные для этого следователя) и пробелы расследования, субъективность в оценке доказательств и при принятии решений (см.: Корсаков К. А. Задачи подготовки прокурора к участию в судебном разбирательстве по уголовным делам // Закон : интернет-журнал Ассоциации юристов Приморья. URL: www.proknadzor.ru (дата обращения: 12.09.2019).

производства, так и в рамках судебного разбирательства по уголовному делу. Зачастую потерпевших склоняют к даче ложных показаний путем предложения материальных благ, угроз в их адрес. Исходя из этого, в литературе настоятельно рекомендуется государственному обвинителю по данной категории дел заранее обсудить со следователем особенности личности как самого обвиняемого, так и потерпевшего с целью принятия превентивных мер по нейтрализации указанных отрицательных факторов¹³. Получение государственным обвинителем от следователя подробной оценки личностных особенностей подсудимого позволит государственному обвинителю скорректировать отдельные структурные составляющие разработанного (прогнозируемого) им сценария развития криминалистической ситуации в суде.

В связи с возможностью осуществления со стороны подсудимых противодействия поддержанию государственного обвинения обвинитель должен использовать соответствующие приемы и методы эффективного преодоления объективно создаваемых затруднений в процессе судебного доказывания. Немаловажную роль здесь играет взаимодействие прокурора с оперативными подразделениями, в рамках которого создаются оптимальные условия для поддержания государственного обвинения. По мнению отдельных авторов, оперативно-розыскное обеспечение государственного обвинения оказывает существенную помощь государственному обвинителю в принятии некоторых процессуальных и тактических решений. В частности, в ходе оперативно-розыскного контроля за поведением обвиняемых могут быть выявлены и предотвращены акты криминального воздействия на свидетелей и потерпевших в ходе судебного заседания¹⁴. Так, по данным отдельных авторов, 32 % опрошенных оперативных работников сообщили, что они действительно имели оперативную информацию о воздействии со стороны обвиняемых (подсудимых) и их пособников на свидетелей и потерпевших с целью изменения ими в даль-

нейшем своих показаний в судебном заседании в виде: угроз в адрес близких родственников свидетелей и потерпевших — 27 %, сбора сведений, компрометирующих свидетелей и потерпевших, с целью их последующего шантажа — 21 % и т.д.¹⁵.

Подобные формы взаимодействия прокурора с оперативными подразделениями дают на практике положительные результаты. Так, благодаря оперативным действиям оперуполномоченных ОБЭП г. Набережные Челны в рамках исполнения поручений государственного обвинителя удалось опровергнуть в рамках судебного доказывания алиби, выдвинутое подсудимыми Г. и С., обвинявшимися в совершении ряда мошенничеств и присвоении чужого имущества. А по делу О. и Ф. о групповых насильственных действиях сексуального характера государственным обвинителем было поручено сотрудникам ОУР Центрального ОВД г. Набережные Челны производство поисковых мероприятий, направленных на опровержение алиби, выдвинутого одним из подсудимых. В результате также было доказано, что подсудимый дал ложные показания в суде¹⁶.

Изложенное свидетельствует о том, что изучение личности подсудимого в целях реализации обвинительной позиции в суде, во-первых, не может проходить вне связи с данными, характеризующими это лицо в процессе всего уголовного преследования, а во-вторых, обуславливает необходимость принятия ряда тактико-организационных мер взаимодействия органов, осуществляющих его изобличение.

Типизация личности подсудимых и ее роль в поддержании государственного обвинения в суде. Необходимо отметить, что наличие у подсудимых таких общих признаков, как сам факт вовлечения в сферу уголовного преследования, протекающего в рамках публичного судебного разбирательства, наличие определенного процессуального положения (и социального статуса), не означает, что данную группу следует воспринимать как некую однородную общность. Объясняется это тем, что

¹³ См.: Криминалистика для государственных обвинителей : учебник / под ред. А. Ф. Козусева, В. Н. Исаенко, А. М. Кустова. М. : Норма: Инфра-М, 2012. С. 291.

¹⁴ См.: Луговик В. Ф., Давыдов С. И., Пономаренко О. Н. Оперативно-розыскное обеспечение государственного обвинения : монография. Барнаул, 2007. С. 10—11.

¹⁵ Хомколов В. П. Организация управления оперативно-розыскной деятельностью: системный подход. М. : Закон и право, 1999. С. 107—109.

¹⁶ Аббасов А., Гусев В. Взаимодействие государственного обвинителя с органами предварительного расследования // Законность. 2009. № 9. С. 19—22.

личностные особенности подсудимых являются важнейшими факторами, детерминирующими конкретные способы, приемы и методы поддержания государственного обвинения в суде. Поэтому при формировании соответствующих криминалистических рекомендаций основополагающим будет дифференцированный подход, в рамках которого должны исследоваться различные классификационные группы подсудимых.

В связи с этим при формировании как самого криминалистического учения о личности подсудимого, так и соответствующих практических рекомендаций, вытекающих из его теоретических положений, должны широко использоваться приемы типологизации и классификации.

В основе типологии лежит расчленение систем объектов и их группировка с помощью обобщенной, идеализированной модели или типа. В данном случае элементы будут группироваться вокруг какого-либо одного, обладающего эталонными свойствами, которые выступают критериями группировки (по признакам равенства или подобия). Под *типологией личности подсудимого будем понимать распределение подсудимых на основе сходства ряда существенных признаков, свойств, проявлений по классификационным группам*. При этом необходимо учитывать, что объем сведений о личности подсудимого напрямую связан с конкретными направлениями деятельности по решению тех или иных практических задач. Поэтому изучение личности подсудимого носит комплексный характер и включает в себя различные аспекты: криминалистический, уголовно-правовой, процессуальный, криминологический, психологический и др.

Исходя из этого, в основу типизации могут быть положены различные основания, имеющие значение при формировании практических рекомендаций по поддержанию государственного обвинения.

Отмечая, что в системе источников формирования криминалистических рекомендаций нормы права играют определяющую роль, Р. С. Белкин особо выделял значение норм уголовного и уголовно-процессуального права для

комплексной разработки криминалистических методик¹⁷. Соглашаясь с уважаемым ученым, отметим, что само наличие процессуального статуса подсудимого предполагает применение прокурором в суде соответствующих методик поддержания государственного обвинения. При этом классификационным признаком как самих подсудимых, так и соответствующих криминалистических методик может быть вид совершенного преступления. Известно, что уголовно-правовая классификация преступлений выступает основой для систематизации частных методик поддержания государственного обвинения (по предмету посягательства, субъекту и другим основаниям).

Вид совершенного преступления непосредственно связан с индивидуальными (социально-демографическими, психологическими и др.) особенностями преступника. Исходя из данного критерия, можно выделить группы лиц, обвиняемых в насильственных, корыстных, корыстно-насильственных и других преступлениях. Возможна и более детальная градация, имеющая практическое значение. Например, совершение насильственных преступлений, относимых к тяжким и особо тяжким, предполагает возможность получения за такие преступления наказания в виде длительного лишения свободы, что, как отмечается в литературе, закономерно побуждает подсудимых к максимальному сопротивлению установлению истины¹⁸. Так, в рамках судебного разбирательства по дела об убийствах способы избежать ответственности у подсудимого ограничиваются четырьмя типовыми версиями: 1) выдвижение в суде алиби; 2) отрицание причастности к убийству (без алиби); 3) неосторожное причинение смерти; 4) необходимая оборона (как вариант — допущение ее превышения)¹⁹. Знание этих типовых версий позволяет прокурору прогнозировать пределы основных тактических возможностей подсудимого в противостоянии установлению истины. Использование данных сведений позволяет прокурору «адекватно оценить сложившуюся ситуацию по делу, определить круг использованных приемов воздействия и последовательность их применения, установить негативный результат осуществлен-

¹⁷ Белкин Р. С. Курс криминалистики : учеб. пособие для вузов. 3-е изд., доп. М. : Юнити-Дана, 2001. С. 755.

¹⁸ Руководство для государственного обвинителя. С. 48.

¹⁹ См.: Руководство для государственных обвинителей : Криминалистический аспект деятельности. Ч. II : Особенности поддержания государственного обвинения по делам об убийствах / науч. ред. О. Н. Коршунова. 2-е изд., перераб. СПб., 2002. С. 34.

ного противодействия в целом и поставить задачи по его преодолению»²⁰.

Индивидуализация методических рекомендаций по поддержанию государственного обвинения по отдельным категориям преступлений может быть связана и с дифференциацией способов, выбираемых преступниками для совершения данных преступлений. Так, при совершении убийств в групповых драках, где убийство является, как правило, эксцессом исполнения, подсудимые часто отрицают в суде свою причастность к убийству, полагая, что при отсутствии очевидцев доказать их вину в убийстве, совершенном в драке с участием нескольких человек, будет затруднительно. Как подчеркивается в литературе, основная задача государственного обвинителя при участии в таком деле заключается в том, чтобы в ходе допросов участников драки по возможности детально выяснять у каждого, с кем конкретно он дрался, на каком участке места происшествия, кто был рядом с ним и т.п.²¹

Как правило, к активной форме противодействия подсудимые прибегают в том случае, когда преступление относится к категории «неочевидных» (например, кражи). Наличие сложностей в доказывании таких преступлений (отсутствие прямых свидетелей и т.п.) приводит к применению стороной защиты конкретных тактических приемов противодействия обвинительной позиции²² (например, выдвижение в суде новой версии с расчетом на то, что в ходе предварительного следствия отдельные обстоятельства не были установлены и своевременно проверены). В том случае, когда преступление относится к категории «малоочевидных» и характеризуется ограниченностью доказательственных источников (например, по делам об изнасилованиях), государственному обвинителю приходится сталкиваться с ситуациями пассивного противодействия (сторона защиты оспаривает отягчающие обстоятельства либо предъявляет доказательства отсутствия в деянии подсудимого корыстных или хулиганских побуждений, прямого умысла, оспаривает форму вины и др.).

В рамках отдельной категории преступников можно выделить подгруппы, объединенные рядом признаков (уголовно-правовыми, криминологическими, криминалистическими и др.), знание которых позволяет прокурору применить адекватные рекомендации по избранию таких лиц в суде. Например, в рамках категории корыстных преступлений существуют хищения, совершаемые путем мошенничества с использованием лжепредприятий. При поддержании государственного обвинения прокурорам рекомендуется учитывать то обстоятельство, что подсудимые по таким делам, как правило, положительно характеризуются по месту работы и в быту, поэтому разоблачить их корыстную сущность — задача именно прокурора. Поэтому при исследовании доказательств в суде целесообразно акцентировать внимание на фактах совершения мошенничества неоднократно, в составе преступной группы, особой активной роли подсудимого в совершении преступления, использования доверия, оказанного виновному в силу его служебного положения или договора, и др.²³

В целом криминалистическое изучение личности подсудимого (как единой типовой структуры, которая определяет типологию, по которой осуществляется группировка элементов), как правило, связано со следующими типовыми подструктурами:

- социально-демографические свойства личности (пол, возраст, образовательный и профессиональный уровень, место жительства, национальность, семейное и должностное положение, наличие судимости и т.п.);
- психологические свойства и состояния лица (мотивационные, эмоциональные, волевые, психопатологические и др.);
- биологические качества личности (соматические, функциональные особенности, состояния человека, патологические нарушения и др.).

Следует отметить, что указанные криминалистические элементы находятся в тесной взаимосвязи не только между собой, но и с элементами иных систем (уголовно-правовой,

²⁰ Головин А. Ю. Криминалистическая систематика. М., 2002. С. 171.

²¹ См.: Руководство для государственных обвинителей: Криминалистический аспект деятельности. С. 43—44.

²² См.: Руководство для государственных обвинителей. С. 48.

²³ См.: Руководство для государственных обвинителей: Криминалистический аспект деятельности. Ч. IV: Особенности поддержания государственного обвинения по делам о грабежах и разбоях, вымогательствах, мошенничестве, обороте наркотиков, преступных ятрогениях / под общ. ред. О. Н. Коршуновой. СПб., 2003. С. 73—74.

уголовно-процессуальной и др.). Так, помимо процессуальных особенностей поддержания государственного обвинения при рассмотрении уголовного дела в отношении несовершеннолетнего, предусматривающих, согласно ст. 421 УПК РФ, необходимость доказывания условий жизни и воспитания несовершеннолетнего, уровень его психического развития, влияние на несовершеннолетнего старших по возрасту лиц и другие особенности личности, существует и ряд тактических моментов, знание которых поможет прокурору повысить качество своего выступления в суде. К ним можно отнести:

- особенности установления психологического контакта с несовершеннолетним подсудимым;
- выбор оптимального алгоритма исследования доказательств по делам данной категории. Например, как рекомендуется в литературе, решение о моменте допроса несовершеннолетнего подсудимого принимается государственным обвинителем, исходя из ряда факторов (как процессуальных, так и состояния самого подсудимого). Так, если к началу судебного следствия несовершеннолетний находится в состоянии фрустрации (растерянность, смущение, подавленность) или подсудимый очень волнуется (или боится), то его допрос целесообразнее начинать с постановки вопросов, касающихся его личности, условий жизни, учебы и т.п. А после того, как будет снята скованность и волнение, рекомендуется переходить к выяснению у него обстоятельств совершения преступления²⁴;
- особенности производства судебных действий с участием несовершеннолетних.

Немаловажное значение при выборе государственным обвинителем тактических комплексов имеют данные об отношении виновного к содеянному (признает себя виновным или нет, раскаивается в содеянном или нет). Объясняется это отчасти тем, что одним из признаков позиции по делу является ее «контрпозиционность», когда последняя не может

быть определена вне связи с наличием противоположной позиции по делу (защиты или обвинения)²⁵. Исходя из этого, основанием для дифференциации методических рекомендаций по поддержанию государственного обвинения может служить типизация позиций, занимаемых подсудимыми в суде. На практике такая типизация связана с отношением подсудимого к обвинению и имеет следующую градацию: а) подсудимый полностью признает себя виновным в совершении преступления; б) подсудимый признает вину частично; в) подсудимый не признает вину и придерживается версии, избранной на стадии предварительного расследования; г) подсудимый не признает вину и придерживается версии, которая не была исследована в ходе досудебного производства.

Здесь необходимо отметить, что одним из распространенных детерминантов смены стратегии поведения (позиции) обвиняемого в суде выступают, как правило, «упущения» следователя в рамках досудебного производства (как процессуального, так и криминалистического характера). В этом плане следует согласиться, что ситуации, связанные с отказом признававшегося ранее лица от обвинения, возникают обычно по делам, в которых доказательственная база обвинения имеет существенные изъяны²⁶. Данные обстоятельства предопределяют необходимость использования государственным обвинителем приемов «упреждающей» тактики, направленных на прогнозирование и преодоление подобных актов противодействия обвинительной позиции.

В ситуации, когда предварительное расследование было проведено на высоком уровне, обвиняемый признал свою вину и активно содействовал следствию и в суде занимает позицию «раскаяния», целью деятельности государственного обвинителя будет воссоздание в суде фактических обстоятельств совершенного преступления, доказывание того, что все версии стороны защиты о невиновности или частичной виновности проверены, оценены и признаны несостоятельными, а признание подзащитным

²⁴ См.: Особенности поддержания обвинения по делам несовершеннолетних // Закон интернет-журнал Ассоциации юристов Приморья. URL: https://law.vl.ru/analit/show_m.php?id=50&pub_name=%CE%F1%E%E1%E5%ED%ED%EE%F1%F2%E8+%EF%EE%E4%E4%E5%F0%E6%E0%ED%E8%FF+%EE%E1%E2%E8%ED%E5 (дата обращения: 12.09.2019).

²⁵ См.: *Строгович М. С.* Деятельность адвоката в качестве защитников обвиняемых // Советское государство и право. 1981. № 8. С. 92; *Защляпин Л. А.* Основные компоненты теории адвокатского мастерства в уголовном судопроизводстве. Екатеринбург: Изд-во Урал. ун-та, 2007. С. 459.

²⁶ Руководство для государственного обвинителя. С. 48.

своей вины и правильность квалификации не вызывают сомнения. Однако в такой ситуации государственному обвинителю при изучении материалов уголовного дела необходимо также обращать внимание на факты, свидетельствующие об объективности «признательной» позиции защиты. Например, предшествует ли в хронологическом плане явка с повинной другим следственным действиям. Если нет, то прокурору следует критически отнестись к версии защиты о том, что участие в последующих процессуальных действиях обвиняемого было формой проявления активного содействия следствию.

Следует также учитывать, что подсудимые, которые ранее привлекались к уголовной ответственности, зачастую хорошие психологи и способны вызвать, в частности, у присяжных заседателей необоснованное сочувствие и сострадание. С другой стороны, как показали наши наблюдения, значительная часть потерпевших и свидетелей опасаются встреч с преступниками не только в ходе досудебного производства, но и в рамках судебного разбирательства, так как последние зачастую ведут себя агрессивно по отношению к лицам, изобличающим их в преступлении. Особенно это касается насильственных и насильственно-корыстных типов преступников. Об этом наглядно свидетельствуют данные судебной практики. Так, К., выступая в качестве свидетеля по факту разбойного нападения, в процессе предварительном расследования дала правдивые показания. Однако в судебном разбирательстве изменила их, отказавшись от ряда изобличающих подсудимых фактов. Причиной тому послужили завуалированные угрозы в ее адрес со стороны близких подсудимого Г., когда те в разговоре с К. о судьбе обвиняемых «посетовали», что ее сын возвращается домой слишком поздно, а на улицах города «хулиганят»²⁷.

Возможности прогнозирования государственным обвинителем подобных актов воздействия на участников судебного разбирательства напрямую связаны с типизацией личностных особенностей подсудимых. Например, по делам экстремистской направленности,

когда на скамье подсудимых оказываются агрессивно настроенные члены определенной группировки, государственному обвинителю часто приходится прибегать к активному использованию в суде предусмотренных законом возможностей обеспечения безопасности и защиты свидетелей и потерпевших. К примеру, на одном из судебных процессов, состоявшихся в Казани, свидетели были в масках и одежде, скрывающей фигуру. Их размещали в соседней с залом судебного заседания комнате, где были установлены микрофоны и видеокамера, а также технические средства для искажения голоса допрашиваемого²⁸.

Государственному обвинителю также необходимо учитывать, что сам факт предыдущей судимости зачастую формирует у участников судебного разбирательства отрицательный образ подсудимого, может детерминировать обвинительный уклон. В основном информация о прежней судимости профессиональными участниками судопроизводства используется в целях анализа, например сходства (или различия) способов совершения преступлений и др. Так, по данным отдельных авторов, наличие судимости убеждало 39,8 % судей в возможности совершения подсудимым инкриминируемого деяния (особенно когда оно было уже осуждено за аналогичное преступление). Факт предыдущей судимости лишал 14,6 % опрошенных судей доверия к подсудимому²⁹.

Определенное значение при выборе прокурором криминалистических рекомендаций будут иметь и иные социально-демографические свойства личности подсудимого. Приведем пример из практики. Так, по одному уголовному делу о преступлении против половой неприкосновенности несовершеннолетнего поддержание государственного обвинения проходило в суде с участием присяжных заседателей. При этом доказывание протекало в ситуации активного противодействия со стороны подсудимого. Последний возражал относительно оценки доказательств, утверждал, что потерпевшая его оговаривает в корыстных целях и др. В связи с этим в процессе отбора присяжных заседа-

²⁷ См.: Замылин Е. И. Участники уголовного процесса как объект посткриминального воздействия // Проблемы противодействия преступности в современных условиях : материалы междунар. науч.-практ. конференции. Уфа : РИО БашГУ, 2003. Ч. 2. С. 114.

²⁸ См.: Дело «Хади Такташ» // Российская газета. 09.01.2011. Федеральный выпуск № 8 (5384). URL: www.rg.ru (дата обращения: 12.09.2019).

²⁹ См.: Горевой Е. Д. Внутреннее судебское убеждение в оценке доказательств по уголовным делам. М. : Юрлитинформ, 2008. С. 101.

телей прокурор прибег к следующему приему, который привел к формированию коллегии из числа женщин (особенно имеющих детей женского пола): заявлял отводы мужчинам среднего возраста, не имеющим детей³⁰. Применение подобного «хода» в рамках методики поддержания обвинения по указанной категории дел позволило прокурору укрепить свою обвинительную позицию по делу и добиться вынесения обвинительного приговора.

На практике встречаются ситуации, требующие от прокурора, например, учета места жительства подсудимого при нейтрализации ряда негативных моментов, способных затруднить реализацию обвинительной позиции в суде. Обычно это касается дел, которые рассматриваются в отношении особо опасного и дерзкого преступления, жертва которого и преступник хорошо известны местным жителям, которые испытывают сильные негативные чувства в отношении обвиняемого. В такой ситуации сторона защиты порой прибегает к приемам, направленным на обоснование ходатайства о смене места рассмотрения дела (путем опроса общественного мнения или другим способом)³¹.

Таким образом, типизация личности подсудимого, которая должна учитываться прокурором при поддержании государственного обвинения в суде, может проводиться по следующим основаниям:

- по категории (виду) преступного деяния;
- по отношению подсудимого к содеянному и занимаемой им позиции по делу;
- по отдельным социально-демографическим свойствам (например, производство дел в отношении несовершеннолетних, ранее судимых и др.).

Следует также отметить, что учет типизации личности подсудимого должен пронизывать все этапы деятельности по поддержанию государственного обвинения — начиная с изучения данных, характеризующих обвиняемого по материалам досудебного производства, определения с учетом этих сведений оптимального порядка исследования доказательств на судебном следствии и заканчивая выступлением в прениях сторон. Например, при поддержании обвинения по преступлениям в сфере экономической деятельности прокурору можно начать речь с анализа условий, способствовавших совершению данных преступлений, показав их связь с личностью преступника и влияние на выбор конкретного преступного деяния. А по насильственным преступлениям, совершенным с особой жестокостью, можно начать речь с характеристики личности подсудимого, после чего перейти к анализу доказательств, подтверждающих циничность поведения преступника и совершенного им деяния и вывод об обоснованности соответствующего наказания.

Заключение. Подводя итог, отметим, что изучение личностных и поведенческих характеристик подсудимого имеет важное теоретическое и практическое значение. В первом случае обобщение таких знаний способствует развитию криминалистической теории в целом и отдельных ее разделов в частности. С практической точки зрения аккумуляция подобных знаний способствует формированию целенаправленных криминалистических рекомендаций по повышению эффективности уголовного преследования лиц, совершивших преступления, в рамках судебного разбирательства уголовных дел.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Аббасов А., Гусев В. Взаимодействие государственного обвинителя с органами предварительного расследования // Законность. — 2009. — № 9. — С. 19—22.
2. Антипова Н. Т. Государственное обвинение в суде: проблемы законодательного регулирования и практики : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2004. — 225 с.
3. Бахин В. П. Криминалистика. Проблемы и мнения. — Киев, 2002. — 268 с.

³⁰ См.: Бондарева И. Ю., Филимонов Д. Ю. Поддержание государственного обвинения в суде с участием присяжных заседателей по уголовному делу о преступлении против половой неприкосновенности несовершеннолетнего // Следственная практика : научно-практический сборник Академии Генеральной прокуратуры РФ. Вып. № 192. М., 2014. С. 34.

³¹ См.: Саинчин А. С. Влияние средств массовой информации на объективное расследование и вынесение судебного решения // Вісник Запорізьського державного університету. Юридичні науки. 2003. № 1. С. 2.

4. Белкин Р. С. Курс криминалистики : учеб. пособие для вузов. — 3-е изд., доп. — М. : Юнити-Дана, 2001. — 837 с.
5. Бондарева И. Ю., Филимонов Д. Ю. Поддержание государственного обвинения в суде с участием присяжных заседателей по уголовному делу о преступлении против половой неприкосновенности несовершеннолетнего // Следственная практика : научно-практический сборник Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации. — Вып. № 192. — М., 2014. — С. 30—38.
6. Гаврилов В. В. Слово государственному обвинителю : Поддержание государственного обвинения в суде. — Саратов : Слово, 1998. — 255 с.
7. Гармаев Ю. П., Шашин Д. Г. Особенности криминалистической методики расследования и поддержания государственного обвинения по уголовным делам о незаконном сбыте наркотиков : монография. — М. : Юрлитинформ, 2009.
8. Головин А. Ю. Криминалистическая систематика. — М., 2002. — 168 с.
9. Горевой Е. Д. Внутреннее судебное убеждение в оценке доказательств по уголовным делам. — М. : Юрлитинформ, 2008. — 136 с.
10. Замылин Е. И. Участники уголовного процесса как объект посткриминального воздействия // Проблемы противодействия преступности в современных условиях : материалы Международной научно-практической конференции. — Уфа : РИО БашГУ, 2003. — Ч. 2. — С. 112—115.
11. Зашляпин Л. А. Основные компоненты теории адвокатского мастерства в уголовном судопроизводстве. — Екатеринбург : Изд-во Урал. ун-та, 2007. — 576 с.
12. Кисленко И. Л., Кисленко С. Л. Криминалистические основы поддержания государственного обвинения : монография. — М. : Юрлитинформ, 2013. — 328 с.
13. Корсаков К. А. Задачи подготовки прокурора к участию в судебном разбирательстве по уголовным делам // Закон : интернет-журнал Ассоциации юристов Приморья. — URL: www.proknadzor.ru (дата обращения: 12.09.2019).
14. Криминалистика для государственных обвинителей : учебник / под ред. А. Ф. Козусева, В. Н. Исаенко, А. М. Кустова. — М. : Норма: Инфра-М, 2012. — 479 с.
15. Лаврухин С. В. Поведение преступника как объект криминалистического моделирования. — Саратов : Изд-во Саратов. гос. академии права, 2006. — 388 с.
16. Луговик В. Ф., Давыдов С. И., Пономаренко О. Н. Оперативно-розыскное обеспечение государственного обвинения : монография. — Барнаул, 2007. — 152 с.
17. Макаренко И. А. Личность несовершеннолетнего обвиняемого как объект криминалистического исследования. — М., 2006. — 347 с.
18. Малыхина Н. И. Криминалистическое учение о лице, совершившем преступление : дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2017. — 403 с.
19. Никифоров А. Л. Деятельность, поведение, творчество // Деятельность: теории, методология, проблемы : сборник науч. трудов. — М. : Политиздат, 1990. — С. 55—61.
20. Николайченко В. В. Пенитенциарные и постпенитенциарные преступления: криминалистическая теория и практика : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — Саратов, 2006. — 50 с.
21. Основы инженерной психологии / под ред. Б. Ф. Ломова. — М., 1986. — 448 с.
22. Особенности поддержания обвинения по делам несовершеннолетних // Закон : интернет-журнал Ассоциации юристов Приморья. — URL: https://law.vl.ru/analit/show_m.php?id=50&pub_name=%CE%F1%E0%E1%E5%ED%ED%E0%F1%F2%E8+%EF%E0%E4%E4%E5%F0%E6%E0%ED%E8%FF+%EE%E1%E2%E8%ED%E5 (дата обращения: 12.09.2019).
23. Полстовалов О. В. Современные проблемы криминалистической тактики. — СПб. : Юрлитинформ, 2009. — 376 с.
24. Руководство для государственного обвинителя / кол. авторов. — М. : Юридический центр, 2011.
25. Руководство для государственных обвинителей : Криминалистический аспект деятельности. — Ч. II : Особенности поддержания государственного обвинения по делам об убийствах / науч. ред.: О. Н. Коршунова. — 2-е изд., перераб. — СПб., 2002. — 160 с.
26. Руководство для государственных обвинителей : Криминалистический аспект деятельности. — Ч. IV : Особенности поддержания государственного обвинения по делам о грабежах и разбоях, вымогательствах, мошенничестве, обороте наркотиков, преступных ятрогениях / под общ. ред. О. Н. Коршуновой. — СПб., 2003. — 148 с.

27. Саинчин А. С. Влияние средств массовой информации на объективное расследование и вынесение судебного решения // Вісник Запорізького державного університету. Юридичні науки. — 2003. — № 1. — С. 2—3.
28. Строгович М. С. Деятельность адвоката в качестве защитников обвиняемых // Советское государство и право. — 1981. — № 8. — С. 88—96.
29. Хомколов В. П. Организация управления оперативно-розыскной деятельностью: системный подход. — М. : Закон и право, 1999. — 191 с.

Материал поступил в редакцию 12 сентября 2019 г.

REFERENCES

1. Abbasov A, Gusev V. Vzaimodeystvie gosudarstvennogo obvinatelya s organami predvaritel'nogo rassledovaniya [An Interaction between the State Prosecutor and the Bodies of Preliminary Investigation]. *Zakonnost*. 2009;19—22. (In Russ.)
2. Antipova NT. Gosudarstvennoe obvinenie v sude: problemy zakonodatel'nogo regulirovaniya i praktiki : dis. ... kand. yurid. nauk [State prosecution in court: problems of legislative regulation and jurisprudence : Cand. Sci. (Law) Thesis. Moscow; 2004.
3. Bakhin VP. Kriminalistika. Problemy i mneniya [Forensics. Problems and Opinions]. Kiev; 2002. (In Russ.)
4. Belkin RS. Kurs kriminalistiki : ucheb. posobie dlya vuzov [Criminalistics' Course: A Textbook for Universities]. 3rd ed., revised. Moscow: Uniti-Dana; 2001. (In Russ.)
5. Bondareva IYu, Filimonov DYU. Podderzhanie gosudarstvennogo obvineniya v sude s uchastiem prislyazhnykh zasedateley po ugovnomu delu o prestuplenii protiv polovoy neprikosnovennosti nesovershennoletnego [Bringing Criminal Charge with the Participation of Jurors in a Criminal Case Dealing with a Crime against Sexual Inviolability of a Minor]. In: *Investigative Practice: Scientific and Practical Collection of the Academy of the General Prosecutor's Office of the Russian Federation. Iss. 192*. Moscow; 2014. (In Russ.)
6. Gavrilov VV. Slovo gosudarstvennomu obvinatelyu : podderzhanie gosudarstvennogo obvineniya v sude [The Floor is Given to the State Prosecutor: Bringing Criminal Charge in Court]. Saratov: Slovo; 1998. (In Russ.)
7. Garmaev YuP, Shashin DG. osobennosti kriminalisticheskoy metodiki rassledovaniya i podderzhaniya gosudarstvennogo obvineniya po ugovnym delam o nezakonnom sbyte narkotikov : monografiya [Features of criminalistic methods of investigation and maintenance of state prosecution in criminal in cases of illegal sale of drugs: A monograph]. Moscow: Yurлитinform; 2009. (In Russ.)
8. Golovin AYU. Kriminalisticheskaya sistematika [Forensic systematics]. Moscow; 2002. (In Russ.)
9. Gorevoi ED. Vnutrennee sudeyskoe ubezhdenie v otsenke dokazatelstv po ugovnym delam [Internal judicial belief in the assessment of evidence in criminal cases]. Moscow: Yurлитinform; 2008. (In Russ.)
10. Zamylin EI. Uchastniki ugovnogo protsesssa kak obekt postkriminalnogo vozdeystviya [Participants of the criminal process as an object of post-criminal impact]. In: *Problems of Combating Crime in Modern Conditions: Proceedings of the International Scientific-Practical Conference*. Chapter 2. Ufa: RIO BashkSU; 2003. (In Russ.)
11. Zashlyapin LA. Osnovnye komponenty teorii advokatskogo masterstva v ugovnom sudoproizvodstve [Main elements of the theory of advocacy skills in criminal proceedings]. Yekaterinburg: Publishing House of the Ural University; 2007. (In Russ.)
12. Kislenco IL, Kislenco SL. Kriminalisticheskie osnovy podderzhaniya gosudarstvennogo obvineniya : monografiya [Forensic foundations of bringing criminal charge: A monograph]. Moscow: Yurлитinform; 2013. (In Russ.)
13. Korsakov KA. Zadachi podgotovki prokurora k uchastiyu v sudebnom razbiratelstve po ugovnym delam [Tasks of preparation of the prosecutor for participation in judicial proceedings in criminal cases]. In: *Law: An Internet Journal of the Bar Association of Primorye* [Internet]. [cited 12 Sept 2019]. Available from: www.prokнадzor.ru. (In Russ.)
14. Kozusev AF, Isaenko VN, Kustov AM. Kustova, editors. Kriminalistika dlya gosudarstvennykh obviniteley : uchebnik [Criminalistics for Public Prosecutors: A Textbook]. Moscow: Norma: Infra-M; 2012. (In Russ.)
15. Lavrukhin SV. Povedenie prestupnika kak obekt kriminalisticheskogo modelirovaniya [Behavior of the Criminal as an Object of Criminalistic Modeling]. Saratov: Publishing House of Saratov State Academy of Law; 2006.
16. Lugovik VF, Davydov SI, Ponomarenko ON. Operativno-rozysknoe obespechenie gosudarstvennogo obvineniya : monografiya [Operative-Search Support of the State Prosecution: A Monograph]. Barnaul; 2007. (In Russ.)

17. Makarenko IA. Lichnost nesovershennoletnego obvinyaemogo kak obekt kriminalisticheskogo issledovaniya [Personality of the Minor Accused as an Object of Criminalistic Research]. Moscow; 2006. (In Russ.)
18. Malykhina NI. kriminalisticheskoe uchenie o litse, sovershivshem prestuplenie : dis. ... d-ra yurid. nauk. [A Forensic Doctrine about the Person who Committed a Crime: Dr. Sci. (Law) Dissertation. Moscow; 2017. (In Russ.)
19. Nikiforov AL. Deyatel'nost, povedenie, tvorchestvo [Activity, behavior, creativity]. In: An Activity: Theories, Methodology, Problems: Collection of Research Papers. Moscow: Politizdat; 1990. (In Russ.)
20. Nikolaichenko VV. Penitentiary and post-penitentiary crimes: criminalistic theory and practice: Author's Abstract of Dr. Sci. (Law). Saratov; 2006. (In Russ.)
21. Lomov BF, editor. Osnovy inzhenernoy psikhologii [Fundamentals of Engineering Psychology]. Moscow; 1986. (In Russ.)
22. Osobennosti podderzhaniya obvineniya po delam nesovershennoletnikh [Peculiarities of maintaining prosecution in cases of minors]. In: *Law: An Online Journal of the Primorye Bar Association* [Internet]. [cited 12 Sept 2019]. Available from: https://law.vl.ru/analit/show_m.php?id=50&pub_name=%CE%F1%EE%E1%E5%ED%ED%EE%F1%F2%E8+%EF%EE%E4%E4%E5%F0%E6%E0%ED%E8%FF+%EE%E1%E2%E8%ED%E5. (In Russ.)
23. Polstovalov OV. Sovremennye problemy kriminalisticheskoy taktiki [Modern Problems of Criminalistic Tactics]. St. Petersburg: Yurlitinform; 2009. (In Russ.)
24. Rukovodstvo dlya gosudarstvennogo obvinityela [A Guide for the State Prosecutor]. Moscow: Legal Center; 2011. (In Russ.)
25. Korshunova ON, academic editor. Rukovodstvo dlya gosudarstvennykh obviniteley : kriminalisticheskii aspekt deyatel'nosti. Chast II : Osobennosti podderzhaniya gosudarstvennogo obvineniya po delam ob ubiystvakh [A guide for public prosecutors: Forensic aspect of activity. Part II: Features of maintenance of state prosecution in cases of murders]. 2nd ed., rev. St. Petersburg; 2002. (In Russ.)
26. Korshunova ON, editor. Rukovodstvo dlya gosudarstvennykh obviniteley : kriminalisticheskii aspekt deyatel'nosti. Ch. IV : Osobennosti podderzhaniya gosudarstvennogo obvineniya po delam o grabezhakh i razboyakh, vymogatel'stvakh, moshe [A guide for Public Prosecutors: Forensic Aspects of Activity. Part IV: Features of Public Prosecutions in Cases of Robberies, Extortion, Fraud, Drug Trafficking, Criminal Jatrogenies]. St. Petersburg; 2003. (In Russ.)
27. Sainchin AS. Vliyanie sredstv massovoy informatsii na obektivnoe rassledovanie i vynesenie sudebnogo resheniya [The Influence of Mass Media on an Objective Investigation and Judicial Decision]. *Vistnik of the Zaporizsky State University. Legal Sciences*. 2003;2—3. (in Russ.)
28. Strogovich MS. Deyatel'nost advokata v kachestve zashchitnikov obvinyaemykh [Work of a Lawyer as a Defender of an Accused]. *The Soviet State and Law*. 1981; 8:88—96 . (In Russ.)
29. Khomkolov VP. Organizatsiya upravleniya operativno-rozysknoy deyatel'nostyu: sistemnyi podkhod [Organization of Administration of Operational-Search Work: A Systematic Approach]. Moscow: A Statute and Law; 1999. (In Russ.)

DOI: 10.17803/1729-5920.2020.161.4.084-092

В. И. Пржиленский*

Социальные технологии и принципы уголовного судопроизводства в условиях его цифровизации¹

Аннотация. В статье анализируются проблемы, возникающие в процессе цифровизации уголовного судопроизводства, когда его организаторы вынуждены организовывать взаимодействие социальных и компьютерных технологий, совместная разработка и применение которых становятся неизбежными в современных условиях. По-новому трактуются основные понятия теории социальных технологий, которые изначально разрабатывались как средства организации человеческой деятельности, лишь одним из применений которых является система уголовного судопроизводства. Исследуются основные контексты применения понятия «социальная технология», а также значение социальных технологий в формулировании принципов и достижении целей уголовного судопроизводства. Определяется особый вид социальных технологий, называемый в статье гуманитарными технологиями, и анализируется релевантность данного вида технологий в системе принципов уголовного процесса. Обосновывается необходимость различения теоретического и технологического аспектов соблюдения принципов уголовного судопроизводства, что позволяет реконструировать всю систему целеполагания воздействия на поступки людей и общественные отношения при помощи разработки и применения социальных технологий. Подробно анализируется концепция поэтапного преобразования общества путем применения социального инжиниринга, выдвинутая К. Поппером. Реконструируется роль теоретического различения методологического эссенциализма и методологического номинализма (антиреализма). Подвергается критическому осмыслению доминирующая в современном общественном сознании идеологическая и политическая контекстуализация теории социальных технологий. Исследуются онтологические допущения и методологические установки, предложенные К. Поппером для утверждения его социально-технологической доктрины. Выявляется и описывается специфика применения социальных технологий в условиях применения в уголовном процессе систем искусственного интеллекта. Обосновывается тезис о необходимости поиска взаимосвязи и взаимной согласованности систем личности и общества в процессе цифровизации уголовного судопроизводства как на уровне принципов, так и на уровне технологий.

Ключевые слова: социальные технологии; гуманитарные технологии; интеллектуальные технологии; права человека; уголовный процесс; судопроизводство; цифровизация; искусственный интеллект; методологический эссенциализм; методологический номинализм; государство; право; закон; юриспруденция.

Для цитирования: Пржиленский В. И. Социальные технологии и принципы уголовного судопроизводства в условиях его цифровизации // Lex russica. — 2020. — Т. 73. — № 4. — С. 84—92. — DOI: 10.17803/1729-5920.2020.161.4.084-092.

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-16041.

© Пржиленский В. И., 2020

* Пржиленский Владимир Игоревич, доктор философских наук, профессор, профессор кафедры философии и социологии Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

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

vladprnow@mail.ru

Social Technologies and Principles of Criminal Justice in the Context of its Digitalization²

Vladimir I. Przhilenskiy, Dr. Sci. (Philosophy), Professor, Professor of the Department of Philosophy and Sociology, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
vladprnow@mail.ru

Abstract. The paper analyzes the problems that arise in the process of digitalization of criminal proceedings, when its organizers are forced to organize the interaction of social and computer technologies, the joint development and application of which become inevitable in modern conditions. The basic concepts of social technologies theory that were originally developed as a means of organizing human activities, with criminal justice system being only one of them, are interpreted in a new way. The main contexts of application of "social technology" concept, as well as the significance of social technologies in the formulation of principles and achieving the goals of criminal proceedings are studied. The author defines a special type of social technologies, humanitarian technologies in the paper, and analyzes the relevance of this type of technology in the system of principles of criminal procedure. The author substantiates the need to distinguish between the theoretical and technological aspects of compliance with the principles of criminal justice, which allows us to reconstruct the entire system of goal-setting impact on people's actions and social relations through the development and application of social technologies. The concept of gradual transformation of society through the use of social engineering, put forward by K. Popper, is analyzed in detail. The role of the theoretical distinction between methodological essentialism and methodological nominalism (antirealism) is reconstructed. The ideological and political contextualization of the theory of social technologies, which dominates in modern social science, is subjected to critical analysis. The author examines the ontological assumptions and methodological guidelines proposed by K. Popper for the approval of his socio-technological doctrine. The author identifies and describes the specifics of the use of social technologies in the context of the use of artificial intelligence systems in criminal proceedings. The point about the need to search for the relationship and mutual consistency of the systems of the individual and society in the process of digitalization of criminal proceedings both at the level of principles and at the level of technology is substantiated.

Keywords: social technologies; humanitarian technologies; intellectual technologies; human rights; criminal procedure; legal proceedings; digitalization; artificial intelligence; methodological essentialism; methodological nominalism; state; law; law; jurisprudence.

Cite as: Przhilenskiy VI. Sotsialnye tekhnologii i printsipy ugovornogo sudoproizvodstva v usloviyakh ego tsifrovizatsii [Social technologies and principles of criminal justice in the conditions of its digitalization]. *Lex russica*. 2020;73(4):84-92. DOI: 10.17803/1729-5920.2020.161.4.084-092. (In Russ., abstract in Eng.).

Стремительно развивающиеся IT-технологии изменяют все сферы социальной жизни, активно вторгаясь в пространство человеческих отношений, преобразуя все без исключения виды индивидуальной и коллективной деятельности. В особом положении оказались юристы, чья профессия с самого начала была направлена на достижение строгого соблюдения писаных правил на основе точного их истолкования. Ничто не обеспечивает такой строгости и точности, как применение новейших средств электронно-вычислительной техники, но ее внедрение в работу органов предварительного следствия и суда способно оказать неконтролируемое воздействие на алгоритмы судопроизводства, складывавшиеся веками. Эти алгоритмы предполагали, что их применение находится под

непосредственным и повседневным контролем человека, способного вовремя вмешаться в их исполнение, заново все переделать или в ручном режиме устранить ошибки и недочеты. Вот почему вызывает беспокойство возможность нарушения баланса формы и содержания судебной деятельности, несоблюдения тщательно проработанного и теоретически обоснованного соответствия процедуры и смысла в правоприменительных практиках.

