Российская академия наук
Институт государства и права

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО

№ 11 2021 Ноябрь

Основан в феврале 1927 г.
Выходит 12 раз в год
ISSN (Print) 1026-9452
ISSN (Online) 2713-0398

Выходил под названиями: «Революция права» (1927–1929 гг.)
«Советское государство и революция права» (1930–1931 гг.)
«Советское государство» (1932–1938 гг.)
«Советское государство и право» ISSN 0132-0769 (1939 г. – первая половина 1992 г.)
«Государство и право» ISSN 1026-9452 (вторая половина 1992 г. – по н/в)

Журнал издается под руководством
Отделения общественных наук РАН

Главный редактор
М.И. Клеандров,
член-корреспондент РАН,
доктор юридических наук, профессор

Редакционный совет:

А.Н. Савенков, чл.-корр. РАН (*председатель*);
М.В. Баглай, чл.-корр. РАН; А.П. Вершинин, д.ю.н.; В.И. Жуков, акад. РАН;
В.Д. Зорькин, д.ю.н. (Санкт-Петербург); А.А. Клишас, д.ю.н.; П.В. Крашенинников, д.ю.н.;
Н.М. Кропачев, чл.-корр. РАН (Санкт-Петербург); А.Г. Лисицын-Светланов, акад. РАН;
Е.А. Лукашева, чл.-корр. РАН; Н.А. Макаров, акад. РАН;
А.В. Смирнов, акад. РАН; Ю.К. Толстой, акад. РАН (Санкт-Петербург);
Т.Я. Хабриева, акад. РАН; А.Р. Хохлов, акад. РАН

Редакционная коллегия:

А.И. Абдуллин, д.ю.н. (Казань); С.А. Авакьян, д.ю.н.; Г.Г. Арутюнян, д.ю.н. (Армения);
Вильфрид Бергманн, д.ю.н. (Германия); Окко Берендс, д.ю.н. (Германия); Н.А. Богданова, д.ю.н.;
М.М. Бринчук, д.ю.н.; Бернд Визер, д.ю.н. (Австрия); А.Н. Вылегжанин, д.ю.н.; Е.Ю. Грачева, д.ю.н.;
А.А. Гришковец, д.ю.н.; Е.П. Губин, д.ю.н.; В.Н. Гуцуляк, д.ю.н.; Ульрика Дэви, д-р права (Германия);
Ван Джихуа, д.ю.н. (КНР); А.Г. Диденко, д.ю.н. (Казахстан); В.В. Дорошков, д.ю.н.; И.В. Ершова, д.ю.н.;
В.Н. Жуков, д.ю.н., д.ф.н.; С.В. Запольский, д.ю.н.; В.С. Каменков, д.ю.н. (Беларусь);
Кристина Карзай, д.ю.н. (Венгрия); М.И. Клеандров, чл.-корр. РАН (*главный редактор*);
Н.В. Кроткова, к.ю.н. (*заместитель главного редактора*); Куан Цзэнцзюнь, д.ю.н. (КНР);
Лю Хунянь, д.ю.н. (КНР); А.В. Малько, д.ю.н. (Саратов); И.М. Мацкевич, д.ю.н.; Е.И. Носырева, д.ю.н. (Воронеж);
Пламен А. Панайотов, д.ю.н. (Болгария); Т.А. Полякова, д.ю.н.; И.М. Рагимов, д.ю.н. (Азербайджан);
Р.Н. Салиева, д.ю.н. (Казань); Л.В. Санникова, д.ю.н., проф. РАН; Паола Северино, д.ю.н. (Италия);
Г.С. Скачкова, д.ю.н.; Ю.Н. Старилов, д.ю.н. (Воронеж); Янаки Б. Стоилов, д-р права (Болгария);
А.А. Тедеев, д.ю.н.; А.П. Фоков, д.ю.н.; Уве Хеллманн, д-р права (Германия); В.М. Шерстюк, д.ю.н.;
Б.С. Эбзеев, д.ю.н.; В.В. Ярков, д.ю.н. (Екатеринбург)

Адрес редакции: 119019 Москва, ул. Знаменка, 10
тел.: +7 (495) 691-87-34
e-mail: gospravo@igpran.ru;
http://gospravo-journal.ru/

Москва

© Российская академия наук, 2021
© Институт государства и права РАН, 2021
© Составление. Редколлегия журнала
«Государство и право», 2021

Russian Academy of Sciences
Institute of State and Law

STATE AND LAW

№ 11 2021 November

Published since February 1927
Monthly Publication (12 Times a Year)
ISSN (Print) 1026-9452
ISSN (Online) 2713-0398

Formerly known as: "Revolution of the Law" (Revolyutsiya prava) (1927–1929)
"Soviet State and the Revolution of the Law" (Sovetskoe gosudarstvo i revolutsiya prava) (1930–1931)
"Soviet State" (Sovetskoe gosudarstvo) (1932–1938)
"Soviet State and Law" (Sovetskoe gosudarstvo i pravo) ISSN 0132-0769 (1939 – mid-1992)
"State and Law" (Gosudarstvo i pravo) ISSN 1026-9452 (mid-1992 – present)

The Journal is published under supervisi,
on of the Department of social Sciences of the RAS

Editor-in-Chief
M.I. Kleandrov,
Corresponding Member of the Russian Academy of Sciences,
Doctor of Law, Professor

Editorial Council:

A.N. Savenkov, Corresponding Member of the RAS (*Chairman*);
M.V. Baglay, Corresponding Member of the RAS; A.P. Vershinin, Doctor of Law;
V.I. Zhukov, Academician of the RAS; V.D. Zorkin, Doctor of Law (St. Petersburg); A.A. Klishas, Doctor of Law;
P.V. Krasheninnikov, Doctor of Law; N.M. Kropachev, Corresponding Member of the RAS (St. Petersburg);
A.G. Lisitsyn-Svetlanov, Academician of the RAS; E.A. Lukasheva, Corresponding Member of the RAS;
N.A. Makarov, Academician of the RAS; A.V. Smirnov, Academician of the RAS;
Yu. K. Tolstoy, Academician of the RAS (St. Petersburg);
T. Ya. Khabrieva, Academician of the RAS; A.R. Khokhlov, Academician of the RAS

Editorial Board:

A.I. Abdullin, Doctor of Law (Kazan); S.A. Avakyan, Doctor of Law; G.G. Arutyunyan, Doctor of Law (Armenia);
Wilfried Bergmann, Doctor of Law (Germany); Okko Behrends, Doctor of Law (Germany); N.A. Bogdanova, Doctor of Law;
M.M. Brinchuk, Doctor of Law; Bernd Wieser, Doctor of Law (Austria); A.N. Vylegzhanin, Doctor of Law;
E. Yu. Gracheva, Doctor of Law; A.A. Grishkovets, Doctor of Law; E.P. Gubin, Doctor of Law; V.N. Gutsulyak, Doctor of Law;
Ulrike Davy, Doctor of Law (Germany); Wang Jihua, Doctor of Law (China); A.G. Didenko, Doctor of Law (Kazakhstan);
V.V. Doroshkov, Doctor of Law; I.V. Ershova, Doctor of Law; V.N. Zhukov, Doctor of Law, Dsc in Philosophy;
S.V. Zapolsky, Doctor of Law; V.S. Kamenkov, Doctor of Law (Belarus);
Krisztina Karsai, Doctor of Law (Hungary); M.I. Kleandrov, Corresponding Member of the RAS (*Editor-in-Chief*);
N.V. Krotkova, PhD in Law (*Vice-Editor-in-Chief*); Kuang Zengjun, Doctor of Law (China);
Liu Hongyan, Doctor of Law (China); A.V. Mal'ko, Doctor of Law (Saratov); I.M. Matskevich, Doctor of Law;
E.I. Nosyreva (Voronezh); Plamen A. Panayotov, Doctor of Law (Bulgaria); T.A. Polyakova, Doctor of Law;
I.M. Ragimov, Doctor of Law (Azerbaijan); R.N. Salieva, Doctor of Law (Kazan);
L.V. Sannikova, Doctor of Law, Professor of the RAS; Paola Severino, Doctor of Law (Italy); G.S. Skachkova, Doctor of Law;
Yu. N. Starilov, Doctor of Law (Voronezh); Yanaki B. Stoilov, Doctor of Law (Bulgaria); A.A. Tedeev, Doctor of Law;
A.P. Fokov, Doctor of Law; Uwe Hellmann, Doctor of Law (Germany); V.M. Sherstyuk, Doctor of Law;
B.S. Ebzeev, Doctor of Law; V.V. Yarkov, Doctor of Law

Address: 10 Znamenka street, 119019 Moscow, Russian Federation
tel.: +7 (495) 691-87-34
e-mail: gospravo@igpran.ru
http://gospravo-journal.ru/

Moscow

© Russian Academy of Sciences, 2021
© Institute of State and Law of the RAS, 2021
© Editorial Board of "State and Law", 2021

СОДЕРЖАНИЕ

Номер 11, 2021

ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

Справедливость в парадигме философии права: аналитический обзор
В.И. Жуков 7

Истоки постмодерна о подлинном смысле и предназначении постправа
С.А. Бочкарёв 24

АНТРОПОЛОГИЯ И ПСИХОЛОГИЯ ПРАВА

З. Фрейд. Агрессия: между Эросом и Танатосом
В.Н. Жуков 37

ДИСКУССИИ И ОБСУЖДЕНИЯ

О предметной новизне неклассической философии права: продолжение диалога
А.В. Стовба 48