Технологии всегда были неотъемлемой частью человеческой жизни. Они усложнялись, развивались и совершенствовались по мере того, как усложнялась, развивалась и совершенствовалась сама деятельность человека как разумного существа. Для обслуживания и совершенствования технологий применялось

² The reported study was funded by RFBR according to the research project № 18-29-16041.

все, чем располагал и на что мог влиять человек. Для этого в свое время были созданы теории, алгоритмы. Но только сегодня технологии осознаются в качестве таковых, их применение и создание носит системный и рефлексивный характер. К технологиям можно отнести все те знания, умения и навыки, которые используются для производства чего-либо. Отличие производства, основанного на технологии, от обычного изготовления чего-либо состоит в том, что первое носит серийный характер и его результаты сходны друг с другом. В этом случае знания, умения и навыки, составляющие технологию, могут быть аналитически отделены от процесса производства, устно описаны или даже записаны в виде инструкции, что позволяет тиражировать сам процесс производства.

Как отмечают современные исследователи, социальные технологии описывают интегральную совокупность видов человеческой деятельности, которые могут быть осмыслены через концептуальные пары «организованное — стихийное», «профессиональное — любительское» и «трудовое — досуговое». Активное применение результатов развития социальных наук в процессе управления обществом привело к появлению безличных алгоритмов операций и в области межиндивидуального или межгруппового взаимодействия. Как отмечает И. Т. Касавин, понятия социального проектирования, социального конструирования, управления, обучения, экспертизы, программирования сознания, социальной инициативы характеризуют наиболее известные формы социальных технологий. При помощи понятий свободы, коммуникации, ситуации, информации, субъективности можно определить предпосылки социальных технологий, а понятия ««социальный институт», «организация», «бюрократия», «технократия», «общество знания» и некоторые другие относятся к возможным заказчикам и сферам реализации социальных технологий»³.

Политика и экономика, наука и религия, семья и образование, культура и досуг оказались буквально пронизаны применением тех или иных видов технологий. Не осталась свободна от них также и сфера права: с появлением новых и развитием уже известных технологий модернизации подвергаются сферы правотворчества и правоприменения. Сегодня все больше

оснований для того, чтобы взглянуть под этим углом зрения на судопроизводство, описав отправление правосудия как одновременное применение целого ряда социальных, когнитивных и гуманитарных технологий. Особую ценность данный подход приобретает в эпоху отчасти стихийной, отчасти управляемой цифровизации сферы права и правоприменения. Внедрение в деятельность суда интеллектуальных технологий будет равно в той степени обоснованным, эффективным и прогнозируемым, в какой сами эти технологии смогут быть представлены как один из видов технологизации правоприменительной деятельности и в какой они смогут сопоставляться, сравниваться и даже противопоставляться другим технологиям: социальным, когнитивным или гуманитарным.

В самом общем виде *технология* — это совокупность знаний и умений, специально разработанных или подобранных для решения однотипных задач. При этом технология позволяет зафиксировать ту часть действия, знания о которой и умение воспроизводить которую необходимы для воспроизводства всего действия. Применение технологии позволяет так репродуцировать ранее осуществленное действие, чтобы в точности или с незначительными отклонениями повторить ранее достигнутый результат. Как отмечает В. М. Розин, «о технологии стали говорить после того, как выяснилось, что цивилизационные завоевания, достижение новых эффектов труда связаны не только с новой техникой, но и с новыми формами кооперации, организации производства и деятельности, с возможностями концентрации ресурсов, с культурой труда, с накопленным научно-техническим и культурным потенциалом, с целеустремленностью усилий общества и государства и т.д.»⁴. Российский философ расширяет понятие технологии, предлагая видеть в последней «сложную реальность», позволяющую сохранять цивилизационные завоевания посредством сочетания новаций и развития. Такое расширение не представляется продуктивным, ибо соединяет технологии с их применением и деятельностью как таковой.

Для того чтобы добиться повторения как самого действия, так и его результата, необходимо что-то знать, что-то помнить, что-то уметь. При этом то, что невозможно сохранять с помо-

³ Касавин И. Т. Социальная эпистемология. Фундаментальные и прикладные проблемы. М. : Альфа-М, 2013. С. 360.

⁴ Розин В. М. Технология // Новая философская энциклопедия. М. : Мысль, 2010. С. 503.

стью обычной человеческой памяти, нуждается в иных средствах сохранения: либо при помощи описания, либо в виде схем и рисунков. Для того чтобы повторить это действие смог кто-то другой, необходимо его обучить, предоставив те самые описания, схемы или рисунки. Все это давно уже стало рутинным элементом производственной деятельности, вошло в повседневность образовательных и управленческих практик. Образовательные и управленческие технологии не обязательно выстроены вокруг сферы «материального производства», но образом и образцом технологии как таковой все же остается взаимодействие человека с природой, будь то производство вещей или лечение больного.

Между тем за последнее столетие бурное развитие получили технологии взаимодействия человека с обществом, человека с человеком, человека со знанием и даже человека с самим собой. Поэтому первыми в поле зрения теоретика попали технологии изготовления вещей, то есть материального производства. Но затем философское осмысление семейства технологий было расширено: к области изготовления вещей добавились сферы производства знаний, совершенствования институтов, формирования ценностей, выявления смыслов и даже обработки информации. Предметом широкого обсуждения теоретиков стали когнитивные, социальные, гуманитарные и, наконец, интеллектуальные технологии. То есть эти виды деятельности стали рассматриваться в качестве технологизированных, подвергнутых схематизации, формализации, алгоритмизации. Этому способствовала не только чрезвычайная их распространенность и массовость, но и то воздействие, которое они оказали на жизнь человека и общества.

Социальная технология — способ организации межиндивидуального, внутригруппового и межгруппового взаимодействия. В. М. Быченков определяет социальные технологии как «практически ориентированное социальное знание, имеющее целью создание и изменение организационных структур, и управление социальным поведением людей; совокупность методов и приемов решения задач (достижения целей), выработанных в процессе социального планирования и социального проектирования»⁵.

Первенство в использовании терминов «социальные технологии» и «социальный инжини-

ринг» приписывают К. Попперу, хотя это вряд ли соответствует действительности. Но в чем не приходится сомневаться, так это в том, что именно К. Поппер подверг это понятие, как и стоящее за ним явление, социально-философскому и философско-политическому осмыслению. Не давая строгих дефиниций, основоположник критического рационализма определил социальные технологии как использование социологической науки в процессе общественных преобразований. К. Поппер противопоставлял социальные технологии иному виду использования теоретического знания — революционному изменению общественного строя. При этом он, конечно же, имел в виду революции под марксистскими знаменами, а также российский опыт построения коммунизма, который оценивал как катастрофический.

В противовес основанной на умозрительных квазинаучных теориях Гегеля и Маркса идее коммунизма, социальные технологии виделись К. Попперу как способность управленцев осуществлять научно обоснованное, «осторожное» и «поэтапное» изменение отдельных институтов, а также совершенствование системы ценностей. К. Поппер полагал, что социальный инжиниринг должен опираться не только на научные знания об обществе, но и на научно обоснованные прогнозы результатов своего вмешательства. Этим он отличается от социальных утопий, к числу которых основоположник критического рационализма относит марксизм, несмотря на все заверения самого К. Маркса и всех его последователей в строго научном характере применяемых ими средств и методов.

Рассматривая обоснованность попперовской критики К. Маркса, следует отметить, что претензии К. Поппера основываются на двух основных пунктах. Первый касается методологии, тогда как второй относится к сфере оценки возможности ученых ошибаться в своих научных прогнозах. Суть претензий в области методологии выражается в различии эссенциализма и антиэссенциализма — двух альтернативных установок, используемых учеными в процессе объяснения научных фактов. «Название “методологический эссенциализм” я использую, — писал К. Поппер, — для обозначения точки зрения, характерной для Платона и многих его последователей, согласно которой задача чистого познания, или “науки”, состоит в том, чтобы отыскивать и описывать подлинную при-

⁵ Быченков В. М. Технологии социальные // Новая философская энциклопедия. С. 503.

роду вещей, т.е. их подлинную сущность или реальность»⁶.

К. Поппер придерживается методологической доктрины, сформулированной представителями эмпириокритицизма и логического позитивизма. Эта доктрина родилась в результате осмысления опыта развития математического естествознания, где вопросы «что такое масса?» и «что такое сила?» постепенно стали считаться настолько неудобными, что их заменили вопросами «как измерить массу?» или «каким должно быть изменение электронной структуры атома для его перехода в возбужденное состояние?». Называя данный подход методологическим номинализмом, К. Поппер предлагает распространить его на социальные науки, а также на порождаемые ими практики управления обществом. В качестве недопустимого примера разработки и применения социальных технологий на основе методологического эссенциализма он приводит проект платоновского государства, а также проект, выстроенный на основе новейшей версии историцизма — исторического материализма.

Методология, построенная на основе принципов позитивистской философии, появилась еще в XIX в. Не вызывает сомнения ее генетическая связь с социологией: основоположник позитивизма О. Конт впервые предложил и новую науку — науку о законах общественного развития. Да и другие крупные представители социологической науки, например Г. Спенсер, Э. Дюркгейм, придавали большое значение знанию о фактах. Но К. Поппер впервые связал антипозитивистский способ мышления с утопическим проектированием, назвав его социальной технологией, основанной на историцизме.

Историцизм, по утверждению К. Поппера, противоречит точке зрения социальной технологии, или социальному инжинирингу, потому что социальный технолог считает общество, его институты и процессы зависящими людей, наделенных разумом и способностью к проектированию. Историцизм же, напротив, представляет собой точку зрения, согласно которой общество — это продолжение природы, а законы исторического развития предопределяют будущее.

Социальные технологии — это знание о том, как, вмешиваясь в функционирование

социальных систем и институтов, получить точно прогнозируемые результаты. Таким образом, точка зрения социальных технологий предполагает вмешательство в социальную жизнь путем расчета параметров социальных систем и постепенного их изменения. Требование историцизма — изучение законов истории с целью соответствия им в собственной деятельности в полном соответствии с поговоркой: если не можешь предотвратить процесс, то лучше всего его возглавить. «Инженер или технолог, — пишет К. Поппер, — предпочитает рациональное рассмотрение институтов как средств, обслуживающих определенные цели, и оценивает их исключительно с точки зрения их целесообразности, эффективности, простоты и т. п. Историцисты, напротив, пытаются выяснить их происхождение и предназначение, чтобы определить их “истинную роль” в историческом развитии и расценивают существование общественных институтов, например, как “требование Бога”, “веление судьбы”, “историческую необходимость”»⁷.

В этой концептуализации зримо присутствуют не только академические, но и идеологические, а также политические измерения, о чем ее автор прямо заявляет на страницах своей книги. Тем самым К. Поппер стремится сформулировать некий запрет, который, с его точки, необходимо должен сопровождать социальных инженеров в их деятельности. Нельзя, по мнению К. Поппера, полагать, что философия или наука позволяет проникнуть в скрытую сущность вещей, в том числе и таких, как человек или общество. Эта уверенность может породить надежду на возможность их улучшения путем радикальной перестройки, в том числе и в виде возвращения к исходному состоянию. Разбираемый в этом случае пример реализации марксистской утопии дает К. Попперу большое количество фактов негативных последствий «улучшения» общества, но его аргументация выглядит неубедительной.

Само по себе понятие сущности и все остальное, относящееся к разряду методологического эссенциализма, действительно относится к классической философии и заменяется на более эффективные и точные средства и методы новейших систем мысли. Однако запрет на попытки изменения человеческой природы или

⁶ Popper K. R. The open society and its enemies. London : George Routledge & Sons, Ltd, 1947. Vol. I : The spell of Plato. P. 25.

⁷ Popper K. R. Op. cit. P. 19.

природы общества лежит не в сфере методологии и не в сфере эпистемологии. Данный запрет формулируется при помощи конституирования определенной системы ценностей, в основе которой лежит интуиция о приоритете прав человека, а не те или иные методы познания. Более того, сегодня социальные институты западноевропейских и североамериканских обществ преобразуются не менее радикально, чем это было сделано большевиками. Но теперь это происходит во имя прав человека и исходя из западной индивидуалистической системы ценностей. Речь идет о снятии запрета в этих странах на гомосексуальные партнерства, рассматриваемые как разновидности брака, равноправие однополых и разнополых пар в вопросах усыновления детей, отмены пола в идентификации родителей и т.п.

Насколько поэтапно идут преобразования институтов брака, семьи и родительства в западноевропейских и североамериканских странах и насколько далеки от эссенциалистского утопического мышления их инициаторы, сказать трудно. Но легко обнаружить, что в основе этих социально-правовых и институциональных трансформаций лежат ценности индивидуализма, тогда как марксистский проект в исполнении большевиков все очевиднее тяготел к ценностям коллективизма и все более напоминал опыт древнекитайских легистов (фацзя). Неслучайно этот проект нашел такую поддержку в современном Китае, где по сей день живы моральные заповеди Конфуция⁸ и управленческие идеи Шана Яна⁹. Как конфуцианство, так и легизм могут рассматриваться в качестве исторических предшественников современных социальных технологий.

Какова бы ни была природа этого выбора, но выбор в пользу ценностей индивидуализма в европейской цивилизации состоялся. И одним из его следствий можно с полной уверенностью считать рождение новой социальной технологии, которую можно также назвать гуманитарной. И хотя ценности индивидуализма нередко соотносят с системой хозяйствования, укорененной в европейских странах и оказавшей влияние на системы политики, права, об-

разования и управления, рожденная этими ценностями технология сама порождает систему ценностей, именуемых гуманитарными. Эти ценности обосновывают приоритет прав человека и выстраивают социальную жизнь в строгом соответствии с их соблюдением — в этом и состоит суть названной технологии. Ее влияние нетрудно обнаружить во всех сферах права и правоприменения, в том числе и в закреплённых российской Конституцией основах уголовного судопроизводства.

Цифровизация практически всех сторон социальной жизни ставит вопрос о взаимодействии социальных и компьютерных технологий, об их совместимости и о тех проблемах, которые возникают в сфере соответствия нового (компьютеризированного) правосудия тем принципам, которые были заложены в период обычных (докомпьютерных) социальных технологий. Одну из таких проблем отмечает американский философ Н. Бостром. Он пишет о том, что обычный суд руководствуется в своей деятельности не только буквой закона, но и его духом, то есть сверяет правовые нормы с моральными и в случае противоречия между ними ищет способ, оставаясь в области правового поля, гармонизировать данное отношение. «Человек просто не в состоянии вразумительно и скрупулезно прописать правила, — отмечает Н. Бостром, — правила, которые должны быть организованы в весьма сложную систему; правила, которыми сам человек мог бы уверенно оперировать буквально с первого раза; правила, на которые можно было бы опереться при любых обстоятельствах»¹⁰.

Вопросы соответствия морали и права в условиях применения систем искусственного интеллекта ставятся по-новому. Если прежде это были поиски соответствия между двумя системами норм, каждая из которых интерпретировалась в контексте их социальной исполнимости, то теперь сама интерпретация их зависит от иных условий и требований, связанных с написанием соответствующих компьютерных программ. Система «личность — общество» превращается в систему «личность — компьютер — общество». Принципы уголовного

⁸ Fan R. Reconstructionist Confucianism. Rethinking Morality after the West. Springer Science + Business Media B. V., 2010. Pp. 45—69.

⁹ Creel H. G. The birth of China: A study of the formative period of Chinese civilization. F. Ungar Pub. Co; First Edition edition, 1954. P. 402.

¹⁰ Бостром Н. Искусственный интеллект. Этапы. Угрозы. Стратегии. М. : Манн, Иванов и Фербер, 2016. С. 223.

судопроизводства, как известно, определены российским законодательством в статьях с 6 по 19 Уголовно-процессуального кодекса РФ¹¹, посвященных его назначению, соблюдению законности. Здесь мы находим требование разумности срока судебного разбирательства по уголовным делам, требование независимости судей, необходимость уважения чести и достоинства личности, ее неприкосновенности, презумпции невиновности и т.п.

Эти принципы закреплены в Конституции в гл. 2 и 7, но уже языком уголовно-процессуального закона они закреплены в гл. 2 УПК РФ. К сожалению, еще не все принципы, изложенные в Конвенции о защите прав человека и основных свобод (ЕКПЧ), нашли закрепление в российском законодательстве. Там основополагающие процессуальные правила изложены через призму закрепления прав человека, подлежащих защите в уголовном или ином судопроизводстве, но по смыслу они дополняют национальные процессуальные законы и национальные системы принципов современного процесса для всех стран-участниц. Например, в ЕКПЧ есть ст. 6, которая отсутствует в нашем УПК, но мы не можем ее игнорировать в силу ратифицированного международного договора. Поэтому к нашим принципам (гл. 2 УПК РФ) следует, например, добавить еще принцип справедливости судебного разбирательства, содержание которого раскрывается в ст. 6 ЕКПЧ, и некоторые другие¹².

Разумеется, провозглашаемые ценности могут быть сформулированы и формулируются на языке этики, на языке моральной философии и, как это представлено выше, на «административно-юридическом» языке права. Система их обоснования и принятия если не всеми членами общества, то по крайней мере элитой и достаточным большинством сложна и многомерна. Для успешного усвоения этих ценностей необходимо задействовать всю систему образования и воспитания, включающую в себя не только разнообразный контент и методики, но и психологические механизмы социализации. Так, в архаичных обществах позитивные механизмы имитации и идентификации работают на то, чтобы любой член общества не мог иден-

тифицировать себя не только с преступником, но и с подозреваемым. В то же самое время воспитывающие гуманность гуманитарные технологии направлены не только на сдерживание требований скорой и жестокой расправы с подозреваемым, но и на способность сопереживать преступнику, видеть в нем человека. Точно так же и негативные психологические механизмы социализации, такие как чувство стыда и вины, способствуют укрощению инстинктов и эмоций, что закрепляет гуманистические ценности на интуитивном уровне. Как отмечает Н. Бостром, «следует очень внимательно относиться к самой процедуре приурочения ИИ [искусственного интеллекта] и попытаться корректно определить конечную цель, стимулируя ИИ проявлять добрую волю отвечать на вопросы безошибочно и сводить к минимуму свое воздействие на мир. Правда, последнее не имеет отношения к тем случаям, когда формулировка вопросов невольно вынуждает ИИ давать ответы, оказывающие влияние на окружающих, но все равно эти ответы обязаны быть абсолютно достоверными, а форма их изложения не должна манипулировать сознанием людей»¹³.

Образование, воспитание и психологические механизмы социализации будут малоэффективны, если не будут развиваться в том же направлении, в котором будут продвигаться иные участники «духовного производства»: философы, писатели, художники. Развитие системы гуманитарных ценностей и ее укоренение на институциональном уровне, а также ее хабитуализация (превращение в набор привычек) в повседневных практиках сегодня невозможны без особой социальной технологии, объединяющей деятельность когнитивных и ценностных систем с системами управления, политики, межиндивидуального и межгруппового взаимодействия.

Даже беглый анализ принципов уголовного судопроизводства, закрепленных в российской Конституции, позволяет сделать вывод о том, что они относятся к той сфере социальных технологий, которые называются гуманитарными или социогуманитарными. Когда сегодня пишут о гуманитарных технологиях, то чаще всего имеют в виду обращенность техноло-

¹¹ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 № 174-ФЗ (ред. от 12.11.2018) // СПС «КонсультантПлюс».

¹² Конвенция о защите прав человека и основных свобод ETS № 005 (Рим, 4 ноября 1950 г.) (с изменениями и дополнениями) // СПС «ГАРАНТ».

¹³ Бостром Н. Указ. соч. С. 225.

гий к человеку. «Прежде всего, — отмечает Б. Г. Юдин, — следует уточнить наше понимание терминов “социальные” и “гуманитарные” применительно к технологиям. Различие между ними довольно простое — там, где речь идет о технологических воздействиях на индивида (или на индивидов), имеет смысл говорить о гуманитарных технологиях (ГТ); там же, где речь идет о воздействиях на социальные общности любого масштаба, имеет смысл говорить о социальных технологиях»¹⁴.

Есть и иная точка зрения, согласно которой «гуманитарные технологии трактуются как вид социальных технологий, основанный на преимущественном использовании “мягких” методов — убеждения и манипулирования»¹⁵. С этой точкой зрения можно согласиться лишь отчасти, ибо назначение гуманитарных технологий, обращенных к человеку, а не против человека, не может опираться на манипулирование. Опираясь на традицию определения базовых ценностей как гуманистических и гуманитарных и утверждая их универсальный характер, такую технологию можно было бы назвать антигуманитарной. А к числу гуманитарных технологий следует отнести технологии, и цели, и средства которых соответствуют гуманитарным ценностям, во имя которых и ссылаясь на которые только и можно убеждать отдельного индивида или все общество. Манипулирование же является прямой противоположностью гуманитарной технологии потому, что именно

оно и запрещается системой гуманитарных ценностей.

Возвращаясь к принципам уголовного судопроизводства, необходимо отметить и следующее. Данные принципы не предполагают консервацию, трансформацию или репродукцию каких-либо особенностей социальной структуры, институтов или процессов, но всецело обращены к системе личности и ее охране от агрессивных воздействий внешней (социальной) среды. Между тем цифровизация не может оказать одностороннего и изолированного воздействия на личность или на общество. Ее действие затрагивает всю систему отношений между ними. Алгоритмы, призванные исключить влияние человеческой субъективности, на самом деле не достигают подобной цели, но приводят к ее «отложенному действию». Как и человек, компьютер может быть предвзятым. Искусственный интеллект накапливает не только информацию, но и знания, оценки, допущения и убеждения, которые так же полны предвзятости, как и знания, оценки, допущения и убеждения реальных индивидов. Более того, само накопление данных, независимо от того, является ли оно индуктивным или имеет более сложную модель, включающую в себя распознавание образов, способно рождать новые «предвзятости», которые являются результатом спонтанных и неконтролируемых комбинаций из имеющихся оценок и убеждений, «усвоенных» компьютером прежде.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Бостром Н. Искусственный интеллект. Этапы. Угрозы. Стратегии. — М. : Манн, Иванов и Фербер, 2016. — 496 с.
2. Касавин И. Т. Социальная эпистемология. Фундаментальные и прикладные проблемы. — М. : Альфа-М, 2013. — 557 с.
3. Клачков П. В. Понятие гуманитарных технологий в системе социально-философских категорий // Современные проблемы науки и образования. — 2012. — № 3. — С. 77—82.
4. Новая философская энциклопедия. — М. : Мысль, 2010. — 744 с.
5. Юдин Б. Г. От гуманитарного знания к гуманитарным технологиям // Гуманитарное знание: тенденции развития в XXI веке. В честь 70-летия Игоря Михайловича Ильинского / кол. монография. — М. : Изд-во Нац. ин-та бизнеса, 2006. — С. 187—214.

¹⁴ Юдин Б. Г. От гуманитарного знания к гуманитарным технологиям // Гуманитарное знание: тенденции развития в XXI веке. В честь 70-летия Игоря Михайловича Ильинского / кол. монография. М. : Изд-во Нац. ин-та бизнеса, 2006. С. 191.

¹⁵ Клачков П. В. Понятие гуманитарных технологий в системе социально-философских категорий // Современные проблемы науки и образования. 2012. № 3. URL: <http://www.science-education.ru/ru/article/view?id=6452> (дата обращения: 31.01.2020).

6. Fan R. Reconstructionist Confucianism. Rethinking Morality after the West. — Springer Science + Business Media B. V., 2010.
7. Creel H. G. The birth of China: A study of the formative period of Chinese civilization. — F. Ungar Pub. Co; First Edition edition, 1954.
8. Popper K. R. The open society and its enemies. — London : George Routledge & Sons, Ltd, 1947. — Vol. I : The spell of Plato. — 268 p.

Материал поступил в редакцию 6 февраля 2020 г.

REFERENCES

1. Bostrom N. Iskusstvennyy intellekt. Etapy. Ugrozy. Strategii [Artificial intelligence. Stages. Menaces. Strategies]. Moscow: Mann, Ivanov and Ferber; 2016. (In Russ.)
2. Kasavin IT. Sotsialnaya epistemologiya. Fundamentalnye i prikladnye problemy [Social epistemology. Fundamental and applied problems]. Moscow: Alfa-M; 2013. (In Russ.)
3. Klachkov PV. Ponyatie gumanitarnykh tekhnologiy v sisteme sotsialno-filosofskikh kategoriy [The concept of humanitarian technologies in the system of socio-philosophical categories]. *Sovremennye problemy nauki i obrazovaniya* [Modern problems of science and education]. 2012;3:77-82. (In Russ.)
4. Novaya filosofskaya entsiklopediya [New philosophical encyclopedia]. Moscow: Mysl; 2010. (In Russ.).
5. Yudin BG. Ot gumanitarnogo znaniya k gumanitarnym tekhnologiyam [From humanitarian knowledge to humanitarian technologies]. In: Gumanitarnoe znanie: tendentsii razvitiya v XXI veke. V chest 70-letiya Igorya Mikhaylovicha ilinskogo: kol. monografiya [Humanitarian knowledge: development trends in the 21st century. In honor of the 70th anniversary of Igor Mikhailovich Ilyinsky. Joint monograph]. Moscow: Izd-vo nats. in-ta biznesa; 2006. P. 187-214. (In Russ.)
6. Fan R. Reconstructionist Confucianism. In: Rethinking Morality after the West. Springer Science + Business Media B.V.; 2010. p. 45-69. (In Eng.)
7. Creel HG. The birth of China: A study of the formative period of Chinese civilization. F. Ungar Pub. Co; First Edition edition; 1954. (In Eng.)
8. Popper KR. The open society and its enemies. Vol. I: The spell of Plato. London: George Routledge & Sons, Ltd; 1947. (In Eng.)

DOI: 10.17803/1729-5920.2020.161.4.093-102

В. В. Хилjuta*

Корыстная цель в хищении: существуют ли пределы расширительного толкования?

Аннотация. В статье раскрывается вопрос о современном понимании корыстной цели в составе хищения и его формах — мошенничестве, присвоении и растрате. Подробно проанализировано постановление Пленума Верховного Суда РФ от 30 ноября 2017 г. № 48 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате» в ракурсе дискуссионного понимания корыстной цели в судебной практике. Автором в полемическом плане излагается точка зрения о невозможности толкования корыстной цели в широком аспекте — как возможности распоряжаться похищенным имуществом по своему усмотрению, в том числе и в пользу иных лиц, круг которых неограничен. Доказывается, что термин «корысть» не может раскрыть содержание цели хищения, поскольку корысть присуща не только хищениям, но и иным преступлениям. «Корысть» может лишь указывать на отношение лица к акту его поведения, способу совершения преступления, но не характеризует цель его действий, в результате чего понятие корыстной цели может наполняться различным содержанием. Корыстные мотивы должны предопределять наличие корыстной цели, а некорыстные мотивы должны исключать квалификацию совершаемых деяний как хищение чужого имущества. Предложенное Верховным Судом РФ разъяснение корыстной цели существенным образом сдвигает рамки наличия признаков хищения и переносит их на более раннюю стадию. Приравнение корыстной цели к цели извлечения (получения) имущественной выгоды не отличается определенностью, т.к. имущественную выгоду можно извлечь и из противоправного пользования чужим имуществом. Для объективной квалификации хищений существенное значение должен иметь мотив поведения виновного и характер его действий. Поэтому с точки зрения субъективных признаков хищения его цель должна указывать на то, что подобное деяние направлено на обогащение виновного или иных лиц, круг которых должен быть ограничен.

Ключевые слова: мошенничество; хищение; корыстная цель; мотив; присвоение; имущественные преступления; собственность; корысть; изъятие; обращение; преступления против собственности.

Для цитирования: Хилjuta В. В. Корыстная цель в хищении: существуют ли пределы расширительного толкования? // Lex russica. — 2020. — Т. 73. — № 4. — С. 93—102. — DOI: 10.17803/1729-5920.2020.161.4.093-102.

Mercenary Purpose in Theft: Are There Limits To Broad Interpretation?

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

Abstract. The paper deals with the issue of the modern understanding of the mercenary purpose as an element of theft and its forms — fraud, misappropriation and embezzlement. The author closely analyzes the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation Resolution No. 48 dated 30 November 2017 "On court practice on cases involving fraud, misappropriation and embezzlement" in view of the discussion of understanding mercenary purpose in litigation. The author polemically sets out the point of view that it is impossible to interpret a mercenary purpose in a broad sense — as the ability to dispose of stolen property at their own discretion, including in favor of other persons, whose circle is unlimited. It is proved that the term "lucre" cannot reveal

© Хилjuta В. В., 2020

* Хилjuta Вадим Владимирович, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного права, процесса и криминалистики Гродненского государственного университета имени Я. Купалы
Ул. Ожешко, д. 22, г. Гродно, Республика Беларусь, 230027
tajna@tut.by

the content of the purpose of theft, since lucre is inherent not only in theft, but also in other crimes. "Lucre" can only indicate the attitude of a person to the act of his behavior, the method of committing a crime, but does not characterize the purpose of his actions, as a result of which the concept of mercenary purpose can be filled with different content. Mercenary motives should determine the existence of a mercenary purpose, and non-mercenary motives should exclude the qualification of committed acts as theft of someone else's property. The explanation of a mercenary purpose proposed by the Supreme Court of the Russian Federation significantly shifts the scope of the presence of elements of theft and transfers them to an earlier stage. Evening a mercenary purpose with the purpose of gaining (receiving) property benefits is not certain, since property benefits can also be extracted from the illegal use of other people's property. For the objective classification of theft, the motive of the perpetrator's behavior and the nature of his actions must be essential. Therefore, from the point of view of subjective elements of theft, its purpose should indicate that such an act is aimed at enriching the perpetrator or other persons, the circle of whom should be limited.

Keywords: fraud; theft; mercenary purpose; motive; appropriation; property crimes; property; lucre; seizure; treatment; crimes against property.

Cite as: Khilyuta VV. Korystnaya tsel v khishchenii: sushchestvuyut li predely rasshiritelnogo tolkovaniya? [Mercenary purpose in theft: Are there limits to broad interpretation?]. *Lex russica*. 2020;73(4)093-102. DOI: 10.17803/1729-5920.2020.161.4.093-102. (In Russ., abstract in Eng.).

В доктрине уголовного права вопрос о корыстной цели в составе хищения и конкретных его формах имеет давнюю историю и по настоящее время так и остался нерешенным. Несмотря на то что доктрина уголовного права предлагает свои ответы на поставленные вопросы, а в правоприменительной практике имеются многочисленные решения по этому поводу, причем на уровне высшей судебной инстанции, понимание сути корыстной цели и ее содержательных границ продолжает оставаться дискуссионным и весьма актуальным как для науки уголовного права, так и для правоприменительной практики.

В самом обобщенном представлении можно сказать о том, что в настоящее время существует узкий и широкий подходы относительно содержания корыстной цели. Некоторые выделяют еще и промежуточный подход в данном вопросе, однако он больше примыкает к узкому аспекту толкования корыстной цели. Так, согласно узкому подходу, корыстная цель рассматривается как стремление виновного к личному обогащению, обращение похищенного имущества в свою пользу (собственность) либо извлечение имущественной выгоды для близких ему лиц или соучастников преступления. Согласно же положениям широкого подхода понимания корыстной цели, таковая будет иметь место, если виновный стремится распорядиться имуществом как своим собственным, а равно извлечь имущественную выгоду как для себя, так и для любых иных лиц (физических или юридических), круг которых не ограничен.

Следует сказать, что правоприменительная практика в одно время брала за основу узкий подход в толковании корыстной цели, позже стала применять положения промежуточного подхода в определении объема и наполнении понятия «корыстная цель»¹. Однако в последнее время полностью изменила его содержательный аспект, и теперь корыстная цель в хищении стала пониматься крайне широко. Такое положение дел можно объяснить различным образом и привести веские аргументы в поддержку подобного взгляда.

Итак согласно п. 26 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 30 ноября 2017 г. № 48 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате» при решении вопроса о виновности лиц в совершении мошенничества, присвоения или растраты «суды должны иметь в виду, что обязательным признаком хищения является наличие у лица корыстной цели, то есть стремления изъять и (или) обратить чужое имущество в свою пользу либо распорядиться указанным имуществом как своим собственным, в том числе путем передачи его в обладание других лиц, круг которых не ограничен».

Таким образом, корыстная цель будет иметь место не только тогда, когда лицо заведает чужим имуществом с целью его обращения в свою собственность или в пользу иных лиц, в судьбе которых оно заинтересовано, но и в том случае, когда имущество передается любым иным лицам, «круг которых не ограничен». Например, если директор организации

¹ См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 2000. № 10 ; 2001. № 1 ; 2002. № 3 ; 2002. № 7 ; 2003. № 1.

незаконно перечислит деньги со счета этой организации в детский дом, то подобное деяние мы должны будем квалифицировать как хищение. Точно так же мы будем расценивать (именно как хищение) действия этого директора, который незаконно перечислит деньги организации на счет своего сына. Есть ли здесь какая-либо разница? В плане поведенческих действий, а точнее выполнения объективной стороны состава преступления, — нет. А в плане субъективной стороны? Наверное, есть, но теперь это уже значения не имеет, и подобные случаи будут расценены одинаково и будут признаваться хищением.

Сторонники такого понимания корыстной цели исходят из того, что хищение влечет ответственность независимо от того, кто незаконно обогатился неправомерным образом, кто получил имущественную выгоду в результате совершения хищения — сам виновный или другое лицо. Хищение непосредственно не связано с обогащением исключительно самого виновного и близких ему лиц. Как отмечает по этому поводу А. Г. Безверхов, «с юридической точки зрения корыстная цель должна указывать на то обстоятельство, что в результате совершенного хищения кто-либо незаконно обогатился и это осознается виновным»².

Вместе с тем, если мы говорим о том, что при мошенничестве, присвоении и растрате корыстная цель может состоять и в передаче имущества в обладание других лиц, круг которых не ограничен, то в такой ситуации лицо, осуществляющее преступное действие, не извлекает никакой имущественной выгоды (иногда можно вести речь о том, что оно получает косвенную выгоду), а руководствуется некими иными (некорыстными) мотивами. Какую выгоду, например, извлекает директор организации, когда перечисляет деньги в детский дом? Очевидно, что он действует исходя из неких альтруистических мотивов и конечную цель вряд ли уместно здесь называть корыстной.

Однако в теории уголовного права оценка действий руководителя данной организации как хищения исходя из констатации у него признаков корысти (корыстной цели) обосно-

вывается тем, что обогащение других лиц свидетельствует о выражении корыстной цели и у лица, совершившего изъятие имущества. В этом и состоит корыстная цель, ибо, как следует из законодательного определения понятия хищения (примечание 1 к ст. 158 УК РФ), сегодня предусматривается возможность получения похищенного имущества другими лицами и во все не требуется, чтобы обогащение произошло за счет передаваемого имущества со стороны лица, которое его незаконно изъяло, передало или произвело отчуждение иным образом³. Ввиду того что круг третьих лиц прямо в законе не ограничен, при хищении виновный может обогатить не только себя, но и любого иного лица (соучастника, иного близкого лица и т.д.). И таким иным лицом может быть кто угодно (любое как физическое, так и юридическое лицо).

Например, П. С. Яни указывает, что широкое понимание корыстной цели создает благоприятную почву для того, чтобы признавать наличие такой цели и в случае, когда похищенные средства поступают на счет юридического лица, которое и юридически, и фактически подконтрольно виновному. А раньше такое деяние признать хищением было нельзя⁴. Тем не менее анализ данного разъяснения Пленума Верховного Суда РФ убеждает нас в том, что предложенное широкое понимание корыстной цели входит в противоречие с иными трактовками субъективных признаков экономических и служебных преступлений и порождает немало вопросов.

Первый аспект проблемы касается такой трактовки, как «распоряжение имуществом как своим собственным». Это означает, что, завладевая чужим имуществом, лицо может распорядиться им как угодно и такое распоряжение всегда должно признаваться хищением, т.к. оно совершается корыстно. Однако стремление изъять и (или) обратить чужое имущество в свою пользу либо распорядиться указанным имуществом как своим собственным может толковаться по-разному. От чего или от кого зависит такое толкование? Буквально следуя разъяснению Пленума Верховного Суда РФ, можно

² См.: Безверхов А. Г. Корыстная цель как субъективный признак хищения чужого имущества // Уголовное право, уголовный закон: теория и практика : сборник науч. статей. СПб., 2017. С. 30.

³ См.: Ковалев М. В. Проблемы «корыстной цели» при квалификации преступлений против собственности // Известия тульского государственного университета. Серия : Экономические и юридические науки. 2018. № 2—3. С. 88.

⁴ См.: Яни П. С. Корысть как признак хищения // Законность. 2019. № 3. С. 24.

прийти к выводу, что даже если лицо изымает имущество и уничтожает его, то подобные действия представляют собой все равно хищение, ведь ни о каком мотиве в данном случае речи не идет. Лицо распоряжается похищенным, как считает нужным: хочет — передает его другому, хочет — оставляет себе или вовсе от него избавляется, а равно уничтожает.

Адепты понимания корыстной цели в широком смысле пытаются развести указанные ситуации: когда заходит речь об уничтожении ранее похищенного имущества, предпочитают говорить о том, что корыстной цели здесь нет. Однако почему же происходит исключение из общего правила? Ведь то же уничтожение имущества есть разновидность его распоряжения. Лицо, уничтожив предварительное изъятое имущество, также распорядилось им. Почему здесь нас должен интересовать факт того, каким образом преступник распоряжается похищенным? То есть мы, невзирая на юридический момент окончания преступления, пытаемся для верной квалификации нащупать его фактические тонкости — элемент последующего распоряжения похищенным имуществом. Причем, как оказывается, это обстоятельство имеет существенное значение в вопросе квалификации. Ведь представим себе, что директор организации: 1) незаконно отчуждает автомобиль в пользу детского дома, 2) отчуждает такой же автомобиль в свою пользу и уничтожает его. И в первом, и во втором случае директор организации не руководствуется корыстными мотивами, он не преследует цель присвоить себе или в свою пользу чужое имущество. Очевидно, что мотивы здесь некорыстные и не связаны с обогащением. Тем не менее в первом случае мы признаем лицо виновным в хищении, а во втором — в умышленном уничтожении чужого имущества. Хотя еще раз следует обратить внимание: директор распорядился имуществом по своему усмотрению, как посчитал нужным. Однако какие действия этого руководителя по своей сути общественно опаснее? В то же время, если мы констатируем, что хищение признается оконченным с момента, когда имущество изъято и виновный имеет реальную возможность им пользоваться или распоряжаться по своему усмотрению, то почему тогда определенному факту (уничтожение или повреждение имущества) должно придаваться иное значение?

Ведь сам П. С. Яни в данном вопросе обращает внимание, что предпринимаемые в науке уголовного права попытки развести корыстный мотив и корыстную цель небезупречны, носят довольно отвлеченный и искусственный характер и не могут быть восприняты практикой, поскольку правоприменительные органы данные понятия отождествляют⁵. Но все же следует подчеркнуть, что корысть характеризует материальные потребности человека, удовлетворяя которые лицо и совершает преступление. Вместе с тем в случаях, когда лицо отчуждает имущество в пользу иных лиц, оно вряд ли удовлетворяет свои имущественные потребности. Значит, ставить вопрос необходимо следующим образом: корыстная цель никак не может быть связана с обращением имущества в пользу иных лиц.

П. С. Яни также в данном вопросе указывает на то, что, например, в п. 6 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2002 г. № 29 «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое» указано, что «кража и грабеж считаются оконченными, если имущество изъято и виновный имеет реальную возможность им пользоваться или распоряжаться по своему усмотрению (например, обратить похищенное имущество в свою пользу или в пользу других лиц, распорядиться им с корыстной целью иным образом)». Именно указание на то, что лицо может «*распорядиться им с корыстной целью иным образом*» доказывает, что не во всех случаях стремление получить возможность распоряжаться чужим имуществом как собственным рассматривается в качестве корыстной цели даже в широком ее понимании⁶. Однако выделенная фраза П. С. Яни («распорядиться им с корыстной целью иным образом») вовсе не доказывает правильность его утверждения. Потому как если лицо распоряжается имуществом иным образом при отсутствии корыстной цели, то это вовсе тогда и не корыстное хищение. Если тот же директор организации перечисляет деньги в детский дом, он распоряжается имуществом при отсутствии корыстной цели, но мы же признаем его действия теперь хищением, потому что корыстную цель понимаем широко.

В данном случае неубедительными выглядят доводы, когда мы применительно к пониманию корыстной цели в составе мошенничества, при-

⁵ Яни П. С. Корысть как признак хищения // Законность. 2019. № 2. С. 23—27.

⁶ См.: Яни П. С. Корысть как признак хищения // Законность. 2019. № 3. С. 21—25.

своения или растраты ссылаемся на момент окончания таких преступлений, как кража или грабеж. Ведь если привести п. 5, 6 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 30 ноября 2017 г. № 48 (что более приемлемо в контексте обсуждаемой проблемы), где речь идет о моменте окончания мошенничества в форме хищения чужого имущества или приобретения права на имущество, то там мы не увидим подобных отсылок, на которые обращает внимание П. С. Яни. Например, в абз. 1 п. 5 данного постановления четко сказано, что мошенничество «признается оконченным с момента, когда указанное имущество поступило в незаконное владение виновного или других лиц и они получили реальную возможность (в зависимости от потребительских свойств этого имущества) пользоваться или распорядиться им по своему усмотрению».

Обращает на себя внимание и то обстоятельство, что коль скоро мошенничество, присвоение или растрата, кража, грабеж, разбой являются однотипными формами хищения, на которые, по идее, должны распространяться идентичные признаки⁷, почему-то в понимании корыстной цели мы наблюдаем отступление. Ведь в п. 7 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2002 г. № 29 ничего не говорится о том, что следует понимать под корыстной целью в составе кражи, грабежа или разбоя. Наоборот, в данном пункте обращено внимание на возможность появления у виновного не корыстной, а иной цели (временного использования имущества, предполагаемого права), которая не должна соотноситься с хищением.