ПРАВА И СВОБОДЫ ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА

Государственная политика в отношении соотечественников, проживающих за рубежом: понятия и приоритеты
Н.В. Варламова, Т.А. Васильева, Н.В. Колотова, Е.А. Сорокина, В.И. Чехарина 55

ОХРАНА ОКРУЖАЮЩЕЙ СРЕДЫ

Специальный правовой режим природных ресурсов – основа природоресурсного права
М.М. Бринчук 66

ЦИФРОВАЯ ЭКОНОМИКА

Правовое регулирование применения цифровых технологий: теоретические размышления
В.К. Андреев 81

Изобретения, созданные программным обеспечением искусственного интеллекта: проблемы правоприменения
Е.А. Свиридова 90

ПРАВО И МЕДИЦИНА

Актуальные биоэтические проблемы и их правовое измерение
О.С. Капинус 100

Некоторые правовые проблемы соблюдения врачебной тайны в психиатрической практике
С.В. Полубинская, С.Н. Шишков 111

ПРАВО И МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОТНОШЕНИЯ

Proceeding on cases with the participation of foreign persons in International Procedure Law of Russia and Belarus (The end)
W.E. Butler, N. Yu. Erpyleva 123

Международно-правовой статус детей-солдат как участников вооруженных конфликтов
С.Е. Смирных 137

ЗА РУБЕЖОМ

«Молниеносная» кодификация гражданского права в Бельгии: Гражданский кодекс 2020 г.
Д. Хейрбаут, И.А. Котляр, О.Л. Лысенко 145

НАУЧНЫЕ СООБЩЕНИЯ

Теория налоговой обязанности в цифровую эпоху: перспективы исследования
О.И. Лютова 164

Соотношение частных и публичных начал в трудовом праве
Л.А. Ломакина 168

НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ

Правовая экспертиза: наука, практическое искусство или ремесло?
Обзор XXIII Международного научно-практического форума «Юртехнетика»
на тему «Правотворческая экспертология (доктрина, практика, техника)»
В.М. Баранов, М.В. Баранова, Н.В. Кроткова 173

История Российской Империи в контексте теоретико-правового анализа
(К 300-летию Российской Империи)
Н.С. Нижник, Л.А. Нудненко 186

КРИТИКА И БИБЛИОГРАФИЯ

К.В. Агамиров. Юридическое прогнозирование как фактор
совершенствования российской правовой системы
О.Ю. Рыбаков 196

ПЕРСОНАЛИИ

К юбилею И.А. Умновой-Конюховой – ученого, педагога,
общественного деятеля
Е.В. Алферова, И.А. Алешкова 199

ПОПРАВКИ

202

CONTENTS

Number 11, 2021

PHILOSOPHY OF LAW

Justice in the paradigm of the Philosophy of Law: analytical review
V.I. Zhukov 7

The origins of postmodernism about the true meaning and purpose of post-law
S.A. Bochkarev 24

ANTHROPOLOGY AND PSYCHOLOGY OF LAW

S. Freud. Aggression: between Eros and Thanatos
V.N. Zhukov 37

DISCUSSIONS AND DEBATES

On subject`s specificity of the non-classic Philosophy of Law: continuing of the dialogue
A.V. Stovba 48

RIGHTS AND FREEDOMS OF A MAN AND A CITIZEN

State policy concerning compatriots residing abroad: the concepts and priorities
N.V. Varlamova, T.A. Vasilieva, N.V. Kolotova, E.A. Sorokina, V.I. Chekharina 55

THE PROTECTION OF ENVIRONMENT

Special legal regime of natural resources – the basis of Natural Resource Law
M.M. Brinchuk 66

DIGITAL ECONOMY

Legal regulation of the use of digital technologies: theoretical reflections
V.K. Andreev 81

Inventions created by artificial intelligence software: problems of law enforcement
E.A. Sviridova 90

LAW AND MEDICINE

Current bioethical problems and their legal dimension
O.S. Kapinus 100

Some legal issues of medical privacy in psychiatric practice
S.V. Polubinskaya, S.N. Shishkov 111

LAW AND INTERNATIONAL RELATIONS

Proceeding on cases with the participation of foreign persons in International Procedure Law of Russia and Belarus (The end)
W.E. Butler, N. Yu. Erpyleva 123

International legal status of child soldiers as participants in armed conflicts
S.E. Smirnykh 137

ABROAD

“Lightning-fast” codification of Civil Law in Belgium: Civil Code 2020
D. Heirbaut, I.A. Kotlyar, O.L. Lysenko 145

SCIENTIFIC REPORTS

Theory of tax duty in the digital age: research prospects
O.I. Lyutova 164
The ratio of private and public beginnings in Labor Law
L.A. Lomakina 168

SCIENTIFIC LIFE

Legal expertise: Science, Practical Art or Craft?
Review of the XXIII International Scientific and Practical Forum "Yurtechnetics"
on the topic "Law-making expertise (doctrine, practice, technique)"
V.M. Baranov, M.V. Baranova, N.V. Krotkova 173
History of the Russian Empire in the context of theoretical and legal analysis
(To the 300th anniversary of the Russian Empire)
N.S. Nizhnik, L.A. Nudnenko 186

CRITICISM AND BIBLIOGRAPHY

K.V. Agamirov. Legal forecasting as a factor in improving the Russian legal system
O. Yu. Rybakov 196

PERSONALIA

To the anniversary of Irina A. Umnova-Konyukhova – scientist, teacher, public figure
E.V. Alferova, I.A. Aleshkova 199

ERRATA

202

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 11, с. 7–23
STATE AND LAW, 2021, № 11, pp. 7–23

ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

СПРАВЕДЛИВОСТЬ В ПАРАДИГМЕ ФИЛОСОФИИ ПРАВА: АНАЛИТИЧЕСКИЙ ОБЗОР

© 2021 г. В. И. Жуков

Институт государства и права Российской академии наук, г. Москва

E-mail: 89260715525@mail.ru

Поступила в редакцию 13.09.2021 г.

Аннотация. В статье анализируется процесс накопления знаний в области философии и права для создания гносеологической основы восприятия справедливости в парадигме философии права.
Аналитический обзор основан на анализе философских, теологических, исторических и других теорий с древнейших времён и до настоящего времени. В центре внимания автора – труды античных мыслителей, прежде всего Платона, его ученика Аристотеля, их последователей, римских авторов, сочинения учёных, создававших оригинальные концепции и обогащавших правоведение в Средние века, Новое и Новейшее время. Особое внимание при этом уделяется интерпретации теорий, приближавших науку к созданию теории справедливости в контексте философии права. Важное место в статье занимает анализ теорий справедливости права, разработанных крупнейшими учёными XX в. Дж. Роулсом, Х. Отфридом, Ф. фон Хайеком, Ф. Селзником и др.
Не оставлен без внимания вклад в развитие знаний о справедливости в парадигме философии права отечественных правоведов, советских учёных, крупнейших современных специалистов в этой сфере, в том числе В.Д. Зорькина, В.И. Хайруллина и др.
По итогам аналитического обзора сформулированы основные выводы и даётся авторское определение справедливости в формате философии права.

Ключевые слова: аналитический обзор, справедливость, философия права, правовые нормы, социально-гуманитарные науки.

Цитирование: *Жуков В.И.* Справедливость в парадигме философии права: аналитический обзор // Государство и право. 2021. № 11. С. 7–23.

DOI: 10.31857/S102694520017455-1

JUSTICE IN THE PARADIGM OF THE PHILOSOPHY OF LAW: ANALYTICAL REVIEW

© 2021 V. I. Zhukov

Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, Moscow

E-mail: 89260715525@mail.ru

Received 13.09.2021

Abstract. The author analyzes the process of accumulation of knowledge in the field of philosophy and law in order to create an epistemological basis for the perception of justice in the paradigm of the Philosophy of Law.
The analytical review is based on the analysis of philosophical, theological, historical and other theories developed from ancient times to the present. The author focuses on the works of ancient thinkers (first of all, Plato, his disciple Aristotle, their followers, Roman authors), the works of scientists who created original concepts and enriched jurisprudence in the Middle Ages, the new and the newest times. Special attention is paid to the interpretation of theories that brought science closer to the creation of a theory of justice in the context of the Philosophy of Law. The author also describes the theories of justice of law developed by the largest scientists of the XX century, J. Rawls, H. Otfried, F. von Hayek, Ph. Selznick, etc.

The article considers the contribution to the development of knowledge about justice in the paradigm of the Philosophy of Law made by the local legal scholars, Soviet scientists, the largest modern specialists in this field, including V.D. Zorkin, V.I. Khairullin, etc.
Based on the results of the analytical review, the main conclusions are developed and the author's definition of justice in the format of the Philosophy of Law is given.

Key words: analytical review, justice, Philosophy of Law, legal norms, social and humanitarian sciences.

For citation: *Zhukov, V.I. (2021).* Justice in the paradigm of the Philosophy of Law: analytical review // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 11, pp. 7–23.

Проблемы справедливости и права с древнейших времён и до наших дней относятся к тем областям науки, которые нашли отражение в творчестве выдающихся учёных всех времён и народов. Это относится к трудам философов, экономистов, теологов, политологов, социологов, словом, всех представителей социально-гуманитарного научного блока. Однако путь к современному пониманию справедливости в парадигме философии права был долгим.

Изучению процесса накопления знаний, необходимых для понимания теории справедливости в парадигме философии права, и посвящена данная статья.