Таким образом, из широкого понимания корыстной цели как бы выводятся за скобки случаи причинения материального ущерба собственнику как некоего иного корыстного имущественного посягательства. Например, А. Г. Безверхов справедливо отмечает, что нет оснований квалифицировать как хищение случаи «завладения чужим имуществом с целью

его повреждения или уничтожения, в целях самовольного использования его в интересах собственника или владельца, из хулиганских побуждений, в шутку, из озорства, из чувства мести, в счет погашения долга, лежащего на собственнике этого имущества, или с целью возмещения причиненного собственником имущества ущерба, с целью склонить потерпевшего к возврату долга (в целях обеспечения уплаты долга) или принудить к выполнению взятого на себя обязательства. Во всех указанных случаях корыстная цель отсутствует»⁸. Однако, в предложенном наборе действий лицо как раз может извлекать для себя имущественную выгоду, хотя цель его действий и мотив могут и не совпадать. То есть речь все-таки идет о том, что мы разводим корыстную цель и мотив совершения преступления, однако делаем это избирательно. Вместе с тем забываем одно немаловажное обстоятельство: корыстная цель может быть сформирована только корыстным мотивом и наряду с последним могут быть иные мотивы (зависть, ревность, алчность, месть и т.д.). Поэтому вовсе непонятно, каким образом сегодня одни мотивы отождествляются с корыстной целью, а другие — нет и на основании этого мы констатируем, что хищение отсутствует⁹.

Еще один аспект рассматриваемой проблемы прямо затрагивает вопрос о соотношении хищений, совершаемых с использованием служебного положения, и должностных преступлений (ст. 285 УК РФ). Данный вопрос приобретает особое значение именно потому, что изменился правоприменительный подход к пониманию корыстной цели. Дело в том, что неограниченность круга лиц, в чью пользу может изымать имущество виновный, нивелирует всякие разграничительные признаки, которые доселе существовали при разрешении ситуаций, связанных с хищениями и должностными злоупотреблениями.

Речь, в частности, идет о том, что нередко, совершая должностные злоупотребления, ру-

⁷ С. А. Петров считает иначе и говорит о том, что «понимание корыстной цели при уголовно-правовой оценке мошенничеств, присвоений и растрат совершенно иное, нежели при квалификации краж, грабежей и разбоев» (Петров С. А. Корыстная цель в хищениях // Законность. 2017. № 9. С. 39—42).

⁸ Безверхов А. Г. Указ. соч. С. 30.

⁹ Здесь можно сослаться на п. 7 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2002 г. № 29: «Не образуют состава кражи или грабежа противоправные действия, направленные на завладение чужим имуществом не с корыстной целью, а, например, с целью его временного использования с последующим возвращением собственнику либо в связи с предполагаемым правом на это имущество. В зависимости от обстоятельств дела такие действия при наличии к тому оснований подлежат квали-

ководители организаций руководствуются мотивом ложно понятого служебного долга и преследуют цель увеличить благосостояние других лиц (физических или юридических)¹⁰. Широкая трактовка понимания корыстной цели теперь ставит вопрос о признании данных действий хищением, а не должностным злоупотреблением, поскольку такой руководитель распоряжается имуществом как своим собственным, и передает его в обладание юридического лица (или физического, но это уже не имеет принципиального значения).

Действующие в судебной практике критерии по поводу разграничения данных корыстных должностных злоупотреблений теперь, оказывается, не совсем применимы. Так, в п. 17 постановления Пленума Верховного Суда РФ «О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий» сказано, что «в отличие от хищения чужого имущества с использованием служебного положения злоупотребление должностными полномочиями из корыстной заинтересованности образуют такие деяния должностного лица, которые либо не связаны с изъятием чужого имущества (например, получение имущественной выгоды от использования имущества не по назначению), либо связаны с временным и (или) возмездным изъятием имущества. Если использование должностным лицом своих служебных полномочий выразилось в хищении чужого имущества, когда фактически произошло его изъятие, содеянное полностью охватывается частью 3 статьи 159 УК РФ или частью 3 статьи 160 УК РФ и дополнительной квалификации по статье 285 УК РФ не требует».

Таким образом, из данного разъяснения следует, что если происходит изъятие чужого имущества, то это должно образовывать одну из форм хищения — мошенничество, присвоение или растрату. Если же имеет место временное заимствование чужого имущества или возмездное изъятие имущества, то это образует должностное злоупотребление (ст. 285 УК РФ). Возникает вопрос: а если присутствует противо-

правное отчуждение чужого имущества в пользу иного лица (юридического или физического)? Ведь на сегодняшний день мы практически не встретим ситуаций, когда должностные лица изымали бы имущество из организации, т.е. обособляли его, а затем передавали кому-либо. Напротив, все происходит иным образом: имеет место отчуждение имущества в пользу иных лиц и чаще всего путем незаконного перечисления денег на счет иного лица. Как такового изъятия здесь нет, и мы вынуждены в трактовке хищений говорить об обращении чужого имущества в пользу иного лица.

Надо сказать, что ранее правоприменительная практика однозначно идентифицировала такие ситуации как должностное злоупотребление и доктрина уголовного права предлагала свои критерии разграничения хищений и должностных злоупотреблений.

Теперь же оказывается, что буквально любое обращение имущества в пользу иного лица должно расцениваться как хищение. Точно так же, как и случаи отчуждения (продажи) имущества по заниженной цене, ведь должностное лицо — руководитель организации распоряжается им по своему усмотрению. Однако почему-то, если лицо получает имущественную выгоду от использования имущества не по назначению, такие действия составляют суть должностного злоупотребления (ст. 285 УК РФ). Но в то же время должностное лицо, отчуждая имущество в пользу иного лица, может и не извлекать никакой имущественной выгоды, о чем мы уже говорили, однако его действия все равно будут признаваться хищением. Получается, что в некоторых случаях Пленум Верховного Суда РФ, пытаясь разграничить хищение и должностное злоупотребление, опять же, делает упор на мотиве совершения преступления, а в других ситуациях такой мотив оставляет за скобками. Поэтому вполне прав Г. А. Есаков, когда говорит о том, что сегодня остается открытым вопрос: «Может ли изъятие и обращение имущества в пользу других лиц вообще когда-либо признаваться совершенным без корыстной цели?»¹¹.

фикации по статье 330 УК РФ или другим статьям Уголовного кодекса Российской Федерации. В тех случаях, когда незаконное изъятие имущества совершено при хулиганстве, изнасиловании или других преступных действиях, необходимо устанавливать, с какой целью лицо изъясло это имущество».

¹⁰ См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 2013. № 5 ; апелляционное определение Приморского краевого суда от 2 июля 2013 г. № 22-7169.

¹¹ См.: Есаков Г. Корыстная цель в хищении и новое постановление Пленума о судебной практике по делам о мошенничестве // Уголовное право. 2018. № 1. С. 51.

Если исходить именно из того, что извлечение имущественной выгоды должно образовывать состав должностного злоупотребления, то данный признак теряет свою основу, поскольку теперь можно привести массу примеров, когда хищение рассматривается как таковое именно тогда, когда лицо фактически получает имущественную выгоду от своих действий. Однако имущественная выгода — это конечный результат, к которому стремится лицо, а не способ совершения имущественного преступления. Изъятие и обращение — это специфические способы совершения хищения, а извлечение, стало быть, не свойственно хищениям и может указывать на иные неправомерные формы преступного обогащения.

Представим себе, что директор торгового предприятия с целью восполнения образовавшихся недостатков дает указание своим продавцам обсчитывать покупателей. Если мы скажем, что здесь присутствует корыстная цель, то и состав хищения (например, в форме продолжаемого мошенничества) имеет место, т.к. неважно, в чью именно пользу было совершено хищение, кто именно обогатился. Однако при такой постановке вопроса корыстная цель смешивается с иной личной заинтересованностью. Ведь тот же продавец, обманывая покупателей, осуществлял это с корыстной целью, желал обогатить предприятие или же у него имелась иная личная заинтересованность?

Подобное смешение целей можно обнаружить и в следующем примере. Так, директор столовой систематически угощает проверяющих из контролирующих и налоговых органов за счет заведения. Все расходы по оказанию услуг несет заведение. В действиях такого руководителя усматриваются признаки присвоения или растраты, т.к. он распорядился вверенным ему имуществом по своему усмотрению, а значит, присутствует корыстная цель. Но нельзя сказать, что данный директор изымает или обращает имущество столовой в пользу иных лиц. Он для себя извлекает имущественную выгоду, поскольку экономит свой имущественный фонд. Тем не менее и в ст. 285 УК РФ, и в ст. 159, 160 УК РФ идет речь о корыстной цели, причем, как представляется, в составе должностного злоупотребления корыстная цель должна пониматься идентично корыстной цели в хищении. Однако, если мы ведем речь о хищении, то, безусловно, одной стороне должен быть

причинен ущерб (потерпевшему), а другая сторона должна получить похищенное имущество. В случае же с неимущественными благами (объектами гражданских прав) о таком завладении речи идти не может.

Такой поворот в вопросе толкования корыстной цели применительно к должностным преступлениям не является новым. Правоприменительная практика послевоенного периода именно таким (расширительным) образом оценивала действия руководителей. Так, согласно Указу Президиума Верховного Совета СССР от 4 июня 1947 г. «Об уголовной ответственности за хищение государственного и общественного имущества» должностные лица привлекались к уголовной ответственности за незаконную безвозмездную передачу имущества третьим лицам, т.е. за хищение, когда они хотя и не имели корыстных целей, но исходили из ложно понятых интересов службы, карьеристских или иных побуждений¹². Понадобилось много времени для того, чтобы изменить в правоприменительной практике подобное крайне широкое толкование корыстной цели и ограничить ее определенными рамками, которые были бы непременно связаны с обогащением виновного или близких ему лиц. Теперь же имеет место обратная ситуация. Круг замкнулся.

Очевидно, что в настоящее время корыстная цель стала больше соотноситься с преступным действием (бездействием) виновного. Иначе говоря, цель завязана на объективной стороне хищения и никоим образом не корреспондирует с субъективной стороной состава преступления, т.к. корыстная цель представляет собой намерение лица совершить хищение.

Таким образом, широкое понимание корыстной цели уводит нас в сторону того, что корыстная цель отождествляется не столько с мотивом совершения преступления, сколько с преступным действием виновного. И фактически мы можем говорить о существовании бескорыстных хищений, однако облакаемых сегодня правоприменительной практикой в понятие «корысть». Это и неудивительно, потому как широкое понимание корысти предопределяет не конечную цель виновного и направленность его действий, а цель действий преступника — изъятия или обращения, а проще говоря, завладения чужим имуществом. Следовательно, можно прийти к выводу, что всякое завладение чужим имуществом и есть хищение. Однако из

¹² См.: Хилjuta В. В. Понятие и признаки хищения в уголовном праве. М., 2016. С. 503.

этого правила делаются исключения, и они как раз основаны не столько на различном понимании цели совершения преступления (завладения чужим имуществом), сколько на учете мотивов совершения преступного деяния.

Более того, понимание корыстной цели в широком смысле ставит вопрос о возможности совершения хищения с косвенным умыслом. На примере представления работником фиктивных больничных с целью оправдания возможного прогула некоторые юристы считают возможным квалифицировать содеянное им как хищение, потому что завладение чужим имуществом в данном случае является неизбежным результатом действий виновного, который в качестве основной преследует и иную цель. А раз такая неизбежность имеет место, то отсюда и выводится положение, что цель оправдать свой прогул есть уже хищение, пусть это и не главная, а второстепенная цель¹³.

Однако, на наш взгляд, никак нельзя в данном случае приравнивать косвенный умысел к неопределенному и на этом основании пытаться выводить положение о возможности совершения хищения с неопределенным умыслом. При неопределенном умысле субъект должен предвидеть возможность наступления различных вредных последствий, но последствий однородных, в равной мере желая или сознательно допуская их наступление. По этой причине любой косвенный умысел может рассматриваться как неопределенный (реальная возможность наступления нескольких последствий), однако подобный умысел так и останется косвенным, а не прямым. При прямом неопределенном умысле виновным лицом предпринимаются дополнительные действия, увеличивающие вероятность наступления общественно опасных последствий, даже если преступные намерения виновного и не конкретизированы. При косвенном же умысле результат не нужен виновному ни в качестве конечной цели, ни в качестве средства достижения какой-либо иной цели. Поэтому хищение всегда совершается с прямым специальным умыслом и никогда не может быть совершено с косвенным неопределенным умыслом¹⁴.

Итак, настоящая проблема нам видится в том, что в отличие от многих других уголовных законодательств зарубежных стран в уголовном законе Российской Федерации не содержится специальной нормы, которая бы устанавливала ответственность за противоправное завладение имуществом или его отчуждение при отсутствии корыстной цели. Это положение прямо влияет на то, что в такой ситуации правоприменитель вынужден широко толковать цель хищения и вводить в его объем действия, никоим образом не связанные с классическим пониманием хищения как деликта абсолютного характера.

Приведем типичный пример, который будет иметь различное разрешение в зависимости от тех подходов, которые будут применяться в правоприменительной деятельности. Так, в Республике Беларусь был известен случай, когда кассир одного из банков А., не имея никакой заинтересованности, незаконно передала денежную сумму в размере 50 тыс. долл. США постоянному клиенту этого банка Б. на один день, под обещание вернуть деньги вечером. Такие случаи уже неоднократно имели место, и Б. деньги возвращал. Однако в этот раз он деньги не вернул. Спустя день Б. был задержан в такси с данной суммой, он пояснил, что вез деньги обратно в банк. Б. не удалось привлечь к ответственности за хищение, однако кассир банка А. первоначально судом была осуждена за растрату денежных средств, но приговор был отменен, поскольку не было установлено корыстной цели в действиях А. В последующем А. была осуждена по ст. 217 УК Республики Беларусь (незаконное отчуждение вверенного имущества)¹⁵.

Широкое понимание корыстной цели в данном случае позволило бы привлечь А. к ответственности за хищение, т.к. она распорядилась вверенным ей имуществом по своему усмотрению и мотивы совершения подобных действий значения не имеют. Однако законодательное разграничение корыстных и некорыстных действий, связанных с завладением (или отчуждением) чужого имущества, позволяет решить обсуждаемую проблему иначе.

¹³ См.: *Архипов А.* Корыстная цель как признак хищения // *Уголовное право.* 2016. № 1. С. 8.

¹⁴ См. подробное обоснование данного положения: *Хилjuta В. В.* Можно ли хищение совершить с косвенным умыслом? // *Библиотека уголовного права и криминологии.* 2017. № 6. С. 120—129.

¹⁵ Диспозиция ст. 217 УК Республики Беларусь сформулирована следующим образом: «Незаконное безвозмездное отчуждение в значительном размере чужого имущества, вверенного виновному, при отсутствии корыстной цели».

Таким образом, в сущностном понимании расширение границ корысти ведет к автоматическому изменению понятия хищения за счет другого понимания способа действия при хищении чужого имущества. Все это приводит к смешению понятия хищения с иными имущественными и экономическими преступлениями, корыстными и некорыстными посягательствами на собственность. Игнорирование специфической цели при хищении нивелирует данное понятие, поскольку предполагает не завладение (изъятие, обращение) имуществом, а извлечение имущественной выгоды, что существенно меняет суть понятия хищения и в перспективе указывает на его ненужность.

Тем не менее у хищения всегда была своя цель. Однако термин «корысть» не может раскрыть содержание цели хищения, поскольку корысть свойственна не только хищениям, но и иным преступлениям. «Корысть» может лишь указывать на отношение лица к акту его поведения, способу совершения преступления, но не характеризует цель его действий, в результате чего понятие «корыстная цель» может наполняться различным по объему содержанием. Соответственно, корыстные мотивы должны предопределять наличие корыстной цели, а некорыстные мотивы должны исключать квалификацию совершаемых деяний как хищения чужого имущества. Поэтому при такой постановке вопроса цель хищения должна указывать на обогащение виновного лица или иных лиц, в судьбе которых он заинтересован.

Если корыстную цель рассматривать через призму распоряжения имуществом по усмотрению виновного, то это существенным образом сдвигает рамки наличия признаков хищения и переносит их на более раннюю стадию. Вследствие чего оказываются ненужны-

ми многие иные составы преступлений против собственности или против интересов службы, т.к. любое распоряжение имуществом уже будет означать совершение хищения. Конечно, в этой связи можно делать некие исключения из общего правила, но что будет лежать в основе подобных исключений? Приравнивание корыстной цели к цели извлечения (получения) имущественной выгоды также не отличается определенностью, т.к. имущественную выгоду можно извлечь и из противоправного пользования чужим имуществом.

Для объективной квалификации хищений существенное значение должен иметь мотив поведения виновного и характер его действий. Поэтому с точки зрения субъективных признаков хищения его цель должна указывать на то, что подобное деяние направлено на обогащение виновного или иных лиц. Однако в отличие от широкого понимания корыстной цели указание на то, что хищение направлено на обогащение виновного или иных лиц за счет физического обладания имуществом, должно иметь оговорку. И эта оговорка непременно должна быть связана с тем, что если происходит отчуждение имущества в пользу иных лиц при отсутствии личных имущественных интересов на стороне виновного (отчуждение происходит на основании личных неимущественных интересов), то хищение будет отсутствовать¹⁶. Такое понимание цели хищения требует соответствующей корректировки уголовного законодательства, в том числе и за счет конструирования специальной уголовно-правовой нормы, которая бы предусматривала ответственность за противоправное безвозмездное отчуждение или завладение чужим имуществом при отсутствии корыстных побуждений.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Архипов А. Корыстная цель как признак хищения // Уголовное право. — 2016. — № 1. — С. 4—8.
2. Безверхов А. Г. Корыстная цель как субъективный признак хищения чужого имущества // Уголовное право, уголовный закон: теория и практика : сборник науч. статей. — СПб., 2017. — С. 26—32.
3. Есаков Г. Корыстная цель в хищении и новое постановление Пленума о судебной практике по делам о мошенничестве // Уголовное право. — 2018. — № 1. — С. 47—52.
4. Ковалев М. В. Проблемы «корыстной цели» при квалификации преступлений против собственности // Известия тульского государственного университета. Серия : Экономические и юридические науки. — 2018. — № 2—3. — С. 85—90.

¹⁶ См.: Хилjuta В. В. Концептуально-теоретические проблемы трансформации учения о хищении в доктрине уголовного права. Гродно, 2018. С. 230.

5. Петров С. А. Корыстная цель в хищениях // Законность. — 2017. — № 9. — С. 39—42.
6. Хилjuta В. В. Концептуально-теоретические проблемы трансформации учения о хищении в доктрине уголовного права. — Гродно, 2018. — 308 с.
7. Хилjuta В. В. Можно ли хищение совершить с косвенным умыслом? // Библиотека уголовного права и криминологии. — 2017. — № 6. — С. 120—129.
8. Хилjuta В. В. Понятие и признаки хищения в уголовном праве. — М., 2016. — 624 с.
9. Яни П. С. Корысть как признак хищения // Законность. — 2019. — № 2. — С. 23—27 ; № 3. — С. 21—25.

Материал поступил в редакцию 12 сентября 2019 г.

REFERENCES

1. Arkhipov A. Korystnaya tsel kak priznak khishcheniya [A mercenary purpose as an element of theft]. *Ugolovnoe pravo [Criminal law]*. 2016;1:4-8. (In Russ.)
2. Bezverkhov AG. Korystnaya tsel kak subektivnyy priznak khishcheniya chuzhogo imushchestva [A mercenary purpose as a subjective element of stealing someone else's property]. In: *Ugolovnoe pravo, ugolovnyy zakon: teoriya i praktika: sb. nauch. statey [Criminal law, criminal legislation: theory and practice: collection of scientific papers]*. Saint Petersburg; 2017. P. 26-32. (In Russ.)
3. Esakov G. Korystnaya tsel v khishchenii i novoe postanovlenie Plenuma o sudebnoy praktike po delam o moshennichestve [Mercenary purpose in theft and the new resolution of the Plenum on judicial practice in cases of fraud]. *Ugolovnoe pravo [Criminal law]*. 2018;1:47-52. (In Russ.)
4. Kovalev MV. Problemy «korystnoy tseli» pri kvalifikatsii prestupleniy protiv sobstvennosti [Problems of "mercenary purpose" in the classification of crimes against property]. *Izvestiya Tul'skogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya: ekonomicheskie i yuridicheskie nauki*. 2018;2-3:85-90. (In Russ.)
5. Petrov SA. Korystnaya tsel v khishcheniyakh [A mercenary purpose in theft]. *Zakonnost*. 2017;9:39-42. (In Russ.)
6. Khilyuta VV. Kontseptualno-teoreticheskie problemy transformatsii ucheniya o khishchenii v doktrine ugolovnogo prava [Conceptual and theoretical problems of transformation of the doctrine of theft in the doctrine of criminal law]. Grodno; 2018. (In Russ.)
7. Khilyuta VV. Mozhno li khishchenie sovershit s kosvennym umyslom? [Can a theft be committed with indirect intent?]. *Biblioteka ugolovnogo prava i kriminologii*. 2017;6:120-129. (In Russ.)
8. Khilyuta VV. Ponyatie i priznaki khishcheniya v ugolovnom prave [The concept and elements of theft in criminal law]. Moscow; 2016. (In Russ.)
9. Yani PS. Koryst kak priznak khishcheniya [Lucre as an element of theft]. *Zakonnost*. 2019;2:23-27. 2019;3:21-25. (In Russ.)

Правовая институционализация и институты права: концептуальная модель

Аннотация. Статья посвящена анализу теоретических и практических аспектов двойственной сущности правовой институционализации в контексте системной юридической природы институтов права. Актуальность исследования обусловлена неопределенностью содержания понятия правовой институционализации, обуславливающей формальное отношение к ее использованию в научных трудах. Цель исследования — формирование концептуального представления о правовой институционализации и об институтах права в контексте их системной юридической природы и корреляционной зависимости. В процессе исследования использованы ключевые положения теории и методологии институционализма, метод систематизации и правового моделирования, а также системно-структурный, функциональный и формально-юридический подходы. В рамках теории институционализма дана сущностная и содержательная характеристика правовой институционализации как методологической основы познания системной юридической природы институтов права. Методы систематизации и правового моделирования позволили представить институты права как результат систематизации норм права. В порядке изложения теоретических основ правовой институционализации рассмотрено ее соотношение со смежными правовыми категориями. В аспекте системной природы институтов права показана их корреляционная зависимость от правовой институционализации, содержанием которой выступает двуединый процесс актуализации и систематизации норм права в порядке их дифференциации и интеграции на уровне нормативных системных связей. Концептуализация правовой институционализации в аспекте систематизации норм права позволила сформулировать вывод о многомерности статуса институтов права, который не ограничивается отраслевым уровнем и имеет общеправовой национальный и транснациональный характер, проявляя себя на межотраслевом и общеправовом уровнях нормативных связей национального, европейского и международного права.

Ключевые слова: институционализм; институты; институциональная теория права; система права; правообразование; правотворчество; правовое регулирование; нормы права; нормативные связи; дифференциация; интеграция; систематизация норм права.

Для цитирования: Валиев Р. Г. Правовая институционализация и институты права: концептуальная модель // Lex russica. — 2020. — Т. 73. — № 4. — С. 103—116. — DOI: 10.17803/1729-5920.2020.161.4.103-116.

Legal Institutionalization and Legal Institutions: Conceptual Model

Rafail G. Valiev, Cand. Sci. (Political Sciences), Docent, Associate Professor of the Department of Theory and History of State and Law, Kazan Federal University (Volga Region)
ul. Kremlevskaya, d. 18, Kazan, Russia, 420008
raf.val.111@yandex.ru

Abstract. The paper analyzes the theoretical and practical aspects of the dual nature of legal institutionalization in the context of the systemic legal nature of legal institutions. The relevance of the research is due to the uncertainty of the content of 'legal institutionalization' concept, which determines the formal attitude to its use

© Валиев Р. Г., 2020

* Валиев Рафаиль Газизуллович, кандидат политических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права Казанского (Приволжского) федерального университета
Кремлевская ул., д. 18, г. Казань, Россия, 420008
raf.val.111@yandex.ru

in scientific works. The purpose of the research is to form a conceptual understanding of legal institutionalization and legal institutions in the context of their systemic legal nature and correlation dependence. In the process of research, the key provisions of the theory and methodology of institutionalism, the method of systematization and legal modeling, as well as system-structural, functional and formal legal approaches are used. Within the framework of the theory of institutionalism, an essential and meaningful characteristic of legal institutionalization as a methodological basis for understanding the systemic legal nature of legal institutions is given. Methods of systematization and legal modeling allowed us to present the institutions of law as the result of systematization of legal norms. In order to present the theoretical foundations of legal institutionalization, its relationship with related legal categories is considered. In the aspect of the systemic nature of legal institutions, their correlation dependence on legal institutionalization is shown, the content of which is a two-pronged process of updating and systematization of legal norms in the order of their differentiation and integration at the level of normative system relations. The conceptualization of legal institutionalization in the aspect of systematization of legal norms allowed us to formulate a conclusion about the multidimensional status of legal institutions, which is not limited to the sectoral level and has a general legal national and transnational character, manifesting itself at the intersectoral and general legal levels of normative relations of national, European and international law.

Keywords: institutionalism; institutions; institutional theory of law; system of law; law education; lawmaking; legal regulation; norms of law; normative relations; differentiation; integration; systematization of legal norms.

Cite as: Valiev RG. Pravovaya institutsionalizatsiya i instituty prava: kontseptualnaya model [Legal institutionalization and legal institutions: Conceptual model]. *Lex russica*. 2020;73(4):103-116. DOI: 10.17803/1729-5920.2020.161.4.103-116. (In Russ., abstract in Eng.).

Введение

Социальные институты, как известно, являются символами организованности и социального порядка. Судьбоносное значение становления и развития институтов в науке связывают с феноменом институционализации. В проблематике правовой институционализации преломляются многие правовые явления и процессы — от правовой политики и правового регулирования отношений до реализации права и воспроизводства правопорядка. Поэтому многие проблемные вопросы правовой действительности могут быть рассмотрены в контексте правовой институционализации. В гносеологическом плане актуальность анализа правовой институционализации, как представляется, выражается в следующем.

Во-первых, в современных правовых исследованиях достаточно сдержанно относятся к интерпретации правовой институционализации. В российской юриспруденции она нередко фигурирует в названии трудов авторов с привязкой к тому или иному предмету исследования без обращения к анализу сущности и содержания самого понятия правовой институционализации. Даже беглый обзор научных трудов, пре-

жде всего диссертационных исследований, в названии которых задействована данная категория, позволяет, за редким исключением, констатировать формальный подход к ее использованию. В структуре таких научных исследований анализ правовой институционализации в качестве методологического и теоретического основания предмета исследований игнорируется.

Во-вторых, актуальность исследования правовой институционализации возрастает и в связи с усиливающейся в юридической науке тенденцией неоправданного увеличения количества отраслей права за счет укрупнения существующих институтов права. В этой связи нельзя не отметить отсутствие последовательности в формировании отраслей права. Отдельные исследования в порядке краткого экскурса в историографию образования отраслей права наглядно демонстрируют это¹. Для сравнения: если в советской юриспруденции генезис отраслей права был основан на кодификации законодательства, то в современной юридической науке нередко наблюдается обратный процесс — вначале на основе института права выделяют очередную отрасль права, а затем предлагают разработать под нее соответствующий кодекс.

¹ См.: Радько Т. Н., Головина А. А. Современная системно-правовая теория: новый этап развития или методологический кризис? // Государство и право. 2017. № 2. С. 34—40; Хачатуров Р. Л. Становление отраслей права Российской Федерации // Вестник Нижегородской академии МВД России. 2018. № 1 (41). С. 91—97.

В-третьих, в парадигме восприятия институционализации в различных направлениях институционализма ее сущность определяется как процесс создания института, а содержание сводится к системе социальных норм. Трактовка же правовой институционализации исключительно как процесса создания института дается без изложения ее системной природы и корреляционной зависимости от той деятельности, которая приводит нормы права к их системной организации в форме институтов права. Между тем важнейшую сторону содержания правотворческого процесса, в рамках которого формируются институты права, образует систематизация норм права.

Наконец, неопределенность теоретического статуса институционализации в системе правовых категорий обусловлена выделением и отождествлением двух ее сателлитных понятий — институционализации права и правовой институционализации. На наш взгляд, институционализацию права, олицетворяющую собой детерминированный на уровне правовой системы социальный институт, и правовую институционализацию отождествлять некорректно. В нашем восприятии институционализация права относится к процессу формирования позитивного права как социального института. Правовая же институционализация связана с созданием институтов позитивного права. Обозначенные аспекты проблемной ситуации обуславливают актуализацию проблемы адекватного категориального статуса институционализации и институтов в контексте их системной природы и корреляционной зависимости.

Сущностная и содержательная характеристика правовой институционализации

Проблематика институционализации в целом имеет междисциплинарный характер. Являясь широко разработанной социологией, экономической и политической науками, она тем не менее не избалована вниманием исследователей в качестве предмета правового анализа. Ее отдельные аспекты изучаются в контексте институциональной теории права и не являются

новыми для общественных наук². Возникновение юридического направления теории институционализма связано с идеей подчиненности социально-экономического развития юридическим нормам, на основе которых социально-экономические институты обретают юридическую форму, становятся категориями правового порядка. Такой подход логичен уже потому, что в реальности юридическим нормам подчиняется не только социально-экономическое развитие, но и развитие иных сфер общества. Однако институционализм в юридической науке существенно отличается от иных направлений институционализма тем, что институты как социальные нормативные системы в значительной мере зависят от государства, а их юридическая природа характеризуется дискреционностью, так как зависит от усмотрения субъектов институционализации.

Проблема институционализации в юридической науке — это один из аспектов институционализма как научного направления, изучающего социальные институты, которые традиционно понимаются как устойчивые системы правовых норм, на основе которых развивается социальная действительность. Как это принято в теории институционализма, правовая институционализация предполагает корреляцию с понятием института как организованной социальной системы. В институционализме под социальными институтами понимают широкий спектр проявлений типичного в развитии социальной практики. Восприятие социальных институтов в том или ином аспекте немало зависит от предметности исследования и установок исследователя. Правовой аспект предметности исследования во многом задается правосознанием автора, в силу которого важнейшие положения институциональной теории отражаются через призму правового мышления. В правовом же мышлении важнейшей оценочной характеристикой социальной практики выступают атрибуты ее нормативности. На ее основе становится возможным констатировать тот факт, что в общественных науках широко распространен нормативный подход к определению социального института. В рамках нормативного подхода институты определяются как

² Law as institutional normative order / ed. by M. Del Mar and Z. Bankowski. Edinburgh, 2009. 208 p. ; MacCormik N., Weinberger O. An institutional theory of law: New approaches to legal positivism. Dordrecht [etc.] : Springer, 1986. 229 p. ; MacCormik N. Institutions of law: An essay in legal theory. Oxford, 2007. 317 p. ; Morton P. An institutional theory of law: Keeping law in its place. Oxford, 1998. 416 p.

«наборы действующих правил»³; «всеобщие модели норм, которые очерчивают категории предписанного, разрешенного и запрещенного поведения в социальных отношениях»⁴; «совокупность ролей и статусов, предназначенных для удовлетворения определенной социальной потребности»⁵. Особого внимания заслуживает подход Д. Норта, по мнению которого содержание понятия «институт» состоит «из формальных писанных правил и обычно неписанных кодексов поведения, которые лежат глубже формальных правил и дополняют их»⁶. В российской социологии также немало примеров, в соответствии с которыми социальные институты интерпретируются в нормативном аспекте. Так, социальные институты определяются как «комплекс формальных и неформальных норм, установок и правил, регулирующих различные сферы человеческой деятельности и организации их в системы ролей и статусов, образующих социальные системы»⁷. Таким образом, очевидно, что все социальные институты так или иначе характеризуются своей нормативностью. Этот срез институционализма, на наш взгляд, является общим знаменателем единства в восприятии социального института представителями различных направлений институционализма. Представители различных школ институционализма в большинстве своем едины в том, что социальные институты связаны с системой формализованных правил, лежащих в основе социально-экономического и политического развития. Изложенное в первом приближении позволяет сформулировать вывод о том, что социальный институт есть нормативный способ системной организации социальной жизнедеятельности, олицетворяющий собой ресурс организованности, стабильности и устойчивости в развитии общественных процессов, который в интегрированной форме выражает социальные потребности общественного развития и соответствующие им интересы.

Категория «институционализация» также характеризуется неоднозначной трактовкой,

которая зависит от понимания института и рассматривается в контексте различных подходов, отличающихся главным образом восприятием ее предмета. В контексте экономического, социологического и политологического направлений институционализация неотделима от нормативности как важнейшего свойства институциональных процессов. Институционализация связывается как с формализованными, так и с неформализованными нормами. Понятие институционализации используется для «определения и закрепления социальных ценностей, норм, образцов поведения, статусов и ролей, приведением их в систему»⁸. Это «процесс выработки и закрепления социальных норм, правил, статусов и ролей; приведение их в систему, которая способна действовать в направлении удовлетворения определенной социальной потребности»⁹. Приведенные примеры показывают, что в трактовке институционализации доминируют такие существенные черты, как актуализация социальных норм и приведение их в систему. Отметим, что институционалисты редко называют системы социальных правил правовыми институтами, а институциональные правила правовыми нормами. Между тем системы формальных правил, лежащие в основе экономических и политических институтов, будучи императивными, обладают правовым характером, а их формирование в теории права относится к правотворчеству.

Коль скоро институционализацию как процесс образования институтов связывают с приведением социальных норм в систему, становится очевидно, что институционализация выражает системные проявления процесса создания институтов. Значимость обозначенного постулата основана на том, что одни социальные нормы могут реализовать свою регулятивную роль лишь во взаимосвязи с другими нормами. Исходя из системного характера институтов, выделение такого аспекта учения об институционализации, который акцентирует внимание на приведении социальных норм

³ Ostrom E. *Governing the Commons: The evolution of institutions for collective action*. Cambridge, 1990. P. 51.

⁴ Parsons T. *Structure and process in modern societies*. Glencoe, 1960. P. 177.

⁵ Смелзер Н. *Социология : учебник : пер. с англ.* М. : Феникс, 1994. С. 91.

⁶ Норт Д. *Институты, институциональные изменения и функционирование экономики / пер. с англ. А. Н. Нестеренко ; предисл. и науч. ред. Б. З. Мильнера.* М. : Фонд экономической книги «Начала», 1997. С. 18.

⁷ Медушевский А. Н. *Социология права.* М. : ТЭС, 2006. С. 5.

⁸ Радугин А. А., Радугин К. А. *Социология : курс лекций.* М. : Библиотека, 2004. С. 151.

⁹ Мухаев Р. Т. *Социология : конспект лекций.* М. : Проспект, 2009. С. 89.

в систему, представляется методологически выдержанным и плодотворным для правовой характеристики институционализации и институтов. В этой связи логично утверждать, что в правовом аспекте институт олицетворяет собой интегрированную форму существования норм права. Этот тезис характеризует важнейшую черту институционализации, что в значительной мере соответствует восприятию институтов в юридической науке.

В юридической науке доминирует понимание институционализации в русле институциональной теории как процесса создания институтов, а институт права традиционно рассматривается как система норм права, объединенных по признаку качественной однородности их предмета. Трактовка института права дается исключительно в отраслевом аспекте — как «совокупность правовых норм соответствующей отрасли права»¹⁰; «общность норм-предписаний <...> отрасли права»¹¹; «первичное самостоятельное структурное подразделение отрасли»¹². В соответствии с такой узкой, отраслевой трактовкой института права интерпретируется и понятие институционализации. Между тем понятие института права не ограничивается рамками отдельных отраслей права, а сущность институтов права не ограничивается их восприятием в качестве внутриотраслевой общности норм права. В системе права имеются нормативные массивы, которые выходят за рамки отраслей права и проявляют себя на межотраслевом и общеправовом уровне. В реальности субъект правотворчества руководствуется не отраслевыми, а институциональными связями норм права на уровне проекта нормативного правового акта. Отраслевые же связи складываются на основе институциональных связей норм права в рамках процесса кодификации, при которой, как хорошо известно, интегрируется переработанный массив норм определенной группы нормативных правовых актов. Следовательно, основой отраслевых связей выступают институциональные связи норм права. Поэтому институты права имеют статус первичных системных нормативных образований по отношению к отраслям права.

В вопросе о категориальном статусе правовой институционализации целесообразно принимать во внимание следующее. «Для того чтобы изучать свой объект — особые социальные нормы — юриспруденция должна быть социологией, изучать социальную практику, а не только официальные тексты о нормах права»¹³. Следовательно, при изучении институтов необходимо исходить из практики их формирования и реализации. Институционализация норм права характеризует процесс вызревания предпосылок для придания общественному явлению статуса юридически значимого элемента практики. В этом контексте институционализация представляет собой процесс актуализации юридических форм бытия социальных институтов. Судьбоносное социальное значение институционализации вообще в том и состоит, что в ее рамках «происходит замена спонтанного, хаотического поведения на предсказуемое, которое ожидается и регулируется»¹⁴. Предсказуемость же поведения достигается посредством его нормирования, в порядке формализации лежащих в его основе правил в качестве институциональных моделей.

Тезис о нормативности институтов показывает, что институциональный процесс не обходится без определенных социальных норм, выступающих единым основанием стабилизации, организованности и динамики объектов правовой институционализации. Правовая институционализация неотделима от нормативности как важнейшего атрибута права. Правовая институционализация связана с нормами права, посредством которых обеспечивается формально-юридическая легализация социальных правил. В своей совокупности нормы права объединяются в определенную группу и дифференцируются адекватно типу общественных отношений. Это соотносится с пониманием института права как системы норм права, объединенных единством регулируемых ими качественно однородных общественных отношений. В силу разнородности социальных отношений само право актуализирует потребность в дифференциации и интеграции его содержания на уровне общенормативных моделей, соотносясь с этой разнородностью, которая укладывается

¹⁰ Керимов Д. А. Философские проблемы права. М. : Мысль, 1972. С. 55.

¹¹ Алексеев С. С. Структура советского права. М. : Юрид. лит., 1975. С. 119.

¹² Якушев В. С. О понятии правового института // Правоведение. 1970. № 6. С. 66.

¹³ Четвернин В. А., Яковлев А. В. Институциональная теория права. М. : ГУ ВШЭ, 2009. С. 5.

¹⁴ Мухаев Р. Т. Указ. соч. С. 89.

в соответствующие институты права. Правовая институционализация как систематизация норм права на стадии их дифференциации позволяет учитывать все многообразие аспектов правового регулирования, разнообразие проявлений разнородной практики общественного развития. Правовая институционализация на стадии интеграции норм права имеет целью системную организацию права на основе его институтов. Системный результат этой дифференциации и интеграции норм права предстает в виде системы институтов права, которые выступают системообразующим ресурсом правового регулирования, поскольку любое взаимодействие субъектов так или иначе затрагивает иные отношения и находится во взаимосвязи с ними.

Институционализация представляет собой логический процесс. Объективно невозможно осуществлять воздействие с помощью норм права на те или иные стороны жизни общества изолированно, не учитывая его влияния на другие стороны, в котором могут быть задействованы иные нормы. Нормы права могут выполнять свои функции только во взаимосвязи и взаимодействии с другими нормами. Поэтому между ними изначально существуют институциональные внутриотраслевые и межотраслевые нормативные связи. Институционализация, как представляется, призвана выражать необходимые связи между содержательными элементами института, т.е. то, что обеспечивает институциональность или институциональный характер социальных явлений. Поэтому важным аспектом системной характеристики институтов права являются их нормативные связи. Нормативные связи могут быть внутренними, в рамках определенного института, и внешними, на уровне взаимодействия одних институтов с другими. Эта связь отражает объективно обусловленную взаимосвязанность регулируемых правом общественных отношений, отличающихся своей качественной однородностью. С этой точки зрения правовую институционализацию логично рассматривать как процесс системной организации института, основанной на его нормативных связях.

Нормативные связи лежат в основе интеграции норм права. Институциональные связи норм права являются той скрепой, которая скрепляет их в единой общности. Если отдельная норма права выражает нормативную мо-

дель правоотношений, прав и обязанностей, поведения или деятельности адресатов правовых норм, их статуса, то институт выражает их типичную, институциональную модель. С этой точки зрения можно согласиться с А. И. Овчинниковым, по мнению которого о правовой институционализации можно говорить как «о процессе конструирования социального порядка в ходе интерпретации существующих правовых институтов, под которыми понимается не просто совокупность норм, а типизация правового поведения и правоотношений»¹⁵. В основе типизации правового поведения и правоотношений лежит их институциональное единство. Институциональное единство обеспечивает единство в правовом регулировании отношений, поведении или деятельности.

Нормативные связи проявляют себя на различных уровнях взаимодействия норм права. Они имеются и между структурными элементами норм права, на уровне гипотезы, диспозиции и санкции. Однако в контексте предмета настоящего исследования актуальными являются связи между нормами права, проявляющие себя на уровне субинститутов, институтов, подотраслей, отдельных или нескольких отраслей, а также на межотраслевом и общеправовом уровнях. Нормативные связи, обуславливающие институциональную интеграцию норм права, определяются социальными основаниями, в качестве которых, наряду с общественными отношениями, выступают социальные потребности и интересы, социальное поведение и деятельность, а также социальный статус и роли участников общественных отношений как адресатов норм права. Они выступают социальными основаниями правовой институционализации, предопределяя социальную обусловленность институтов права. В нормативных связях отражается связь общественных отношений, статусов, прав и обязанностей, поведения и деятельности адресатов норм права как субъектов права. Иными словами, системные нормативные связи, которые заключают в себе институты права, отражают системный характер общественных отношений. Юридическое оформление социальных связей и отношений на уровне институтов права осуществляется с учетом нормативных связей. На уровне системы права на основе этих связей образуются соответствующие нормативные образования,

¹⁵ Овчинников А. И. Правовое мышление в герменевтической парадигме. Ростов н/Д : Изд-во Ростов. ун-та, 2002. С. 77.

образующие структуру институтов права. Так, объединение норм права может быть основано на их межотраслевых и межсистемных связях. В частности, межотраслевыми связями обладают межотраслевые нормы-принципы национального права, межсистемными связями обладают общеправовые принципы национальной правовой системы и общепризнанные принципы и нормы международного права.

Поскольку нормативные связи отражают социальные связи, то институционализация в праве может рассматриваться показателем адекватности норм права характеру социальной практики. Но вместе с тем институционализация в состоянии корректировать социальные связи в той мере, в какой они могут и должны быть упорядочены адекватно конкретным историческим условиям общественного развития. И это упорядочение в любом случае и во многом определяется дискреционно, под воздействием усмотрения субъектов правотворчества.