I

В принципе, справедливость в переводе с латинского языка на другие, в т.ч. на русский,– это юстиция. Однако в таком широком диапазоне справедливость никогда не воспринималась. И потому в системе государственного управления стран мира есть министерства юстиции, но нет министерств справедливости.

Прежде всего следует определить, какой смысл философы, правоведы, социологи и экономисты вкладывали и вкладывают в понятие «справедливость».

Платон, например, делил греческие полисы на «справедливые» и «несправедливые». К первым он отнёс олигархию, тиранию и демократию. Причём при демократии усиливается власть денег, углубляется разрыв между бедными и богатыми. Более правильными и справедливыми Платон считал монархию и аристократию, а идеальным – государство, где господствовали справедливость, мудрость, мужество, обеспечивавшие всеобщее благо[1].

Как известно, в подлинниках до нас дошли только сочинения Платона[2], изучение которых позволило, например, М. Хайдеггеру заметить, что вся западная философия есть платонизм. Сам великий греческий мыслитель высказывался по поводу справедливости так: «Справедливо отдавать каждому должное. <...>. Справедливо никому ни в чём не вредить. <...>. Справедливость... – это то, что пригодно сильнейшему. <...>. Несправедливость... вызывает раздоры, ненависть, междоусобицы, а справедливость – единодушие и дружбу. <...>. Несправедливость никогда не может быть выгоднее справедливости»[3].

Аристотель, ученик Платона, считал справедливость важнейшим условием нормального функционирования государства и одной из величайших добродетелей[4]. Аристотель обосновал наличие двух видов справедливости – уравнительной и распределительной[5]. По Аристотелю, гражданин должен считать благо народа и государства более справедливым, чем своё личное. Богатство, как отмечал он, «портит людей, превращает их в спесивых и неприятных»[6].

К числу достоинств Аристотель относил добродетель и богатство и утверждал, что несправедливо предоставлять равное неравным людям. В рамках апологетики рабовладельческой демократии он писал: «Быть рабами и полезно, и справедливо»[7].

Одним, если не единственным, известным античным философом, утверждавшим не божественное, а земное происхождение справедливости, был Эпикур[8].

Распределительная справедливость досталась в наследство от Аристотеля всем, кто оправдывал феодальную, буржуазную и любую другую распределительную теорию справедливости для аргументации социального неравенства «по достоинству», исходя из того положения, которое человек занимал в обществе.

На заре цивилизации действовали два закона: уравнительное распределение добычи (продукции) и возмездие, равное по силе совершённому

[1] См.: *Платон.* Собр. соч.: в 4 т. М., 1994. Т. 3. С. 553.

[2] См.: *Платон.* Государство. Законы. Политик / предисл. Е.И. Темнова. М., 1998.

[3] Там же. С. 69, 75, 78, 93, 97.

[4] См.: *Аристотель.* Соч.: в 4 т. М., 1964. Т. 4. С. 147.

[5] См.: там же. С. 153.

[6] Там же. С. 134.

[7] Там же. С. 384.

[8] См.: Антология мировой философии: в 4 т. М., 1969. Т. 1. С. 358.

преступлению (закон талиона, от лат. *talio* – возмездие)[9]. Эти законы развития имели глубокие корни и в истории славяно-русской цивилизации воспринимались как справедливые.

С формированием теологических концепций сотворения мира и происхождения всего сущего на земле справедливость приобретала космическое, божественное происхождение. Этот дар Божий определял сущность справедливости как при родовом строе, так и позже, вплоть до феодализма.

В античные времена справедливость рассматривалась как «идеальный мировой порядок», который правит миром. Такой взгляд, в частности, был характерен для Гераклита Эфесского[10]. Но уже в это время было ясно, что само общество устанавливает не только справедливость, но и несправедливость. Наиболее точно эту мысль выразил Демокрит, который не только противопоставлял справедливость и несправедливость, но и утверждал: «Справедливость есть исполнение долга, несправедливость – неделание того, что должно»[11].

Идеализация справедливости характерна для взглядов Сократа, который считал её предметом, более драгоценным, чем «всякое золото»[12]. Так Сократ сформулировал цивилизационную мечту всех народов. Для него наибольшей ценностью были закон, естественные права человека и справедливость[13].

Со времён Сократа и эпохи софистов размышления о справедливости лежат в основе политических учений всех мыслителей независимо от времени, когда они открывали общественности и власти свои сокровенные мысли и обогащали человечество новыми знаниями. Для примера: Платон считал справедливость характеристикой всех добродетелей; Аристотель связывал справедливость с правом и считал её «регулирующей нормой политического поведения», а «равные должны иметь равное».

Одна из характерных черт римской цивилизации – восприятие справедливости как государственной гарантии, данной человеку Властью и Законом. Однако вплоть до наступления Нового времени справедливость оставалась философской категорией и наполнялась этическим смыслом. При этом следует заметить, что первые попытки перевести справедливость на язык правовых норм предпринял Цицерон, его произведения принято считать самыми ранними сочинениями, в которых обосновывалось различие между естественным правом, правами народов, правом римских граждан[14].

Видный специалист в области истории государства и теории права В.И. Хайруллин выделил в учении Цицерона 10 позиций, а именно: определение справедливости; основание справедливости; задачи справедливости; самоценность справедливости; справедливость и отношение к другим людям; качество справедливости; виды справедливости; справедливость как качество человека; справедливость и разрешение конфликтов; справедливость и несправедливость[15]. Более того, он обосновал такую систематизацию Цицерона и обстоятельно аргументировал каждый из 10 разделов[16], выделенных им из трудов Цицерона.

Сам Цицерон вряд ли предполагал, что его представления о справедливости, разбросанные в многочисленных трактатах, будут систематизированы и представлены читателю в форме теоретической концепции справедливости. Однако изложенные именно в парадигме философии, этики и права они подводят итоги накопления знаний и приближают к пониманию справедливости в формате философии права. На этой основе в эпоху гуманизма зародились все современные подходы к раскрытию содержания справедливости не только как философской, но и как политико-правовой категории.

В христианской традиции воплотились базовые идеи античных философов (от Платона, например, производен христианский постулат «возлюби ближнего своего как самого себя», от Аристотеля – уважение к «чужому благу», т.е. к частной собственности, и т.д.). В трудах философов средневековья преобладали идеи христианского смирения, справедливым считался «богоданный» уклад. Терпеть, а не ненавидеть – таков лейтмотив философии Августина Блаженного[17].

При этом следует заметить, что в эпоху Средневековья сокровищницей знаний была теология, а ведущими теоретиками – Фома Аквинский, Ж. Боден и, конечно, М. де Монтень, сочинения которого были опубликованы в СССР в 1981 г.[18]

---

[9] См.: *Румянцев А.М.* Возникновение и развитие первобытного способа производства. М., 1981. С. 184.

[10] См.: Материалисты Древней Греции: собр. текстов Гераклита, Демокрита и Эпикура / общ. ред. и вступ. ст. М.А. Дынника. М., 1955. С. 45.

[11] Там же. С. 158.

[12] История политических учений / под общ. ред. О.В. Мартышина. М., 2002. С. 44.

[13] Подр. см.: *Утяшев М.М.* Курс лекций по истории политических и правовых учений. Уфа, 1999. С. 62.

[14] Подр. см.: *Хайруллин В.И.* Категория справедливости в истории политико-правовой мысли. 2-е изд. М., 2020. С. 23–25.

[15] См.: там же. С. 25.

[16] См.: там же. С. 25–44.

[17] См.: *Августин Аврелий.* О граде Божьем. М., 1986. Кн. 1.

[18] См.: *Монтень М.* Опыты: в 3 кн. М., 1981.

С правоведческих позиций труды Монтеня привлекли внимание российских исследователей достаточно поздно – лишь в XXI в. Может быть, это связано с тем, что ни в одной работе Монтеня нет фразы «справедливость – это...». Но такой подход не встречается и в диалогах Цицерона, представления которого включают в себя, как уже отмечалось, 10 концептуальных характеристик справедливости. У Монтеня их насчитывается гораздо меньше – только пять: определение справедливости, справедливость и правосудие, справедливость и природа, справедливость как качество характера человека, справедливость и несправедливость[19]. В целом принято считать, что Монтень является основателем концепции справедливости как составной части правоведения.

В XVII–XX вв. о справедливости писали известные философы, теологи, политологи, историки, но концептуальное представление о ней с позиции права дают труды Г. Гроция, Т. Гоббса, Ш.Л. Монтескьё, Вольтера, Ж.-Ж. Руссо, П.А. Гольбаха, Д. Дидро, И. Канта, Г.В.Ф. Гегеля, В. фон Гумбольдта и др.

Одно из первых определений справедливости принадлежит Гроцию, который считал её высшим принципом общежития. Из справедливости, по Гоббсу, выводится само право, т.е. то, что не противоречит справедливости[20]. В противовес этому Гоббс полагал, что справедливость есть подчинение законам. По его мнению, справедливо то, что совершается в соответствии с правом[21], а несправедливое – это «противоречащее праву»[22].

По Дидро, справедливость – «это долг воздавать каждому то, что подобает»[23]. В представлении Руссо каждый закон должен основываться на равенстве и справедливости[24]. Кант был последователем сторонников справедливости и писал: «Если исчезнет справедливость, жизнь людей уже не будет иметь никакой ценности»[25]. Это выражение Канта в наше время воспринимается не как политико-правовой постулат, а как пророчество...

Гегель не считал справедливость правовой нормой или философской категорией. В его представлении это некая абсолютная идея, а величайшей несправедливостью воспринимал уничтожение частной собственности[26].

Последовательным сторонником Канта и противником Гегеля был В. фон Гумбольдт – видный правовед и государственный деятель. Только его достойным соперником считал мудрейший король дипломатов Талейран. Как теоретик права Гумбольдт разработал стройную теорию справедливости, в рамках которой выделяются четыре блока: справедливость и государство; справедливость и индивидуальное право; справедливость и практика правосудия; справедливость и пенитенциарная практика[27].

II

В русском языке этимология термина «справедливость» связывается со славянской корневой морфемой «правда», «правильный», «праведный» и в смысловом отношении означает то, что соответствует представлениям о правильном, т.е. справедливом. Сам термин «справедливость» впервые встречается в 1478 г., что зафиксировано в «Актах, собранных в библиотеках и архивах Российской Империи Археологической экспедицией Академии наук» (т. 1) (СПб., 1836)[28].

Этимологию термина «справедливость» глубоко и основательно отразила в своих исследованиях Н.В. Печерская, сотрудник Европейского университета в Санкт-Петербурге. Она отметила, что в XV в. термин «справедливость» встречается только один раз, однако в следующем столетии он упоминается в нескольких документах. Она же привела примеры из памятников письменной истории России, в т.ч. из дипломатической переписки XVII в.

В повседневный лексикон термин «справедливость» вошёл в XVIII столетии, что и отразилось в «Словаре Академии Российской» (1793), а ещё раньше – в «Немецко-латинском лексиконе», составленном Э. Вейсманом в 1731 г.

В «Словаре Академии Российской» даётся такое определение: справедливость – это «истина, точнее, справедливость мнения, повествования; сомневаться в справедливости чего-то; самая справедливость этого требует»[29]. Термин «справедливость» использовали М.В. Ломоносов, А.Н. Радищев, В.К. Тредиаковский, И.А. Крылов.

В перечисленных случаях справедливость употребляется в качестве добродетели, одной из этических характеристик человека. Семантическое понятие «справедливость» расширилось

---

[19] См. подр.: *Хайруллин В.И.* Указ. соч. С. 47–65.

[20] См.: *Гроций Г.* О праве войны и мира. М., 1956. С. 17.

[21] См.: *Гоббс Т.* Избр. произв. М., 1956. Т. 1. С. 261, 265, 282, 326 и др.

[22] Там же. С. 370.

[23] *Дидро Д.* Соч. М., 1939. Т. 7. С. 210.

[24] См.: *Руссо Ж.-Ж.* Об общественном договоре. М., 1938. С. 24–27.

[25] *Кант И.* Соч. М., 1965. Т. 4, ч. 2. С. 256.

[26] См.: *Гегель Г.* Философия религии. М., 1976. С. 113.

[27] См. подр.: *Хайруллин В.И.* Указ. соч. С. 70.

[28] См. подр.: *Печерская Н.В.* Метаморфозы справедливости: историко-этимологический анализ понятия справедливости в русской культуре // Полис. 2001. № 2 (61). С. 133.

[29] Там же.

в 30–70-х годах XIX в., став философской категорией, термином, употреблявшимся, как правило, в сочетании с уточнением «социальная справедливость».

Политико-идеологический смысл «справедливость» приобрела в лексиконе революционеров и стала широко использоваться для оценки строя, поведения государственных деятелей, в полемике с оппонентами.

Идеи социальной справедливости в России стали особенно популярными в первой трети XIX в., когда общественность познакомилась со взглядами молодых революционеров-демократов А.И. Герцена и Н.П. Огарёва.

Концептуально русское понимание социальной справедливости не исследовали ни А.И. Герцен, ни Н.П. Огарёв, ни Н.Г. Чернышевский, но их теория «крестьянского социализма» исходила из борьбы с несправедливостью. В их произведениях справедливость рассматривалась как цель революционных преобразований.

Последователями пропагандистов справедливости в России были лидеры анархизма М.А. Бакунин, П.А. Кропоткин, а наиболее крупным теоретиком концепции социальной справедливости – П.Л. Лавров[30], сторонник идей революционной демократии. Справедливость П.Л. Лавров понимал как «равноправие всех людей на все средства физического, умственного и нравственного развития»[31].

Во второй половине XIX в. начался процесс трансформации справедливости из области социальной философии в юриспруденцию, политико-правовое семантическое пространство. Справедливость и истина в одних случаях стояли в одном ряду при характеристике социальных явлений, в иных случаях они противопоставлялись. Так, в представлении Н.А. Бердяева уравнительная справедливость «парализовала любовь к истине»[32].

Не менее крупный мыслитель, современник Н.А. Бердяева Н.К. Михайловский, напротив, полагал, что «одной истины человеку мало – нужна ещё и справедливость»[33].

С обострением социальной проблематики («Кому на Руси жить хорошо?» Н.А. Некрасова – яркая иллюстрация) в справедливости стали испытывать потребность все слои общества.

Проблемы философии права наиболее обстоятельно изложены в трудах К.А. Неволина, Н.М. Коркунова, В.С. Соловьёва, Н.А. Бердяева, Б.Н. Чичерина, Н.Н. Алексеева и др[34]. Объединяющая эти работы характеристика – фактическое отождествление справедливости и правды, а также рассмотрение права и справедливости в тесной связи с нравственностью. «Искать правду, – замечал Н.А. Бердяев, – значит искать истину.., “высшую справедливость”»[35].

Особенность подхода отечественных учёных заключается в том, что в отличие от греческих, римских и других философов древности, а также авторов более поздних оригинальных теорий справедливости они уже в XIX в. рассматривали справедливость в двух ракурсах: как нравственную категорию, развивая взгляды зарубежных философов, и как правовую норму. Выполненный аналитический обзор позволяет заметить, что:

с **гуманитарной** точки зрения справедливость – это нравственный идеал и одна из самых распространённых и недосягаемых утопий;

в **философии** справедливость сводится к теоретическому обоснованию тех или иных мер распределения благ и привилегий;

в **экономике** справедливость – это совокупность статистических данных и критериев соответствия меры труда вознаграждению за его количественные и качественные результаты;

в **социальном** плане справедливость отражает разницу в доходах граждан трудоспособного возраста, пенсионном обеспечении, установлении размера пособий, способов социальной помощи и поддержки различных слоёв российского общества.

В отечественной литературе второй половины XIX в. широкое хождение имел термин «правда – справедливость»[36]. В академическом плане справедливость анализировалась одним из ведущих правоведов Б.Н. Чичериным, который не ограничивался термином «правда – справедливость» и, согласившись с определённым тождеством категорий «правда» и «справедливость», заметил: «Правда состоит именно в том, чтобы воздать

[30] См.: *Лавров П.Л.* Философия и социология: избр. произв.: в 2 т. / сост. и примеч. И.С. Книжника-Ветрова; вступ. ст. И.С. Книжника-Ветрова и А.Ф. Окулова. М., 1965 (Философское наследие).

[31] См.: там же. Т. 2. С. 314.

[32] *Бердяев Н.А.* Философская истина и интеллигентская правда // Вехи: сб. ст. о русской интеллигенции. Репринт изд. 1909 г. М., 1990. С. 17.

[33] *Михайловский Н.К.* Соч. СПб., 1897. Т. 4. С. 430.

[34] См.: *Неволин К.А.* Энциклопедия законоведения. СПб., 1997 (впервые опубликована в 1839 г.); *Коркунов Н.М.* Проблемы права и нравственности // Русская философия права. 2-е изд., доп. СПб., 1999; *Соловьёв В.С.* Спор о справедливости // Вестник Европы. 1894. № 4; *Бердяев Н.А.* Самопознание. М., 1991; *Чичерин Б.Н.* Философия права. СПб., 1998; *Алексеев Н.Н.* Идея справедливости // Русская философия права. 2-е изд., доп. СПб., 1999; и др.

[35] *Бердяев Н.А.* Самопознание. С. 391.

[36] Росс. юстиция. 1999. № 9. С. 9, 10.

каждому должное», но при этом учитывать «всё разнообразие внешних условий и обстоятельств»[37]. При этом Б.Н. Чичерин в отличие от многих своих коллег не отождествлял юридическое понятие справедливости с философской трактовкой нравственной справедливости[38]. Справедливым было и обоснование русскими учёными того, что справедливость – это не юридическая константа, имеющая «значение для всех времён и для всех условий»[39]. Для них было очевидным, что создание всеобщей формулы справедливости столь же невозможно, как невозможно одинаковое решение математических задач[40]. Из этого вытекает понятный для русской философии права вывод: «Справедливость... есть... истинная мера относительного достоинства ценностей»[41]. Что понималось под относительным достоинством и каких именно ценностей ни в первом, ни во втором издании «Русской философии права» не говорилось.

С появлением и распространением в России марксизма справедливость наполнилась революционным содержанием и стала одним из главных лозунгов борьбы за справедливую оплату труда, за справедливость в правах, за справедливое отношение к женщине и её правам и т.д. Социалистический лозунг «От каждого по способностям, каждому по труду» соответствовал марксистко-ленинским представлениям лишь на первой стадии, на стадии построения социализма. Достижение идеальной справедливости связывалось с построением коммунизма.