При всем многообразии подходов к трактовке понятия институционализации в правовом аспекте ее актуализация значима в аспекте интегративной функции, которую она выполняет в правовой системе. Во-первых, она позволяет «выражать процессы трансформации социальных явлений и отношений из статуса неформализованных в статус формализованных объектов»¹⁶. При этом социальные объекты как объекты правовой институционализации приобретают легальный правовой статус общенормативных моделей. Во-вторых, в отличие от стихийно складывающихся социальных институтов формально-юридическая легализация социальных правил в качестве норм права не обходится без целенаправленной деятельности по приведению их в единую систему. Поэтому в качестве другой стороны правовой институционализации, в рамках которой образуется институт права, выступает систематизация юридически легализуемых социальных правил. А это ориентирует на восприятие правовой институционализации как процесса систематизации норм права, а институтов права — как результата этой систематизации. В практике создания институтов права именно систематизация норм права играет системообразующую роль. В этой связи логично утверждать, что институты как структурные элементы права есть интегрированная

форма существования норм права. В таком аспекте систематизация, выражающая процесс приведения в систему норм права, в своей совокупности образующих содержание институтов права, выступает значимой характеристикой правовой институционализации.

Таким образом, в правовой институционализации выделяются два начала, две стороны ее процесса, которые обуславливают его двойственное содержание. Одна из сторон этого процесса — это правовая актуализация социальных правил и формирование норм права, в которых легализуется общенормативная модель правовых отношений, правового статуса, прав и обязанностей, поведения и деятельности их субъектов. Очевидно, что эта сторона правовой институционализации связана с правотворчеством и выступает его важнейшей составляющей. Тем не менее правовая институционализация не подменяет правотворчество вследствие того, что в парадигме правотворчества такая ее сторона, как приведение в систему норм права, или систематизация норм права, не выделяется.

Правовая институционализация имеет под собой системную основу и может рассматриваться как процесс образования институтов права в порядке систематизации норм права. Институт права как системное правовое образование отличается высоким уровнем интеграции, выходящим за рамки отдельных отраслей права, приобретая межотраслевой или общеправовой статус. Межотраслевой статус, например, имеет институт урегулирования споров о праве или нарушении права, складывающийся из норм конституционного процессуального, гражданского процессуального, административного процессуального и уголовного процессуального права об исковом производстве. Общеправовой статус имеет институт (система) судебного права, основанный на нормативных связях отраслей материального и процессуального национального, европейского и международного права. Общеправовой институт, в отличие от отраслевого института, охватывает нормы многих отраслей права. В отличие от институтов права меньшей степени интегративности, общеправовой институт характеризуют межотраслевые и межсистемные связи. Например, в контексте положения п. 4 ст. 15 Консти-

¹⁶ Валиев Р. Г. О значении концепта «правовая институционализация» // Юридическая наука и практика: история и современность : сборник материалов I Междунар. науч.-практ. конференции 5 июня 2013 г. / отв. ред. И. В. Пантюхина. Рязань : Концепция, 2013. Вып. 1. С. 22.

туции РФ находят выражение межсистемные нормативные правовые связи международного права с национальным правом России.

Правовая институционализация может находить выражение на уровне систем национального и международного права, каждая из которых состоит из соответствующих институтов и отраслей. Правовая институционализация может выражаться в систематизации норм национального права, а также в инкорпорации норм международного права в национальное право на уровне ратификации международного договора. Систематизация на уровне международной системы права может выражаться в институционализации международных правовых норм и иметь своим результатом международно-правовые институты (институт международно-правовой ответственности, институт территорий в международном праве, институт мирных средств разрешения международных споров и др.); отрасли международного права (право международных договоров, дипломатическое и консульское право, международное гуманитарное право, международное воздушное право, международное экологическое право, международное уголовное право и процесс и др.).

В правовой институционализации решающим фактором для дифференциации и интеграции норм права выступает предмет института права. Очевидно, что предмет одного института права не совпадает с предметом другого института права. На практике предмет института права обозначается в названии раздела, главы или параграфа закона или подзаконного акта. Так, предмет института дисциплины труда указан в названии главы «Дисциплина труда» Трудового кодекса РФ. Предмет института права собственности обозначен в названии раздела «Право собственности и другие вещные права» Гражданского кодекса РФ. Дифференциация как стадия правовой институционализации на уровне кодифицированного нормативного правового акта, как правило, находит выражение на уровне его общей и особенной части, олицетворяющих собой отдельные институты права. Следовательно, нормы права дифференцируются и интегрируются в те или иные правовые институты по их предмету. Поскольку институты права являются результатом дифференциации и интеграции норм права, следовательно, предмет институтов права может служить основанием и индикатором (показателем) многогранности предмета правового регулирования. Иными

словами, в институтах права находит выражение многообразие и разнообразие структуры предмета правового регулирования.

В отличие от процесса объективно складывающихся социальных институтов институционализация в праве представляет собой симбиоз не только объективной, но и субъективной составляющей, поскольку этот процесс представлен деятельностью уполномоченных субъектов правотворчества. Формирование, юридическая легализация и систематизация норм права зависят от усмотрения субъектов правовой институционализации. Усмотрение как субъективное свойство, на наш взгляд, предшествует юридически значимому волеизъявлению. Адекватная реализация функции систематизации норм права требует взыскательного отношения к характеристике субъективной стороны институционализации. К ее качественным характеристикам следует отнести профессиональный уровень правовой просвещенности и компетентности, профессионального правосознания и правовой культуры, а также умение ориентироваться в динамично развивающейся правовой практике в целях выявления и юридической квалификации актуальных социальных отношений и явлений в качестве объекта институционализации. Юридическая квалификация как познавательно-оценочный процесс осуществляется на основе субъективного восприятия и оценки норм систематизатором исходя из критериев дифференциации и интеграции, от которых зависит уровень их систематизации и форма группировки. Решающее значение в юридической квалификации имеет внутреннее убеждение и усмотрение субъекта правотворчества. В обозначенном аспекте институционализация может рассматриваться как объективно-субъективный процесс, в котором объективно складывающиеся социальные нормы или правотворческие идеи обретают формальный, легальный характер и инкорпорируются в единую систему правовых норм на уровне соответствующих институтов права. В этом смысле институционализация норм права — деятельность процесс, содержанием которого является систематизация правовых норм в порядке их дифференциации и интеграции, исходя из их назначения в механизме правового регулирования.

В институциональном плане целесообразно выделять практический и доктринальный аспекты восприятия систематизации. Институты права, как и любые социальные институты, — системные образования норм права, об-

ладающие соответствующей структурой. В этом аспекте институт права служит отражением системной социальной практики и «структурирован в соответствии со структурой практики»¹⁷. Именно системным характером социальной практики детерминирована актуальность категориального статуса правовой институционализации. В практической плоскости институт права олицетворяет собой системную общность, объединяющую нормы материального и (или) процессуального законодательства. В реальности институты права проявляют себя на уровне законов или подзаконных нормативных правовых актов. В правотворческой систематизации основными элементами оперирования выступают структурные элементы законов и актов подзаконного правотворчества — разделы, главы, параграфы. Норма права как теоретическая конструкция есть выражение реальности права на микроуровне его бытия, которая находит выражение в статьях, пунктах и подпунктах закона или подзаконного акта в виде властного предписания о возможной или должной модели регулирования общественных отношений, поведения или деятельности и соответствующем статусе их участников.

На доктринальном уровне институт права воспринимается как абстрактный образ, теоретическая модель, отражающая дифференциацию законодательства на уровне соответствующих его структурных частей, образующих его содержание. Институционализация же представляется как целенаправленная рефлексия, мыслительная операция субъекта актуализации правового института на основе предметной дифференциации и объединения норм права в единую общность по признаку их тематического единства на уровне содержания нормативного правового массива систем национального, европейского и международного права. В доктринальном плане систематизация норм права может иметь различные формы — от оперирования нормативными связями в рамках главы нормативного правового акта до оперирования ими на уровне национальной, европейской и международной систем права. В контексте изложенного следует заметить, что сегодня любая идея совершенствования юридической практики на доктринальном уровне предполагает разработку нормативных оснований, дополняющих либо изменяющих

институциональные основы соответствующей юридической деятельности. Это базовая объективно-субъективная закономерность институциональной динамики.

При рассмотрении вопроса о статусе правовой институционализации в системе правовых категорий неизбежно возникает проблема соотношения с иными, прежде всего смежными правовыми категориями, что объясняется следующим.

Во-первых, для теории права категория «правовая институционализация», по сути, не просто смежная, а конкурирующая категория, прежде всего с категориями «правообразование», «правотворчество» и «правовое регулирование». На наш взгляд, одна из причин сдержанного отношения к использованию категории «правовая институционализация» в юридической науке может объясняться именно проблемой ее конкуренции с указанными категориями общей теории права. И прежде всего потому, что восприятие институционализации связано с трактовкой институтов как результата институционализации, свойственной различным направлениям институционализма. Анализ проблематики институционализации в контексте экономического, социологического и политологического направлений институционализма показывает, что институционализация пересекается с такими процессами, которые в общей теории права охватываются категориями «правообразование», «правотворчество» и «правовое регулирование». И если для экономической, социологической и политологической школ институционализма трактовка институционализации как объективного процесса складывания социальных норм не вызывает вопросов, то для юридического направления институционализма она, мягко выражаясь, не является столь однозначной.

Во-вторых, правовая институционализация как правовая категория имеет методологическое значение для анализа генезиса и юридической природы тех социальных явлений, которые находятся в органичной взаимосвязи с процессами правообразования и правового регулирования. В контексте соотношения правовой институционализации со смежными правовыми категориями становится возможным выявить ее идентичность. Соотношение позволяет выявить общие, сходные и особен-

¹⁷ Pogodin A. V., Krasnov E. V., Valiev R. G. The Structure of Practice and Quality of the Objective Law // HELIX. 2018. Vol. 8. Is.1. P. 2448.

ные черты, на основе которых возможно критически верифицировать содержание понятия сравниваемых явлений, а также уточнить их теоретический и методологический статус в качестве предмета научного исследования.

Юридическое направление институционализма выступает конкурирующей категорией для правообразования, правотворчества и правового регулирования в силу присущих им свойств. Будучи тесно связанными между собой как этапы действия права, они так или иначе выражают организационно-правовые аспекты процесса складывания и закрепления порядка общественного развития. Что касается правообразования и правотворчества, то в трактовке их сущности среди правоведов нет единого мнения. Однако в многообразии их трактовок можно выделить два основных подхода. В рамках первого подхода правообразование предстает в качестве объективного процесса. Так, В. В. Лазарев, исходя из социальной обусловленности права, понимает под правообразованием генезис или происхождение права¹⁸. Как естественный исторический процесс формирования права понимает правообразование С. В. Синюков¹⁹. Что касается правотворчества, то оно рассматривается как заключительная стадия правообразовательного процесса. В рамках второго подхода правообразование и правотворчество воспринимаются тождественными в силу зависимости обоих процессов от субъективного начала. Общим знаменателем рассматриваемых процессов выступают правила общего характера как базовые основания организованности и порядка в обществе. Правообразование и правотворчество имеют единую основу формирования социальных правил — объективно сложившиеся или юридически потенциальные общественные отношения. Однако правотворчество характеризуется деятельностью аспектом. В рамках этого аспекта мы склонны выделять в правотворчестве как процессе формирования норм права ряд видов правовой деятельности, среди которых основополагающими выступают моделирование и систематизация норм права. На уровне правотворчества ранее сложившиеся и вновь создаваемые правила инкорпорируют

ся в тексты нормативных правовых актов в качестве институциональных моделей правоотношений. Но если сами институты понимаются как системы норм, следовательно, они не могут подменять собой правотворчество и рассматриваться в отрыве от процесса правообразования. Право как результат правообразования и правотворчества находит выражение в его системной организации, которая достигается в порядке систематизации норм права. Поэтому, если институционализация права выражает процесс его становления как социального института, то правовая институционализация как деятельность по систематизации создаваемых юридически значимых правил на уровне системы права — это системообразующая сторона правотворчества. И в этом контексте, как представляется, именно институционализация права как процесс создания позитивного права, а не правовая институционализация конкурирует с понятиями «правообразование» и «правотворчество», которые также призваны выражать процесс создания правовых норм. В этой связи актуализация институционализации позитивного права как понятия, конкурирующего с правообразованием и правотворчеством, может оказаться спорной. Однако при этом необходимо учитывать, что в контексте правопонимания право как продукт исторического развития социума может рассматриваться «в виде такого явления народной жизни, где сконцентрированы человеческие представления о необходимых правилах общения»²⁰. Очевидно, эти представления и есть так называемый «дух», неформальные, социальные основания позитивного права, «буква» которого олицетворяет собой его официальную, легальную форму. Поэтому в той части, которая связана с социальными основаниями позитивного права, категория «правообразование» актуальна в качестве самостоятельного теоретического конструкта. Категория же «правотворчество» актуальна в части, касающейся юридической легализации уже сложившихся и разработки новых норм, обусловленных актуальными потребностями общественного развития либо правотворческими проектами, включая юридическую формализацию перспективных идей.

¹⁸ Общая теория права и государства : учебник / под ред. В. В. Лазарева. М. : Юрист, 1996. С. 139.

¹⁹ Синюков С. В. О понятии правотворчества // Известия Саратовского университета. 2011. Т. 11. Серия : Экономика. Управление. Право. Вып. 2. С. 115.

²⁰ Акчурина Н. В. Историческое направление в русском правоведении XIX века : дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 2000. С. 165.

Что касается правовой институционализации, то квинтэссенция правообразования и правотворчества в ней представлена в качестве органично взаимосвязанных аспектов единого процесса правовой актуализации (формальной легализации) и систематизации социальных правил как структурных элементов системы позитивного права. Иными словами, правовая институционализация в качестве одной из составляющих ее сторон олицетворяет собой симбиоз социальной природы правил и отношений и их институциональной формы, выступающих элементами содержания правообразования и правотворчества.

В контексте связи с правотворчеством правовая институционализация является неотъемлемой частью, системообразующей составляющей правотворчества и институционализации позитивного права. Правовая институционализация дополняет правотворчество как процесс создания норм права их систематизацией. При этом, приводя нормы права в систему, правовая институционализация оформляет на уровне институтов не только зарождающиеся или проекты моделируемых отношений, но и ранее сложившиеся общественные отношения. В этом аспекте правовая институционализация выступает важнейшим и относительно самостоятельным сегментом правотворчества и правового регулирования. В отличие от правотворчества правовая институционализация позволяет выражать и те процессы юридической легализации социальных идей, которые не охватываются государственным правотворчеством и правовым регулированием. Так, например, правовая институционализация адвокатской этики может служить свидетельством того очевидного факта, что по сравнению с законотворчеством и правовым регулированием, которые в современной парадигме ограничены юрисдикцией государства, правовая институционализация удачно охватывает и негосударственные субъекты правотворчества. Иными словами, в сравнении с институционализацией права правовая институционализация значительно более емкая категория и по субъектному составу.

Правовая институционализация очень тесно связана с правовым регулированием в той его части, которая связана со статической регулятивной функцией права, т.е. относится к стадии регламентации, закрепления в статике общенормативных моделей правовых объектов.

Иными словами, в той части, которая выражается в формализации социальных явлений и отношений, обнаруживается функциональное единство правовой институционализации с правовым регулированием, так как юридическая формализация — это, по сути, один из этапов правового регулирования, выражающийся в регламентации моделей общественных отношений в качестве правоотношений. Не подменяют друг друга правовая институционализация и правовое регулирование и в аспекте их предмета. Имея общую точку соприкосновения в части формализации социальных правил, предмет правовой институционализации не совпадает с предметом правового регулирования. Во-первых, предметом правового регулирования, как хорошо известно, выступают общественные отношения, а предметом правовой институционализации — нормы права и инкорпорируемые в систему права социальные идеи, обладающие институциональным потенциалом правового регулирования. Во-вторых, правовая институционализация отражает закономерности процесса внутренней структуризации соответствующих институтов права. В-третьих, правовая институционализация отличается более содержательным по объему конечным «продуктом», в качестве которого выступают институты не только национального, но и европейского и международного права, так или иначе оказывающие влияние на развитие правовой системы.

В контексте вопроса о соотношении правовой институционализации со смежными категориями следует различать систематизацию норм права и нормативных правовых актов. Результатом систематизации норм права выступают разноуровневые системы и подсистемы норм права в форме институтов права, а результатом систематизации нормативных правовых актов — система нормативных правовых актов.

В отличие от систематизации нормативных правовых актов, результатом которой выступают формы интеграции нормативных правовых актов, правовая институционализация имеет своим результатом формы интеграции норм права. Правовая институционализация выражает процессы юридической легализации системных социальных объектов в порядке и на основе актуализации юридической формы социальных отношений и норм, социального поведения и деятельности.

Выводы

Анализ ключевых положений теории институционализма позволил дать общеправовую характеристику правовой институционализации как категории общей теории права, призванной выражать представление о системной юридической природе институтов права.

Институциональный подход в единстве с методом систематизации и правового моделирования позволил в порядке развития институциональной теории права сформировать представление об институтах права как о формах структурной организации права, отражающих закономерности социального развития в соответствующих областях жизнедеятельности общества. Благодаря институциональному подходу становится возможным рассматривать юридическую природу предмета исследования на уровне системы норм права, что позволяет выявить его структурные и формально-юридические особенности.

Правовая институционализация — это двуединый процесс формирования институтов права в порядке правовой актуализации и систематизации социальных правил в качестве норм права. Двуединая природа правовой институционализации находит выражение в процессе правовой актуализации юридически значимых социальных правил в качестве норм права и их систематизации (системной организации) в форме институтов права как структурных элементов системы права. Этот процесс основан на дифференциации и интеграции норм права на уровне отдельных институтов, отраслей, подсистем и систем национального и международного права в соответствии с их функциональным назначением в механизме правового регулирования.

Функциональная характеристика правовой институционализации в аспекте систематизации норм права дает возможность выделить ее основные функции — дифференциацию и интеграцию нормативного правового массива на уровне институтов права как элементов системы национального, европейского и международного права.

Концептуализация правовой институционализации в аспекте систематизации норм права позволяет сформулировать вывод о многомерности статуса институтов права, нормы которых представлены в различных отраслях подсистем материального и процессуального, а также частного и публичного национального,

европейского и международного права. Интернациональный характер отдельных институтов права является основанием актуализации их общеправового статуса, основанного на нормативных связях национального, европейского и международного права.

Идентичность концепции правовой институционализации в аспекте актуализации и систематизации юридически значимых социальных правил верифицируется институциональной парадигмой понимания социального института как системы норм. Социальный институт есть нормативный способ системной организации социальной жизнедеятельности, олицетворяющий собой ресурс организованности, стабильности и устойчивости в развитии общественных процессов.

Правовая институционализация как процесс создания институтов права в порядке формирования и систематизации норм права — это одна из сторон правотворчества и основополагающий компонент правового регулирования. В таком двуедином контексте находит выражение диалектический симбиоз социальных отношений, статуса их субъектов, поведения и юридической формы актуальной общенормативной модели их юридической легализации.

Превращение права в социальный институт немислимо без его внутренней структуры, обладающей системным характером, с признаками органичных взаимосвязей между нормами права, образующими содержание права в целом. Эта структура образуется в порядке систематизации норм права, их дифференциации и группировки в соответствующие нормативные образования, базовыми из которых выступают институты права.

Институт права как форма системной организации норм права представляет собой результат систематизации норм права. В реальности субъект правотворчества руководствуется не отраслевыми, а институциональными связями норм права на уровне проекта нормативного правового акта. Поэтому институты права имеют статус первичных системных нормативных образований по отношению к отраслям права. Нормы права объединяются в институциональные нормативно-правовые общности по признаку единства их социальной роли и назначения в механизме правового регулирования.

Значение правовой институционализации в изложенном аспекте систематизации заключается в следующем.

Во-первых, она выражает закономерности дифференциации и интеграции в структурной организации нормативно-правового массива национальных систем права, а также европейского и международного права.

Во-вторых, правовая институционализация выступает системообразующим фактором, обуславливающим системность нормативно-правовых образований как структурных элементов системы права.

В-третьих, правовая институционализация позволяет обеспечить внутреннюю согласованность нормативно-правового массива на уровне отдельных институтов, отраслей, подсистем и систем национального, европейского и международного права.

В-четвертых, правовая институционализация позволяет исключить дублирование правовых норм по одному и тому же предмету правового регулирования.

В-пятых, правовая институционализация позволяет обеспечить целостность институтов как нормативных правовых образований на различных уровнях систематизации норм права.

Наконец, институты права создают организационно-правовые основания для функционирования правовой системы.

Концепция правовой институционализации в изложенном аспекте, как представляется, может служить методологическим основанием институционального анализа в правовых исследованиях.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Акчурина Н. В. Историческое направление в русском правоведении XIX века : дис. ... д-ра юрид. наук. — Саратов, 2000. — 324 с.
2. Алексеев С. С. Структура советского права. — М. : Юрид. лит., 1975. — 258 с.
3. Валиев Р. Г. О значении концепта «правовая институционализация» // Юридическая наука и практика: история и современность : сборник материалов I Междунар. науч.-практ. конференции 5 июня 2013 г. / отв. ред. И. В. Пантюхина. — Рязань : Концепция, 2013. — Вып. 1. — С. 21—24.
4. Керимов Д. А. Философские проблемы права. — М. : Мысль, 1972. — 472 с.
5. Медушевский А. Н. Социология права. — М. : ТЭИС, 2006. — 613 с.
6. Мухаев Р. Т. Социология : конспект лекций. — М. : Проспект, 2009. — 176 с.
7. Норт Д. Институты, институциональные изменения и функционирование экономики / пер. с англ. А. Н. Нестеренко ; предисл. и науч. ред. Б. З. Мильнера. — М. : Фонд экономической книги «Начала», 1997. — 180 с.
8. Общая теория права и государства : учебник / под ред. В. В. Лазарева. — М. : Юрист, 1996. — 472 с.
9. Овчинников А. И. Правовое мышление в герменевтической парадигме. — Ростов н/Д : Изд-во Ростов. ун-та, 2002. — 288 с.
10. Радугин А. А., Радугин К. А. Социология : курс лекций. — М. : Библиотека, 2004. — 223 с.
11. Радько Т. Н., Головина А. А. Современная системно-правовая теория: новый этап развития или методологический кризис? // Государство и право. — 2017. — № 2. — С. 34—40.
12. Синюков С. В. О понятии правотворчества // Известия Саратовского университета. — 2011. — Т. 11. — Серия : Экономика. Управление. Право. — Вып. 2. — С. 114—117.
13. Смелзер Н. Социология : учебник : пер. с англ. — М. : Феникс, 1994. — 688 с.
14. Хачатуров Р. Л. Становление отраслей права Российской Федерации // Вестник Нижегородской академии МВД России. — 2018. — № 1 (41). — С. 91—97.
15. Четвернин В. А., Яковлев А. В. Институциональная теория права. — М. : ГУВШЭ, 2009. — 26 с.
16. Якушев В. С. О понятии правового института // Правоведение. — 1970. — № 6. — С. 61—67.
17. Law as institutional normative order / ed. by M. Del Mar and Z. Bankowski. — Edinburgh, 2009. — 208 p.
18. MacCormik N., Weinberger O. An institutional theory of law: New approaches to legal positivism. — Dordrecht [etc.] : Springer, 1986. — 229 p.
19. MacCormik N. Institutions of law: An essay in legal theory. — Oxford, 2007. — 317 p.
20. Morton P. An institutional theory of law: Keeping law in its place. — Oxford, 1998. — 416 p.
21. Ostrom E. Governing the Commons: The evolution of institutions for collective action. — Cambridge, 1990. — 298 p.
22. Parsons T. Structure and process in modern societies. — Glencoe, 1960. — 344 p.
23. Pogodin A. V., Krasnov E. V., Valiev R. G. The Structure of Practice and Quality of the Objective Law // HELIX. — 2018. — Vol. 8. — Iss. 1. — Pp. 2447—2450.

Материал поступил в редакцию 30 сентября 2019 г.

REFERENCES

1. Akchurina NV. Istoricheskoe napravlenie v russkom pravovedenii XIX veka: dis. ... d-ra yurid. nauk [Historical direction in Russian jurisprudence of the 19th century: Dr. Sci. (Law) Dissertation]. Saratov; 2000. (In Russ.)
2. Alekseev SS. Struktura sovetskogo prava [Structure of Soviet law]. Moscow: Yurid. lit.; 1975. (In Russ.)
3. Valiev RG. O znachenii kontsepta «pravovaya institutsionalizatsiya» [About the meaning of the concept "legal institutionalization"]. In: Pantyukhin IV, editor. *Yuridicheskaya nauka i praktika: istoriya i sovremennost: sb. mater. I mezhdunar. nauch.-prakt. konf. 5 iyunya 2013 g. [Legal science and practice: history and modernity: Proceedings of I International Scientific and Practical Conference, June 5, 2013]*. Ryazan: Kontseptsiya, 2013;1:21-24. (In Russ.)
4. Kerimov DA. Filosofskie problemy prava [Philosophical problems of law]. Moscow: Mysl; 1972. (In Russ.)
5. Medushevskiy AN. Sotsiologiya prava [Sociology of law]. Moscow: TEIS; 2006. (In Russ.)
6. Mukhaev RT. Sotsiologiya: konspekt lektsiy [Sociology: Lecture notes]. Moscow: Prospekt; 2009. (In Russ.)
7. North D. Instituty, institutsionalnye izmeneniya i funktsionirovanie ekonomiki [Institutions, institutional change and economic performance]. Nesterenko AN, transl. from Eng. Milner BZ, foreword and editor. Moscow: Fond ekonomicheskoy knigi «Nachala»; 1997. (In Russ.)
8. Lazarev VV, editor. Obshchaya teoriya prava i gosudarstva: uchebnik [General theory of law and state: A textbook]. Moscow: Yurist; 1996. (In Russ.)
9. Ovchinnikov AI. Pravovoe myshlenie v germenevticheskoy paradigme [Legal thinking in the hermeneutical paradigm]. Rostov n/D: Rostov University; 2002. (In Russ.)
10. Radugin AA, Radugin KA. Sotsiologiya: kurs lektsiy [Sociology: A course of lectures]. Moscow: Biblioteka; 2004. (In Russ.)
11. Radko TN, Golovina AA. Sovremennaya sistemno-pravovaya teoriya: novyy etap razvitiya ili metodologicheskii krizis? [Modern system-legal theory: A new stage of development or a methodological crisis?]. *Gosudarstvo i pravo [State and law]*. 2017;2:34-40. (In Russ.)
12. Sinyukov SV. O ponyatii pravotvorchestva [About the concept of law-making]. *Izvestiya Saratovskogo Universiteta. Seriya: Ekonomika. Upravlenie. Pravo [Izvestiya of Saratov University. Series: Economics. Management. Law]*. 2011;11(2):114-117. (In Russ.)
13. Smelser N. Sotsiologiya: uchebnik [Sociology: A textbook]. Transl. from Engl. Moscow: Feniks; 1994. (In Russ.)
14. Khachaturov RL. Stanovlenie otrasley prava Rossiyskoy Federatsii [Formation of branches of law of the Russian Federation]. *Vestnik Nizhegorodskoy akademii MVD Rossii*. 2018;1(41):91-97. (In Russ.)
15. Chetvernin VA, Yakovlev AV. Institutsionalnaya teoriya prava [Institutional theory of law]. Moscow: Higher School of Economics; 2009. (In Russ.)
16. Yakushev VS. O ponyatii pravovogo instituta [On the concept of a legal Institute]. *Pravovedenie [Jurisprudence]*. 1970;6:61-67. (In Russ.)
17. Del Mar M, Bankowski Z, editors. Law as institutional normative order. Edinburgh, 2009. (In Eng.)
18. MacCormik N, Weinberger O. An institutional theory of law: New approaches to legal positivism. Dordrecht [etc.]: Springer; 1986. (In Eng.)
19. MacCormik N. Institutions of law: An essay in legal theory. Oxford; 2007. (In Eng.)
20. Morton P. An institutional theory of law: Keeping law in its place. Oxford; 1998. (In Eng.)
21. Ostrom E. An institutional theory of law: Keeping law in its place. Oxford; 1998. (In Eng.)
22. Parsons T. Structure and process in modern societies. Glencoe; 1960. (In Eng.)
23. Pogodin AV, Krasnov EV, Valiev RG. The Structure of Practice and Quality of the Objective Law. *HELIX*. 2018;8(1):2447—2450. (In Eng.)

DOI: 10.17803/1729-5920.2020.161.4.117-129

И. В. Ирхин*

К дискуссии о природе принципов права (правовых принципов) в условиях конвергенции правовых систем

Аннотация. На основе анализа содержащихся в отечественной и зарубежной литературе подходов проанализировано соотношение принципов права и правовых принципов. Подчеркиваются проблемы применения методологического инструментария при научном познании указанных понятий, рассмотрены критерии их соотношения. Автор разделяет тезис исследователей о тождественности правовых принципов и принципов права. Сформулировано авторское определение принципов права (правовых принципов). Указано на дискуссионность содержащейся в литературе позиции о тождественности принципов права (правовых принципов) и требований. Принципы права (правовые принципы) рассмотрены в контексте проблематики их идентификации в качестве источников (форм) права. Проанализирован либертарианский подход к пониманию принципов права (правовых принципов), сформулирован тезис о том, что им не исчерпывается все многообразие ценностного измерения права. Обосновывается неадаптированность позитивистского подхода к интерпретации принципов права (правовых принципов) к государствам семьи общего права. Подчеркивается присущий принципам права (правовым принципам) дуализм, который проявляется в качествах универсальности и локальности. В данном ракурсе выделена проблематика нарастания влияния религиозных регуляторов социального поведения, которые способны инспирировать развитие и разрастание диссонанса между принципами права, основанными на светском и религиозном праве. Обозначено, что интенсивная иммиграция из клерикальных (теократических) государств обостряет проблематику гармонизации принципов права при осуществлении контактов между цивилизациями различной ориентации и уровней развития. Указаны тенденции формирования национально-культурных, религиозных анклавов, в рамках которых подлежат применению «собственные принципы права», что продуцирует развитие параллельных «правовых пространств», усиливающих социальную конфронтацию.

Ключевые слова: принципы права; правовые принципы; источники права; либертаризм; позитивизм; глобализация; регионализация; локализация; гетерогенность; национально-этнические анклавы; сегментированность; ценностно-правовой диссонанс; светское право; религиозное право; иммиграция; правовые системы; конвергенция.

Для цитирования: Ирхин И. В. К дискуссии о природе принципов права (правовых принципов) в условиях конвергенции правовых систем // Lex russica. — 2020. — Т. 73. — № 4. — С. 117—129. — DOI: 10.17803/1729-5920.2020.161.4.117-129.

© Ирхин И. В., 2020

* Ирхин Игорь Валерьевич, кандидат юридических наук, докторант кафедры государственного (конституционного) права Южного федерального университета
Ул. Максима Горького, д. 88, г. Ростов-на-Дону, Россия, 344002
dissertacia@yandex.ru

Discussion on the Nature of the Principles of Law (Legal Principles) in the Context of Convergence of Legal Systems

Igor V. Irkhin, Cand. Sci. (Law), Postgraduate Student of the Department of State (Constitutional) Law,
Southern Federal University
ul. Maksima Gorkogo, d. 88, Rostov-on-Don, Russia, 344002
dissertacia@yandex.ru

Abstract. Based on the analysis of the approaches contained in the domestic and foreign literature, the correlation of the principles of law and legal principles is analyzed. The problems of using methodological tools for scientific knowledge of these concepts are highlighted, and the criteria for their correlation are considered. The author shares the researchers' viewpoint about the identity of legal principles and principles of law. The author's definition of the principles of law (legal principles) is formulated. It is pointed out that the position contained in the literature on the identity of the principles of law (legal principles) and requirements is debatable. The principles of law (legal principles) are considered in the context of their identification as sources (forms) of law. The libertarian approach to understanding the principles of law (legal principles) is analyzed, and the thesis is formulated that it does not exhaust all the diversity of the value dimension of law. The author substantiates the non-adaptability of the positivist approach to the interpretation of the principles of law (legal principles) to the common law family states. The dualism inherent in the principles of law (legal principles) is emphasized, which is manifested in the qualities of universality and locality. In this perspective, the author highlights the problem of increasing influence of religious regulators of social behavior, which can inspire the development and expansion of dissonance between the principles of law based on secular and religious law. It is indicated that intensive immigration from clerical (theocratic) states exacerbates the problem of harmonization of the principles of law in the implementation of contacts between civilizations of different orientations and levels of development. The author shows tendencies of formation of national-cultural and religious enclaves within which "own principles of law" are applied, which produces the development of parallel "legal spaces" that strengthen social confrontation.

Keywords: principles of law; legal principles; sources of law; libertarianism; positivism; globalization; regionalization; localization; heterogeneity; national-ethnic enclaves; segmentation; value-legal dissonance; secular law; religious law; immigration; legal systems; convergence.

Cite as: Irkhin IV. K diskussii o prirode printsipov prava (pravovykh printsipov) v usloviyakh konvergentsii pravovykh sistem [Discussion on the Nature of the Principles of Law (Legal Principles) in the Context of Convergence of Legal Systems]. *Lex russica*. 2020;73(4):117-129. DOI: 10.17803/1729-5920.2020.161.4.117-129. (In Russ., abstract in Eng.).

В современный период определение принципов права предполагает необходимость учета реализующихся в глобальном, национальном и субнациональных пространствах тенденций трансформации онтологического и аксиологического измерений права. Право приобретает черты универсальности, поскольку продолжают наращиваться масштабы сферы регулируемых общественных отношений (наряду с увеличением глубины проникновения в социальную материю) инструментами международного (межрегионального) общения. В то же время отвергается гомогенная природа права и имманентная методология регулирования, поскольку право отражает аутентичные (нередко несопадающие) траектории развития различных цивилизаций, в том числе различных множественных интегрированных (микро- и макро-) социальных сообществ с дифференцированными

ми аксиологическими характеристиками. В своем единстве указанные факторы предполагают необходимость гармонизации траекторий глобализации и регионализации (локализации) права. В данном аспекте особое значение имеют принципы права, поскольку в силу присущих сущностных свойств, в них в наиболее обобщенной форме имплементированы достижения ценностно-цивилизационного развития общества и государства.

В научной литературе сохраняется дискуссионность в отношении правовой природы принципов права, их соотношения с правовыми принципами, даются различные оценки концепций понимания права, способов и форм их фиксации.

Н. И. Матузов и А. В. Малько указывают, что «принципы права — это основные, исходные начала, положения, идеи, выражающие сущ-

ность права как специфического социально-го регулятора»¹. Л. П. Рассказов отмечает, что «принципы права — это основополагающие идеи, руководящие начала, лежащие в основе права, выражающие его сущность и определяющие его функционирование»².

Некоторые авторы отвергают возможность отождествления принципов с идеями. Так, Д. А. Смирнов подчеркивает, что «термин “идея” представляется менее подходящим для определения принципов права. Принципы права объективируются в нормах права и поэтому должны определяться с более реалистичной направленностью, в качестве правового инструмента, воздействующего на основные процессы правового регулирования. Иначе говоря, “идея” правосознания является в большей степени категорией правосознания, нежели нормативной материи»³. По его мнению, «принципы права — это закрепленные в нормах права основополагающие требования, соответствующие моральным, политическим и экономическим ценностям общества, направляющие процесс создания и применения права»⁴. Аналогичной позиции придерживается А. С. Барабаш⁵ и С. Е. Фролов⁶.

Иная точка зрения сформулирована И. Е. Винницким. Рассматривая принципы права как «особого вида требования или предписания», он полагает, что такой подход не может быть признан оправданным в связи с тем, что «требования, по сути, представляют собой веления, а значит, их существование всегда связано с волеизъявлением определенного субъекта, от которого они исходят. В то же время очевидно, что принципы права не являются результатом субъективного усмотрения»⁷.

Следует обратить внимание на отсутствие безусловной корреляционной связи между требованиями и субъективным усмотрением.

Основанные на объективных началах требования, предъявляемые к участникам правовых отношений, вполне закономерны. Более того, как показывает генезис исторического развития, прогрессивные субъективные идеи были ключевым и естественным генератором развития (трансформации) общества, государства и права.

Следует также отметить, что принципы не идентичны требованиям, поскольку последние являются производной функцией, обязательным условием реализации принципа, но не самим принципом. Принципы права выполняют различные функции (гарантирующую, идеологическую, прогностическую, воспитательную, учредительную и др.), однако это не означает их идентичности.

С учетом изложенного представляется неоднозначной точка зрения Ю. Ю. Штурцева, согласно которой «принципы права не должны быть руководящими положениями или основополагающими идеями, если учитывать, что в таком понимании может быть допущена значительная степень субъективности, произвольности формирования принципа, оторванность их от реальных потребностей людей и общественных отношений»⁸.

Существуют различные взгляды на формы нормативного признания принципов права. Ряд авторов исходят из того, что принципы закрепляются в нормативных правовых актах либо непосредственно проистекают из содержащегося в нем смысла.

Так, Н. И. Матузов и А. В. Малько считают, что принципы права «либо прямо сформулированы в законе, либо выводятся из его смысла»⁹. Л. П. Рассказов полагает, что «они могут быть закреплены в нормативных актах, но могут, не будучи закрепленными, логически вытекать из совокупности норм права»¹⁰. В. М. Реуф опре-

¹ Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права : учебник. М. : Юрист, 2004. С. 82.

² Рассказов Л. П. Основы теории государства и права : учебник для вузов. Краснодар : КубГАУ, 2014. С. 89.

³ Смирнов Д. А. О понятии принципов права // Общество и право. 2012. № 4 (41). С. 32.

⁴ Смирнов Д. А. Указ. соч. С. 36.

⁵ Барабаш А. С. О содержании понятия «принцип» в разных отраслях права // Российский юридический журнал. 2019. № 2. С. 98—107.

⁶ Фролов С. Е. Принципы права (вопросы теории и методологии) : дис. ... канд. юрид. наук. Кострома, 2001. С. 26—29.

⁷ Винницкий И. Е. Проблема родового понятия в определении принципов права // История государства и права. 2011. № 15. С. 4—7.

⁸ Штурцев Ю. Ю. Принципы права: уточнение понятия // История государства и права. 2015. № 5. С. 38—41.

⁹ Матузов Н. И., Малько А. В. Указ. соч. С. 82.

¹⁰ Рассказов Л. П. Указ. соч. С. 89.

деляет принципы права как «основополагающие правовые идеи, выражающие сущность права и определяющие его содержание, закрепленные в законодательстве в той или иной форме»¹¹. Н. А. Бутакова полагает, что «мнение о существовании принципов права в форме общих руководящих идей права, не закрепленных законодательно, делает их категорией иллюзорной и крайне субъективной»¹².

С. С. Алексеев указывал, что «принципы права имеют нормативный характер; они призваны регулировать, т.е. направлять, определять поведение людей, причем их регулирующая роль проявляется в составе определенного комплекса юридических норм, которые они организуют вокруг себя и вместе с которыми они действуют»¹³. В. Н. Хропанюк считает, что «принципы права — это основные исходные положения, юридически закрепляющие объективные закономерности общественной жизни»¹⁴.

Надо заметить, что при таком подходе принципы права неприменимы к некоторым правовым системам. Например, к правовым системам общего права. Между тем принципы всегда выступают (должны выступать) источниками форм права, образуют их сущность и предопределяют содержание безотносительно фиксации в текущем законодательстве.

Г. А. Гаджиев указывает, что «право из принципов не обладает традиционными формально-юридическими признаками и прежде всего формальной определенностью. По сути, это не признанная официально нетрадиционная форма существования права»¹⁵.

Как было отмечено выше, в современный период сущностно-содержательные основы принципов права характеризуется универсальностью, что обуславливается унифицирован-

ными подходами к ценностному измерению права современными цивилизациями. Вместе с тем значительное влияние на сущность и содержание права оказывают перманентные процессы регионализации (локализации) права, ориентированные на сохранение уникальных аксиологических характеристик права, нетипичных для национальных правовых систем (например, Ачех в Индонезии, Минданао и Кордильеры на Филиппинах, индейские общины в Канаде, Западная Фракия и гора Афон в Греции и т.д.)¹⁶.

В ходе законотворческой, правоинтерпретационной, правоприменительной деятельности гетерогенная структура принципов права должна быть основой предписаний любых норм позитивного права. Принципы права очерчивают сферу действия и значение норм права, выступают самостоятельным методологическим инструментарием по их применению.

Так, например, Конституция Канады не содержит письменных норм, регулирующих вопросы выхода провинций из состава федерации. В связи с этим перед тем, как рассмотреть дело о независимости Квебека, Верховный суд обратился к истории Канады и соглашениям, а также принял во внимание ценности, которые отражены в писаной Конституции¹⁷.

На данном примере характерным образом прослеживается синтезированное применение одного из основных международно-правовых принципов (право народов на самоопределение) и исторически обусловленных принципов права, имманентных для истории формирования канадской государственности.

Некоторые авторы, опираясь на либертарный подход, включают в содержание принципов имманентные аксиологические элементы.

¹¹ Реуф В. М. Специально-юридические принципы права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2004. С. 10.

¹² Бутакова Н. А. О понятии принципов права // История государства и права. 2007. № 16.

¹³ Теория государства и права / под ред. С. С. Алексеева. М. : Юрид. лит., 1985. С. 239.

¹⁴ Хропанюк В. Н. Теория государства и права : учебник для вузов / под ред. проф. В. Г. Стрекозова. М. : Интерстиль, Омега-Л, 2008. С. 213.

¹⁵ Гаджиев Г. Принципы права и право из принципов // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. № 2. С. 22—45.

¹⁶ Ирхин И. В. Территориальные автономии в зарубежных унитарных и регионалистских государствах Европы и Азии (конституционно-правовое исследование) : монография. М. : Инфра-М, 2019. 465 с. ; Он же. Территории с особым статусом в составе федеративных государств (конституционно-правовое исследование) : монография. М. : Инфра-М, 2019. 217 с.

¹⁷ McLachlin B. Unwritten Constitutional Principles: What is Going On? 2015. P. 157 // URL: <https://victoria.ac.nz/law/centres/nzcp/publication/nz-journal-of-public-and-international-law/previous-issue/volume-42,-december-2006/mclachlin.pdf> (дата обращения: 07.10.2019).

К числу таких авторов относится Н. С. Ищенко, который считает, что «принципы права характеризуются как правовые нормы общего характера, обладающие высоким уровнем абстракции, отражающие такие сущностные свойства права, как свобода, формальное равенство и справедливость»¹⁸.

Указанная точка зрения заслуживает внимания, поскольку приведенные характеристики, бесспорно, имеют фундаментальное значение для интерпретации сущности права. Вместе с тем ими не исчерпывается все многообразие ценностного измерения права, поскольку в него также интегрированы историческая, социологическая, психологическая, культурная, географическая, экономическая и иные составляющие, которые оказывают существенное влияние на сущностные свойства права, в том числе на интерпретацию свободы, формального равенства и справедливости. Соответственно, анализ сущностно-содержательных параметров права предполагает необходимость учета всего объема образующих его элементов.

В отечественной литературе активно дискутируется тематика соотношения принципов права и правовых принципов (в зарубежной литературе дискуссии сопоставимого масштаба не выявлены).

В. М. Сырых отмечает, что «правовые принципы понимаются как категории правосознания, т.е. элементы правовой науки, отражающие основополагающие идеи и начала права, правового регулирования. Принципы же права составляют ту совокупность правовых принципов, которая получила закрепление в системе действующих норм права»¹⁹.

По мнению Р. Р. Сахапова, «правовые принципы образуют нравственную основу права, его духовный фундамент, тогда как принципы права формируют конкретные принципы, относящиеся к той или иной отрасли права, к тому или иному правовому институту»²⁰.

Д. А. Керимов определял правовые принципы как «устоявшиеся основы правового сознания и главные направления правовой политики»²¹.

С. А. Мосин считает, что «принципы права являются той основой, на которой формируется вся государственная правовая система. В соответствии с принципами права выстраивается и вся совокупность правовых принципов. Вследствие этого правовым принципам необходимо надлежащее и соответствующее выполняемым ими функциям нормативное закрепление. Как правило, основные правовые принципы закрепляются в конституциях и иных базисных нормативных актах»²².

В некоторых изданиях подчеркивается, что «правовые принципы — это экономические, политические, социальные, нравственные и другие начала, закрепленные правом. В свою очередь, принципы права представляют собой руководящие положения, основные начала собственно права как самостоятельного и чрезвычайно важного явления жизни общества, выражающие объективные закономерности права, определяющие сущность всей системы права, отрасли или института права»²³.

Как представляется, грань между «экономическими, политическими, социальными или нравственными началами, закрепленными правом» от «основных начал собственно права» недостаточно четкая в условиях, когда

¹⁸ Ищенко Н. С. К вопросу о принципах права // Принципы права: проблемы теории и практики : материалы XI Междунар. науч.-практ. конференции : в 2 ч. М. : РГУП, 2017. Ч. I (разд. I—IV). С. 157.

Аналогичную позицию высказывает А. С. Сидоркин. См.: Сидоркин А. С. Принципы права: понятие и реализация в российском законодательстве и судебной практике : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. С. 7—8.

¹⁹ Сырых В. М. Логические основания общей теории права. Т. 1. Элементарный состав. — 2-е изд., стер. — М. : ЗАО Юстицинформ, 2004. С. 63.

²⁰ Сахапов Р. Р. Основные подходы к пониманию принципов права в российской правовой науке (советский и современный периоды) // История государства и права. 2014. № 15. С. 10—15. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

²¹ Керимов Д. А. Методология права: Предмет, функции, проблемы философии права. — 6-е изд. — М. : Изд-во СГУ, 2011. С. 345.

²² Мосин С. А. Конституционные принципы и презумпции-принципы : монография / С. А. Мосин. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Юстицинформ, 2018. С. 13—14.

²³ Предпринимательское право Российской Федерации : учебник / Е. Г. Афанасьева, А. В. Белицкая, В. А. Вайпан [и др.] ; отв. ред. Е. П. Губин, П. Г. Лахно. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Норма, Инфра-М, 2017. — 992 с. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

они одновременно закреплены правом и составляют его основу. К примеру, если принцип гуманности или неприкосновенности личности закрепляется правом, то в чем их отличия от одноименных принципов, которые «составляет собственно право»?

Другие исследователи исходят из того, что «правовые принципы охватывают как позитивное право, так и естественное, и обычное. Тогда как принципы права — те руководящие идеи, которые пронизывают исключительно позитивное право, получая нормативное закрепление»²⁴.

В данном определении остается нерешенной ситуация в условиях, когда позитивное право противоречит естественному или обычному праву. Также не бесспорным представляется отождествление содержания принципов права и позитивного права, поскольку, как справедливо указывается, при таком подходе «правильнее говорить не о «принципах права», а о «принципах закона»²⁵.

На наш взгляд, принципы права и правовые принципы являются идентичными категориями, призванные отражать общностные аксиологические, онтологические и телеологические характеристики права.

В этой связи нельзя согласиться с позицией М. В. Воронина, который отмечает, что «категория правовых принципов может считаться шире принципов права ввиду ее принадлежности всей правовой системе, ее целостной регуляции»²⁶. Думается, что на основе принципов права и правовых принципов должна основываться любая правовая система.

Принципы права (правовые принципы) — объективно существующие на определенном историческом этапе руководящие положения, определяющие общее состояние правовой системы государства (нескольких государств в рамках межгосударственных объединений), а также основные тенденции его развития. При этом в данном аспекте термин «положения» рассматриваются как объективно существующие основополагающие правила поведения,

отражающие общепризнанные социальные ценности. Предпочтительно, чтобы принципы права (правовые принципы) были нормативно закреплены, однако, как показывает практика — это является необязательным. Вместе с тем очевидно, что воплощение принципов права в позитивном праве закономерно, поскольку оно призвано учитывать и отражать объективные реалии, а также в силу необходимости обоснования формального его применения институтами государства и общества.

В этом плане Н. Н. Вопленко обоснованно указывает, что «ряд принципов, особенно относящихся к правовым гарантиям личности (“справедливость”, “гуманизм”, “демократизм” и т.д.), часто живут и действуют в форме идей правового сознания отдельных классов, социальных групп, страт, составляя идеологическую основу совершенствования юридической практики и законодательства»²⁷.

Г. Т. Чернобель подчеркивает, что «нормальная функциональность правовых принципов в конкретной сфере правовых отношений реально, достаточно эффективно проявляет себя лишь тогда, когда эти принципы соответствующим образом утверждены государственной властью. Правовые принципы, не закрепленные внутригосударственным законодательством или международно-правовыми актами, лишены юридического характера»²⁸.

Следует отметить, что формализация принципа еще не означает, что он будет «достаточно эффективно» работать, так как необходимы соответствующие условия (гарантии) его реализации. Вместе с тем нельзя не признать, что при нормативном закреплении гарантированность надлежащего воплощения правовых принципов презюмируется.

При этом нельзя согласиться с мнением А. Головина, который утверждает, что при «отсутствии нормативной закреплённости права исчезает не только принцип права, но и само право, которое как социальный феномен возможно только при его закреплении в письменной форме»²⁹.

²⁴ Нормы права: теоретико-правовое исследование : монография / Ю. Р. Барышникова, Р. Г. Валиев, Т. В. Губаева [и др.] ; отв. ред. Т. В. Губаева, А. В. Краснов; Рос. акад. правосудия. М. : РАП, 2014. 164 с.

²⁵ Ищенко Н. С. Указ. соч. С. 160 ; Сидоркин А. С. Указ. соч. С. 12.

²⁶ Воронин М. В. Принципы права и системность права // Юридический мир. 2012. № 11. С. 63—66.

²⁷ Вопленко Н. Н. О содержании принципов права // Принципы права: проблемы теории и практики. С. 76.

²⁸ Чернобель Г. Т. Правовые принципы как идеологическая парадигма // Журнал российского права. 2010. № 1. С. 84—94.

²⁹ Головин А. Понятие принципа права: некоторые вопросы // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. № 4.

Большинство принципов права имеют универсальную природу, но в различных правовых системах преломляются в различном объеме и с учетом собственной специфики. Так, принцип недопустимости применения государством насилия к гражданам является типичным для общего права³⁰, в то время как в ряде других государств физические наказания являются одним из традиционных видов уголовной ответственности.

В решении Суда Новой Зеландии по делу *Taylor v. New Zealand Poultry Board* судья Кук обозначил границы компетенции парламента в сфере законотворческой деятельности на основе принципов права. По его мнению, «буквальное принуждение (например, пытки) не вписывается в полномочия парламента, поскольку некоторые основанные на общем праве права находятся настолько глубоко, что даже парламент не мог бы их опровергнуть»³¹. Так, если государством принят акт о геноциде, то вполне очевидно, что обязанность судей состоит в том, чтобы признать данный акт недействительным, так как он нарушает основополагающее положение о том, что государство не должно истреблять свой народ»³².

Данный подход подтверждает, что принципы права могут находиться вне нормативно определенных границ (в том числе вне компетенции структур публичной власти). При этом принципы права имплицитованы в ценностную основу права, определяют его содержание и функционально-целевые ориентиры реализации.

Представляется спорной позиция А. С. Барабаша, который отвергает возможность наличия принципов законодательства, полагая, что, в частности, уголовное законодательство — это источник права, который может лишь закреплять принципы³³. Как представляется, в при-

веденном тезисе смешаны понятия «принципы законодательства» и «законодательство как источник права». Уголовное законодательство является источником права, которое закрепляет принципы права.

Вместе с тем заслуживает внимания позиция Р. Кольба, который исходит из того, что «принципы права являются нормами-источниками, которые необязательно должны быть зафиксированы в значении подлежащих применению правил поведения, но при этом с помощью принципов осуществляется адаптация правил поведения к определенным конституционным потребностям, новым тенденциям развития, соответствующим основным ценностям»³⁴.

А. Ф. Вишневский указывает, что «источники принципов права носят нормативный или доктринальный характер»³⁵. Г. Альпа выделяет такие источники возникновения принципов права, как нормативный, судебный и доктринальный³⁶.

Следует отметить, что содержание правовых принципов и принципов права не исчерпывается исключительно доктриной, нормативными установлениями органов публичной власти, в том числе судебных институтов. На уровне принципов права и правовых принципов отражаются все многообразие и специфика исторического генезиса и текущего состояния институтов государства и общества. Соответственно, принципы права могут находиться за пределами официально принимаемых публично-властными институтами правовых норм (в числе которых акты программного (проектного) характера).

Так, в Соединенном Королевстве Великобритании и Северной Ирландии Конституция является предметом обычного права, главной особенностью которого выступают конституционные соглашения³⁷. Более того, некоторые

³⁰ *McLachlin B.* Op. cit. P. 155.

³¹ *McLachlin B.* Op. cit. P. 148. См. также: *Parau C.* Core Principles of the Traditional British Constitutions (Book Chapter). P. 17 // URL: https://www.politics.ox.ac.uk/materials/Core_Principles_of_the_British_Constitutions.pdf (дата обращения: 07.10.2019).

³² *McLachlin B.* Op. cit. P. 153.

³³ Барабаш А. С. Указ. соч.

³⁴ *Yotova R.* Challenges in the Identification of the «General Principles of Law Recognized by Civilized Nations». The Approach of the International Court // *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*. 2017. Vol. 3 (1). P. 278.

³⁵ Общая теория государства и права : учебник. 2-е изд., перераб. и доп. / А. Ф. Вишневский, Н. А. Горбатько, В. А. Кучинский ; под общ. ред. проф. В. А. Кучинского. М. : Изд-во деловой и учеб. лит-ры, 2006. С. 186.

³⁶ *Alpa G.* General Principles of Law. *Annual Survey of International & Comparative Law*. 1994. Vol. 1. P. 21.

³⁷ *Parau C.* Op. cit. P. 21.

британские исследователи подчеркивают, что «когда источник личной свободы содержится в писанных конституциях, то проистекающие из нее права могут быть ограничены или отменены»³⁸.

Едва ли можно признать, что применяющийся на основе принципов обычного права способ передачи титула вождя в индейских сообществах Канады посредством наследственной трансмиссии проистекает из доктрины, кроме того, такой подход не вписывается в рамки Индейского акта Канады (при этом не влечет мер ответственности)³⁹. Однако данная модель легитимизирована многовековой практикой организации и осуществления публичной власти в индейских общинах, она отражает объективно сложившиеся социальные устои, объективирует исторически обусловленные правовые традиции.

Г. Т. Чернобель указывает, что «сомнительным является положение об объективной сущности правовых принципов, так как принципы могут отражать нечто объективное, сами будучи субъективными, не отражающими действительные закономерности общественного бытия. Так, в Германии в известный исторический период (1933—1945) насаждались принцип вездесущности правящей партии, принцип всемогущества фюрера, другие тоталитарные политические принципы, не имеющие ничего общего с правом как таковым»⁴⁰. В этой связи данный автор задается вопросом: «В чем заключалась объективность таких принципов? Какие закономерности они отражали?».

Следует отметить, что обозначенные принципы, равно как и иные тоталитарные категории, никакого отношения к праву не имеют, если его, конечно, не рассматривать с позитивистских позиций. Приведенный пример действительно отражает прецеденты узаконивания субъективизма. Однако это вовсе не означает, что если в одном или нескольких государствах применяется какая-то вопиющая идеология, то основанные на ней принципы есть объективное измерение права. Подтверждением данному тезису является Нюрнбергский трибунал.

Вместе с тем следует согласиться с Г. Т. Чернобелем в том, что при определенных условиях субъективизм «харизматических лидеров» (по Веберу), воспринятый крупными социальными общностями, может воспроизводиться и укореняться в виде псевдообъективных принципов права. В этом плане одна из основных задач государства и общества состоит в том, чтобы своевременно обнаружить появление и развитие данных тенденций и локализовать их.

Заслуживает внимания точка зрения В. В. Ершова о том, что «принципы российского права должны зависеть не от субъективного усмотрения законодателя, а от объективно существующих и изменяющихся общественных отношений». Вместе с тем критической оценки требует тезис указанного автора о том, что «принципы российского права выступают в качестве самостоятельной основополагающей формы российского права, определяющей его сущность, обеспечивающей сбалансированное состояние российского права, его взаимосвязь, целостность и внутреннее единство; непротиворечивость, последовательность, ожидаемость и предсказуемость»⁴¹.

Полагаем, что российское право должно быть формой выражения принципов права, а не наоборот. Кроме того, такие критерии, как «сбалансированное состояние российского права, его взаимосвязь, целостность и внутреннее единство; непротиворечивость, последовательность, ожидаемость и предсказуемость» в большей степени характерны для требований юридической техники, чем для принципов права.

Вместе с тем необходимо отметить, что принципы отражают дух определенной эпохи. Современное право подвержено тенденциям глобализации и интернационализации, что способствует конвергенции правовых систем. Сегодня практически ни одна правовая система не находится в изоляции, происходят перманентные процессы взаимопроникновения элементов различных правовых систем. При этом в ходе конвергенции принципы права, свойственные различным цивилизациям, нередко диссонируют, что предполагает необходимость выработки компромиссных решений

³⁸ Parau C. Op. cit. P. 11.

³⁹ Koates K. The Indian Act and the Future of Aboriginal Governance in Canada. National Centre for First Nations Governance, 2008. Pp. 2—3. URL: http://fngovernance.org/ncfng_research/koates.pdf (дата обращения: 20.01.2019).

⁴⁰ Чернобель Г. Т. Указ. соч.

⁴¹ Ершов В. В. Указ. соч.

относительно оптимальных способов правового регулирования социальных отношений. В этих условиях крайне важно учитывать специфику конкретных правовых систем (региональные, локальные особенности), но еще более важно однозначно интерпретировать ценности, образующие право. Только такой подход в синтезе с нормативно-правовым регулированием, правоприменительной и правоинтерпретационной практикой, корреспондирующим правовым воспитанием и правосознанием, а также действенными гарантиями их реализации способен обеспечить реальность практического воплощения всего ценностно-цивилизационного потенциала принципов права.

С учетом изложенного следует уточнить тезис В. С. Вепрева и А. А. Соловьевой, которые утверждают, что «универсальность правовых принципов обусловлена их объективным началом и преемственностью развития в правовой системе, а также наличием в принципах общих основ и критериев идейного, смыслового содержания права»⁴². Указанные составляющие подчеркивают одну из граней принципов права, тогда как не менее существенное значение (возможно, решающее с точки зрения имплементации) имеет присущая национальным (наднациональным, субнациональным) правовым системам аутентичная специфика, а также значение и место данных систем в процессах конвергенции международного, национально-го, субнационального права.

Необходимо учитывать, что для текущего периода характерно нарастание масштабов влияния религиозных канонов в качестве регулятора общественных отношений. Интенсивная иммиграция из клерикальных (теократических) государств обостряет проблематику гармонизации принципов права при осуществлении контактов между цивилизациями различной ориентации и уровней развития. В рамках государств формируются национально-культурные, религиозные анклавов, в пределах которых подлежат применению «собственные» принципы права. В свою очередь, такая ситуация способствует

формированию параллельных «правовых пространств», тем самым усиливая социальную конфронтацию.

В ряде случаев в рамках локальных пространств основанные на национально-этнических и религиозных подходах правила поведения предполагают «поглощение» всех сторон статуса личности. Укоренение данных тенденций способствует обособлению (в том числе правовому, территориальному, религиозному) отдельных социальных сообществ в рамках государства (включая иностранные консолидированные группы), их некоторой замкнутости относительно иных социальных групп.

В этом плане заслуживает внимания мысль американского политолога С. Хантингтона о том, что «политические границы все чаще корректируются, чтобы совпасть с культурными: этническими, религиозными и цивилизационными»⁴³.

И. А. Алебастрова подчеркивает, что «сегментированность населения постиндустриальных государств усилилась и усугубилась его нестабильностью. К числу таких обстоятельств относятся прежде всего миграция, а также разрушение «массового» индустриального общества с его усредненными вкусами, запросами и потребностями, обусловленными крупным массовым производством». Религиозные, национальные, культурные, социальные и иных организации нередко приобретают для людей характер референтных групп. В результате общество становится разделенным на все более и более мелкие и многочисленные сегменты»⁴⁴.

Например, в Лос-Анджелесе существуют такие районы, как Чайнатаун (Chinatown), Маленький Токио (Little Tokyo), Кореятаун (Koreatown), Маленькая Армения (Little Armenia), Тайтаун (Thaitown), Маленький Сайгон (Little Saigon), Маленькая Эфиопия (Little Ethiopia)⁴⁵. При этом специалисты отмечают, что «общие интересы и эмоциональная связь, основанная на этнической принадлежности, являются источниками усиления малых иммигрантских групп (например, эфиопских), кото-

⁴² Вепрев В. С., Соловьева А. А. Универсальность как свойство правовых принципов // Вестник ЮУрГУ. Серия : Право. 2017. Т. 17, № 3. С. 81.

⁴³ Хантингтон С. Столкновение цивилизаций / пер. с англ. Т. Велимеева. М. : АСТ, 2018. С. 199.

⁴⁴ Алебастрова И. А. Принцип социальной солидарности в конституционном праве : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2016. С. 274—275.

⁴⁵ Chacko E., Cheung I. The Formation of a Contemporary Ethnic Enclave: The Case of «Little Ethiopia» in Los Angeles // Race, Ethnicity and Place in a Changing America / J. Frazer, E. Tettey-Fio (eds.). Binghamton, NY : Global Academic Publishing, 2006. P. 131.

рые нацелены на формирование сообщества и обозначение собственной особой территории в пределах отдельно взятых пространств городов Америки. Такой подход в конечном счете может привести к сегрегации и дискриминации, формированию одной группы в качестве собственника и созданию прайда»⁴⁶.

Для Российской Федерации данная проблематика не имеет настолько острого характера, как в США. Вместе с тем сегодня Россия является одним из наиболее притягательных государств для внешней миграции (только в 2018 г. в Россию в поисках работы прибыло более 5 млн мигрантов⁴⁷). Были зафиксированы попытки формирования национально-этнических анклавов (деревня Клишино в Тульской области⁴⁸).

В Концепции государственной миграционной политики Российской Федерации на 2019—2025 годы⁴⁹ указано, что одним из основных направлений миграционной политики в области создания условий для адаптации иностранных граждан является принятие мер, препятствующих возникновению пространственной сегрегации, формированию этнических анклавов

и маргинализации находящихся на территории Российской Федерации иностранных граждан.

Значительный удельный вес среди мигрантов составляют лица, разделяющие аутентичные ценностные установки, в том числе основанные на религиозных принципах, которые имеют иную сущность и содержание, что осложняет их интеграцию в гетерогенную социальную структуру Российской Федерации.

В этих условиях для консолидации социальных групп могут быть востребованы единые принципы права, которые должны быть практически пригодным инструментом урегулирования социальных отношений и одновременно фундаментальной ценностно-телеологической основой для нормативного регулирования, правоинтерпретационной и правоприменительной практики, а также прогнозирования правового развития. Для этого необходимы гарантии реализации принципов права, с тем чтобы было возможно сформировать ориентированное на них правосознание и правовое поведение, позволяющие обеспечить адекватное восприятие имманентной для нашего общества ценностной парадигмы.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Алебастрова И. А.* Принцип социальной солидарности в конституционном праве : дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2016. — 555 с.
2. *Барабаш А. С.* О содержании понятия «принцип» в разных отраслях права // Российский юридический журнал. — 2019. — № 2. — С. 98—107.
3. *Бутакова Н. А.* О понятии принципов права // История государства и права. — 2007. — № 16.
4. *Вепрев В. С., Соловьева А. А.* Универсальность как свойство правовых принципов // Вестник ЮУрГУ. Серия : Право. — 2017. — Т. 17, № 3. — С. 78—84.
5. *Винницкий И. Е.* Проблема родового понятия в определении принципов права // История государства и права. — 2011. — № 15. — С. 4—7.
6. *Вопленко Н. Н.* О содержании принципов права // Принципы права: проблемы теории и практики : материалы XI Международной научно-практической конференции : в 2 ч. — М. : РГУП, 2017. — Ч. I (разд. I—IV). — 496 с.
7. *Воронин М. В.* Принципы права и системность права // Юридический мир. — 2012. — № 11. — С. 63—66.
8. *Гаджиев Г.* Принципы права и право из принципов // Сравнительное конституционное обозрение. — 2008. — № 2.

⁴⁶ *Chacko E., Cheung I.* Op. cit. Pp. 137—138.

⁴⁷ *Кириллов Р. В.* В 2018 году в Россию в поисках работы приехало более 5 млн мигрантов // АИФ. 2019. 27 февраля. URL: www.aif.ru/society/people/v_2018_gody_v_poiskah_raboty_priehalo_bolee_5 mln_migrantov (дата обращения: 12.09.2019).

⁴⁸ *Кузнецова О.* «Нехорошая» деревня // Собеседник.ru. 04.05.2019. URL: www.sobesednik.ru/nedvizhimost/20190430-nehoroshaya-derevnya (дата обращения: 07.10.2019).

⁴⁹ Указ Президента РФ от 31.10.2018 № 622 «О Концепции государственной миграционной политики Российской Федерации на 2019—2025 годы» // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru>. 31.10.2018.

9. Головин А. Понятие принципа права: некоторые вопросы // Арбитражный и гражданский процесс. — 2009. — № 4.
10. Ершов В. В. Правовая природа принципов российского права: теоретические и практические аспекты // Российский судья. — 2009. — № 5, 6.
11. Ирхин И. В. Территориальные автономии в зарубежных унитарных и регионалистских государствах Европы и Азии (конституционно-правовое исследование) : монография. — М. : Инфра-М, 2019. — 465 с.
12. Ирхин И. В. Территории с особым статусом в составе федеративных государств (конституционно-правовое исследование) : монография. — М. : Инфра-М, 2019. — 217 с.
13. Ищенко Н. С. К вопросу о принципах права // Принципы права: проблемы теории и практики : материалы XI Международной научно-практической конференции : в 2 ч. — М. : РГУП, 2017. — Ч. 1 (разд. I—IV). — 496 с.
14. Керимов Д. А. Методология права : Предмет, функции, проблемы философии права. — 6-е изд. — М. : Изд-во СГУ, 2011. — 521 с.
15. Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права : учебник. — М. : Юристъ, 2004. — 512 с.
16. Мосин С. А. Конституционные принципы и презумпции-принципы : монография. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Юстицинформ, 2018. — 136 с.
17. Нормы права: теоретико-правовое исследование : монография / Ю. Р. Барышникова, Р. Г. Валиев, Т. В. Губаева [и др.] ; отв. ред. Т. В. Губаева, А. В. Краснов ; Рос. акад. правосудия. — М. : РАП, 2014. — 164 с.
18. Общая теория государства и права : учебник. — 2-е изд., перераб. и доп. / А. Ф. Вишневский, Н. А. Горбатьюк, В. А. Кучинский ; под общ. ред. проф. В. А. Кучинского. — М. : Изд-во деловой и учеб. лит-ры, 2006. — 656 с.
19. Предпринимательское право Российской Федерации : учебник / Е. Г. Афанасьева, А. В. Белицкая, В. А. Вайпан [и др.] ; отв. ред. Е. П. Губин, П. Г. Лахно. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Норма, Инфра-М, 2017. — 992 с.
20. Рассказов Л. П. Основы теории государства и права : учебник для вузов. — Краснодар: КубГАУ, 2014. — 204 с.
21. Реуф В. М. Специально-юридические принципы права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Волгоград, 2004. — 24 с.
22. Сахапов Р. Р. Основные подходы к пониманию принципов права в российской правовой науке (советский и современный периоды) // История государства и права. — 2014. — № 15. — С. 10—15.
23. Сидоркин А. С. Принципы права: понятие и реализация в российском законодательстве и судебной практике : автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2010. — 25 с.
24. Смирнов Д. А. О понятии принципов права // Общество и право. — 2012. — № 4 (41). — С. 29—45.
25. Сырых В. М. Логические основания общей теории права. — 2-е изд., стер. — М. : Юстицинформ, 2004. — Т. 1 : Элементарный состав. — 528 с.
26. Теория государства и права / под ред. С. С. Алексеева. — М. : Юрид. лит., 1985. — 480 с.
27. Фролов С. Е. Принципы права (вопросы теории и методологии) : дис. ... канд. юрид. наук. — Кострома, 2001. — 168 с.
28. Хантингтон С. Столкновение цивилизаций / пер. с англ. Т. Велимеева. — М. : АСТ, 2018. — 640 с.
29. Хропанюк В. Н. Теория государства и права : учебник для высших учебных заведений / под ред. проф. В. Г. Стрекозова. — М. : Интерстиль, Омега-Л, 2008. — 378 с.
30. Чернобель Г. Т. Правовые принципы как идеологическая парадигма // Журнал российского права. — 2010. — № 1. — С. 84—94.
31. Штурцев Ю. Ю. Принципы права: уточнение понятия // История государства и права. — 2015. — № 5. — С. 38—41.
32. Alpa G. General Principles of Law // Annual Survey of International & Comparative Law. — Vol. 1. — 1994. — Pp. 1—37.
33. Parau C. Core Principles of the Traditional British Constitutions (Book Chapter). Pp. 17—24 // URL: https://www.politics.ox.ac.uk/materials/Core_Principles_of_the_British_Constitutions.pdf.
34. Chacko E., Cheung I. The Formation of a Contemporary Ethnic Enclave: The Case of «Little Ethiopia» in Los Angeles // Race, Ethnicity and Place in a Changing America / J. Frazer, E. Tettey-Fio (eds.). — Binghamton, NY : Global Academic Publishing. 2006. — Pp. 131—139.

35. Koates K. The Indian Act and the Future of Aboriginal Governance in Canada. — National Centre for First Nations Governance, 2008. — URL: http://fngovernance.org/ncfng_research/coates.pdf (дата обращения: 20.01.2019).
36. McLachlin B. Unwritten Constitutional Principles: What is Going On? 2005. Pp. 147—163 // URL: <https://victoria.ac.nz/law/centres/nzcp/publication/nz-journal-of-public-and-international-law/previous-issue/volume-42,-december-2006/mclachlin.pdf>.
37. Yotova R. Challenges in the Identification of the «General Principles of Law Recognized by Civilized Nations». The Approach of the International Court // Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law. — 2017. — Vol. 3 (1). — Pp. 269—323.

Материал поступил в редакцию 8 октября 2019 г.

REFERENCES

1. Alebastrova IA. Printsip sotsialnoy solidarnosti v konstitutsionnom prave : dis. ... d-ra yurid. nauk [The principle of social solidarity in constitutional law: Dr. Sci. (Law) Dissertation]. Moscow; 2016. (In Russ.)
2. Barabash AS. O soderzhanii ponyatiya «printsip» v raznykh otraslyakh prava [On the content of the concept "principle" in different branches of law]. *Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal [Russian Juridical Journal]*. 2019;2:98-107. (In Russ.)
3. Butakova NA. O ponyatii printsipov prava [About the concept of principles of law]. *Istoriya gosudarstva i prava [History of State and Law]*. 2007;16. (In Russ.)
4. Veprev VS, Soloveva AA. Universalnost kak svoystvo pravovykh printsipov [Universality as a property of legal principles]. *Vestnik YuUrGU. Seriya: Pravo*. 2017;17(3):78-84. (In Russ.)
5. Vinnitskiy IE. Problema rodovogo ponyatiya v opredelenii printsipov prava [The problem of the generic concept in determining the principles of law]. *Istoriya gosudarstva i prava [History of State and Law]*. 2011;15:4-7. (In Russ.)
6. Voplenko NN. O soderzhanii printsipov prava [On the content of the principles of law]. In: *Printsipy prava: problemy teorii i praktiki: materialy XI Mezhdunarodnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii: v 2 ch. [Principles of law: problems of theory and practice: Proceedings of the XI International Scientific and Practical Conference: in 2 parts]*. Moscow: RGUP; 2017. Part 1 (Sections 1-4). (In Russ.)
7. Voronin MV. Printsipy prava i sistemnost prava [Principles of law and system of law]. *Yuridicheskiy mir [Juridical World]*. 2012;11:63-66. (In Russ.)
8. Gadzhiev G. Printsipy prava i pravo iz printsipov [Principles of law and law from principles]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*. 2008;2. (In Russ.)
9. Golovin A. Ponyatie printsipa prava: nekotorye voprosy [The concept of the principle of law: some issues]. *Arbitrazhnyy i grazhdanskiy protsess [Arbitrazh and Civil Procedure]*. 2009;4. (In Russ.)
10. Ershov VV. Pravovaya priroda printsipov rossiyskogo prava: teoreticheskie i prakticheskie aspekty [Legal nature of the principles of Russian law: theoretical and practical aspects]. *Rossiyskiy sudya [Russian judge]*. 2009;5,6. (In Russ.)
11. Irkhin IV. Territorialnye avtonomii v zarubezhnykh unitarnykh i regionalistskikh gosudarstvakh Evropy i Azii (konstitutsionno-pravovoe issledovanie): monografiya [Territorial autonomies in foreign unitary and regionalist states of Europe and Asia (constitutional and legal research): Monograph]. Moscow: Infra-M; 2019. (In Russ.)
12. Irkhin IV. Territorii s osobym statusom v sostave federativnykh gosudarstv (konstitutsionno-pravovoe issledovanie): monografiya [Territories with a special status within federal states (constitutional and legal research): Monograph]. Moscow: Infra-M; 2019. (In Russ.)
13. Ishchenko NS. K voprosu o printsipakh prava [On the question of the principles of law]. In: *Printsipy prava: problemy teorii i praktiki: materialy XI Mezhdunarodnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii: v 2 ch. [Principles of law: problems of theory and practice: Proceedings of the XI International Scientific and Practical Conference: in 2 parts]*. Moscow: RGUP; 2017. Part 1 (Sections 1-4). (In Russ.)
14. Kerimov DA. Metodologiya prava: predmet, funktsii, problemy filosofii prava [Methodology of law: Subject, functions, problems of the philosophy of law]. 6th ed. Moscow: SSU Publishing house; 2011. (In Russ.)

15. Matuzov NI, Malko AV. Teoriya gosudarstva i prava: uchebnik [Theory of state and law: A textbook]. Moscow: Yurist; 2004. (In Russ.)
16. Mosin SA. Konstitutsionnye printsipy i prezumpitsii-printsipy: monografiya [Constitutional principles and presumptions-principles: monograph]. 2nd ed., rev. and suppl. Moscow: Yustitsinform; 2018. (In Russ.)
17. Baryshnikova YuR, Valiev RG, Gubaeva TV, et al. Gubaeva TV, Krasnov AV, editors. Normy prava: teoretiko-pravovoe issledovanie: monografiya [Norms of law: theoretical and legal research: monograph]. Moscow: Russian Academy of Justice; 2014. (In Russ.)
18. Vishnevskiy AF, Gorbatyuk NA, Kuchinskiy VA. Obshchaya teoriya gosudarstva i prava: uchebnik [General theory of state and law: A textbook]. 2nd ed., rev. and suppl. Moscow: Izd-vo delovoy i ucheb. lit-ry; 2006. (In Russ.)
19. Afanasieva EG, Belitskaya AV, Vaypan VA, et al. Predprinimatelskoe pravo Rossiyskoy Federatsii: uchebnik [Business law of the Russian Federation: A textbook]. Gubin EP, Lakhno PG, editors. 3rd ed., rev. and suppl. Moscow: Norma, Infra-M; 2017. (In Russ.)
20. Rasskazov LP. Osnovy teorii gosudarstva i prava: uchebnik dlya vuzov [Fundamentals of the theory of state and law: A textbook for universities]. Krasnodar: KubGAU; 2014. (In Russ.)
21. Reuf VM. Spetsialno-yuridicheskie printsipy prava: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk [Special legal principles of law: Author's Abstract of Cand. Sci. (Law) Thesis]. Volgograd; 2004. (In Russ.)
22. Sakhapov RR. Osnovnye podkhody k ponimaniyu printsipov prava v rossiyskoy pravovoy nauke (sovetskiy i sovremennyy periody) [Basic approaches to understanding the principles of law in Russian legal science (Soviet and modern periods)]. *Istoriya gosudarstva i prava [History of State and Law]*. 2014;15:10-15. (In Russ.)
23. Sidorkin AS. Printsipy prava: ponyatie i realizatsiya v rossiyskom zakonodatelstve i sudebnoy praktike: avtoref. dis... kand. yurid. nauk [Principles of law: concept and implementation in Russian legislation and judicial practice: Author's Abstract of Cand. Sci. (Law) Thesis]. Moscow; 2010. (In Russ.)
24. Smirnov DA. O ponyatii printsipov prava [About the concept of principles of law]. *Obshchestvo i pravo [Society and law]*. 2012;4(41):29-45. (In Russ.)
25. Syrykh VM. Logicheskie osnovaniya obshchey teorii prava [Logical foundations of the general theory of law]. 2nd ed., st. Moscow: Yustitsinform; 2004. Vol. 1: Elementarnyy sostav [Simple elements]. (In Russ.)
26. Alekseeva SS, editor. Teoriya gosudarstva i prava [Theory of state and law]. Moscow: Yurid. lit.; 1985. (In Russ.)
27. Frolov SE. Printsipy prava (voprosy teorii i metodologii): dis. ... kand. yurid. nauk [Principles of law (questions of theory and methodology): Author's Abstract of Cand. Sci. (Law) Thesis]. Kostroma; 2001. (In Russ.)
28. Huntington SP. Stolknovenie tsivilizatsiy [The clash of civilizations]. Velimeeva T. Transl. from Engl. Moscow: AST; 2018. (In Russ.)
29. Khropanyuk VN. Teoriya gosudarstva i prava: uchebnik dlya vysshikh uchebnykh zavedeniy [Theory of state and law: A textbook for higher educational institutions]. Strekoza VG, editor. Moscow: Interstil, Omega-L; 2008. (In Russ.)
30. Chernobel GT. Pravovye printsipy kak ideologicheskaya paradigma [Legal principles as an ideological paradigm]. *Zhurnal rossiyskogo prava [Journal of Russian law]*. 2010;1:84-94. (In Russ.)
31. Shturtsev YuYu. Printsipy prava: utochnenie ponyatiya [Principles of law: clarifying the concept]. *Istoriya gosudarstva i prava [History of State and Law]*. 2015;5:38-41. (In Russ.)
32. Alpa G. General Principles of Law. Annual Survey of International & Comparative Law. 1994;1:1—37. (In Eng.)
33. Parau C. Core Principles of the Traditional British Constitutions (Book Chapter). Pp. 17—24. Available from: https://www.politics.ox.ac.uk/materials/Core_Principles_of_the_British_Constitutions.pdf. (In Eng.)
34. Chacko E, Cheung I. The Formation of a Contemporary Ethnic Enclave: The Case of «Little Ethiopia» in Los Angeles. Race, Ethnicity and Place in a Changing America. Frazer J, Tetley-Fio E, editors. Binghamton, NY : Global Academic Publishing; 2006. p. 131-139. (In Eng.)
35. Koates K. The Indian Act and the Future of Aboriginal Governance in Canada. National Centre for First Nations Governance, 2008. Available from: http://fngovernance.org/ncfng_research/coates.pdf [cited 2019 January 20]. (In Eng.)
36. McLachlin B. Unwritten Constitutional Principles: What is Going On? 2005. Pp. 147-163. Available from: <https://victoria.ac.nz/law/centres/nzcp/publication/nz-journal-of-public-and-international-law/previous-issue/volume-42,-december-2006/mclachlin.pdf>. (In Eng.)
37. Yotova R. Challenges in the Identification of the «General Principles of Law Recognized by Civilized Nations». The Approach of the International Court. Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law. 2017;3(1):269-323. (In Eng.)

Изучение истории политических и правовых учений в российском правоведении в XX — начале XXI в.: условия, направления, результаты¹

Аннотация. Статья посвящена роли истории политических и правовых идей в государственном строительстве, науке и образовании. В данном аспекте рассматриваются проблемы, связанные с внесением поправок в Конституцию Российской Федерации, инициированные Президентом РФ. По мнению автора, эти инициативы являются логическим продолжением намеченных изменений политической системы, механизма (аппарата) государства, системы местного самоуправления, содержащихся в самом общем виде в ежегодном послании Президента РФ Федеральному Собранию. Столь ранний срок оглашения послания, последующее, фактически без промедления, внесение на рассмотрение Государственной Думы проекта федерального закона и работа по реализации содержащихся в нем положений не оставляют сомнений в том, что есть некоторая стратегия политического развития России на ближайшую перспективу. В этой связи дается оценка политической ситуации в современной России и высказываются предложения в части дальнейшей эволюции институтов общества и государства. Аргументируется диалектическая взаимосвязь национальной модели развития и ее идеологического обоснования. Делается акцент на особой роли идей в истории российской государственности. Кроме того, в статье получила отражение оценка истории политических и правовых учений в системе общественных наук и юридического образования в советский и постсоветский период. Приводятся свидетельства необходимости повышения роли теоретических и исторических дисциплин в условиях современной «гибридной» войны и усиления глобальной конкуренции основных геополитических проектов. Высказывается идея о переориентации российского юридического образования с изучения законодательства, которое меняется столь быстро, что по факту не приобретает форму знаний, на изучение права во всех его проявлениях как универсального регулятора общественных отношений.

Ключевые слова: история; идеи; идеологический проект; конституция; конституционализм; политика; право; правоведение; образование; общественно-экономическая формация; наука; юриспруденция; юридические школы.

Для цитирования: Корнев А. В. Изучение истории политических и правовых учений в российском правоведении в XX — начале XXI в.: условия, направления, результаты // Lex russica. — 2020. — Т. 73. — № 4. — С. 130—142. — DOI: 10.17803/1729-5920.2020.161.4.130-142.

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 20-011-00779.

© Корнев А. В., 2020

* Корнев Аркадий Владимирович, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

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

avkornev@msal.ru

Studying the History of Political and Legal Doctrines in Russian Jurisprudence in the 20th — Early 21st Century: Conditions, Directions, Results²

Arkadiy V. Kornev, Dr. Sci. (Law), Professor, Head of the Department of Theory of State and Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
avkornev@msal.ru

Abstract. The paper is devoted to the role of the history of political and legal ideas in state construction, science and education. In this aspect, the problems related to amendments to the Constitution of the Russian Federation initiated by the President of the Russian Federation are considered. According to the author, these initiatives are a logical continuation of the planned changes in the political system, the mechanism (apparatus) of the state, the system of local self-government, contained in the most general form in the annual address of the President of the Russian Federation to the Federal Assembly. Such an early date for the address, the subsequent submission of the draft Federal Law to the State Duma without delay, and the work on implementing the provisions contained in it, leave no doubt that there is some strategy for Russia's political development in the near future.

In this regard, an assessment of the political situation in modern Russia is given and suggestions are made regarding the further evolution of the institutions of society and the state. The dialectical relationship between the national development model and its ideological justification is argued. The author emphasizes the special role of ideas in the history of Russian statehood. In addition, the paper reflects the assessment of the history of political and legal doctrines in the system of social sciences and legal education in the Soviet and post-Soviet period. There is evidence of the need to increase the role of theoretical and historical disciplines in the context of modern "hybrid" war and the strengthening of global competition for major geopolitical projects. The idea of reorienting Russian legal education from the study of legislation, which is changing so quickly that it does not actually take the form of knowledge, to the study of law in all its manifestations as a universal regulator of public relations.

Keywords: history; ideas; ideological project; Constitution; constitutionalism; politics; law; jurisprudence; education; socio-economic formation; science; jurisprudence; law schools.

Cite as: Kornev AV. *Izuchenie istorii politicheskikh i pravovykh ucheniy v rossiyskom pravovedenii v XX — nachale XXI vv.: usloviya, napravleniya, rezul'taty* [Studying the history of political and legal doctrines in Russian jurisprudence in the 20th — early 21st century: Conditions, directions, results]. *Lex russica*. 2020;73(4):130-142. DOI: 10.17803/1729-5920.2020.161.4.130-142. (In Russ., abstract in Eng.).

Изложение проблематики требует обстоятельного вступления или существенных оговорок. Трудно избежать искушения и не присоединиться к мнению выдающихся русских мыслителей, которые называли Россию *идеократической цивилизацией*. Иными словами, Россия на разных исторических этапах добивалась впечатляющих успехов только тогда, когда была ориентирована на воплощение в жизнь какой-либо идеи: «Москва — третий Рим», панславизм, социализм. Идеи, идеология непременно содержит целеполагание и делает осмысленным бытие общества и государства. Сегодня, увы, такой идеи нет. Главное — не утратить политической субъектности, выжить. Во многом в этом «повинна» Конституция Российской Федерации, поправки в которую так бурно обсуждаются на всех площадках. Именно она заложила основу экономической, полити-

ческой, социальной и духовной сферы нашего общества и, соответственно, привела к тем результатам, которые мы имеем. Они мало кого устраивают. По индексу человеческого развития, этого своеобразного камертона благополучия, наша страна скатилась на униженные позиции, которые занимали раньше так называемые страны «третьего мира». Общество явно нуждается в честном и открытом обсуждении итогов реализации «реформ». Ожидать такой инициативы сверху проблематично. Хотя и этот вариант исключать нельзя.