К. Маркс и его российские последователи видели воплощение истинной справедливости лишь в коммунизме. Для характеристики социального неравенства особенно часто употребляются такие понятия, как «несправедливые доходы и налоги», «несправедливые законы», «несправедливое судопроизводство», «несправедливый строй» и т.д.

С юридической точки зрения сопоставления финансово-экономической, налоговой и других видов справедливости не имеет смысла: в законах закреплены лишь интересы господствующего класса и его политических партий. Всё остальное относится к области политической демагогии и пропагандистского лукавства. Термин «юридическая справедливость» – всего лишь политический лозунг, неотражающий равные права человека. Выражением законности справедливость быть не может, а случаи, когда восклицают: «справедливость восторжествовала», – встречаются, но не как правовая норма, а как исключение из общего правила. Справедливость стала привилегией отдельных личностей или их групп.

Обстоятельный анализ советской модели справедливости дали Г.В. Мальцев[42], А.И. Экимов[43] и ряд других исследователей, среди которых выделяется научное творчество М.И. Козлова[44]. Проанализировав первые декреты Советской власти, М.И. Козлов пришёл к обоснованному выводу о том, что в них «закреплялась идея социальной справедливости, понимаемая как утверждение в советском обществе культа труда, исключение возможности гордиться нажитым за чужой счёт, сплочение людей труда перед разъединяющей силой денег, вражды и ненависти»[45]. При этом было очевидным, что полного равенства при социализме быть не может. Об этом предупреждал В.И. Ленин[46]. Это подтвердила и практика советского строительства. На этапе «развитого социализма» (Л.И. Брежнев) и в годы «перестройки» (М.С. Горбачёв) стяжательство, мздоимство и другие пороки приобрели чудовищные размеры, углубили и расширили социальное и имущественное расслоение.

Радикальные и либеральные реформы в 90-х годах XX в. в России начинались под лозунгом борьбы за социальную справедливость, отмену привилегий, что и получило массовую поддержку населения. Лично Б.Н. Ельцин возмущался той роскошью, которой окружила себя чета Горбачёвых.

В представлении М.И. Козлова «социальная справедливость есть социально-философская категория для обозначения фактического состояния общественных отношений, отображаемых в общественном сознании с точки зрения их соответствия представлениям людей о должном социальном порядке, обеспечивающем свободное развитие, достойный уровень и качество жизни всех граждан»[47].

Ограниченность взгляда на социальную справедливость объясняется философской направленностью его диссертации, монографии и многочисленных статей, в связи с чем социально-правовая категория «справедливость» лишилась ряда только ей присущих политических, социологических, экономических, правовых и других черт. Как междисциплинарная категория «справедливость» не может

---

[37] *Чичерин Б.Н.* Указ. соч. С. 165.

[38] Там же. С. 160, 161.

[39] Русская философия права. 2-е изд., доп. СПб., 1999. С. 408.

[40] См.: там же.

[41] Там же. С. 407.

[42] См.: *Мальцев Г.В.* Социальная справедливость и право. М., 1977.

[43] См.: *Экимов А.И.* Справедливость и социалистическое право. Л., 1980.

[44] См.: *Козлов М.И.* Социальная справедливость в контексте русской традиции. Архангельск, 2010. С. 114–138.

[45] Там же. С. 123.

[46] См.: *Ленин В.И.* Полн. собр. соч. Т. 33. С. 92.

[47] *Козлов М.И.* Указ. соч. С. 184.

иметь краткого определения. Она носит интегрирующий характер, характеризуя не только междисциплинарные связи, но и пересекает предметные поля самостоятельных областей знаний. Наибольшим аналитическим потенциалом для изучения общества и государства она обладала в формате философии и права, т.е. в том ракурсе, в котором она менее всего изучена.

Это относится не только к работам М.И. Козлова, но и к ряду других исследований[48].

В социальной философии XXI столетия уже нередко встречаются труды, объективно раскрывающие теорию справедливости, разработанную К. Марксом, Ф. Энгельсом, В.И. Лениным и другими представителями марксизма. Справедливость стала связываться с социально-экономическими законами развития капиталистического общества, в связи с чем Ф. Энгельс, например, писал: «Справедливость всегда представляет собой лишь идеологизированное... выражение существующих экономических отношений либо с их консервативной, либо с их революционной стороны»[49]. В марксизме справедливость играет инструментальную, рассчитанную на революционные преобразования общественного строя роль. Справедливость использовалась В.И. Лениным, а затем и всеми другими политиками, в т.ч. либералами, как мощное пропагандистское оружие, как эффективный инструмент влияния на формирование гражданской позиции.

Время показало, что борьба за справедливость – эффективное средство борьбы за власть. Вслед за этим, как правило, получившие власть утверждают несправедливость в ещё больших масштабах. Например, советские привилегии, с которыми боролись Б.Н. Ельцин и его сторонники, трансформировались в демократической России в чудовищную по своим масштабам несправедливость и бесправие.

Советские учёные, исповедовавшие принцип историзма, объективно считали, что «справедливость – это категория нравственного и правового сознания, ориентированная на оценку социальных институтов и деятельность субъектов общественной жизни путём их соотнесения с... нормами морали и права»[50]. Заметим, что справедливость – это не только категория сознания. Это и лозунг, отражающий уровень социальной несправедливости, реакцию на степень социального неблагополучия и обладающий колоссальным протестным потенциалом. В арсенале способов борьбы за власть справедливость обладает эффективным революционным потенциалом.

При мудром, дальновидном и ответственном правлении та же справедливость становится инструментом социального согласия, общественной стабильности и политической устойчивости. Карательные возможности у авторитарного государства есть, но срок и способы их применения ограничены по времени и неизбежно ведут к серьёзным катаклизмам.

Справедливая борьба с бедностью, социальным имущественным неравенством не менее важна, чем либеральное понимание справедливости как гаранта свободы личности, и особенно важна как этическая норма.

III

Во второй половине XX столетия западноевропейская цивилизация испытывала давление по линии несправедливого соотношения между трудом и уровнем его оплаты. Противоречия между трудом и капиталом обострились до опасной черты. Проблема гармонизации противоречий породила всплеск философского интереса к проблеме справедливости, способам консолидации гражданского общества.

Философы нуждались в новых идеях и лидерах. Ими стали Дж. Роулс, О. Хёффе и ряд других исследователей. Например, Хёффе принадлежит следующее высказывание: «Там, где в природе царит изобилие, там справедливость становится безработной.., но не полностью»[51]. При этом нетрудно заметить, что среди ученых можно выделить юристов, занимающихся философией, и философов, интенсивно изучающих право. Все вместе взятые они составляют интеллектуальное ядро обширной области знаний – философии права.

Первым трудом по проблемам социальной справедливости было фундаментальное исследование, написанное не философом и не правоведом, а экономистом Ф. фон Хайеком, вышедшее в 1970 г. под названием «Иллюзия социальной справедливости».

Самым крупным произведением, своего рода манифестом либерально-демократического взгляда на феномен справедливости, стал фундаментальный труд президента Американской ассоциации политических и социальных философов Дж. Роулса «Теория справедливости», вышедший в 1971 г. в издательстве Гарвардского университета[52].

---

[48] См.: *Бербешкина З.А.* Справедливость как социальная философская категория. М., 1983; *Гусейнов А.А.* Введение в этику. М., 1985; *Канарш Г.Ю.* Социальная справедливость: философские концепции и российская ситуация. М., 2011; *Гусейнов А.А., Апресян Р.Г.* Этика: учеб. М., 1998; и др.

[49] *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. 18. С. 273.

[50] *Козлов М.И.* Указ. соч. С. 25.

[51] *Хёффе О.* Справедливость: философское введение / пер. с нем. О.В. Кильдюшова под ред. Т.А. Дмитриева. М., 2007. С. 36.

[52] См.: *Rawls J.* A Theory of Justice. Harvard University Press, 1971. В отечественной переводной литературе и публицистике встречаются два перевода фамилии автора на русский

Работа Роулса вышла в то время, когда в США активизировалась борьба за гражданские права, равенство полов и рас, равный доступ к образованию. Многолюдными были демонстрации против военных авантюр, активизировались молодёжные и другие движения.

«Справедливость, – пишет Роулс, – это первая добродетель общественных институтов, точно такая же, как истина – первая добродетель систем мысли»[53]. Развивая свою мысль, он далее замечает: «Законы и институты... должны быть реформированы или ликвидированы, если они несправедливы»[54].

Роулс не замечает, что справедливых законов даже в идеале не бывает: они всегда закрепляют права одной части населения – меньшей и бесправие другой – большей. В редких случаях ситуация бывает противоположной. Например, все декреты Советской власти отвечали запросам большинства населения и носили принудительный характер для меньшинства. Роулс не рассматривал «справедливость институтов и социальных практик вообще», его не интересовали «отдельные случаи справедливости международного права и отношений между государствами»[55]. Его цель – «сформировать разумную концепцию справедливости как базовой структуры общества»[56].

Странным является то, что Дж. Роулс много внимания уделил античным философам, но крайне редко обращался к творчеству крупнейшего философа, экономиста и социолога К. Маркса. В частности, в своём фундаментальном труде на с. 233, 292, 293 Роулс упоминает Маркса, при этом ссылки на труды последнего на с. 292 и 293 даются в примечаниях к разделу. Между тем главным оппонентом теории справедливости Дж. Роулса является именно К. Маркс и вытекающая из его учения практика воплощения принципов справедливости в СССР и странах социалистического лагеря.