Говорить об успехах СССР в области науки, культуры, спорта, технологий, медицины, подлинной дружбы народов — значит вызывать раздражение у немногочисленной, но очень влиятельной, фигурально выражаясь, «партии колбасы». На все ваши аргументы, например, о том, что мы были первыми в космосе, ее

² The reported study was funded by RFBR according to the research project № 20-011-00779.

представители непременно возразят: «Да, это так, но в СССР были перебои с колбасой и не хватало туалетной бумаги». Такая у них система ценностей. И будут правы, принимая во внимания стартовые условия советского проекта, самую страшную войну в истории человечества, когда наша страна практически в одиночку три года сдерживала натиск объединенной фашистской Германией части Европы и затем львиную долю своего бюджета была вынуждена тратить на оборону, зная о планах наших «заклятых друзей». Много что в прежние времена было в дефиците. Сегодня один дефицит — деньги, и если их нет, то дефицитом становится абсолютно все.

Основа успешного развития страны суть развитые техно-социальные системы (промышленность, образование, транспорт, сельское хозяйство, наука, здравоохранение). Если они окончательно деградируют, то никакие игры с «цифровизацией», цифровой экономикой, цифровыми технологиями не помогут. Для того чтобы потреблять, нужно сначала произвести. Технологии помогают более рационально и эффективно производить продукты, но они ни в коей мере не заменят все то, что человек потребляет и в чем он нуждается.

Мы постепенно отходим от традиции тотальной демонизации советского периода нашей истории. Исключение составляют те, кто остановиться уже не может и кому за это, как правило, хорошо платят. Так называемые реформы, которые проводятся в нашей стране, подвели страну к опасной черте. По многим социально значимым показателям мы даже не вышли на уровень 1990 г. Тридцать лет, можно сказать, прошли впустую. За этот непродолжительный период подверглись деградации практически все сферы жизни общества. Самая главная потеря — люди. То, что произошло в современной России, можно смело квалифицировать как демографическую катастрофу. Страна медленно и неуклонно вымирает. Конечно, такие же процессы имеют место и в других, гораздо более развитых странах. Но там прекращение воспроизводства общества, а это его главная функция, можно объяснить скорее высоким уровнем жизни. У нас же причина — бедность. И это в стране, располагающей самыми богатыми природными ресурсами, теперь

уже относительно хорошо образованным населением.

Совсем недавно Президент РФ инициировал поправки к Конституции РФ, изложенные в проекте федерального закона «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации публичной власти».

Эти инициативы, как представляется, являются логическим продолжением намеченных изменений политической системы, механизма (аппарата) государства, системы местного самоуправления, содержащихся в самом общем виде в ежегодном послании Президента РФ Федеральному Собранию. Столь ранний срок оглашения послания, последующее, фактически без промедления, внесение на рассмотрение Государственной Думы проекта вышеназванного федерального закона и работа по реализации содержащихся там положений не оставляют сомнений в том, что есть некоторая стратегия политического развития России на ближайшую перспективу. Разработка этой стратегии велась максимально скрытно не только от институтов гражданского общества, но и от институтов государства, став для многих политическим скандалом, причем неприятного свойства.

На мой взгляд, поправки к Конституции, которой в этом году исполняется 27 лет («средний возраст» конституций в мире 15 лет и на этом фоне руководство страны постоянно отмечало стабильность нашей политической системы и отсутствие необходимости ее изменений), вызваны рядом факторов, наиболее значимыми из которых являются:

— *Сохранение власти* (господства — термин, легализованный в современном государствоведении и не содержащий никаких отрицательных коннотаций) правящей элиты, прежде всего экономической основы политического господства, заложенной приватизацией (грандиозной экономической аферой, не имеющей аналогов в мировой истории), залоговыми аукционами и пр.³ В 2020 г. приватизация будет продолжена и в частные руки, как это имеет место только в России и некоторых других странах бывшего СССР, будут переданы наиболее бюджетонаполняющие структуры. Причем четко просматриваются два варианта: остаться или переместиться на «запасные аэродромы». В качестве такового может выступить, например,

³ Вспоминается В. В. Розанов: «В России вся собственность выросла из “выпросил”, или “подарил”, или кого-нибудь “обобрал”. Труды собственности очень мало. И от этого она не крепка и не уважается» (Розанов В. В. О себе и жизни своей. М., 1990. С. 61).

Государственный совет — сегодня непонятный институт с невнятными полномочиями.

— *Тающая на глазах легитимность власти.* Уровень доверия к Федеральному Собранию, Правительству скандально низкий. Несколько лучше население относится к судебной власти, но и здесь серьезные проблемы. Сегодня Президенту РФ доверяют 64—67 % населения (ВЦИОМ). Этот орган нередко играет в жанре политической социологии, поэтому доверять ему в полной мере не стоит.

Серьезнейшим ударом по престижу власти стала так называемая «пенсионная реформа», разумно проведенная после президентских и парламентских выборов. Выборы, которые проходят в масштабах всей страны в единый день голосования, свидетельствуют о падающей популярности «партии власти», представляющей, по сути, корпорацию чиновников, управленцев различного уровня. Даже КПСС в этом контексте отличалась более многоуровневым социальным составом. Относительные успехи «Единой России» в ходе избирательных компаний не вызывают вопросов у российского избирателя. Все давно привыкли к «технологическим фокусам», позволяющим провести во власть кого нужно. Но сегодня это не всегда срабатывает.

Нельзя исключить коренной модернизации «партии власти» вплоть до создания новой. Новой во всех отношениях: лидеры, идеи, состав, программа, цели, задачи, принципы и, что самое важное, — идеология. Полагаю, что для этого и создавался Общероссийский народный фронт. Конечно, более неудачного названия придумать было сложно (фронт — против кого?). Вопрос к политтехнологам Кремля. Его политические перспективы не совсем понятны, цели, задачи и функции четко не объективированы.

— *Ставшее очень опасным отчуждение от власти.* На Западе давно утвердилось двоичная система: государство (власть) — общество. В России же сложилась троичная схема: государство (власть) — общество — народ. Народ фактически никак не участвует в политическом диалоге. Все противоречия в нашей стране касаются в основном взаимоотношений общества и государства. Народ, то есть абсолютное

большинство, безмолвствует, выступает в роли стороннего наблюдателя. Пока. У государства и общества совокупно имеют место опасения в части самопроизвольного вовлечения в диалог широких масс, улицы. В этом случае государству и обществу придется забыть о комфортном существовании. «Белоленточники» и прочие «оппозиционеры» не представляют никакой опасности для власти, поскольку они едины с ней в своих экономических воззрениях и представляют собой в основном хорошо оплачиваемых офисных работников, которым есть что терять⁴.

Так сложилось, что наименее защищенным оказался славянский этнос, который был строительным материалом сначала царской империи, затем советской. На его долю выпали огромные жертвы. Сейчас его положение унижительно в своем бесправии и бедности. Желание внести поправки в Конституцию в части проблемы русских понятны. Когда Россия (РСФСР) «обрела независимость», русских в ее составе было почти 90 %, через 20 лет — 82,5 %, в настоящее время — 80 %. Сколько останется через 50 лет, одному Богу известно. Опять же, болезненно «псевдолиберальная» часть нашего общества реагирует и на возможное упоминание Бога в Конституции. А ведь примеры есть, в том числе и в Европе. В конечном счете в тексте Государственного гимна Российской Федерации содержится строка «Хранимая Богом родная земля!».

Понятны попытки власти построить управляемое гражданское общество «сверху», то есть абсолютно противоестественным образом. Всякие попытки самоорганизации «снизу» решительно пресекаются, особенно в части «титальной» нации.

— *Не имеющая аналогов в Новое и Новейшее время классовая пертурбация общества.* За время «реформ» исчезли два многомиллионных класса, пролетариат и крестьянство, в силу сознательной деградации промышленности и сельского хозяйства — традиционных сфер приложения труда славянского этноса. Разумеется, исчезнет интеллигенция, поскольку в условиях рынка нет массового спроса на духовные продукты, которая она производит. Затронули разрушительные процессы и воору-

⁴ Сегодня особенно активизировалась так называемая «третья сила», обеспокоенная всплеском активности в части внесения поправок в Конституцию. Народ начинает просыпаться, что стало полной неожиданностью. Пожизненное сенаторство и членство в Госсовете для многих может стать формой сохранения политической субъектности. И конечно же, потребует дополнительных финансовых расходов.

женные силы, здравоохранение, образование. За последние 20 лет население страны сократилось примерно на 8 млн. В конечном счете это привело не к демографической «яме», а к катастрофе. По самым скромным подсчетам, дефицит мужского населения составляет 10—12 млн чел. Высочайшая смертность преимущественно славянского мужского населения связана с массовой безработицей (особенно в 1990-е гг.), отсутствием перспектив, воли к жизни, крушением привычного уклада бытия, алкоголизацией и наркотизмом (особенно среди молодежи).

— *Беспрецедентная поляризация населения.* Коэффициент децильности в России один из самых высоких в мире. Количество миллионеров и миллиардеров растет, и в этой части Россия в тройке лидеров. В нашей стране максимально отчетливо проявилась одна социальная закономерность: «Чем беднее народ, тем богаче бюрократия». Материальное обеспечение чиновников, льготы и привилегии, которые бюрократия сама себе установила, находятся на уровне самых развитых государств. При этом растет бедность в силу униженно маленькой оплаты труда, безработицы, частичной занятости и пенсионного обеспечения основной массы населения. Люди искренне не понимают, почему их пенсии и зарплаты кратно ниже оплаты труда и пенсионного обеспечения депутатов, государственных служащих, судей, прокуроров, не говоря уже о стаже и возрасте, которые являются основанием для выхода на привилегированную пенсию. А ведь есть еще и корпоративные пенсии, кратно, в сотни раз, превышающие установленные государством. Иными словами, в стране существует довольно большая социальная группа, находящаяся на особом положении. Разговоры о грядущей «социальности» Конституции не могут изменить ситуацию. Если минимальная пенсия будет не ниже прожиточного минимума, это хорошо. Но много ли на нее можно позволить. Это все равно не полноценные советские 120 руб. (это минимум). Большинство получало 132 руб. при стоимости хлеба в среднем 20 коп. и 5-копеечном проезде на метро.

— *Крах надежды быть принятыми в «круг избранных» государств,* хотя для этого во времена Ельцина — Гайдара — Козырева (знаменитая фраза А. Козырева «У России нет национальных интересов») было сделано все: под руководством иностранных кураторов фактически был уничтожен ВПК, развалены воору-

женные силы, имел место отказ от суверенитета, предательство вчерашних союзников (уж очень хотелось М. С. Горбачеву Нобелевскую премию), практически полное подчинение международному праву и иностранным юрисдикциям. По факту страна оказалась под внешним управлением.

Отсюда сегодня проистекает заметный крен в сторону восстановления суверенитета, очищение государственного аппарата от тех людей, у кого два паспорта не только в кармане, но и в «голове». Скорее это вынужденная политика, чем осознанный выбор. Некогда Россия поступалась в двери НАТО, но ее там не услышали, поскольку не захотели. Все уже давно списали Россию на тот момент. Сейчас никак не могут примириться с тем, что она «поднимается с колен» (как любят выражаться «говорящие головы» в телевизоре). Объективности ради стоит заметить, что в некотором смысле мы еще даже и на колени не встали.

— *Отсутствие национально ориентированной элиты,* которая в значительной массе имеет двойное гражданство, вид на жительство, счета и недвижимость в различных, преимущественно западных странах. Только в банках США, по свидетельству не так давно умершего З. Бжезинского, российские политики и бизнесмены хранят более 500 млрд долл.

В данном случае президенту страны не позавидуешь. Сколько людей скорее вынуждено демонстрировать ему политическую лояльность.

— *Необходимость срочной реструктуризации экономики.* Мир вступил в четвертую промышленную революцию и переходит к VI экономическому укладу. У нас в этой части нет никаких оснований для оптимизма. По-прежнему в нашей стране офшорная, преимущественно сырьевая экономика.

Эти и многие другие факторы заставляют правящий режим искать ответы на различные вызовы внутреннего (они важнее) и внешнего характера.

Косметические поправки вряд ли приведут к серьезным изменениям «общего курса». Может быть, они для этого и были затеяны, чтобы ничего серьезно не менять. *По моему мнению, нужно не просто вносить поправки, а принять совершенно новую Конституцию.* То, что ее писали, взяв за образец конституции двух европейских государств, да еще и под присмотром со стороны, давно является секретом полишинеля. В настоящее время вознамерились менять только то, что не относится к фунда-

ментальным положениям (гл. 1, 2 и 9 Конституции РФ), т.е. менять можно только «нефундаментальные». К великому сожалению, одна из самых проблемных статей, а именно 13-я (какое лукавство, однако, содержится в самой цифре. Случайно ли?), содержится в гл. 1 «Основы конституционного строя». В ней, в частности, записано: «В Российской Федерации признается идеологическое многообразие»; «Никакая идеология не может устанавливаться в качестве государственной или обязательной».

Все это можно было бы и принять, даже испытав при этом когнитивный дискомфорт. Однако Конституция любого государства и любого исторического типа — это прежде всего идеологический документ, а уже затем правовой. Она закрепляет те ценности, которые составляют основу трех идеологических доктрин, господствующих в мире в последние 200—300 лет: консерватизм, либерализм и социализм. Всё остальное всего лишь их модификации, и не более того. Даже не стоит предпринимать серьезных усилий, чтобы убедиться в том, какие идеологические ценности и вытекающие из них модели поведения нормативно закреплены в Конституции 1993 г. А если они закреплены нормативно, значит, они — обязательны. И никакая словесная эквилибристика тут не поможет. Именно ценности, разделяемые людьми, служат своеобразным кодом распознавания «свой — чужой» в современном российском обществе, где декларируется идеологическое и политическое многообразие, многопартийность и запрещается цензура.

Государственный переворот, имевший место в 1993 г. (так его квалифицируют даже уже и те, кто в нем активно участвовал), грубейшая фальсификация итогов президентских выборов 1996 г. (все с этим давно согласились) и никто не понес уголовную ответственность — все это означало победу определенного политического класса, жаждавшего власти и собственности. Любая конституция, как утверждал Ф. Лассаль, закрепляет соотношение основных политических сил. Свою политическую победу этот класс юридически оформил принятием Конституции 1993 г. (легальность и легитимность Конституции до сих пор вызывает вопросы), на основе которой стала формироваться принципиально иная система права и система законодательства.

Передо мной материалы круглого стола (Гайдаровского форума — 2019) «Конституция 1993 года. Была ли альтернатива?». Название, прямо скажем, озадачивает. Альтернатива — чему, кому, зачем? Авторы настоящего издания, как следует из предисловия, — государственные деятели, участвовавшие в ключевых событиях, связанных с созданием Конституции РФ и воплощением в жизнь ее положений на разных этапах становления новой российской государственности. А далее говорится: «Участники круглого стола отметили, что Конституция Российской Федерации успешно прошла проверку жизнью, обеспечив смену общественно-экономической формации... (выделено мной. — А. К.)»⁵.

Насчет проверки жизнью сказать что-либо определенно не представляется возможным. Тогда зачем столь существенные поправки? Безоговорочно можно верить лишь в то, что разработчики Конституции, порой не догадываясь и не подозревая о последствиях, вольно или невольно приблизили мечту определенных кругов — прибрать за бесценок, а то и вовсе бесплатно природные ресурсы страны: заводы, фабрики, землю и прочую собственность. Вчерашние фарцовщики, комсомольские активисты, младшие и даже иногда старшие научные сотрудники, партийные функционеры средней руки в одночасье стали обладателями несметных богатств. Для десятков миллионов людей переход от одной общественно-экономической формации к другой стал настоящим шоком, трагедией. В 1917 г. страна отказалась от капитализма в пользу социализма, ну а в 90-х гг. произошел обратный поворот. В настоящее время Россия встроилась в мировую структуру населения, где 1 % владеет 50 % мировых богатств, 13 % относится к среднему классу (это те, кто живет на 20—30 долл. в день), а 86 % — это беднота.

«Новую-старую» для нас общественно-экономическую формацию «капитализмом» предпочитают не называть. Нетрудно заметить, что вместо привычных некогда конструкций типа «общественно-экономическая формация», «капитализм-социализм», «общественный строй» в публичном пространстве, в учебной и научной литературе, наконец, в Конституции используется такая конструкция, как «конституционный строй». Причем этот эвфемизм практически каждый автор наполняет своим

⁵ Конституция 1993 года. Была ли альтернатива? : материалы круглого стола. Гайдаровский форум — 2019. М. : ИЗИСП при Правительстве РФ; РАНХиГС при Президенте РФ, 2020. С. 5.

содержанием, накручивая словесные обороты вокруг формы правления, политического режима, законности, прав человека и т.д. При этом малопонятной формуле придаются элементы сакральности, метафизичности, святости, связывая ее с «конституционными ценностями», «конституционным патриотизмом», «конституционной верностью» (!?). Именно так, а не «верность конституции». Просто дух захватывает. Осталось только ввести в «научный оборот» «конституционное прелюбодеяние» или банальную «конституционную неверность». Все это отдает псевдонаучностью с оттенками пошлости. Однако броские фразы всегда имели значение. Наполеону много чего приписывают, в том числе и это: «Что сделало революцию? Честолюбие. Что положило ей конец? Тоже честолюбие. И каким прекрасным предлогом дурачить толпу была для нас всех свобода!»⁶.

В настоящее время мы наблюдаем атаку на теоретические знания. Точнее, на теоретические знания для большинства. Нет никакой необходимости вооружать людей «лишними знаниями», если от них требуется исполнение, а не сомнения и рассуждения. Как подчеркивают авторы одной из книг, «в межеумочном состоянии общества в России и есть подспудная причина поразительной живучести ельцинизма во всем его безобразии и никчемности»⁷.

Человек-функция никогда не поднимется до осознания общности. Индивидуализация интересов — лучшая форма для управляемой демократии, независимо от того, какой смысл в нее вкладывать. Как совершенно справедливо утверждает Ален де Бенуа, западный интеллектual левого толка, «капитализм стремится преуспеть там, где социализм проиграл: в создании “нового человека”. Однако этот новый человек уже не является ни тружеником, ни гражданином — это “продвинутый” потребитель, разделяющий с человечеством общую судьбу, входя в Интернет или приобщаясь к благам общего рынка». И еще одна глубокая мысль: «В психологическом плане люди ощущают себя все более и более лишенными власти над самими собой. Это происходит под воздействием столь быстрых процессов, столь могущественных стратегий и столь весомых ограничений, что

человек уже не в состоянии достичь уровня, на котором он может адекватно воспринимать происходящее, тем более влиять на него»⁸. А как обстояло дело раньше?

Изучение истории политических и правовых учений сразу после революции 1917 г. резко активизировалось. Можно с уверенностью сказать, что для истории политических и правовых учений советский период был просто золотым, несмотря на все идеологические передержки, и как показало время, они были вполне оправданными.

Коль скоро существует теорема «идеи правят миром», можно предположить, что борьба идей была, есть и будет. Главное — суть идеи, ее сущностные основания и практические цели. Даже такой материалист до мозга костей, как В. И. Ленин, признавал, что «история идей есть история смены и, следовательно, борьбы идей»⁹. Ему же принадлежат абсолютно справедливое утверждение: «Люди всегда были и всегда будут глупенькими жертвами обмана и самообмана в политике, пока они не научатся за любыми нравственными, религиозными, политическими, социальными фразами, заявлениями, обещаниями разыскивать интересы тех или иных классов»¹⁰.

Полагаю, что прошли те времена, когда, прежде чем сослаться на «классиков», как их величали в советские времена, необходимо было чуть ли не извиняться.

Социал-демократы, большевики, а затем коммунисты прекрасно понимали задачу, стоявшую пред ними, а именно: если не предложить массам привлекательный социальный проект, то надеяться на то, что они за ними пойдут, бессмысленно. Нидерландская революция, имевшая место в конце XV в., не имела сколько-нибудь серьезного значения для истории, даже европейской. Английская буржуазная революция, имевшая своим основанием религиозные корни, как известно, породила капитализм, который пришел на смену феодальной общественно-экономической формации. Великая французская революция в контексте всемирно-исторического значения идей относится к событиям судьбоносного характера. Однако она проходила под воздействием довольно от-

⁶ Бунин И. А. Окаянные дни. СПб., 2018. С. 223.

⁷ Попов В., Кеза Дж. Россия и Европа в сумерках капитализма. М., 2009. С. 94.

⁸ Бенуа А. де. Против либерализма. М., 2009. С. 159—160.

⁹ Ленин В. И. ПСС. Т. 25. С. 112.

¹⁰ Ленин В. И. ПСС. Т. 23. С. 47.

влеченных, в высшей степени абстрактных лозунгов: «Свобода, равенство, братство». Пафос и красота фразы помешала долгое время не замечать алогичности, даже несовместимости этих ценностей в единой связке.

Иное дело Великая Октябрьская социалистическая революция. Угнетенным, забитым, невежественным, бесправным широким народным массам, которых царский режим гнал погибать в Первую мировую войну за интересы французских и английских банков и компаний, большевиками был предложен гениальный по своей понятности план преобразований: «Землю — крестьянам, фабрики — рабочим, власть — трудящимся!» Больше ничего и не надо было простому, угнетенному человеку. Он в массе своей поверил в этот план, и даже трагедийные события Гражданской войны не помешали отступить от него.

Советский проект был очень привлекательным. Перечисление имен выдающихся интеллектуалов, которые ему симпатизировали, заняло бы много места. Некоторые, как, например, Бернард Шоу, знаменитый драматург и остролов, не только посетил СССР, но и написал внушительный труд, в котором изложил свои замечания на проект советской конституции.

Сегодня мы фактически остались без союзников. В Организации Объединенных Наций и в ЮНЕСКО наша страна практически всегда была поддерживаема большинством стран третьего мира, поскольку для них мы *являли собой страну, которая пытается построить общество, основанное на принципах социальной справедливости*, и где наиболее значимые социальные блага были абсолютно бесплатными — жилье, здравоохранение, образование. Все это финансировалось из общественных фондов потребления. Долгое время западная идеологическая машина не могла найти противоядия для дискредитации советского проекта, пока не оседлала «права человека» — доктрину, с помощью которой можно ставить великие цели и добиваться их, как, впрочем, и демонизировать своих политических оппонентов. Как только мы сменили общественно-экономическую формацию, говоря старым-новым языком, от нас многие отвернулись. Россия больше не является страной, на которую хочется быть похожей, поскольку у нас обозначились социальные проблемы такого масштаба, которых нет в странах классического капитализма. Видимо,

прав был Г. Гейне: «От идей, которые разрабатывают в тиши кабинетов, могут погибать целые цивилизации».

Когда Китай начал свои преобразования социалистического проекта, по важнейшим социально-экономическим показателям соотношение было 1 к 4. Сегодня оно практически такое же, но только в обратную сторону. Теперь уже Россия в роли догоняющего. Думаю, бесполезно. Это результат перехода к «рыночной экономике», которую у нас посчитали вселенской моделью. А ведь еще проницательный Н. Я. Данилевский писал: «Общечеловеческой цивилизации не существует и не может существовать... Всечеловеческой цивилизации, к которой можно было бы примкнуть, также не существует... Что невозможна общая теория устройства гражданских и политических обществ — это сознано давно, и мало уже таких доктринеров, которые бы думали, что, например, английское государственное устройство есть некий идеал, которого все должны стремиться достигнуть... Но один уголок общественных наук упрямо сохраняет это доктринерство — именно политическая экономия. Она думает, что всякое господствующее в ней учение есть общее для всех царств и народов...»¹¹.

Увы, доктринеры не только не исчезли, но и продолжают сохранять свои позиции. Особенно много таких доктрин в экономической и политической сферах. В силу этого правильнее всего называть соответствующую науку политической экономией, как это некогда имело место.

Любая власть ищет идеологические оправдания для собственной легитимации. Желательно это делать, опираясь на «авторитеты», коих в интеллектуальной истории человечества немало. В силу этого альтернативные или прямо противоположные социальные проекты подвергались уничижительной критике. Так вела себя и советская власть. Но что бы там сегодня ни писали и ни говорили, люди реально видели улучшения своей жизни и до определенного момента верили ей.

Политическое господство всегда опирается на какую-либо доктрину. Необходимо население постепенно превратить в народ. Народ как социально-политическая общность, если смотреть несколько упрощенно, создается двумя профессиями — историком и картографом. Историки должны доказать, что мы, т.е. народ,

¹¹ Данилевский Н. Я. Россия и Европа. М., 1991. С. 159.

самые древние и самые цивилизованные и эта земля изначально и всегда должна быть нашей, а картограф эту мифологию графически фиксирует, дабы очертить пространство политической субъектности.

История политических и правовых учений была составной частью общественных наук, роль которых в советском обществе была очень высока. Не в пример времени нынешнему. Была так называемая холодная война, ожесточенная во всех смыслах этого слова. Боролись идеи, социально-экономические системы. Именно по этой причине советскому школьнику и студенту давали много как бы «лишних» знаний. Историю политических и правовых учений изучали либо на третьем, либо на четвертом курсе. Опять же, в зависимости от вуза — один семестр или два. Любой предмет на юридическом факультете, будь то гражданское или уголовное право, теория государства и права, в любом случае содержал представления о *праве и государстве*. Познакомиться с тем, как эти институты отражались в теоретических формах в различные исторические эпохи, было делом необходимым. Тем более что государство как политический и правовой институт, точно так же, как и право, прежних эпох однозначно квалифицировали в качестве инструмента классового господства. Не без оснований. Роль общественных наук заключалась в том, что они открывают «научные законы управления обществом». Во всяком случае, так раньше было принято считать.

Учебные издания по истории политических и правовых учений формировались на основе четкой методологической позиции. Основу «подлинно научного» подхода к проблемам права и государства, власти, экономики составлял историко-материалистический подход. В соответствии с ним история государственно-организованного общества есть последовательная смена общественно-экономических формаций: первобытное общество, рабовладельческое государство и право, феодальное государство и право, буржуазное государство и право и социалистическое государство и право. Как правило, всю историю политико-правовой мысли делили на домарксистский период и, соответственно, марксистский (историко-материалистический). При этом необходимо четко понимать: идеи К. Маркса, Ф. Энгельса и то, что объединят потом одним общим названием — марксизм, далеко не одно и то же. Разумеется, взгляды В. И. Ленина квалифицировали как но-

вый этап развития марксизма, обосновав такую идеологическую платформу, как «марксизм-ленинизм».

Периодизация и подходы к изложению истории политических и правовых учений не входят в проблематику настоящей статьи. Это отдельный вопрос. Тем не менее идеологические предпочтения преобладали. Особым расположением пользовались авторы социалистической ориентации. Те, кто явных симпатий социалистическим идеям не выказывал, но и не критиковал их, именовались «прогрессивными». Особенно если они критиковали современный им общественно-экономический строй.

Особняком изучались идеи чуждых социалистическому проекту мыслителей. Они проходили по жанру «К критике буржуазных...», нередко «реакционных», «...идей». Разумеется, о переводах трудов соответствующих авторов не могло быть и речи, точно так же, как и об изданиях на языке оригинала. Однако даже в этих критических обзорах вдумчивый читатель находил много полезного. Тем более что советские авторы, иногда прибегая к «эзоповому» языку, стремились донести заслуживающие внимания те или иные идеи. Даже книги дореволюционных авторов, нередко вполне безобидные, располагались в так называемом «спецхране», доступ к которому оформлялся специальным разрешением.

Разумеется, не оставались без внимания прогрессивные мыслители тех народов, которые затем вошли в состав СССР. Всякие обличители крепостного права, эксплуатации, царизма во всех его проявлениях, предводители народных восстаний причислялись к борцам за светлое будущее. Иногда это давало повод для иронии. Например, писали работы о политико-правовых взглядах С. Разина, Е. Пугачева и других бунтарей. Ни в коем случае не осуждая их деятельность, в то же время хотелось бы поделиться сомнениями относительно теоретического багажа этих героев нашей истории. Поистине гениальное произведение А. С. Пушкина «Капитанская дочка» рисует нам образ в чем-то симпатичного, однако абсолютно невежественного мужика — Емельки Пугачева. Какие уж тут теории?

В учебниках и монографиях советского периода большое внимание уделялось народникам, революционным демократам, народолюбцам, разночинной интеллигенции. Вокруг декабристов сформировалась целая библиография. То

есть все те, кто расшатывал царскую Россию, автоматически причислялись к людям «передовых взглядов». С монархической Россией боролись не только с помощью идей. Известна фраза Ивана Каляева: «Эсер без бомбы — не эсер». Как следует из книги Анны Гейфман, «...с 1860-х до приблизительно 1900-х на счету террористов было не более 100 жертв»¹².

С конца XIX в. и до 1917 г. Россия превратилась в одно из самых опасных государств мира в части угрозы терроризма. Современную Россию даже отдаленно нельзя сравнивать в этой части с дореволюционной, в которой в вышеобозначенный период совершалось по всей империи до нескольких десятков политических убийств в день. Все антиправительственные силы поначалу были объединены в созданную в 1893 г. Партию народного права, которую полиция разгромила через год. Первое политическое убийство в XX в. произошло 4 февраля 1901 г., когда незадолго до этого исключенный из университета Петр Карпович убил считавшегося консервативным министра образования Н. П. Боголепова.

Судебные процессы над террористами привлекали внимание широкой публики, особенно либерально настроенной, которая, как правило, сочувственно относилась к политическим преступникам, видя в них борцов с ненавистным режимом. Увы, такое было время, оно описано в одной из книг известного судебного деятеля А. Ф. Кони «Дело Веры Засулич» — первой русской террористки. Во введении автор призывает читателя «...стать на точку зрения людей того времени»¹³.

Плохо скрываемое сочувствие к политическим преступникам наблюдалось у значительной части судебных деятелей, прокуроров, которые были нетерпимы к уголовным преступлениям, однако проявляли нередко «слабость» к иным противоправным деяниям. Это лицемерие было заметно, и наиболее остро на него отреагировал Ф. М. Достоевский, взвалив вину преимущественно на адвокатов: «Мне кажется, что избежать фальши и сохранить честность и совесть адвокату так же трудно, вообще говоря, как и всякому человеку достигнуть райского состояния»¹⁴.

Такое совсем не объективное отношение юридической общественности к проявлениям

насильственной смены государственного строя в советский период никоим образом, естественно, не осуждалось. По факту жизнь забулдыги, убитого в пьяной драке в каком-нибудь трактире, стоила гораздо больше, чем ликвидация полицейского или жандармского чина. Таковы были реалии.

В советский период особенно тщательно изучали работы классиков марксизма-ленинизма. По собственному опыту могу сказать, что по различным дисциплинам, таким как философия, политическая экономия, теория государства и права, научный коммунизм, история КПСС, приходилось конспектировать нередко одни и те же работы К. Маркса, Ф. Энгельса, В. И. Ленина, только разные страницы. Наличие конспектов было условием для допуска к зачетам и экзаменам. Кстати сказать, совсем бесполезной эту работу признать нельзя, как и всякую учебу. Приобретались навыки работы с первоисточниками, основополагающие идеи прочно обосновывались в памяти. Сегодня такими умениями-навыками современные студенты не обладают. Находят в сети Интернет и других источниках информацию, зачитывают и на этом все заканчивается. Даже нельзя сказать, что они ее забыли. Они и не помнили ничего. Какие уж тут знания.

В советский период было подготовлено много монографических исследований, посвященных идеям социально близких авторов: А. Н. Радищева, М. М. Сперанского, П. Я. Чаадаева, В. С. Белинского, Н. А. Добролюбова, Н. Г. Чернышевского, А. И. Герцена, М. А. Бакунина.

«Русская идея», выраженная в трудах А. Коселева, братьев Аксаковых, А. Хомякова, И. Киреевского, Ю. Самарина, оценивалась скорее критически. На них навесили ярлык ретроградов, певцов отживающей, патриархальной, общинной России. В учебнике «История политических и правовых учений» под редакцией В. С. Нерсесянца (М. : Юрид. лит., 1988) их идеям вообще не нашлось места.

Более благосклонно советская власть относилась к так называемым западникам: П. В. Анненкову, И. В. Вернадскому, Т. Н. Грановскому, К. Д. Кавелину, Б. Н. Чичерину.

В конце 1980-х гг., когда Советский Союз доживал свои последние дни, на XIX Всесоюзной партийной конференции было снято табу

¹² Гейфман А. Революционный террор в России, 1894—1917. М., 1997. С. 13.

¹³ Кони А. Ф. Дело Веры Засулич. М., 2015. С. 6.

¹⁴ Достоевский Ф. М. Дневник писателя. СПб., 2005. С. 61.

с идеи правового государства. Фактически было объявлено, что правовое государство не выдумка буржуазных идеологов, призванная замаскировать власть капитала разделением властей и правами человека, оно вполне может быть и социалистическим.

На этой волне наблюдается всплеск интереса к правовому, затем социальному государству, демократии, народовластию, разделению властей, правам человека, рыночной экономике. Были сняты все ограничения и запреты. Было подготовлено и защищено большое количество диссертаций по данным проблемам. Особый интерес был проявлен к дореволюционному теоретическому наследию со стороны юристов, историков, политологов, социологов, философов. Научные работы готовились в разных стилях: хронологическом, проблемном, портретном, охватывая онтологические, гносеологические, аксиологические и праксиологические аспекты.

Огромный интерес проявился и к работам западных авторов: В. Зомбарта, М. Вебера, О. Эрлиха, Ж. Гурвича, П. А. Сорокина (два последних наши соотечественники), К. Шмитта, Н. Лумана, М. Фуко, Р. Дарендорфа, Ж. Бодрийяра, П. Бурдьё, Ю. Эволи, К. Ясперса и многих других.

Заметным событием стало издание антологии мировой политической мысли в 5 томах и антологии мировой правовой мысли в 5 томах (М., 1995, 1997).

В настоящее время нет проблем с источниками. Выпускается много книг, особенно зарубежных авторов. Например, «Европейская интеллектуальная история от Руссо до Ницше» Фрэнка М. Тернера (М., 2016); «Истоки современной политической мысли» (т. 1 «Эпоха Ренессанса», Т. 2 «Эпоха Реформации») Квентина Скиннера (М., 2018).

Одно удручает. Интересует эта литература только узкий круг специалистов. В российских университетах и академиях истории политической и правовой мысли уделяется несколько часов, то есть тому, что является объектом изучения вообще, — праву. Лекционный курс в магистратуре по истории политических и правовых учений составляет всего 2 часа (!?).

И наконец, об изменениях в Конституции Российской Федерации. Всего изменениям подвергнутся 22 статьи Конституции РФ, из них 7 предложены в новой редакции. На данный момент придется переработать 34 закона и подготовить новый — «О Государственном совете Российской Федерации». Президент

инициировал в общей сложности 40 поправок. Сколько их будет на финише, сказать сложно. *Главное состоит в том, что Россия остается президентской республикой, что является оправданным со всех точек зрения (геополитических, географических, исторических, ментальных и пр.).* Из всех институтов государства более всего усилены полномочия Президента, который в соответствии со ст. 80 Конституции РФ является главой государства, гарантом Конституции РФ, прав и свобод человека и гражданина. Президент РФ принимает меры по охране суверенитета Российской Федерации, ее независимости и территориальной целостности. Объявленный курс на обеспечение государственного суверенитета и приоритета национального права над международным (если только Россия не заключила международные договоры и не ратифицировала их) следует признать правильным. Есть на этот счет опыт ФРГ, где Конституционный суд своим решением утвердил приоритет национального законодательства над решениями ЕСПЧ. Первый шаг в этом направлении сделан Конституционным Судом РФ еще в 2015 г.

Однако здесь возникает проблема личностных качеств Президента РФ. Кстати сказать, на заре формирования политической и правовой мысли главное внимание уделялось «грозе», т.е. княжеской власти и качествам правителя (князя). Огромная власть может оказаться у того, кто может пренебрегать национальными интересами. У нас есть печальный опыт 90-х. Что тогда? Открытая политическая система делает возможными смену власти, политического курса, всякие цветные революции (первый опыт — Франция 1968 г., когда США использовали студентов для устранения ненавистного им генерала де Голля, убежденного противника атлантистов). Есть примеры и на постсоветском пространстве.

Да, предлагаемые изменения несколько противоречат стереотипам, именно — стереотипам о демократической политической системе, но осложняют возможности влиять на нашу политику извне. Судя по нервной реакции западных СМИ и оппозиции, мечтающей вернуть милые их сердцу времена, мы идем в **нужном нам** направлении. Ну не может быть в России политической системы западного типа. Она просто противопоказана нам. Если, конечно, мы хотим оставаться самостоятельной, но в то же время открытой страной-цивилизацией.

К. Леонтьев некогда поведал, что турецкие вельможи во время его дипломатической служ-

бы нередко сетовали, что они очень опасаются могущества России, которая в военном плане непобедима. Одна надежда, что Россия когда-нибудь примет конституцию европейского типа. Это будет началом ее конца, убежденно говорили турецкие политики. Но, к сожалению, добавляли они, в России много умных людей, чтобы этого не допустить.

Таким образом, можно подвести некоторые итоги.

Россия должна стремиться не к демократии, а к идеократии, на чем настаивали глубочайшие умы России. У всех ведущих игроков и конкурирующих проектов есть прочная идеологическая основа¹⁵. Мы пока в поиске. Не стоит забывать, что шансы на успех в мировой конкуренции имеют только те страны, чье население насчитывает минимум 250 млн. Во всяком случае, на этом настаивают некоторые демографы и экономисты. В свое время Д. И. Менделеев, будучи шестнадцатым (!) ребенком в семье, выдвинул гипотезу — Россия должна располагать минимум 450-миллионным населением для того, чтобы удерживать свою территорию в хозяйственном ведении и не допустить вторжения других народов. Такая угроза есть. Демократия, и обязательно с российскими особенностями, есть только способ достижения цели, которая должна быть закреплена в национальном идеологическом проекте. В этом контексте особое значение имеет история политических и правовых учений. Это ведь не просто сумма каких-то идей, разрабатываемых «от века», но и бесценный опыт их реализации. Но, как известно, главный урок истории состоит в том, что из нее не извлекают никаких уроков.

Двадцатый век совершенно очевидно показал: *наибольшего успеха достигли только те страны, в которых была найдена удачная модель сочетания либерализма, консерватизма и социализма*. Русский народ социалист по своей природе. В России могла произойти только социалистическая революция, и никакая иначе (Н. А. Бердяев). Либерализм во всех его проявлениях есть верная гибель России. Констатируется, что либерализм изжил себя (В. В. Путин). Не берусь судить. Для кого-то он, может быть, еще представляет ценность. Но точно не для России. Он ей просто противопоказан. Либерализм — идеология буржуазии, ее политическая

платформа. В России никогда не было буржуазии в том смысле, как этот класс мыслится в западной традиции: массовость, традиции, ценности, ведущая роль, политическая ответственность.

Кроме деградации тех сфер жизни общества, которыми мы традиционно гордились, одна из главных потерь — советский человек, в усредненном варианте довольно хорошо и разносторонне образованный, честный, тяготеющий к справедливости, ориентированный на общественные интересы, отзывчивый, скромный, советливый. В целом он таковым и был.

Таковым его делала в том числе и система образования. Наша страна находилась в ситуации идеологической войны и поэтому советский школьник и студент были к ней подготовлены. Учили оценивать идеологические мифологемы, политические доктрины, их истинную сущность. Сейчас-то мы в этом убедились, а тогда были падки на все запретное. История политических и правовых учений занимала свою нишу в идеологическом механизме государства. Сегодня за сознание российского человека борются кто угодно: от религиозных до политических структур. Государство и общество пока скромничают в этом смысле. Война, получившая название «гибридной», идет полным ходом. Однако важнейшие теоретические и исторические дисциплины, вроде истории политических и правовых учений, в откровенном загоне, если вещи называть своими именами. Ну и как мы можем выстоять в этой войне? «Общечеловек» не «привязан» к своей Родине. Для него хорошо там, где есть работа и приемлемая система налогообложения.

В этих условиях необходимо восстанавливать статус и место теоретических и исторических дисциплин в системе юридического образования. И не только. *В наиболее развитых странах на юридическом факультете изучают право, а в России — законодательство*. Как принято говорить, почувствуйте разницу. Не пора ли избавляться от иллюзий глобализации, общечеловеческого мифотворчества, прочих пустышек и начать исправлять ошибки?

Приближается 75-летие Великой Победы. Мы наблюдаем агрессивную, насквозь фальшивую атаку на это грандиозное событие мировой истории. На этом фоне советский проект

¹⁵ Мы живем в эпоху глобальной конкуренции четырех проектов: американского, китайского, исламского, европейского. Европейцам особенно нелегко: с одной стороны, надоело быть задним двором США; с другой стороны, остаться без американской опеки опасно.

пытаются всячески очернить, поставить знак равенства между сталинизмом и немецким фашизмом. Но это чудовищный, наглый цинизм. Кстати, первые сомнения в победе появились среди немецких аналитиков уже в конце 1941 г. Доклад, который был подготовлен Р. Геленом, одним из самых авторитетных разведчиков Третьего рейха, для германского Генштаба о советских людских ресурсах, был неутешителен. С 1942 г. молодежь составляла основу

Красной Армии, а в «идейном отношении это было самое закаленное поколение — продукт сталинской эпохи. Молодежь была верным сторонником режима»¹⁶. Иными словами, победу одержали красноармейцы в основном 20-х годов рождения. Они были воспитаны на советских ценностях и защищали советскую родину. Даже трудно себе представить, что ожидало бы страну в ситуации «идеологического многообразия».

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Бенуа А. де. Против либерализма. — М. : Амфора, 2009. — 476 с.
2. Бунин И. А. Окаянные дни. — СПб. : Азбука, 2018. — 320 с.
3. Гейфман А. Революционный террор в России, 1894—1917. — М. : Крон-Пресс, 1977. — 448 с.
4. Данилевский Н. Я. Россия и Европа. — М. : Книга, 1991. — 574 с.
5. Достоевский Ф. М. Дневник писателя. — СПб. : Азбука-классика, 2005. — 464 с.
6. Кони А. Ф. Дело Веры Засулич. — М. : Книжный клуб «Книговек», 2015. — 320 с.
7. Конституция 1993 года. Была ли альтернатива? : материалы круглого стола. Гайдаровский форум — 2019. — М. : ИЗиСП при Правительстве РФ; РАНХиГС при Президенте РФ, 2020. — 80 с.
8. Ленин В. И. ПСС. — Т. 23, 25.
9. Попов В., Кьежа Дж. Россия и Европа в сумерках капитализма. — М. : Вече, 2009. — 287 с.
10. Розанов В. В. О себе и жизни своей. — М. : Московский рабочий, 1990. — 876 с.

Материал поступил в редакцию 24 февраля 2020 г.

REFERENCES

1. Benoit A. de. Protiv liberalizma [Against liberalism]. Moscow: Amfora; 2009. (In Russ.)
2. Bunin IA. Okayannyye dni [Damned days]. Saint Petersburg: Azbuka; 2018. (In Russ.)
3. Geyfman A. Revolyutsionnyy terror v Rossii 1894—1917 [Revolutionary terror in Russia 1894-1917]. Moscow: Kron-Press; 1977. (In Russ.)
4. Danilevskiy NYa. Rossiya i Evropa [Russia and Europe]. Moscow: Kniga; 1991. (In Russ.)
5. Dostoevskiy FM. Dnevnik pisatelya [Writer's diary]. Saint Petersburg: Azbuka-klastika; 2005. (In Russ.)
6. Kony AF. Delo Very Zasulich [The case of Vera Zasulich]. Moscow: Knizhnyy klub «Knigovvek»; 2015. (In Russ.)
7. Konstitutsiya 1993 goda. Byla li alternativa? [The Constitution of 1993. Was there an alternative?]. Materialy kruglogo stola. Gaydarovskiy forum-2019 [Materials of the round table. Gaidar forum-2019]. Moscow: IZiSP under the Government of the Russian Federation; RANEPa under the President of the Russian Federation; 2020. (In Russ.)
8. Lenin VI. PSS. Vol. 23, 25. (In Russ.)
9. Popov V, Keza G. Rossiya i Evropa v sumerkakh kapitalizma [Russia and Europe in the twilight of capitalism]. Moscow: Vechе; 2009. (In Russ.)
10. Rozanov VV. O sebe i zhizni svoey [About yourself and your life]. Moscow: Moskovskiy Rabochiy; 1990. (In Russ.)

¹⁶ Макаревич Э. Ф. Заговор профессоров. От Ленина до Брежнева. М., 2017. С. 318.

DOI: 10.17803/1729-5920.2020.161.4.143-151

И. М. Рассолов*,
С. Г. Чубукова**,
И. В. Микурова***

Анализ возможного применения к регулированию отношений по поводу генетической информации институтов персональных данных, личной тайны, врачебной тайны¹

Аннотация. Предпринятый в статье анализ европейского, российского законодательства и документов международных организаций позволил сделать следующие выводы. Уникальность генетических данных определяется следующими характеристиками: эти данные относительно статичны, не развиваются сами по себе в течение жизни; они в принципе неизменны, так как невозможна модификация одновременно всех идентичных генов, присутствующих во всех клетках одного и того же организма; они могут быть инвариантны по отношению к своему носителю, выходя за рамки индивидуального носителя посредством передачи от поколения к поколению. Идентификация субъекта может быть осуществлена при помощи различных идентификаторов, характерных для физиологической, генетической, психологической, культурной или социальной идентичности субъекта, например таких биометрических данных, как изображение лица, отпечатки пальцев, радужная оболочка, венозный рисунок ладоней, генетические маркеры и «цифровые» следы.

К генетической информации можно применить по аналогии правовой режим тайны, учитывая особенности источника происхождения генетической информации и особых правил ее обработки. Вместе с тем суще-

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-14033.

© Рассолов И. М., Чубукова С. Г., Микурова И. В., 2020

* *Рассолов Илья Михайлович*, доктор юридических наук, профессор кафедры информационного права и цифровых технологий Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

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

** *Чубукова Светлана Георгиевна*, кандидат юридических наук, доцент кафедры информационного права и цифровых технологий Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
sgchubukova@msal.ru

*** *Микурова Ирина Владимировна*, кандидат юридических наук, доцент кафедры государственно-правовых и уголовно-правовых дисциплин Российского экономического университета имени Г. В. Плеханова

Стремянный пер., д. 36, г. Москва, Россия, 117997
fille-en-rouge@yandex.ru

ствующие режимы информации ограниченного доступа не учитывают особенности генетических данных. Отличие генетической информации от других охраняемых в режимах персональных данных и врачебной тайны сведений состоит в том, что в ней, кроме самого носителя информации, могут быть заинтересованы другие члены семьи — кровные родственники, супруг или супруга, что в действующем российском законодательстве не учитывается.

Необходимо введение особых механизмов правовой защиты генетической информации, которые следует закрепить в специальном законе «О генетической информации».

Ключевые слова: информация; информационное право; генетическая информация; биометрические данные; личная тайна; врачебная тайна; ДНК; геном; персональные данные; идентификация лица; частная жизнь.

Для цитирования: Рассолов И. М., Чубукова С. Г., Микурова И. В. Анализ возможного применения к регулированию отношений по поводу генетической информации институтов персональных данных, личной тайны, врачебной тайны // Lex russica. — 2020. — Т. 73. — № 4. — С. 143—151. — DOI: 10.17803/1729-5920.2020.161.4.143-151.

Analysis of Possible Application of Personal Data, Personal Secrets, and Medical Confidentiality to the Regulation of Relations Concerning Genetic Information²

Ilya M. Rassolov, Dr. Sci. (Law), Professor of the Department of Information Law and Digital Technologies, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
ilyarassolov@mail.ru

Svetlana G. Chubukova, Cand. Sci. (Law), Associate Professor of the Department of Information Law and Digital Technologies, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
sgchubukova@msal.ru

Irina V. Mikurova, Cand. Sci. (Law), Associate Professor of the Department of Criminal Law, Plekhanov Russian University of Economics
Stremyanny per., d. 36, Moscow, Russia, 117997
fille-en-rouge@yandex.ru

Abstract. The analysis of the European and Russian legislation and documents of international organizations made it possible to draw the following conclusions. The uniqueness of genetic data is determined by the following characteristics. These data are relatively static, do not develop by themselves during life. They are in principle unchanged, since it is impossible to simultaneously modify all identical genes present in all cells of the same organism. They can be invariant with respect to their carrier, going beyond the individual carrier through transmission from generation to generation. The subject can be identified using various identifiers specific to the subject's physiological, genetic, psychological, cultural, or social identity, such as biometric data such as facial image, fingerprints, iris, venous palm pattern, genetic markers, and "digital" footprints.

The legal regime of secrecy can be applied to genetic information by analogy, taking into account the specifics of the source of origin of genetic information and special rules for its processing. However, existing restricted access information regimes do not take into account the specifics of genetic data. The difference between genetic information and other personal data and medical secrecy protected in the regimes is that other family members — blood relatives or a spouse may be interested in it, in addition to the information carrier itself, which is not taken into account in the current Russian legislation.

Special mechanisms for the legal protection of genetic information should be introduced, which should be enshrined in a special law "On genetic information".

Keywords: information; information law; genetic information; biometric data; personal secret; medical confidentiality; DNA; genome; personal data; identification of a person; private life.

² The reported study was funded by RFBR according to the research project № 18-29-14033.

Cite as: Rassolov IM, Chubukova SG, Mikurova IV. Analiz vozmozhnogo primeneniya k regulirovaniyu otnosheniy po povodu geneticheskoy informatsii institutov personalnykh dannykh, lichnoy tayny, vrachebnoy tayny [Analysis of possible application of personal data, personal secrets, and medical confidentiality to the regulation of relations concerning genetic information]. *Lex russica*. 2020;73(4):143-151. DOI: 10.17803/1729-5920.2020.161.4.143-151. (In Russ., abstract in Eng.).

В предыдущих статьях мы подробно останавливались на принципах оборота генетической информации, среди которых нами отдельно выделены и рассмотрены: принцип ответственности перед будущими поколениями; принцип свободы научных исследований; принцип защиты человеческого достоинства; принцип неприкосновенности частной жизни³. В этой связи важно определить не только базовые идеи, на которых будет строиться вся система будущего массива законодательства о геноме, но и сам перечень примерных правил поведения субъектов права по обороту этой структурной информации. В этом контексте остановимся на анализе возможного применения к регулированию исследуемых отношений институтов персональных данных, личной и врачебной тайны.

С позиции гражданско-правового регулирования геномную информацию необходимо рассматривать как нематериальное благо. Согласно ст. 128 ГК РФ такие объекты, как жизнь, здоровье, семейная тайна, право на частную жизнь, а также иные нематериальные блага принадлежат человеку от рождения, непередаваемы и не отчуждаемы путем волеизъявления. Несмотря на то что информация явно не содержится в перечисленных объектах гражданских прав, защита генетической информации входит в систему мер по охране здоровья граждан, осуществляемых в целях профилактики заболеваний, сохранения и укрепления физического и психического здоровья каждого человека, поддержания его долголетней активной жизни. Конфиденциальность этих сведений может охраняться в различных правовых режимах.

Анализ показывает, что генетические данные нуждаются в особой правовой и технической защите. В настоящее время их использование строго регламентируется законодательством многих стран, будь то банки генетических данных, созданные для медицинских исследований, диагностики и терапии, или в судебной области — досье ДНК-идентификации. Однако

с внедрением новых биотехнологий, появлением «геномики больших данных» использование генетической информации становится все более распространенным, появляются новые участники этого «рынка», многочисленные посредники, а также крупные транснациональные корпорации, занимающиеся обработкой больших данных. Возникают и обостряются многие этические вопросы, которые являются новыми как для индивидов информационного общества, так и для самих государств. Риски генетических манипуляций, новая социальная дискриминация на основе генетического детерминизма, вера в «новые» или «чистые» биологические данные, которые считаются совершенными, в абсолютную генетическую истину — все эти вопросы нуждаются в научном рассмотрении с точки зрения информационного права в контексте защиты прав и свобод человека и гражданина.

Рассмотрим возможности применения к регулированию отношений по поводу генетической информации *института персональных данных*. Для этого следует более детально разобратся в соотношении понятий «персональные данные» и «генетическая информация». Анализ показывает, что по европейскому (например, Генеральный регламент о защите персональных данных (GDPR)) и российскому законодательству к персональным данным относится любая информация, касающаяся непосредственно идентифицированного физического лица (например, фамилия и имя, пол, возраст и др.). Федеральный закон от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных»⁴ определяет персональные данные как любую информацию, относящуюся к прямо или косвенно определенному или определяемому физическому лицу (ст. 3).

Подобная идентификация субъекта может быть осуществлена при помощи:

— различных идентификаторов, например номера мобильного телефона; номера банковского счета; регистрационного номера транспортного средства; номера полиса

³ Рассолов И. М., Чубукова С. Г. Внутриотраслевые принципы защиты генетической информации // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 5 (102). С. 98—110.

⁴ СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. I). Ст. 3451.

- обязательного социального страхования; IP-адреса лица;
- точных данных о местоположении субъекта: например почтовый адрес; дата; время; место; геолокационные данные со смартфона или планшета;
 - одного или нескольких элементов, характерных для физиологической, генетической, психологической, культурной или социальной идентичности субъекта (например, изображение лица; отпечатки пальцев; история болезни; «цифровые следы» и др.);
 - дополнительной информации о человеке: например, cookie-файлы, размещенные на компьютере.

Персональные данные имеют очень разнообразный характер. Они могут иметь отношение к профессиональной деятельности лица, его доходам, недвижимости, частной и семейной жизни, состоянию здоровья, описывать «цифровые следы» лица в кибернетическом пространстве, а также могут касаться вещей, которые гражданин использует или использовал. В любом случае эти данные могут и должны быть привязаны к человеку, идентифицировать его или его поведение.

В последнее время генетическим данным дано несколько законодательных определений, которые основываются на разных доктринальных подходах.

Так, Совет Европы предложил две формулировки:

- 1) это данные любого рода, связанные с наследственными характеристиками индивидуума, составляющими наследие группы лиц, связанных с ним;
- 2) это любые данные, относящиеся к обмену любой генетической информацией (генами), касающейся отдельного лица или генетической линии в отношении любого аспекта здоровья или заболевания, независимо от того, является ли это идентифицирующим признаком или нет⁵.

16 октября 2003 г. ЮНЕСКО приняла Декларацию о генетических данных человека, в которой подчеркивается, что это информация,

касающаяся наследственных характеристик отдельных лиц, полученная путем анализа нуклеиновой кислоты или другого научного анализа⁶.

В статье 4 Генерального регламента о защите персональных данных (GDPR) содержится определение, в котором учитываются последние достижения в области генетики и предусматривается разнообразие биологического происхождения, значения и метода получения генетических данных. Сюда относятся все персональные данные, касающиеся генетических характеристик, унаследованных или приобретенных от физического лица, которые предоставляют уникальную информацию о физиологии или состоянии здоровья этого физического лица и которые, в частности, являются результатом анализа биологического образца данного физического лица. В пункте 34 анализируемого Регламента указывается, что эта информация может быть получена, в частности, из анализа хромосом, дезоксирибонуклеиновой кислоты (ДНК) или рибонуклеиновой кислоты (РНК) или из анализа другого элемента для получения эквивалентной информации.

Синтез этого знания показывает, что все эти определения не должны приводить к недооценке огромного разнообразия того, что подпадает под категорию генетических данных. На самом деле, как мы считаем, это «семейство данных» одного и того же характера, поскольку все они представляют собой сведения, иногда полные, а иногда и частичные, о биологическом образце, к которому они относятся. Содержание генетических данных варьируется в зависимости от преследуемой цели, характера хранимых результатов, требуемой степени точности и методов анализа ДНК.

Так, в действующем европейском законодательстве уточняется, что образцы биологических материалов человека состоят из тканей и клеток, полученных из организма человека и их производных, органов, крови, ее компонентов и продуктов переработки. Они могут быть получены из образца человеческой ткани, взятого для исследовательских целей у человека, или из определенного места (например, с места пре-

⁵ Рекомендация R (97) 5 от 13 февраля 1997 г. о защите медицинских данных (Recommendation No. R (97) 5 on the Protection of Medical Data. Feb. 13, 1997) // URL: <http://humanrts.umn.edu/instree/coerecr97-5.html> (дата обращения: 15.05.2019).

⁶ Международная декларация о генетических данных человека. Принята резолюцией Генеральной конференции ЮНЕСКО по докладу Комиссии III на 20-м пленарном заседании 16 октября 2003 г. // URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/genome_dec.shtml (дата обращения: 15.02.2019).

ступления). В ходе их анализа может быть выявлен большой объем конфиденциальных данных о человеке, особенно о состоянии его здоровья, поскольку они содержат большой объем сведений, включая генетическое наследие, предрасположенность. Такие сведения носят исключительно приватный характер. Поэтому важна их связь с личностью и защитой ее личной тайны.

Например, на сегодняшний день можно выделить пять типов генетического анализа, который позволит получить более или менее полное представление о первоначальном биологическом образце. Но можно отметить, что на данном этапе развития технологий генетическая информация сама по себе не идентифицирует человека напрямую. Как и в случае любого идентификатора, который необязательно связан с идентификацией субъекта данных в официальном документе или в справочной базе данных, необходимо связать генетическую информацию с другими категориями сведений, например с данными реестра записей актов гражданского состояния, чтобы иметь возможность идентифицировать лицо, к которому эта информация относится. Эта работа будет весьма сложной. Хотя в будущем можно прогнозировать появление «всеобъемлющего» досье, которое могло бы содержать генетические «отпечатки» всего населения страны.

Действительно, генетическая информация всегда ассоциируется с другими данными, прямо или косвенно связанными с первоначальными, например правовой статус индивида; адрес его регистрации; дата и место сбора данных или фенотипические признаки, т.е. данные, касающиеся соответствующего гражданина или его семьи, приобретенные в результате его индивидуального развития (например, физиология, здоровье, отношение к религии, спортивные достижения и др.).

В 1985 г. английским биологом Алеком Джеффрисом было введено понятие генетической дактилоскопии⁷. Государства быстро начали внедрять эти знания в практику. Почти неизменяемые характеристики генома объясняют, почему анализ ДНК стал чрезвычайно точным методом идентификации личности; и он выиграл от быстрого развития молекулярной биологии.

Использование «отпечатка» ДНК для идентификации человека заключается в сравнении результатов анализа неопознанного биологического образца с образцом ДНК этого человека. ДНК рассматривается как наилучший «инструмент» идентификации. Он считается наиболее надежным, хотя в действительности метод зависит от качества проведенного анализа (аналитические ошибки возможны всегда), количества и расположения маркеров, а также качества используемого биологического образца, которое, в свою очередь, зависит от условий, в которых образец отбирается, обрабатывается, готовится и хранится.

По меньшей мере 76 стран мира, включая 35 европейских стран, обладают базой данных ДНК, которая чаще всего используется для целей судебной идентификации по этому принципу. Великобритания давно является лидером в этой области, располагая наибольшим количеством профилей ДНК в национальной базе данных ДНК собственного населения⁸.

Генетические данные как личные данные заслуживают особого рассмотрения по нескольким причинам. Они касаются самого глубокого и потаенного биологического «измерения» личности — его генетического наследия. С момента появления человека разумного и вплоть до последнего времени они оставались нечитаемыми, неизвестными большинству людей нашей планеты. Во-вторых, генетические данные могут касаться и интимной жизни индивида, его болезней, патологий. Они тесно связаны с такими личными аспектами, как происхождение, родство, прошлое, настоящее и, возможно, будущее состояние здоровья.

Подобная «уникальность» генетических данных каждого человека связана с тем, что они могут выступать важным фактором для принятия решений в социуме, например при устройстве на работу, назначении на должность, выборе потенциального супруга или супруги и др. Несмотря на то что эти данные позволяют идентифицировать отдельное лицо среди миллионов других, в случае возможных отклонений они могут выступать дискриминационными основаниями и служить предметом разнообразных споров между людьми.

⁷ DNA pioneer's 'eureka' moment // URL: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/programmes/newsnight/8245312.stm> (дата обращения: 22.01.2020).

⁸ Банки генетической информации // URL: <https://scientificrussia.ru/articles/banki-geneticheskoy-informatsii> (дата обращения: 22.01.2020).

Право на уважение частной жизни побудило законодателей ряда европейских стран в 1990-х г. принять специальные законы о биоэтике и подтвердить факт того, что изучение генетических данных человека может проводиться только в целях медицинских или научных исследований и только после получения согласия гражданина. Аналогичным образом попытка идентифицировать лицо по «генетическим следам» может осуществляться в рамках судебного разбирательства или в медицинских, научно-исследовательских целях (в последнем случае с согласия соответствующего лица). Таким образом, здесь требуется ясно выраженное дозволение лица на обработку его генетической информации.

В 2008 г. Европейский Суд по правам человека подтвердил, что «профили ДНК и образцы клеток представляют собой <...> персональные данные по смыслу Конвенции о защите данных, поскольку они относятся к идентифицированным или поддающимся идентификации лицам»⁹.

Особенностью данных человеческого организма также является то, что они могут быть легко собраны третьими лицами без ведома носителя. ДНК не исключение из этого правила. Любой человек оставляет вокруг себя, порой не подозревая, бытовые следы (например, волосы), из которых можно извлечь ДНК и которые можно использовать для его идентификации.

Итак, синтез анализируемого нами знания подтверждает тот факт, что генетическая информация является структурной, «связанной», неподвижной. Она является результатом определенной «биологической реальности», существует во времени и в пространстве и, следовательно, должна оставаться «истинной» на протяжении всей жизни человека; он не может освободиться от нее.

Уникальность комбинации генетических данных традиционно определяется на основе базовых характеристик, которые позволяют описать исходный контекст:

- во-первых, эти данные относительно статичны, не развиваются сами по себе в течение жизни;
- во-вторых, они в принципе неизменны: мы не можем добиться успеха в модификации одновременно всех идентичных генов, при-

сутствующих во всех клетках одного и того же организма;

- в-третьих, они могут быть инвариантны по отношению к своему носителю, отчасти выходя за рамки индивидуального носителя посредством передачи от поколения к поколению.

Эти наши суждения могут быть отчасти дополнены выводами Рабочей группы по защите данных Европейского центра по защите данных. В своем докладе группа заявила о том, что «генетическая информация зачастую неизвестна самому носителю и не зависит от его индивидуальной воли, поскольку генетические данные не поддаются изменению»¹⁰.

Эти особенности существенно отличают режим защиты генетической информации от правового режима защиты личной тайны.

Вместе с тем последнее положение, по нашему мнению, нуждается в уточнении, принимая во внимание научный прогресс в области генной инженерии в последнее время благодаря новым технологиям.

Если верно, что ген редко подвергается изменениям в течение жизни человека, то только потому, что существует большое количество защитных механизмов, призванных гарантировать стабильность генома. Однако мутации могут происходить, как правило, случайно, в результате ошибок в копии ДНК во время деления клеток. Кроме того, если генетическое наследие, присутствующее во всех клетках индивидуума, при нынешнем состоянии знаний не может быть изменено одновременно, даже если оно ограничено несколькими весьма специфическими областями генома, время от времени появляется техническая возможность изменять определенные гены в пределах отдельных клеток. Такова цель генной терапии, которая заключается в введении генов в четко определенную больную ткань организма.

С другой стороны, если оставить в стороне модификации зародышевых клеток, которые могут привести к зачатию генетически модифицированных людей и потому запрещены в нашей стране, остается невозможным модифицировать все копии одного и того же гена в отдельности.

В лучшем случае в рамках своего генетического наследия можно сосуществовать с новыми генами, полученными в результате генной

⁹ CEDH, 4 décembre 2008, S. et Marper c. Royaume-Uni, req. no 30562/04 et 30566/04.

¹⁰ G29, Document de travail sur les données génétiques, 17 mars 2004.

терапии; с генами, которые должны были быть модифицированы и которые в любом случае должны оставаться в гораздо большей пропорции. Масштабные генетические модификации, которые практикуются на животных, до сих пор ни разу не обеспечивали жизнеспособность объекта, особенно из-за слишком большого количества нежелательных побочных мутаций, которые возникают в результате этих операций. Таким образом, говоря о «наследственных или приобретенных генетических данных», Генеральный регламент о защите персональных данных учитывает как ход генной терапии, так и существование генетических элементов, связанных с непреднамеренной мутацией, независимо от того, происходит ли она в репродуктивных клетках или на эмбриональной стадии развития. В этих случаях необходимо говорить лишь о некоторых «приобретенных характеристиках», поскольку ни один из родителей не имел их изначально.

Наконец, важным является вопрос о соотношении режима защиты генетической информации с *врачебной тайной*.

Правовые основы врачебной тайны закреплены в Федеральном законе от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»¹¹. Соблюдение врачебной тайны названо в качестве одного из основных принципов охраны здоровья граждан. Под врачебной тайной понимаются сведения о факте обращения гражданина за оказанием медицинской помощи, о состоянии его здоровья и диагнозе, иные сведения, полученные при его медицинском обследовании и лечении.

Эти сведения могут быть предоставлены другим гражданам, в том числе должностным лицам, в интересах обследования и лечения пациента, для проведения научных исследований, публикации в научной литературе, использования в учебном процессе только с согласия пациента или его законного представителя.

Анализ российского законодательства показывает, что понятие врачебной тайны включает и обеспечение конфиденциальности геномной информации.

Федеральный закон «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» устанавливает, что сведения, составляющие врачебную тайну, могут быть предоставлены

другим гражданам, в том числе должностным лицам, в целях медицинского обследования и лечения пациента, проведения научных исследований, их опубликования в научных изданиях, использования в учебном процессе и в иных целях, исключительно с письменного согласия гражданина или его законного представителя, а также в специально оговоренных в федеральном законодательстве случаях (ст. 13).

Отличие генетической информации от других охраняемых в режиме врачебной тайны сведений состоит в том, что в ней могут быть заинтересованы другие члены семьи — кровные родственники, а также супруг или супруга, что в действующем российском законодательстве не учитывается.

Информирование других лиц, в том числе и родственников пациента, участвующего в генетическом обследовании, запрещается без его согласия.

Предоставление информации лицу, вступающему в брак, урегулировано Семейным кодексом РФ. Этот закон предусматривает исключительно добровольный характер консультирования по медико-генетическим вопросам лиц, вступающих в брак. Результаты обследования лица, вступающего в брак, составляют врачебную тайну и могут быть сообщены лицу, с которым оно намерено заключить брак, только с согласия лица, прошедшего обследование (ст. 15 СК РФ).

На сегодняшний день это один из наиболее дискуссионных вопросов использования генетических данных, поскольку результат генетического тестирования имеет большое значение для родственников обследуемого, особенно если речь идет об обнаруженной патологии. С другой стороны, выявление у обследуемого мутации, которая с большой вероятностью может присутствовать у его кровных родственников, фактически влечет установление их генетического статуса без их согласия¹². В такой ситуации перед медиком возникает этическая дилемма — сохранить конфиденциальность генетических данных пациента или предотвратить серьезный вред для членов его семьи. Поэтому представляется совершенно необходимым утверждение специального правового режима для исследуемого вида информации, получаемой в ходе генетического обследо-

¹¹ СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6724.

¹² WHO. Genomics and World Health. Report of a WHO scientific Group. HLB:QZ 50. 2002. 125 p.

ния, и обеспечения особого порядка ее использования для блага и интересов не только обследованного, но и всех членов его семьи.

То, что биолог или медицинский работник может на законных основаниях делать с генетической информацией, различается в разных странах. Экспертное сообщество призывает изменить законодательное регулирование в данном контексте так, чтобы, во-первых, сохранять конфиденциальность данных пациента, а, во-вторых, предупреждать третьи стороны о предотвращении причинения вреда¹³.

Кроме того, специалист может попытаться предупредить родственников, которые подвергаются высокому риску причинения серьезного вреда, даже вопреки желанию человека, при условии, что:

- все попытки убедить человека раскрыть информацию добровольно потерпели неудачу;
- существует высокая вероятность причинения вреда родственникам (в том числе будущим детям), если информация не разглашается, и имеются доказательства того, что эта информация может быть использована для предотвращения вреда;
- предотвращенный вред будет серьезным;
- будет раскрыта только генетическая информация, имеющая непосредственное отношение к медицинскому состоянию родственников. Другая информация, имеющая отношение к медицинским манипуляциям, должна оставаться конфиденциальной.

При этом специалисты должны быть обязаны раскрывать информацию о собственных генетических рисках родственников, если те обратятся за ней. Запрашивая информацию о себе, родственники становятся пациентами.

Мы полагаем, что специалисты не должны раскрывать такую информацию родственникам, которые ее не спрашивают. В этом суть принципа преобладающей конфиденциальности, который должен быть закреплён юридически.

Решение о нарушении конфиденциальности и раскрытии информации родственникам, по мнению экспертов ВОЗ, должен принимать не один специалист, а национальные комитеты по этике. Включение в эту работу в качестве посредника комитета по этике может быть эффективным решением, особенно если генетик сталкивается с проблемой, когда необходимо еще одно мнение по данному вопросу.

Итак, предпринятый анализ показывает, что, во-первых, генетическая информация является структурной, «связанной», неподвижной. К ней можно применить по аналогии правовой режим тайны, учитывая особенности источника происхождения генетической информации и особые правила ее обработки. Вместе с тем существующие режимы информации ограниченного доступа не учитывают особенности генетических данных.

Во-вторых, отличие генетической информации от других охраняемых в режимах персональных данных и врачебной тайны сведений состоит в том, что в ней, кроме самого носителя информации, могут быть заинтересованы другие члены семьи — кровные родственники, супруг или супруга, что в действующем российском законодательстве не учитывается.

В-третьих, предыдущий вывод предполагает введение особых механизмов правовой защиты геномной информации, которые следует закрепить в специальном законе «О генетической информации».

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Ижевская В. Л. Этические и правовые аспекты генетического тестирования и скрининга // Биоэтика и гуманитарная экспертиза. — 2007. — № 1.
2. Рассолов И. М. Информационное право : учебник и практикум для академического бакалавриата. — М. : Юрайт, 2019. — 347 с.
3. Рассолов И. М., Чубукова С. Г. Внутриотраслевые принципы защиты генетической информации // Актуальные проблемы российского права. — 2019. — № 5 (102). — С. 98—110.

Материал поступил в редакцию 3 февраля 2020 г.

¹³ Ижевская В. Л. Этические и правовые аспекты генетического тестирования и скрининга // Биоэтика и гуманитарная экспертиза. 2007. № 1.

REFERENCES

1. Izhevskaya VL. Eticheskie i pravovye aspekty geneticheskogo testirovaniya i skrininga [Ethical and legal aspects of genetic testing and screening]. *Bioetika i gumanitarnaya ekspertiza*. 2007;1. (In Russ.)
2. Rassolov IM. Informatsionnoe pravo: uchebnik i praktikum dlya akademicheskogo bakalavriata [Information law: A textbook and workshop for academic undergraduate studies]. Moscow: Yurayt, 2019. (In Russ.)
3. Rassolov IM, Chubukova SG. Vnutriotraslevye printsipy zashchity geneticheskoy informatsii [Intra-industry principles for protecting genetic information]. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava*. 2019;5(102):98-110. (In Russ.)

О правовой природе договора о добровольческой (волонтерской) деятельности: сравнительно-правовой анализ

Аннотация. Сегодня правовая природа договора о добровольческой (волонтерской) деятельности в России определена законодателем в виде диапазона от гражданско-правового до комплексного договора, но объем и пределы инкорпорирования смежного законодательства остаются открытыми, что вызывает правовую неопределенность, поэтому представляется целесообразным анализ зарубежных моделей регулирования добровольческой (волонтерской) деятельности.

В основе двух рассматриваемых зарубежных моделей регулирования добровольческих (волонтерских) отношений посредством соглашений лежат разные идеи. Немецкое право возводит добровольческую деятельность в ранг службы (альтернатива гражданской службы) и скрупулезно закрепляет все вопросы добровольческой службы в законе, устанавливая в качестве приоритета ответственность добровольца, социальную значимость добровольческой деятельности, прибегая к нормам административного и трудового законодательства, позволяющим не только обременить добровольца, но и защитить его. Английская же модель демонстрирует пример либерального подхода, она направлена на максимальное размежевание по предмету с трудовым договором (контрактом), вместе с тем соглашение не переводится и в гражданско-правовую область, оставаясь моральным обязательством вне правового поля; во главе угла здесь стоит свобода волеизъявления волонтеров, что в первую очередь предусматривает возможность волонтера в любой момент отказаться от выполняемых функций.

В России отношения добровольца и организации оформляются гражданско-правовым либо комплексным договором о добровольческой (волонтерской) деятельности (моно- или полиотраслевым). Выбор в пользу полиотраслевого комплексного договора обусловлен в том числе высокой квалификацией помощи добровольца (волонтера). Следует исходить из закрытого перечня вопросов, которые могут/должны переключаться из трудового права в договор о добровольческой (волонтерской) деятельности; эти вопросы целесообразно было бы закрепить в законе, например ограничения, связанные с занятием трудовой деятельностью в определенных сферах, положения о защите персональных данных.

Ключевые слова: правовая природа; договор о добровольческой (волонтерской) деятельности; договор о волонтерате; соглашение о добровольческой службе; соглашение с волонтером; гражданско-правовой договор; комплексный договор; моноотраслевой комплексный договор; полиотраслевой комплексный договор; модель правового регулирования; инкорпорирование смежного законодательства.

Для цитирования: Блинова Ю. В. О правовой природе договора о добровольческой (волонтерской) деятельности: сравнительно-правовой анализ // Lex russica. — 2020. — Т. 73. — № 4. — С. 152—164. — DOI: 10.17803/1729-5920.2020.161.4.152-164.

© Блинова Ю. В., 2020

* Блинова Юлия Викторовна, кандидат филологических наук, доцент, доцент кафедры гражданского права Алтайского государственного университета
Социалистический пр-т, д. 68, г. Барнаул, Россия, 656049
jblinova@yandex.ru

On the Legal Nature of the Contract on Voluntary (Volunteer) Activity: Comparative Legal Analysis

Yuliya V. Blinova, Cand. Sci. (Philology), Docent, Associate Professor of the Department of Civil Law, Altai State University
Sotsialisticheskii pr., d. 68, Barnaul, Russia, 656049
jblinova@yandex.ru

Abstract. Today, legislators define the legal nature of the contract on voluntary (volunteer) activity in Russia in the form ranging from civil law to a complex contract, but the scope and limits of incorporation of related legislation remain open, which causes legal uncertainty, so it seems appropriate to analyze foreign models of regulation of voluntary (volunteer) activities.

The two foreign models of regulation of volunteer relations through agreements are based on different ideas. German law elevates voluntary activity to the rank of service (alternative to civil service) and scrupulously fixes all issues of voluntary service in the law, setting the responsibility of the volunteer as a priority. The social significance of voluntary activity, resorting to the norms of administrative and labor legislation makes it possible not only to burden the volunteer, but also to protect him. The English model shows an example of a liberal approach, it is aimed at maximum separation of the subject from the employment agreement (contract). However, the agreement does not become part of the civil law field, remaining a moral obligation outside the legal field. The main point here is the freedom of expression of volunteers, which primarily provides for the possibility of a volunteer at any time to refuse to perform the functions.

In Russia, the relationship between a volunteer and an organization is formed by a civil law or complex agreement on voluntary (volunteer) activities (mono — or multi-industry). The choice in favor of a multi-industry complex agreement is due to the high qualification of the volunteer's assistance. It is necessary to proceed from a closed list of issues that can / should migrate from labor law to a contract on voluntary (volunteer) activity; these issues should be enshrined in the law, for example, restrictions related to employment in certain areas, provisions on the protection of personal data.

Keywords: legal nature; contract on voluntary (volunteer) activity; contract on volunteerism; agreement on voluntary service; agreement with a volunteer; civil law contract; complex contract; single-industry complex contract; multi-industry complex contract; model of legal regulation; incorporation of related legislation.

Cite as: Blinova YuV. O pravovoy prirode dogovora o dobrovolcheskoy (volonterskoy) deyatel'nosti: sravnitel'no-pravovoy analiz [On the legal Nature of the contract on voluntary (volunteer) activity: Comparative legal analysis]. *Lex russica*. 2020;73(4):152-164. DOI: 10.17803/1729-5920.2020.161.4.152-164. (In Russ., abstract in Eng.).

Вопрос правового регулирования добровольческой (волонтерской) деятельности в России в очередной раз привлекает большое внимание общества и государства, свидетельством чему выступает, например, установление Президентом РФ с 2017 г. Дня добровольца (волонтера) и объявление 2018 г. Годом добровольца (волонтера) в России¹. Не подлежит оспариванию факт, что добровольцы (волонтеры) и добровольческая (волонтерская) деятельность как реалии появились не сегодня, добровольческая (волонтерская) деятельность в разных формах присутствовала и в более ранние периоды российской государственности, достаточно вспомнить работы во славу Божию в монастырях на

Руси, Императорское человеколюбивое общество в дореволюционной России или советские субботники. Но сегодня, в условиях усиливающейся изоляции России на международном уровне, российское общество нуждается в консолидирующих мероприятиях, роль которых может выполнить добровольчество (волонтерство).

Не так давно в Российской Федерации был принят Федеральный закон от 5 февраля 2018 г. № 15-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам добровольчества (волонтерства)»², вступивший в силу 1 мая 2018 г. Среди прочего, Закон уравнивал понятия добровольца и волон-

¹ См.: Указ Президента РФ от 27 ноября 2017 г. № 572 «О Дне добровольца (волонтера)» // СЗ РФ. 2017. № 49. Ст. 7442; Указ Президента РФ от 6 декабря 2017 г. № 583 «О проведении в Российской Федерации Года добровольца (волонтера)» // СЗ РФ. 2017. № 50 (ч. III). Ст. 7598.

² СЗ РФ. 2018. № 7. Ст. 975.

тера³; только в отношениях, где стороной выступают религиозные организации, поименовал гражданско-правовой договор, закрепил его существенные условия (ст. 3); для остальных сфер применения добровольческой (волонтерской) деятельности законодатель оставляет свободу усмотрения, называя в качестве существенно-го условия только его предмет (ст. 1). Законодатель оставляет диапазон для квалификации правовой природы договора, а вместе с тем и иных существенных условий, от гражданско-правового до комплексного, вследствие чего представляется целесообразным проанализировать зарубежные модели регулирования добровольческой (волонтерской) деятельности и сформировать рекомендации для оптимального законодательного регулирования в РФ.

Актуальные исследования российских ученых по вопросу правовой природы договора о добровольческой (волонтерской) деятельно-

сти демонстрируют потенциальные варианты категоризации: отнесение данного договора к трудовым, гражданско-правовым либо комплексным договорам. Так, по мнению авторов-составителей учебно-методического пособия «Основы волонтерской деятельности» Е. Г. Чумака, Е. Р. Комлевой, М. И. Пономаревой, «волонтерский договор — это соглашение между работником и организацией, по которому работник добровольно и безвозмездно берет на себя обязательства выполнить работу по определенной специальности или должности, с подчинением внутреннему трудовому распорядку, а организация обязуется обеспечить условия труда, аналогичные предусмотренным законодательством о труде, коллективным договором, соглашением сторон»⁴. Вместе с тем наиболее распространенным вариантом, разделяемым как отечественной доктриной⁵, так и законодателем⁶, выступает отнесение добровольческой

³ Следует приветствовать состоявшееся совершенствование понятийного аппарата, поскольку законодатель ориентировался на этимологию и значение этих слов в русском языке. Так, согласно данным этимологических и толковых словарей русского языка XIX—XXI вв. и волонтер, и доброволец первично связывались с военной сферой. Со временем происходит расширение значений слов, и они уже используются для номинации лица, которое без принуждения берет на себя какую-либо работу, обязательство. Следовательно, можно говорить об абсолютной синонимии этих слов в русском языке, которые параллельно сосуществуют в языке с той лишь разницей, что волонтер является французским заимствованием (*volontaire*) в Петровскую эпоху (1706 г.) с латинскими корнями (*voluntarius*) (во французском языке с XIV в.), в то время как доброволец его русский синоним. Латинское *voluntarius* в субстантивированном значении «волонтер, доброволец — о солдатах» употребляется уже Цезарем (см.: *Этимологический словарь русского языка* / под рук. и ред. Н. М. Шанского. М., 1968. С. 151 ; *Фасмер М. Этимологический словарь русского языка*. М., 2004. Т. 1. С. 342 ; *Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского языка*. М., 2002. Т. 1. С. 244 ; *Ефремова Т. Ф. Новый словарь русского языка. Толково-словообразовательный*. М., 2001. Т. 1. С. 205, 393). Аналогичным образом *volontaire* проникает в английский язык, но последний не имеет и не создает отечественного субститута (Online Etymology Dictionary // URL: <https://www.etymonline.com/search?q=volunteer> (дата обращения: 28.09.2019)). Что касается немецкого языка, то не обходится без заимствования и там, первоначально родное и заимствованное слова сосуществуют, но в дальнейшем происходит дифференциация их значений (Duden. *Deutsches Universalwörterbuch*. Mannheim, Leipzig, Wien, Zürich, 2001. S. 574, 1746).

⁴ Основы волонтерской деятельности : учеб.-метод. пособие / авт.-сост. Е. Г. Чумак, Е. Р. Комлева, М. И. Пономарева. Сургут, 2016. С. 22—23.

⁵ *Жаворонков Р. Н. Гражданско-правовое регулирование добровольческой и благотворительной деятельности в Российской Федерации* : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. 24 с. ; *Надолинская О. С. Актуальные проблемы правового регулирования добровольческой (волонтерской) деятельности в Российской Федерации* // Известия Сочинского государственного университета. 2015. № 3-1. С. 37—41 ; *Трохина А. В. Проблемы регулирования волонтерской занятости в России (налоговый аспект)* // Налоги и налогообложение. 2012. № 9—10. С. 49—54 ; *Лукьянов В. Правовые основы добровольческой деятельности в Российской Федерации* : лекция к вебинару 24 марта 2014 г. // URL: http://www.kdobru.ru/netcat_files/userfiles/VDSP/Pravovyye%20osnovy%20DD%20v%20RF_LukyanovV.A..pdf (дата обращения: 28.09.2019) ; *Черных К. В. Институт волонтерства в России : проблемы нормативного регулирования* // Вестник Нижегородской академии МВД России. 2011. № 1. С. 299—303.

⁶ Федеральный закон от 11 августа 1995 г. № 135-ФЗ «О благотворительной деятельности и благотворительных организациях» (в ред. от 05.05.2014). Ст. 7.1 ; Федеральный закон от 11 августа 1995 г. № 135-ФЗ

(волонтерской) деятельности к сфере регулирования гражданским законодательством. В то же время М. Н. Малеина полагает, что договор о добровольческой (волонтерской) деятельности по природе является гражданско-правовым договором об оказании услуг или о выполнении работ либо комплексным договором⁷. В пользу последней точки зрения высказывается также И. А. Варпаева⁸.

В отличие от российского законодательства и английской судебной практики немецкий законодатель разграничивает понятия «доброволец» (*Freiwillige(r)*) и «волонтер» (*Volontär*), «соглашение о добровольческой службе» (*Vereinbarung für den Bundesfreiwilligendienst*) и «договор о волонтерском» (*Volontariatsvertrag*). Во-первых, договор о волонтерском и соглашение о добровольческой службе имеют разные источники закрепления. Единственное упоминание договора о волонтерском в немецком законодательстве встречается в § 26 Закона о профессиональной подготовке от 23 марта 2005 г.⁹, который допускает, что трудоустроенные лица, стремящиеся к получению профессиональных знаний, умений и навыков, могут находиться не в трудовых, а в иных договорных отношениях. Во-вторых, исходя из вышесказанного, волонтерская и добровольческая деятельности имеют разные

цели¹⁰: в первом случае преследуются частные интересы, связанные с профессиональным ростом (например, в журналистике, музейном деле), во втором цели носят публичный характер, что приводит к дифференциации правового регулирования: договор о волонтерском можно рассматривать как разновидность трудового договора¹¹. Вместе с тем объединяющим волонтера и добровольца признаком служит безвозмездная либо за небольшую компенсацию деятельность. Таким образом, под волонтером в немецком правовом поле понимается лицо, безвозмездно или за небольшую компенсацию осуществляющее деятельность, направленную на получение знаний, умений и навыков в определенной профессии¹².