Дж. Роулс ставил своей целью создание «концепции справедливости, которая обобщает до более высокого уровня абстракции знакомую теорию общественного договора»[57]. На уровне абстракции эта цель достигнута. При таком условии возникает «справедливость как честность»[58].

Обновление либеральной концепции сводится к следующему постулату Дж. Роулса: «То, что некоторые должны иметь меньше, чтобы остальные процветали, может быть и рационально, но не справедливо. Но нет никакой несправедливости в больших преимуществах, заработанных не многими, при условии, что менее удачливые тем самым улучшают своё положение»[59]. По его мнению, для восприятия этих принципов люди должны быть равными и свободными, а все ценности (равенства возможностей, доходы, свобода и т.д.) нужно ровно распределять, хотя наличие самого неравенства Дж. Роулс не считал несправедливостью[60].

Действительно, полного равенства никогда не было и не будет: таковы законы природы и так устроено любое общество. Всегда были и будут образованные и малограмотные, умные и глупые, высокие и низкорослые и т.п. Нет равенства и в богатстве. Здесь важно знать, каким путём разбогател человек, и насколько справедливо он распоряжается состоянием.

Приоритет справедливости по отношению к другим ценностям, полагает Дж. Роулс, «обеспечивается тем, что интересы, требующие нарушения справедливости, не имеют ценности»[61]. Он как бы забывает, что нарушение справедливости допускают силы, обладающие финансовой, административной или иной мощью. Они меньше всего озабочены тем, чтобы справедливость стала более высокой ценностью, чем их интересы. Это понимает и сам Дж. Роулс, когда пишет: «Справедливость как честность оценивает социальную систему... с позиции равного гражданства и различных уровней в доходах и богатстве»[62]. Но разница в доходе и богатстве делает парадоксальным утверждение Роулса о гражданском равенстве. Для него, как апологета либерального общества, особенно важно то, что «люди в исходном положении знают, что... обстоятельства справедливости существуют»[63].

Знать о существовании принципов и иметь возможность пользоваться ими – и как теоретические постулаты, и как нормы жизни – явления разные. Они декларативны, но доступны лишь для какой-то части общества. Утопичны и сами условия воплощения в жизнь теории справедливости, которые, по мысли философа, «состоят в публичном утверждении... уважения друг друга»[64]. Возможно ли достичь уважения друг к другу, показывают

язык – Ролз и Роулс. Автор придерживается точного перевода фамилии известного учёного на русский язык – Роулс.

[53] *Роулс Дж.* Теория справедливости / пер. с англ.; науч. ред. и предисл. В.В. Целищева. 2-е изд. М., 2010. С. 19.

[54] Там же.

[55] Там же. С. 23.

[56] Там же.

[57] Там же. С. 25.

[58] Там же. С. 26.

[59] Там же. С. 28.

[60] См.: там же. С. 67.

[61] Там же. С. 41.

[62] Там же. С. 95.

[63] Там же. С. 121.

[64] Там же. С. 159.

события в США, масштабные протесты почти во всех европейских государствах и даже в России.

Трудно согласиться и с тем, что «социальная система формирует желания и устремления, которые появляются у людей»[65]. Напротив, не удовлетворяющая элементарные желания людей социальная система есть источник социального протеста и одна из главных причин политических перемен. Но это обстоятельство, в принципе, не отвергает утверждение о том, что в идеале «справедливость является первой добродетелью социальных институтов»[66].

Любая апологетика – либеральная либо неолиберальная – оторвана от реальных потребностей общества. Не стала исключением и теория справедливости Дж. Роулса: модернизация старых идей и введение в научный оборот новых аспектов не повлияли на восприятие его учения. Оно консервативно-охранительное.

После выхода в свет каждой книги Дж. Роулса на него в буквальном смысле обрушивался вал критики.

О её субъективном и предвзятом характере можно судить по тому, что одна часть философов обвиняли его в чрезмерном «кантианстве», другая – в отказе от базовых идей. Тем не менее критика сыграла положительную роль: под её влиянием Дж. Роулс углубил и расширил проблематику своих исследований, и если в главном труде есть лишь признаки философии права, то в 80-х годах XX в. он уже рассматривает справедливость в парадигме права. Так, в 1988 г. вышла в свет книга Дж. Роулса «Приоритет права и идеи блага». Моральный аспект, преобладавший в его первом фундаментальном труде, дополнился и даже уступил место политической теории справедливости. Справедливость стала связываться с политическим порядком, т.е. правопорядком.

Наглядное представление о направлениях, в которых критика взглядов Дж. Роулса развивалась, дают публикации Ю. Хабермаса, одна из которых специально посвящена анализу представлений Дж. Роулса о политическом либерализме[67]. Не вдаваясь в сугубо философские дебаты, заметим, что Хабермас подверг справедливой критике то обстоятельство, что Роулс не уделял должного внимания всем аспектам правового регулирования как одному из инструментов обеспечения справедливости[68].

Комментируя взгляды Дж. Роулса на принудительное право, Ю. Хабермас заметил: «Именно средствами позитивного и принудительного права легитимно регулируется сосуществование граждан политической общности», и это право, с его точки зрения, требует повышения роли «политического законодателя»[69]. По мысли Хабермаса, «теория морали права в сравнении с теорией справедливости Дж. Роулса и скромнее её, и менее скромна в одно и то же время»[70]. Из этого замечания отчётливо просматриваются как философские, так и правовые воззрения Ю. Хабермаса. По этой причине ему отдают должное как философы, так и правоведы.

Философский арсенал теории справедливости Дж. Роулса детально проанализирован не только зарубежными, но и российскими учёными (М.И. Козловым, Т.А. Алексеевой, Н.С. Литвиненко и др.). В частности, Н.С. Литвиненко сумела выделить в творчестве Дж. Роулса главное, а именно разработку им особого рода концепции, которая отразила стремление людей к счастью, но не отождествляла счастье с суммой благ, выпадающих на долю большинства членов общества[71]. Действительно, Дж. Роулс предложил создать модель сообщества рациональных и заинтересованных лишь в самих себе индивидов, вовлечённых в определенного рода деятельность[72], что, в частности, и произошло в России.

Т.А. Алексеева провела глубокий анализ теории справедливости Дж. Роулса и изложила свои оценки и выводы в монографии и ряде публикаций[73]. По её мнению, Дж. Роулс разработал «процедурный метод обеспечения права»[74], а конструктивистская структура его теории соответствует традициям «общественного договора». Т.А. Алексеева обратила внимание на два оригинальных принципа справедливости, сформулированных Дж. Роулсом:

«1. Все люди обладают равными правами на максимально большую совокупность основных свобод, совместимых с аналогичной системой свобод для всех.

2. Социальное и экономическое неравенство должно регулироваться таким образом, чтобы: а) оно было направлено к наивысшей выгоде наименее преуспевающих; б) институты и положения в обществе должны быть открытыми для всех при условии

---

[65] *Роулс Дж.* Указ. соч. С. 233.

[66] Там же. С. 506.

[67] См.: *Хабермас Ю.* Примирение через публичное употребление разума. Замечания о политическом либерализме Джона Роулса // Вопросы философии. 1994. № 10. С. 53–67.

[68] См.: там же. С. 65.

[69] Там же.

[70] Там же.

[71] См.: *Литвиненко Н.С.* Концепция справедливости Джона Роулса // Логос. 2006. № 1 (52). С. 26, 27.

[72] См.: там же. С. 27.

[73] См., напр.: *Алексеева Т.А.* Справедливость. Морально-политическая философия Джона Роулса. М., 1992; *Ее же.* Джон Роулс и его теория справедливости // Вопросы философии. 1994. № 10. С. 26–37.

[74] *Алексеева Т.А.* Справедливость. Морально-политическая философия Джона Роулса. С. 28.

честного соблюдения равенства возможностей»[75]. Два принципа справедливости, по определению Дж. Роулса, должны опираться на механизмы функционирования, на четыре правительственных органа: по контролю за накоплением ресурсов, стабилизации, трансферу и распределению[76].

Как полагает Т.А. Алексеева, ранние работы Дж. Роулса «представляют значительно больший и теоретический, и практический интерес, чем его поздние труды»[77], с чем трудно согласиться, поскольку в ранних работах теоретизирование носило исключительно философский характер, а в работах 80-х годов выделяется прагматическая часть. Справедливость рассматривается в контексте политической философии. До философии права оставался один шаг, но сделали его не западные, а отечественные учёные.

Тем не менее заслуги Дж. Роулса исключительно велики. Не случайно Билл Клинтон в 1999 г. наградил Дж. Роулса Национальной медалью «За достижения в области гуманитарных наук». Но с точки зрения философии права работа Дж. Роулса особого интереса не представляет, а в дискуссиях о её достоинствах и недостатках отечественные правоведы заметного участия не принимают.

Апологетические традиции философской науки США, как, очевидно, и других стран, сильны. Об этом, в частности, свидетельствует правовая теория общественной «коммунитарной» справедливости, предложенная Ф. Селзником в 90-х годах XX столетия.

Учитывая нарастающую в мире нестабильность, перерастание разногласий и конфликтов в противоборство, включая военное, внутреннюю разбалансированность интересов, Селзник замечает, что справедливость как принцип ограничения обладает моральными и правовыми аспектами единого целого. По его мнению, с моральной точки зрения речь о справедливости не может идти, если при этом не говорится о человеческом достоинстве, доверии, верности, уважении и рациональном мышлении[78].

Поскольку единой абсолютной модели справедливости нет, то справедливое правоведение, как замечает Селзник, охватывает «целый комплекс взаимосвязанных переменных величин» и исходит из общих принципов:

обоснованность претензии на те или иные права должна быть основана на том, что предусмотрено законом или обычаем;

оправданность, которая предполагает, что при лишении лица прав или собственности предлагаются обоснования этого действия;

равенство, обязывающее рассматривать похожие дела в одинаковых условиях;

беспристрастность, исключающая предвзятость и корыстолюбие;

пропорциональность, т.е. распределение благ и назначение меры ответственности с учётом соответствующих различий;

взаимность, соблюдение равновесия при определении взаимных обязательств лиц или сторон;

возмещаемость за понесённые потери;

необходимость, понимаемая как осознание того, что является необходимым для поддержания жизни на минимально приемлемом уровне;

заслуженность, взвешенность заслуг или вины каждой стороны;

причастность каждого члена общества к существующим в нем, обществе, основным правам[79].

Ф. Селзник понимает, что разнообразие принципов не обеспечивает их гармоничное, тем более комплексное использование. Более того, он считает, что между принципами в ходе их применения неизбежны конфликты, сгладить которые можно на интегральной основе тех качеств, которые заложены в справедливости, а это – открытость, терпение, диалог, баланс ценностей[80].

Ф. Селзник справедливо полагает, что в основе всех принципов справедливости должна лежать объединяющая их цель – иерархия интересов и распределение власти в обществе. Поскольку конфликты в любом обществе, где есть частная собственность, неизбежны и для их разрешения нет единого и только одного алгоритма, то рассчитывать на то, что справедливость ведёт общество к моральному совершенству, не следует. Этическое начало справедливости есть только в парадигме философского осмысления феномена. Абстрактные принципы справедливости воплощаются в реальной жизни только на базе права, превращавшего иллюзии в реальность. Внутренней, имманентно присущей связи между моралью, нравственностью и правом нет.

---

[75] *Алексеева Т.А.* Справедливость. Морально-политическая философия Джона Роулса. С. 28, 29.

[76] См.: там же. С. 30.

[77] Там же. С. 37.

[78] Подр. см.: *Хайруллин В.И.* Указ. соч. С. 97.

[79] См.: *Хайруллин В.И.* Что такое «коммунитарная справедливость» // Государство и право. 2007. № 9. С. 93–96.

[80] Подр. см.: *Хайруллин В.И.* Категория справедливости в истории политико-правовой мысли. С. 98–100.

По моральным основаниям то или иное деяние может быть оправдано, а может быть осуждено. Объективность справедливости придаёт принцип законности, который в большей степени обеспечивает восприятие справедливости, чем принцип правового позитивизма, сочетающего мораль и право. Правовой позитивизм обеспечивает простор для философских рассуждений, но в философии права справедливость опирается на правовые нормы:

суды должны быть беспристрастными;

никто не должен извлекать выгоду, совершив правонарушение;

прецеденты должны учитываться, а не тиражироваться как универсальные способы достижения справедливости;

недостоверные улики должны быть устранены[81].

Как нравственная категория справедливость должна как бы подталкивать к правосудию, но связь между ними не постоянна, а переменна. Временами этой связи нет вообще, и тогда открывается большой простор для бурной деятельности как разнонаправленных политических сил, так и разноречивых СМИ. Там, где нет справедливости, пышным цветом злоупотреблений властью покрывается всё общественно-государственное пространство.

В концепции Ф. Селзника определённое место занимает и «репрессивное право», которое делает легитимным господство определённых политических, экономических, религиозных и других элит. Охранительная функция, т.е. защита политической системы, есть главное назначение репрессивного права. Вводимое Селзником понятие «автономное право» означает создание правопорядка, основанного на беспристрастном суде, уважении прав человека и гражданина. Субординация между репрессивным и автономным правом сложилась на заре развития цивилизации: первое есть основа легитимного произвола, второе представляет собой юридический лозунг. Селзник прав в том, что есть ещё «функциональное право». Оно находится в руках представителей административно-правовой системы и означает «ручное» манипулирование поведением и действиями правовых институтов, в т.ч. судов, правоохранительных органов, системы исполнения наказаний и т.д. Было бы странным, если бы законодательство всех стран, где господствует частная собственность, служило всему обществу, отвечало интересам справедливости, а не интересам господствующих сил.

Таким образом, для западной традиции характерно постоянное внимание к проблемам справедливости, но научный поиск продолжается в рамках философии, этики, политики, экономики, но не в формате философии права.

IV

В современном правоведении наблюдается естественный процесс развития теорий, разработанных отечественными учёными как досоветского, так и советского, а также российского периодов.

Особое место в разработке концепции справедливости в формате философии права занимает творчество В.И. Хайруллина и В.Д. Зорькина: в первом случае в формате монографии и целого ряда статей, во втором – в форме лекций для юристов высокой квалификации.

Среди современных российских исследователей выделяется работа талантливого учёного, д-ра филол. наук В.И. Хайруллина, специалиста в области языка и права, который, не будучи юристом, написал книгу «Категория справедливости в истории политико-правовой мысли», вышедшую вторым изданием в 2020 г. Это – одна из первых, если не первая, работа, посвящённая категории справедливости в парадигме теории и истории права и, безусловно, единственная монография, написанная в формате философии права.

В.И. Хайруллин поставил проблему «взаимосвязи, взаимодействия и взаимозависимости права и справедливости» как объекта внимания правоведов, мыслителей и философов[82]. В таком контексте – взаимосвязь, взаимодействие, взаимозависимость и право – правоведов и философов интересовала в редких случаях. Справедливость, действительно, была и остаётся объектом исследования с древнейших времён и до наших дней. Первоначально основное внимание уделялось описанию божественной природы справедливости, основательно изучались этические стороны справедливости.

Не все подходы В.И. Хайруллина к изложению теории справедливости бесспорны. Так, в одном из его исследований можно прочитать о том, что в отношении справедливости есть две основные «“диаметрально противоположные” точки зрения..: 1) справедливость едина во все эпохи и для всех народов, она неизменна; 2) у каждого времени и для каждого народа своё понимание её сущности и содержания; справедливость есть переменная величина»[83]. В каждой из этих концепций, по

[81] Подр. см.: *Хайруллин В.И.* Категория справедливости в истории политико-правовой мысли. С. 100, 101.

[82] См.: там же. С. 5.

[83] Там же.

его мнению, «сталкиваются взгляды двух учений, а именно теории естественного и позитивного права»[84].

В отчётливо выраженной форме эти две выделенные исследователем позиции (вопреки сделанному им выводу) не встречаются, но одно наблюдение бесспорно: учёные занимаются проблемами справедливости не менее двух тысяч лет[85]. Главная особенность указанной работы – трактовка понятия «справедливость» с позиции права, «с точки зрения истории учений о праве»[86]. В.И. Хайруллин ставит в один ряд такие принципы, как «справедливость, нравственность, гуманизм»[87].

Очевидно, не всё законное может быть справедливым, и не всё справедливое отражено в законе и правоприменительной практике. С этой точки зрения весьма странным представляется суждение о справедливости как законе, устанавливающем преграды и запреты[88]. С позиции права справедливость в именительном падеже в базовых законах, прежде всего в Конституции РФ, не встречается, а в Кодексах (Уголовном, Гражданском и др.) употребляется в качестве характеристики правовых норм с использованием её в качестве наречия (справедливо) или прилагательного (справедливый). Самое широкое распространение термин «справедливость» и созданные на его основе однокоренные слова получил в политике, программе всех политических партий, одна из которых даже именует себя «Справедливая Россия – За правду».

Юридическое качество справедливость приобретает только тогда, когда достигается соответствие установленных законом норм с практикой их применения. Во всех остальных случаях справедливость – это не юридическая категория, а некая идеальная ценность, обладающая мощным идеологическим потенциалом и обслуживающая масштабное пространство распределительных отношений.

Именно с этой точки зрения отсутствия справедливости преподаватели вузов и других образовательных учреждений квалифицируют исчисляемую в сотнях тысяч и даже десятках миллионов рублей заработную плату ректоров государственных вузов.

С морально-этической точки зрения справедливость – критерий социально здорового общества, который определяет, насколько защищены права человека и его достоинства в той мере, в которой это отражено: а) в законодательстве; б) обеспечивается правоприменительной практикой и в) вытекает из менталитета народа, бытового представления в обществе в отношении того, что справедливо, а что – нет.

а) Международное право, в частности Устав Организации Объединённых наций, признаёт справедливость мирового правопорядка и международного сотрудничества. Начиная с таких документов, как Всеобщая декларация прав человека (10.12.1948 г.), Устав Совета Европы (05.05.1945 г.), Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод (04.11.1950 г.), и до решений X Конгресса ООН, который сформулировал ответы на основные вызовы XXI в. (15.04.2008 г.), в других актах международного права справедливость наравне с нравственностью и гуманизмом провозглашается важнейшим принципом общечеловеческой значимости.