Регуляторами отношений в ФРГ, аналогичных тем, что формально закреплены в РФ рамками договора о добровольческой (волонтерской) деятельности, на текущий момент выступают два закона: «О развитии молодежной добровольческой службы» от 16 мая 2008 г. (в ред. от 20.12.2011)¹³ и «О добровольческой службе в ФРГ» от 28 апреля 2011 г. (в ред. от 20.10.2015)¹⁴ (далее — Закон о добровольческой службе). Используемый в названии законов термин «добровольческая служба» (*Bundesfreiwilligendienst*), в отличие от российской «добровольческой (волонтерской)

«О благотворительной деятельности и добровольчестве (волонтерстве)» (в ред. от 18.12.2018). Ст. 17.1 // СЗ РФ. 1995. № 33. Ст. 3340 ; Федеральный закон от 1 декабря 2007 г. № 310-ФЗ «Об организации и о проведении XXII Олимпийских зимних игр и XI Паралимпийских зимних игр 2014 года в городе Сочи, развитии города Сочи как горноклиматического курорта и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (в ред. от 28.06.2014). Ст. 5, 12.1 // СЗ РФ. 2007. № 49. Ст. 6071 ; Федеральный закон от 7 июня 2013 г. № 108-ФЗ «О подготовке и проведении в Российской Федерации чемпионата мира по футболу FIFA 2018 года, Кубка конфедераций FIFA 2017 года и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (в ред. от 01.05.2019). Ст. 2, 10 // СЗ РФ. 2013. № 23. Ст. 2866

⁷ Малеина М. Н. Правовая природа, структура связей и содержание договора о волонтерской деятельности // Журнал российского права. 2017. № 8. С. 42—52.

⁸ Варпаева И. А. Труд волонтеров в некоммерческих организациях // Бухгалтерский учет в бюджетных и некоммерческих организациях. 2011. № 24. С. 12—17.

⁹ *Berufsbildungsgesetz* vom 23.03.2005 (zuletzt geändert am 17.07.2017) // URL: <http://www.gesetze-im-internet.de> (дата обращения: 28.09.2019).

¹⁰ Bortloff J. Das Recht des wissenschaftlichen Volontariats an Museen // *Museumskunde*. 2014. № 2. S. 47.

¹¹ Brockhaus-Enzyklopädie. 23. Band. Mannheim, 1994. S. 435.

¹² Как указывает Г. Кёблер в этимологическом словаре юридических терминов, *Volontär* в значении «работник-практикант без предоставления оплаты» известен в Германии с середины XIX в. (Köbler G. *Deutsches etymologisches Rechtswörterbuch*. Tübingen, 1995. S. 451).

¹³ Gesetz zur Förderung von Jugendfreiwilligendiensten vom 16.05.2008 (zuletzt geändert am 20.12.2011) // URL: <http://www.gesetze-im-internet.de> (дата обращения: 28.09.2019).

¹⁴ Gesetz über Bundesfreiwilligendienst vom 28.04.2011 (zuletzt geändert am 20.10.2015) // URL: <http://www.gesetze-im-internet.de> (дата обращения: 28.09.2019).

деятельности», уже свидетельствует об ином статусе названных отношений в Германии. Значимость добровольческой службы в ФРГ станет еще более наглядной, если принять во внимание право военнообязанного лица на замену альтернативной гражданской службы на «добровольческий год» (Freiwilliges Jahr)¹⁵.

Как следует из § 8 Закона о добровольческой службе, до начала добровольческой службы необходимо заключить соглашение в письменной форме, сторонами которого являются доброволец, т.е. лицо, достигшее возраста окончания основного общего образования, и ФРГ в лице Федерального ведомства по вопросам семьи и гражданского общества (Bundesamt für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben)¹⁶. Существенными условиями соглашения о добровольческой службе выступают: предмет, срок, место добровольческой службы, вид и размер денежного возмещения, количество выходных и учебных дней.

Предметом соглашения о добровольческой службе является осуществляемая на безвозмездной основе добровольная деятельность по достижению общественной пользы в учреждениях помощи детям и юношеству, включая учреждения дополнительного образования молодежи, в учреждениях социальной сферы, здравоохранения, помощи престарелым людям, инвалидам, в сфере культуры и охраны памятников, спорта, интеграции, защиты населения, оказания помощи пострадавшим в результате стихийных бедствий, в области экологии, защиты окружающей среды (§ 3 Закона о добровольческой службе). Квалифицирующим признаком добровольческой службы в ФРГ рассматриваемый Закон объявляет ее «трудофункциональную нейтральность» (Arbeitsmarktneutralität), которая означает, что добровольческая служба не подменяет трудовые функции работника, а носит вспомогательный, дополнительный характер; «трудофункциональная нейтральность» всегда имеет место, если привлечение добровольцев не приводит к уменьшению количества

вновь принимаемых работников или к сокращению численности имеющихся работников в организации¹⁷.

Соглашение носит срочный характер: добровольческая служба по общему правилу осуществляется полный рабочий день общей продолжительностью от 6 до 18 месяцев (в исключительных случаях — до 24 месяцев) (§ 3 Закона о добровольческой службе).

Место добровольческой службы, как и условие о количестве выходных и учебных дней, следует рассматривать как условия, родственные трудовому договору и придающие соглашению о добровольческой службе характер комплексного договора. Местом осуществления добровольческой службы могут быть учреждения и организации, где допускается достижение общественной пользы (см. предмет соглашения).

Соглашение о добровольческой службе включает условие о виде и размере денежного возмещения, в том числе карманные расходы либо их возмещение, бесплатное размещение либо возмещение расходов на наем жилья, предоставление служебной (рабочей) одежды и ее чистка. По состоянию на 2019 г. максимальный размер карманных расходов в ФРГ составляет 402 евро ежемесячно, конкретный размер устанавливается в соглашении.

Условие о количестве выходных и учебных дней также должно фиксироваться в соглашении о добровольческой службе. Например, совершеннолетние добровольцы получают право на отпуск в 24 рабочих дня по прохождении ими 12 месяцев службы. Оценивая норму Закона о добровольческой службе о количестве учебных дней, следует обратить внимание, что Закон требует от добровольцев готовности обучаться в течение всей жизни (§ 1) и нормирует учебное время в период прохождения службы: так, на 12 месяцев добровольческой службы должно приходиться 25 учебных дней, при увеличении срока добровольческой службы на 1 месяц должно происходить увеличение учебных дней на 1 день (§ 4).

¹⁵ § 14 c des Gesetzes über den Zivildienst der Kriegsdienstverweigerer vom 13.01.1960 (zuletzt geändert am 29.06.2015) // URL: <http://www.gesetze-im-internet.de> (дата обращения: 28.09.2019).

¹⁶ Das Bundesfreiwilligendienst : Hinweise von A bis Z // URL: <http://www.bundesfreiwilligendienst.de/> (дата обращения: 28.09.2019).

¹⁷ Понимание сущности добровольческой службы в ФРГ облегчается с помощью Минимальных стандартов трудофункциональной нейтральности при осуществлении внутренней добровольческой службы Немецкого Красного Креста от 2016 (см.: Betz M. Sicherung und Einhaltung der Arbeitsmarktneutralität in den gesetzlich geregelten Inlandsfreiwilligendiensten (FSJ und BFD): Das Beispiel der DRK zeigt wie es gelingen kann // Newsletter für Engagement und Partizipation in Deutschland. 2017. № 9. 6 S.).

Исследование правовой природы соглашения о добровольческой службе в Германии приводит к выводу о его комплексной природе: признак безвозмездности относит соглашение к разряду гражданско-правовых, однако наличие публичного субъекта в качестве стороны, наименование «служба», взаимозаменяемость альтернативной гражданской службы и добровольчества сигнализируют о присутствии административно-правового регулирования. При этом сам Закон о добровольческой службе обязывает к соглашению о добровольческой службе применять нормы трудового законодательства субсидиарно или по аналогии (§ 9, 11, 13). Последствиями такой позиции законодателя становится пока не всеми учеными на сегодняшний день принимаемая, но все же логически вытекающая возможность/необходимость установления менеджмента качества, сертификации добровольческой деятельности¹⁸. Таким образом, можно утверждать, что в немецком правопорядке добровольческая деятельность реализуется посредством полиотраслевого комплексного договора¹⁹. Широкая представленность публично-правовых норм делает соглашение, как думается, менее мобильным, с другой стороны, весомым преимуществом среди прочего выступает возможность зачета конституционной обязанности.

Прецедентное право Великобритании исходит из того, что отношения между волонтером и организацией не регулируются правом, в том числе нормами трудового законодательства (National Minimum Wage Act 1998, Working Time Regulations 1998, Disability Discrimination

Act 1995, Equality Act 2010 и др.). Сказанное объясняется рядом причин: в отличие от трудового договора здесь нет встречного удовлетворения (consideration)²⁰; у сторон отсутствует намерение заключить договор (intention), который в дальнейшем можно оспорить в судебном порядке; между волонтером и организацией не возникает обязательств; как следствие, отношения волонтера и организации не защищаются нормами трудового законодательства. Коль скоро волонтерская деятельность и все отношения между волонтером и организацией лежат вне правового поля, то суды Великобритании признают себя некомпетентными рассматривать споры, вытекающие из таких соглашений²¹.

Квалификация фактических отношений между организацией и лицом, выполняющим работу или оказывающим услуги добровольно и безвозмездно, по английскому праву бывает часто сопряжена с немалыми трудностями, но от этой квалификации зависит в конечном счете, будет ли лицо защищаться по трудовому законодательству и в суде. Это послужило причиной появления различных руководств с набором практических рекомендаций на основе судебной практики по минимизации рисков смешения волонтерского договора с трудовым для английских волонтерских организаций. В частности, предлагается избегать терминологии, свойственной трудовому законодательству, и использовать термины «соглашение с волонтером» (volunteer agreement) вместо «контракт» (contract), «описание роли волонтера» (volunteer role' description) вместо «описание работы» (job description), «возмещение»

¹⁸ Saliger S. Qualität in Freiwilligendiensten // Newsletter für Engagement und Partizipation in Deutschland. 2017. № 9. 6 S.; Volksmann U. E. Qualität sichtbar machen: Ergebnisqualität und Evaluationsinstrumente für Freiwilligendienste // Voluntas. Zeitschrift für Freiwilligendienste. 2013. Heft 2. S. 58—73.

¹⁹ Огородов Д. В., Чельшев М. Ю. Конструкция смешанного договора в гражданском (частном) праве // Сделки: проблемы теории и практики. М., 2008. С. 322.

²⁰ Согласно дефинициям ряда оксфордских словарей под волонтером понимается лицо, которое в любой сделке не предоставляет встречное ценное удовлетворение (valuable consideration) (см.: Dictionary of Business and Management. Oxford, 2016 // URL: <http://www.oxfordreference.com/search?q=volunteer&searchBtn=Search&isQuickSearch=true> (дата обращения: 28.09.2019); Dictionary of Law. Oxford, 2018 // URL: <http://www.oxfordreference.com/search?q=volunteer&searchBtn=Search&isQuickSearch=true> (дата обращения: 28.09.2019)). Английская доктрина верна идее, что для всех договоров, кроме договоров «за печатью» (формальные), заключенных в устной, простой письменной форме (неформальные), для принудительного исполнения требуется встречное удовлетворение. В противном случае это будут морально-нравственные обязательства, не охраняемые правом (см.: Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник / отв. ред. Е. А. Васильев, А. С. Комаров. М., 2004. Т. 1. С. 501, 530, 545—547).

²¹ URL: <http://www.volunteernow.co.uk/fs/doc/publications/volunteering-and-the-law-information-sheet-2019.pdf> (дата обращения: 28.09.2019).

(reimbursement) вместо «оплата» (payment) и пр. Более того, если договор с волонтером составлен в письменной форме, подписывать его не обязательно²².

Рассмотрим некоторые случаи переквалификации судом соглашения с волонтером в трудовой договор (contract of employment) и наоборот. В деле *Armitage v. Relate* (1994) женщина, работавшая волонтером в компании, обратилась в суд с жалобой на расовую дискриминацию. Суд признал свою компетенцию, одновременно переквалифицировав волонтерские отношения в трудовые, ссылаясь на наличие следующих признаков: в соглашение с волонтером были включены условия об установлении неустойки в случае оказания услуг в меньшем объеме, чем это было предусмотрено соглашением; о минимальном количестве рабочего времени еженедельно; в соглашении с волонтером допускалась возможность преобразования волонтерских отношений в трудовые через 3 года²³. В деле *Chaudri v. Migrant Advice Service* (1997) женщина-волонтер пожаловалась в суд на дискриминацию по признаку расы и пола. Суд, аналогично первому делу, переквалифицировал волонтерские отношения в трудовые, обратив внимание на следующие имеющие значение для спора обстоятельства. Хотя волонтер и не получала возмещения расходов на проезд и питание, поскольку жила поблизости и ходила на обед домой пешком, однако организация оплачивала ей еженедельно расходы на наем жилья; при этом указанные суммы она получала, в том числе находясь в отпуске или на больничном²⁴. Наконец, в деле *Gradwell v. CVS Blackpool, Wyre & Fylde* (1997) суд пришел к выводу, что трудовой договор не заключен, а установлены волонтерские отношения, поскольку договор не содержал условия об обязательном посещении тренировок и иных мероприятий; не прописан минимум рабочего времени; лицам выдавались только денежные средства на карманные расходы²⁵.

С другой стороны, можно встретить и случаи, когда волонтерские отношения признавались судом в качестве таковых и суд прекращал производство. Например, в деле *X v. Mid-Sussex Citizen Advice Bureau* (2009) истица, бывшая волонтером, получила уведомление о прекращении с ней сотрудничества, с чем не согласилась и обратилась в суд, ссылаясь на нарушение Европейской директивы о равном обращении в трудовой сфере. Суд, однако, указал, что на волонтерские отношения законодательство Великобритании о дискриминации, равно как и европейское право, не распространяется²⁶. Еще один пример — дело *South East Sheffield Citizen's Advice Bureau v. Grayson* (2004), где истец обжаловал в суд дискриминацию по признаку инвалидности и состоянию здоровья, но суд опять-таки отказался рассматривать дело, поскольку налицо были волонтерские отношения: соглашение с волонтером было составлено в письменной форме, но не подписано; не устанавливался минимум рабочего времени, а потому не было санкций за его нарушение; в договоре была предусмотрена компенсация обычных расходов. На основе вышеуказанных фактов суд решил, что между сторонами не возникло обязательств и антидискриминационное законодательство здесь неприменимо²⁷.

В основе двух моделей регулирования добровольческих (волонтерских) отношений посредством соглашений, представленных выше, лежат разные идеи. Немецкое право возводит добровольческую деятельность в ранг службы (альтернатива гражданской службы) и скрупулезно закрепляет все вопросы добровольческой службы в соответствующем Законе, устанавливая в качестве приоритета ответственность добровольца, социальную значимость добровольческой деятельности. А если речь идет о службе, то весьма оправданны и вкрапления в соглашение с добровольцем норм административного и трудового законодательства, позволяющие не только обременить добровольца, но и защитить его. Английская же

²² URL: <http://www.volunteernow.co.uk/fs/doc/publications/volunteering-and-the-law-information-sheet-2019.pdf> (дата обращения: 28.09.2019).

²³ *Middlemiss S.* The cost of kindness: voluntary workers and intern's rights under employment law // URL: <http://openair.rgu.ac.uk> (дата обращения: 28.09.2019).

²⁴ *Middlemiss S.* Op. cit.

²⁵ *Middlemiss S.* Op. cit.

²⁶ URL: <http://www.volunteernow.co.uk/fs/doc/publications/volunteering-and-the-law-information-sheet-2019.pdf> (дата обращения: 28.09.2019).

²⁷ *Middlemiss S.* Op. cit.

модель демонстрирует пример либерального подхода, она направлена на максимальное размежевание по предмету с трудовым договором (контрактом), вместе с тем соглашение не переводится и в гражданско-правовую область, оставаясь вне правового поля, моральным обязательством. Английская модель ставит во главу угла свободу волеизъявления волонтеров, что в первую очередь предусматривает возможность волонтера в любой момент отказаться от выполняемых функций (соглашение ведь не подписано, а часто и не написано).

Несмотря на столь настойчивое желание развести по разные стороны баррикад трудовой договор и соглашение с волонтером в Великобритании, необходимо констатировать неудачность данной попытки, поскольку, как показывают факты, волонтерским отношениям в названном государстве все же свойственны некоторые черты, сближающие их с трудовыми договорами. Во-первых, волонтерские отношения также подпадают под действие законодательства о защите персональных данных (Data Protection Act 1998). Во-вторых, волонтеры, как и работники, при исполнении определенных функций обязаны предоставлять информацию о наличии (об отсутствии) судимости (Criminal Records Checks). В-третьих, как следует из руководств по работе с волонтерами, если они в процессе своей деятельности создают объекты интеллектуальных прав, то по общему правилу нет автоматического переноса авторских прав на организатора волонтерской деятельности, однако в соглашении можно предусмотреть подобное условие²⁸.

Английский либерализм в регулировании волонтерской деятельности вызывает, однако, негативные последствия: волонтеры не защищены положениями трудового законодательства, включая антидискриминационное законодательство, потому нередко случаи, когда

волонтеры подвергаются сексуальным домогательствам со стороны других волонтеров, благополучателей, но суд вынужден констатировать отсутствие у него средств защиты по причинам, описанным ранее. С другой стороны, волонтеры в Великобритании остаются без защиты от злоупотреблений со стороны самого организатора волонтерской деятельности. Еще одним отрицательным фактором, который обусловлен моделью регулирования и который депопуляризует волонтерство среди низкооплачиваемых слоев британского населения, выступает периодически встречающееся невозмещение издержек волонтера²⁹. Кроме того, в отношении волонтеров-иностранцев существует угроза квалификации контролирующими органами волонтерской деятельности как нелегального труда³⁰.

Действующее отечественное законодательство о добровольческой (волонтерской) деятельности, а также судебная практика по рассматриваемой тематике дают основания говорить о наличии сходных с рассмотренными выше моделями черт правового регулирования добровольческой (волонтерской) деятельности. Во-первых, несмотря на ожидаемую лояльность судов к работникам, встречаются примеры решений правоприменительных органов, на основании которых истцам отказывается в признании фактических отношений трудовыми или переквалификации договора о добровольческой (волонтерской) деятельности в трудовой³¹. Это происходит в случаях, когда: отсутствует заявление о приеме на работу; отсутствует соответствующая должность в штатном расписании; не ведется трудовая книжка; отсутствует подчинение правилам внутреннего трудового распорядка; не установлен режим работы; систематически не начисляются денежные средства; отсутствует закрепленное рабочее место; не полагается отпуск; не требуется повышение

²⁸ URL: <http://www.volunteernow.co.uk/fs/doc/publications/volunteering-and-the-law-information-sheet-2019.pdf> (дата обращения: 28.09.2019).

²⁹ Morris D. Volunteering — The Long Arm of the Law // URL: http://www.icnl.org/research/journal/vol2iss4/art_2.htm (дата обращения: 28.09.2019).

³⁰ Волонтерская деятельность. Европейские практики регулирования : доклад Европейского центра некоммерческого права по запросу Центра правовой трансформации и Ассамблеи неправительственных демократических организаций Беларуси от 30 июня 2014 г. // URL: <http://www.lawtrend.org/wp-content/uploads/2014/09/ECNL-VOLONTERSKAYA-DEYATELNOST-EVROPEJSKIE-PRAKTIKI-REGULIROVANIYA.pdf> (дата обращения: 28.09.2019).

³¹ Решение Елизовского районного суда Камчатского края от 1 февраля 2017 г. по делу № 2-48/17 ; решение Железнодорожного районного суда г. Ростова-на-Дону от 17 января 2017 г. по делу № 2-20/2017 // URL: www.sudact.ru (дата обращения: 28.09.2019).

квалификации; не указывается на личное исполнение работы, оказание услуги и пр. Во-вторых, в России, как показывает судебная практика, договор о добровольческой (волонтерской) деятельности не влечет за собой, как и в Великобритании, автоматической передачи исключительных прав организации (работодателю), если иное не установлено договором³².

Российское законодательство и доктрина называют факторы, влияющие на выбор письменной формы договора о добровольческой (волонтерской — М. Н. Малеина, А. В. Трохина) деятельности: повторяемость, регулярность в течение определенного срока; организованный характер деятельности; возмещение расходов, оплата средств индивидуальной защиты (п. 3 ст. 7.1 Федерального закона от 11 августа 1995 г. № 135-ФЗ «О благотворительной деятельности и благотворительных организациях» (в ред. от 05.05.2014))³³. Здесь нужно оговориться, что законодатель, очевидно признав достаточной ст. 161 ГК РФ, Федеральным законом «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам добровольчества (волонтерства)» изъясил норму об обязательном заключении договора о добровольческой деятельности в письменной форме при наличии отношений по возмещению расходов добровольца. Но сомнений нет, что письменная форма и впредь сохранит свое распространение на отмеченные выше ситуации, учитывая возможное заключение иных (вторичных) договоров с участием или в пользу добровольцев (волонтеров), к примеру договора страхования жизни и здоровья, ответственности добровольца (волонтера). С другой стороны, при проверках контролирующими органами деятельности некоммерческой бюджетной организации могут возникнуть вопросы об основаниях выдачи денежных средств, размещения добровольцев (волонтеров) в жилых помещениях и т.п., что потребует от юридического лица, привлекающего труд добровольцев (волонтеров), формализации своих действий.

Выбор письменной формы договора о добровольческой (волонтерской) деятельности может обуславливаться и иными факторами:

- 1) предъявление к добровольцу (волонтеру) профессиональных требований, заключающихся в наличии специальной подготовки и/или познаний; например, при осуществлении реабилитационной помощи наркозависимым оправданно наличие у добровольца (волонтера) документов о медицинском образовании, а при работе с детьми — документов, указанных в ст. 65, 331 ТК РФ, что влечет подписание договора с включением данных требований в текст договора;
- 2) гражданство добровольца (волонтера): в случае если добровольцем (волонтером) выступает иностранный гражданин или лицо без гражданства, они не могут привлекаться без договора в письменной форме, поскольку в этой ситуации имеют место иные формальности, связанные с получением разрешительных документов на пребывание на территории Российской Федерации;
- 3) конкретизация функций и/или поведения добровольца (волонтера): при намерении организатора добровольческой (волонтерской) деятельности конкретизировать функции, поведение добровольца (волонтера) возникает необходимость в фиксации этих условий на бумаге, ведь даже если на добровольца (волонтера) не возлагается каких-либо особых функций, но организатор добровольческой (волонтерской) деятельности не желает предавать огласке нюансы добровольческой (волонтерской) деятельности в рамках какого-либо проекта, без договора в письменной форме и условия о неразглашении информации, ставшей известной добровольцу (волонтеру) в связи с его деятельностью в пользу благополучателя, не обойтись;
- 4) желание самого добровольца (волонтера), например для подтверждения факта своего участия в общественной работе.

Возвращаясь к заявленной теме статьи, необходимо отметить справедливость определения добровольческой (волонтерской) деятельности как особой системы трудовых отношений³⁴, что, впрочем, не препятствует признанию гражданско-правового характера

³² Апелляционное определение СК по гражданским делам Красноярского краевого суда от 11 марта 2015 г. по делу № 33-2138/2015 ; апелляционное определение СК по гражданским делам Московского городского суда от 8 ноября 2017 г. по делу № 33-43843/2017 // URL: www.sudact.ru (дата обращения: 28.09.2019).

³³ Малеина М. Н. Указ. соч. С. 43—44 ; Трохина А. В. Указ. соч. С. 14—15.

³⁴ Варпаева И. А. Указ. соч. С. 12.

заключаемого с добровольцем (волонтером) договора, поскольку конститутивный признак трудового договора (условие об оплате труда) здесь отсутствует и это, в свою очередь, индивидуализирует договор о добровольческой (волонтерской) деятельности. Другие признаки трудового договора, как то: условие о субординации, подчинении правилам внутреннего трудового распорядка, месте выполнения работы (оказания услуги) и т.п., играют не столь важную роль в квалификации договорных отношений, поскольку в отдельных случаях (например, доброволец (волонтер) тренирует детей или читает лекции) эти условия могут включаться в договор о добровольческой (волонтерской) деятельности и распространяться на добровольца (волонтера).

Далее следует также согласиться с авторами³⁵, чья позиция основана на утверждении комплексного характера договора о добровольческой (волонтерской) деятельности, ибо, во-первых, он поименован законодателем³⁶ и, во-вторых, содержит элементы разных договоров. При этом комплексный характер договора может исчерпываться элементами гражданско-правовых договоров (подряда и/или возмездного оказания услуг, дарения, о передаче исключительных прав и пр. — моноотраслевой комплексный договор) либо включать еще элементы трудового договора (полиотраслевой комплексный договор). И здесь можно вывести следующую закономерность: чем более квалифицированной является помощь добровольца (волонтера), тем более возрастает необходимость использования модели полиотраслевого комплексного договора. Вместе с тем с увеличивающейся квалификацией добровольца (волонтера) возникает риск перехода границы между добровольчеством и работой, что контролирующими органами может рассцениваться как схема ухода от налогов. Выступая единообразно в вопросе притворности таких сделок, правоприменительная практика рассматриваемых стран разнится в мелочах: для России пока частым случаем является подмена

вида договора³⁷, в то время как в Великобритании работодатель прибегает к конструкции волонтерских отношений в обход нормы закона о МРОТ (условие договора)³⁸.

После уяснения комплексного характера договора о добровольческой (волонтерской) деятельности центральное место в исследовании правовой природы данного договора занимает вопрос об объеме инкорпорирования норм трудового законодательства в гражданско-правовом договоре. Думается, что следует исходить из закрытого перечня вопросов, которые могут/должны переключаться из трудового права в договор о добровольческой (волонтерской) деятельности; эти вопросы целесообразно было бы закрепить в законе. В качестве примера можно привести значимые для договора о добровольческой (волонтерской) деятельности нормы ТК РФ:

- ограничения, связанные с занятием трудовой деятельностью в определенных сферах;
- положения, учитывающие особенности регулирования труда иностранных граждан и лиц без гражданства;
- положения о защите персональных данных;
- положения о видах нематериального стимулирования добровольца (волонтера);
- положения об охране труда;
- положения о правилах внутреннего трудового распорядка (при квалифицированной помощи добровольца (волонтера)).

Кроме того, очевидным последствием признания комплексного характера (по типу полиотраслевого) договора о добровольческой (волонтерской) деятельности выступает и требование заключения договора в письменной форме (ст. 67 ТК РФ).

Даже при скромном статусе добровольческой (волонтерской) деятельности в России по сравнению с таковой в ФРГ следует все же избегать заимствования английского опыта в части противопоставления трудового договора и договора о добровольческой (волонтерской) деятельности — данная проблема может быть решена путем нормотворчества законодателя.

³⁵ Огородов Д. В., Челышев М. Ю. Указ. соч. С. 350—352.

³⁶ Модельный закон Межпарламентской Ассамблеи государств — участников СНГ от 16 апреля 2015 г. № 42-15 «О добровольчестве (волонтерстве)». Ст. 15 // СПС «КонсультантПлюс»; Федеральный закон от 26 сентября 1997 г. № 125-ФЗ «О свободе совести и религиозных объединениях» (в ред. от 01.05.2019). Ст. 18 // СЗ РФ. 1997. № 39. Ст. 4465.

³⁷ Решение Канавинского районного суда г. Н. Новгорода от 27 февраля 2017 г. по делу № 2а-306/2017 // URL: www.sudact.ru (дата обращения: 28.09.2019).

³⁸ Morris D. Op. cit.

При этом хотелось бы обратить внимание еще на один нюанс: видится необходимым закрепить в ст. 19.1 ТК РФ положение о невозможности переквалификации договора о добровольческой (волонтерской) деятельности судом по инициативе контролирующих органов. В то же время единственным субъектом с правом обращения в суд с подобным требованием было бы корректно прописать добровольца (волонтера), исходя из добровольности и свободного волеизъявления — принципов добровольческой (волонтерской) деятельности.

Резюмируя сказанное, необходимо отметить следующее. В ФРГ добровольческая деятельность наделена статусом службы, выступает взаимозаменяемой с альтернативной гражданской службой; отношения добровольца и орга-

низатора всегда закрепляются полиотраслевым комплексным договором. В Великобритании ни прецедентное, ни статутное право не регулирует волонтерские отношения, оставляя их, таким образом, без судебной защиты. Соглашение может фиксироваться на бумаге и подписываться либо только фиксироваться — все зависит от усмотрения сторон. В Российской Федерации отношения добровольца и организации оформляются гражданско-правовым либо комплексным договором о добровольческой (волонтерской) деятельности (моно- или полиотраслевым). Выбор в пользу полиотраслевого комплексного договора обусловлен в том числе высокой квалификацией помощи добровольца (волонтера); по аналогии с трудовым законодательством здесь обязательна письменная форма договора.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Варпаева И. А. Труд волонтеров в некоммерческих организациях // Бухгалтерский учет в бюджетных и некоммерческих организациях. — 2011. — № 24. — С. 12—17.
2. Волонтерская деятельность. Европейские практики регулирования : доклад Европейского центра некоммерческого права по запросу Центра правовой трансформации и Ассамблеи неправительственных демократических организаций Беларуси от 30 июня 2014 г. // URL: <http://www.lawtrend.org/wp-content/uploads/2014/09/ECNL-VOLONTERSKAYA-DEYATELNOST-EVROPEJSKIE-PRAKTIKI-REGULIROVANIYA.pdf> (дата обращения: 28.09.2019).
3. Гражданское и торговое право зарубежных государств : учебник : в 2 т. / отв. ред. Е. А. Васильев, А. С. Комаров. — М. : Междунар. отношения, 2004. — Т. 1. — 560 с.
4. Жаворонков Р. Н. Гражданско-правовое регулирование добровольческой и благотворительной деятельности в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2004. — 24 с.
5. Лукьянов В. А. Правовые основы добровольческой деятельности в Российской Федерации : лекция к вебинару 24 марта 2014 г. // URL: http://www.kdobru.ru/netcat_files/userfiles/VDSP/Pravovye%20osnovy%20DD%20v%20RF_LukyanovV.A..pdf (дата обращения: 28.09.2019).
6. Маленина М. Н. Правовая природа, структура связей и содержание договора о волонтерской деятельности // Журнал российского права. — 2017. — № 8. — С. 42—52.
7. Надолинская О. С. Актуальные проблемы правового регулирования добровольческой (волонтерской) деятельности в Российской Федерации // Известия Сочинского государственного университета. — 2015. — № 3-1. — С. 37—41.
8. Огородов Д. В., Челышев М. Ю. Конструкция смешанного договора в гражданском (частном) праве // Сделки : проблемы теории и практики. — М. : Статут, 2008. — С. 310—355.
9. Основы волонтерской деятельности : учебно-методическое пособие / авт.-сост. Е. Г. Чумак, Е. Р. Комлева, М. И. Пономарева. — Сургут : Изд-во Методический центра развития социального обслуживания, 2016. — 60 с.
10. Трохина А. В. Проблемы регулирования волонтерской занятости в России (налоговый аспект) // Налоги и налогообложение. — 2012. — № 9—10. — С. 49—54.
11. Фасмер М. Этимологический словарь русского языка : в 4 т. — М. : Астрель : АСТ, 2004. — Т. 1. — 588 с.
12. Черных К. В. Институт волонтерства в России : проблемы нормативного регулирования // Вестник Нижегородской академии МВД России. — 2011. — № 1. — С. 299—303.
13. Betz M. Sicherung und Einhaltung der Arbeitsmarktneutralität in den gesetzlich geregelten Inlandsfreiwilligendiensten (FSJ und BFD): Das Beispiel der DRK zeigt wie es gelingen kann // Newsletter für Engagement und Partizipation in Deutschland. — 2017. — № 9.

14. Bortloff J. Das Recht des wissenschaftlichen Volontariats an Museen // *Museumskunde*. — 2014. — № 2. — S. 47—55.
15. Köbler G. *Deutsches etymologisches Rechtswörterbuch*. — Tübingen : Mohr, 1995. — 483 S.
16. Middlemiss S. The cost of kindness : voluntary workers and intern's rights under employment law // URL: <http://openair.rgu.ac.uk> (дата обращения: 28.09.2019).
17. Morris D. Volunteering — The Long Arm of the Law // URL: http://www.icnl.org/research/journal/vol2iss4/art_2.htm (дата обращения: 28.09.2019).
18. Saliger S. Qualität in Freiwilligendiensten // *Newsletter für Engagement und Partizipation in Deutschland*. — 2017. — № 9.
19. Volksmann U. E. Qualität sichtbar machen : Ergebnisqualität und Evaluationsinstrumente für Freiwilligendienste // *Voluntaris. Zeitschrift für Freiwilligendienste*. — 2013. — Heft 2. — S. 58—73.

Материал поступил в редакцию 29 сентября 2019 г.

REFERENCES

1. Babaeva IA. Trud volonterov v nekommercheskikh organizatsiyakh [Volunteer work in non-profit organizations]. *Bukhgalterskiy uchët v byudzhetnykh i nekommercheskikh organizatsiyakh*. 2011;24:12-17. (In Russ.)
2. Volonterskaya deyatel'nost'. Evropeyskie praktiki regulirovaniya: doklad Evropeyskogo tsentra nekommercheskogo prava po zaprosu Tsentra pravovoy transformatsii i Assamblei nepravitel'stvennykh demokraticheskikh organizatsiy Belarusi ot 30 iyunya 2014 g. [Volunteer activities. European regulatory practices: report of the European center for non-commercial law at the request of the Center for legal transformation and the Assembly of non-governmental democratic organizations of Belarus dated June 30, 2014]. Available from: <http://www.lawtrend.org/wp-content/uploads/2014/09/ECNL-VOLONTERSKAYA-DEYATELNOST-EVROPEJSKIE-PRAKTIKI-REGULIROVANIYA.pdf> [cited 2019 September 28]. (In Russ.)
3. Vasilev AS, Komarov AS, editors. *Grazhdanskoe i torgovoe pravo zarubezhnykh gosudarstv: uchebnik: v 2 t.* [Civil and commercial law of foreign states: A textbook: in 2 vols.]. Moscow: Mezhdunar. otnosheniya; 2004. Vol. 1. (In Russ.)
4. Zhavoronkov RN. *Grazhdansko-pravovoe regulirovanie dobrovolcheskoy i blagotvoritel'noy deyatel'nosti v Rossiyskoy Federatsii: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk* [Civil law regulation of voluntary and charitable activities in the Russian Federation: Author's Abstract of Cand Sci (Law) Thesis]. Moscow; 2004. (In Russ.)
5. Lukyanov VA. Pravovye osnovy dobrovolcheskoy deyatel'nosti v Rossiyskoy Federatsii: lektsiya k vebinaru 24 marta 2014 g. [Legal foundations of volunteerism in the Russian Federation: lecture for the webinar on March 24, 2014]. Available from: http://www.kdobru.ru/netcat_files/userfiles/VDSP/Pravovye%20osnovy%20DD%20v%20RF_LukyanovV.A..pdf [cited: 2019 September 28]. (In Russ.)
6. Maleina MN. Pravovaya priroda, struktura svyazey i sodержание dogovora o volonterskoy deyatel'nosti [Legal nature, structure of relations and content of the contract on volunteer activity]. *Zhurnal rossiyskogo prava [Journal of Russian Law]*. 2017;8:42-52. (In Russ.)
7. Nadolinskiy OS. Aktualnye problemy pravovogo regulirovaniya dobrovolcheskoy (volonterskoy) deyatel'nosti v Rossiyskoy Federatsii [Topical problems of legal regulation of voluntary (volunteer) activity in the Russian Federation]. *Izvestiya sochinskogo gosudarstvennogo universiteta*. 2015;3(1):37-41. (In Russ.)
8. Ogorodov DV, Chelyshev MYu. Konstruktsiya smeshannogo dogovora v grazhdanskom (chastnom) prave [Construction of a mixed contract in civil (private) law]. In: *Sdelki : problemy teorii i praktiki* [Transactions: problems of theory and practice]. Moscow: Statut, 2008. P. 310-355. (In Russ.)
9. Chumak EG, Komleva ER, Ponomareva MI, editirs. *Osnovy volonterskoy deyatel'nosti: uchebno-metodicheskoe posobie* [Basics of volunteer activity: educational and methodological guide]. Surgut: Izd-vo Metodicheskiiy tsentra razvitiya sotsialnogo obsluzhivaniya; 2016. (In Russ.)
10. Trokhina AV. Problemy regulirovaniya volonterskoy zanyatosti v Rossii (nalogovyy aspekt) [Problems of regulation of volunteer employment in Russia (tax aspect)]. *Nalogi i nalogooblozhenie [Taxes and taxation]*. 2012;9-10:49-54. (In Russ.)
11. Fasmer M. *Etimologicheskii slovar russkogo yazyka: v 4 t.* [Etymological dictionary of the Russian language: in 4 vols.]. Moscow: Astrel: AST; 2004. Vol. 1. (In Russ.)

12. Chernykh KV. Institut volonterstva v Rossii: problemy normativnogo regulirovaniya [Institute of volunteerism in Russia: problems of regulatory regulation]. *Vestnik Nizhegorodskoy akademii MVD Rossii*. 2011;1:299-303. (In Russ.)
13. Betz M. Sicherung und Einhaltung der Arbeitsmarktneutralität in den gesetzlich geregelten Inlandsfreiwilligendiensten (FSJ und BFD): Das Beispiel der DRK zeigt wie es gelingen kann. Newsletter für Engagement und Partizipation in Deutschland. 2017;9. (In German)
14. Bortloff J. Das Recht des wissenschaftlichen Volontariats an Museen. *Museumskunde*. 2014;2:47-55. (In German)
15. Köbler G. Deutsches etymologisches Rechtswörterbuch. Tübingen: Mohr; 1995. (In German)
16. Middlemiss S. The cost of kindness: voluntary workers and intern's rights under employment law. Available from: <http://openair.rgu.ac.uk> [cited 2019 September 28]. (In Eng.)
17. Morris D. Volunteering — The Long Arm of the Law. Available from: http://www.icnl.org/research/journal/vol2iss4/art_2.htm [cited 2019 September 28]. (In Eng.)
18. Saliger S. Qualität in Freiwilligendiensten. Newsletter für Engagement und Partizipation in Deutschland. 2017;9. (In German)
19. Volksmann UE. Qualität sichtbar machen: Ergebnisqualität und Evaluationsinstrumente für Freiwilligendienste. *Voluntaris. Zeitschrift für Freiwilligendienste*. 2013;2:58-73. (In German)

ПРАВО И ЦИФРОВАЯ ЭКОНОМИКА

- ✓ Свидетельство о регистрации СМИ — ПИ № ФС77-72703 от 23 апреля 2018 г.;
- ✓ издается с 2018 г., выходит 4 раза в год;
- ✓ основные языки журнала: русский, английский;
- ✓ включен в Российский индекс научного цитирования (РИНЦ);
- ✓ каждой статье присваивается индивидуальный международный индекс DOI;
- ✓ материалы размещаются в СПС «КонсультантПлюс» и «ГАРАНТ».

«Право и цифровая экономика» — международное научное и научно-практическое издание. Журнал посвящен рассмотрению проблем правового регулирования цифровой экономики России и иностранных государств.

Круг читателей журнала: государственные служащие, практикующие юристы в сфере правового регулирования цифровой экономики, предпринимательского и конкурентного права, малого и среднего бизнеса, предприниматели, научные работники, преподаватели, аспиранты, магистранты и студенты юридических факультетов вузов, а также читатели, интересующиеся проблемами и актуальными вопросами развития правового регулирования цифровой экономики России и иностранных государств.

Основные рубрики журнала:

- ✓ Государственное регулирование цифровой экономики.
- ✓ Правовое регулирование криптовалюты и майнинга.
- ✓ Краудфандинг (проблемы и перспективы).
- ✓ Правовое регулирование больших данных.
- ✓ Технология блокчейн и криптовалют (bitcoin, Copernicus, Ethereum и т.д.).
- ✓ Интересы и противоречия, связанные с применением блокчейна в финансовой сфере.
- ✓ Финансовые технологии в действующем российском и международном правовом поле.
- ✓ Цифровые технологии в сфере интеллектуальной собственности и инноваций.
- ✓ Правовой статус смарт-контрактов.
- ✓ Защита прав и законных интересов участников цифровых рынков.
- ✓ Информационная безопасность.
- ✓ Консорциумы промышленного Интернета: правовая природа и особенности регулирования.



KUTAFIN UNIVERSITY LAW REVIEW

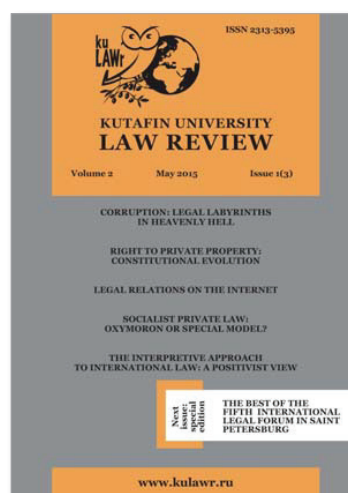
Мультиотраслевой научный юридический журнал, который издается на английском языке с сентября 2014 г. и выходит два раза в год. Журнал нацелен на интеграцию российской правовой науки в мировое юридическое сообщество, организацию диалога правоведов по актуальным проблемам теоретической и практической юриспруденции, расширение кругозора и интеллектуальных горизонтов представителей российского правоведения, повышение узнаваемости и авторитета наших ученых-юристов.

Журнал публикует статьи известных и начинающих ученых, юристов-практиков, а также студентов и аспирантов. Главный критерий отбора публикаций — это качество содержания, которое отражает талант автора, его эрудицию и профессионализм в исследуемой сфере, добросовестность и глубину проведенного анализа, использование богатого арсенала научной методологии, актуальность проблематики и новизну результатов проведенного исследования.

Данное издание создает уникальную возможность писать и публиковать научные статьи на английском языке в целях существенного расширения профессиональной читательской аудитории, повышения индекса цитирования, выхода на международный научный уровень.

В качестве авторов, членов редакционного совета и редакционной коллегии с журналом Kutafin University Law Review сотрудничают выдающиеся российские и зарубежные специалисты в различных областях юриспруденции.

The best ideas are always welcomed!



Редакционная подписка на журналы Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Журналы Университета распространяются через объединенный каталог «Пресса России» и интернет-каталог агентства «Книга-Сервис».

Подписаться на журнал можно с любого месяца. Подписные индексы журналов:

«Актуальные проблемы российского права» – 11178, Lex Russica – 11198,

«Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)» – 40650, «Право и цифровая экономика» – 39492.

Будем рады видеть Вас в числе подписчиков!

ISSN 1729-5920



9 771729 592008