В таком же духе справедливость закреплена в национальном законодательстве стран независимо от установившейся в них формы правления – демократия, автократия, монархия, диктатура или что-то иное. Например, в Советском Союзе, начиная с Декларации прав трудящегося и эксплуатируемого народа и далее во всех Конституциях СССР (1924, 1936 и 1977 гг.) и в Конституции РФ 1993 г. справедливость декларируется в духе международного права и обязательных для исполнения норм. В Конституции РФ с учётом поправок, одобренных общероссийским голосованием 1 июля 2020 г., место справедливости конституционного строя России закреплено многими статьями прямого действия. В частности, ч. 1 ст. 17 гарантирует «права и свободы человека и гражданина»; ч. 1 ст. 19 устанавливает равенство всех «перед законом и судом»; ч. 1 ст. 21 указывает, что «достоинство личности охраняется государством». И хотя в тексте Конституции РФ термин «справедливость» не упоминается, гл. 2, её статьи от 17 до 64, как и многие другие, направлены на конституционное закрепление её в качестве базовой правовой нормы. Такие элементы справедливости, как гласность, открытость, равенство перед судом и законом, неприкосновенность жилища и личности, оказание грамотной юридической помощи и многое другое в тексте Конституции РФ выражены чётко и ясно.

Уголовное законодательство использует термин «справедливость» как правовую категорию. Так, в ст. 6 УК РФ записано: «1. Наказание и иные меры уголовно-правового характера, применяемые к лицу, совершившему преступление, должны быть справедливыми, т.е. соответствовать характеру и степени общественной опасности преступления, обстоятельствам его свершения и личности виновного». Упоминание в форме требования соблюдать

[84] *Хайруллин В.И.* Категория справедливости в истории политико-правовой мысли. С. 5, 6.

[85] См.: там же. С. 6.

[86] Там же.

[87] Там же.

[88] См.: там же. С. 15.

добросовестность, разумность и справедливость есть и в Гражданском кодексе РФ.

б) Отсутствие в Конституции РФ чёткого определения справедливости как юридической нормы усиливает роль правоприменительной деятельности в обеспечении справедливого судопроизводства, повседневной деятельности органов правопорядка и прокурорского реагирования в случаях, когда справедливость не обеспечивается органами власти или должностными лицами. Именно в этой сфере несоблюдение принципа справедливости стало заметной характеристикой деятельности правоохранительных органов, в т.ч. суда, прокуратуры, системы исполнения наказаний и т.д.

в) СМИ, особенно электронные, изобилуют примерами нарушения сложившихся в обществе и закреплённых законодательством правовых норм, вопиющего неравенства граждан перед законом и судом. Справедливость – главный дефицит в деятельности органов власти, а несправедливость, допускаемая чиновниками, есть главный источник формирования протестных настроений и действий.

В массе своей население недовольно сотнями миллионов вознаграждения за труд топ-менеджеров государственных корпораций, уродливыми формами финансовой поддержки отечественными олигархами зарубежных спортивных клубов, возмущены вызывающей демонстрацией той роскоши, которую демонстрируют они сами, и особенно члены их семей. Диапазон проявления несправедливости чрезвычайно широк, а ущерб, причиняемый этим явлением единству российского общества, наравне с коррупцией не содействует его консолидации. По справедливому замечанию С.К. Шойгу, российское общество разобщено, что можно рассматривать как угрозу национальной безопасности государства.

В узком смысле, т.е. сугубо правовом, справедливость юристами исследуется в редких случаях. Это не случайно: в отличие от советской историографии проблемы, представленной десятками монографических исследований, российское правоведение не может опереться на нормативное обеспечивание справедливости как правовой категории.

О справедливости российских законов вести речь невозможно: они по-разному воспринимаются различными сторонами конфликтов – работодателями и работниками. В законодательстве справедливость, как уже отмечалось, выражается в равных правах граждан перед законом, но в реальной жизни многое зависит от тех, кто обладает правом их применять. Пока Россия живёт в условиях, когда страной правят не законы, а люди, наделённые правом их трактовать и применять. И даже использовать в корыстных или других целях.

Основные выводы

1. Современному праву нужно восстановить римское отношение к справедливости как синониму юстиции. Министерство юстиции должно по роду и характеру своей деятельности быть Министерством справедливости и играть в гражданском обществе роль самого сильного и полномочного ведомства, более влиятельного, чем министерства социального, экономического, силового и кредитно-финансового блоков. Справедливость обладает уникальным правозащитным потенциалом, главным правовым барьером, ограждающим человека от беззакония и произвола.

2. Справедливость – понятие относительное. Равными не могут быть даже стартовые возможности человека, поскольку люди не равны друг другу с момента рождения: одни рождаются в обеспеченных семьях, другие – в обездоленных; разницу создаёт наследственность; образцами разного плана могут быть примеры родителей или их отсутствие и т.д.

Вместе с тем справедливость – категория политико-правовая. И она выражается через законодательство в тех странах, которые ориентируются на создание социального государства и проводят в связи с этим сильную социально-экономическую политику, обеспечивающую через перераспределение тот или иной уровень благосостояния населения.

3. Наиболее точный индикатор справедливости – уровень и качество жизни населения, индексы бедности и параметры нищеты. В.И. Ленин писал: «Всякое право... *предполагает неравенство.* Всякое право есть применение *одинакового* масштаба к *различным* людям, которые на деле неодинаковы, не равны друг другу и потому “равное право” есть нарушение равенства и несправедливость»[89].

Непримиримый оппонент В.И. Ленина П.Б. Струве выступал за «абсолютное равенство человеческих личностей», за что подвергался резкой критике со стороны вождя, который не обещал сделать всех людей равными друг другу, как это следовало из концепции «мещанского социализма»[90]. Вместе с тем следует заметить, что с позиции философии права категорию «справедливость» В.И. Ленин не рассматривал.

4. В отношении справедливости есть два подхода: один, абсолютизированный с античных времён, трактует справедливость как морально-этическую категорию, другой рассматривает её в парадигме правового феномена. Именно в этом плане В.Д. Зорькин рассматривает справедливость как правовой феномен, ключевую категорию философии права[91]. По его мнению, справедливость представляет собой «ценностно-нормативную основу

[89] *Ленин В.И.* Полн. собр. соч. Т. 33. С. 93.

[90] Там же. Т. 38. С. 353.

[91] См.: *Зорькин В.Д.* Десять лекций о праве. М., 2021. С. 305.

социального порядка»[92]. Справедливость может наполниться нормативно-правовым содержанием, если в обществе установится реальное равенство всех граждан перед законом, и это правило станет неотъемлемой чертой и составной частью как национального, так и международного права.

5. В идеале право – это искусство справедливого законотворчества, правоприменения и организации исполнения наказаний. Выше этого только профилактика правонарушений, девиаций и аддикций. Но и там, и там нет механизма обязательного взаимодействия права, морали и администрирования. Во всём мире прогрессирует эскалация неравенства. Эра финансового империализма, не имеющего государственных границ, ведёт к маргинализации и деградации человека разумного. Его эволюция приобрела ретроспективный вектор развития. Вместо знаний человек получает сведения, вместо моральных ценностей – разврат, вместо укрепления здоровья – экспериментальное здравоохранение, вместо справедливой власти – лицемерно-демагогическую, утратившую гуманизм олигархическую диктатуру.

6. Синтеза морали и права, свободы и равенства, солидарности и справедливости не происходит: цивилизационный процесс разрушен. Он ещё содержит примеры гуманистического содействия, но не превращает эпизоды в явления глобального характера. Потенциал права как универсального регулятора не исчез, но механизм его использования заблокирован транснациональными монополиями.

Путь к восстановлению доверия между государствами лежит в утверждении справедливости и права. Доставшиеся современной цивилизации духовные и культурные ценности могут обеспечить новый, комфортный для каждого человека правопорядок. Для этого необходимо, чтобы символами стали не корысть, нажива и насилие, а Справедливость, Свобода, Равенство, Право, понимание опасности гибели цивилизации.

7. Социальная справедливость нуждается в нормативном обеспечении – этическом, традиционно-бытовом, культурном и т.д. Важнейшим способом обеспечения справедливости является право, выраженное в законах и вошедшее в правоприменительную практику. По отношению к справедливости право – гарантированный принудительной силой государства порядок распределения общественных благ, результатов труда и обладания собственностью.

До тех пор, пока общество не станет однородным, антагонизм отношений может блокироваться законом, обеспечивающим всю совокупность привилегий, которыми обладают господствующие силы. Степень справедливости в них производна от позиции бизнес-сообщества, степени зависимости власти от деловых олигархических кругов, уровня коррупции, декларативной или реальной борьбы с ней.

8. Юридическая составляющая взаимодействия справедливости и права сводится к одному постулату: апологетика правовых норм, обеспечивающих господство правящего класса. В принципе, ни одному из мыслителей не удалось предложить механизм – политический, правовой, любой иной – превращения справедливости из политического лозунга в норму, воспринимаемую всем обществом как справедливую. Таким содержанием она будет наполняться по мере развития цивилизационного процесса по восходящей траектории.

9. Такие понятия, как «достойная человека жизнь», «свободное развитие человека», «социальное равенство» не имеют юридического измерения. Используемые для описания этих понятий индексы относятся к области экономики, статистики, социологии и компаративистики. Они же влияют на необходимость использовать возможности философии, социологии и психологии права для достижения той меры справедливости, которые вытекают из действующего законодательства. При этом любое решение одной стороной будет восприниматься как справедливое, другой – как неправедное, а само общество раскалывалось и раскалывается именно по этой линии. В.Д. Зорькин прав в своём предвидении: «По мере нарастания неравенства на национальном и глобальном уровне проблема справедливости будет обостряться»[93].

10. Попытки дать определение справедливости как категории науки предпринимались многими авторами. В предметном поле философии это наиболее удачно сделал М.И. Козлов: «Социальная справедливость есть социальная философская категория для обозначения фактического состояния общественных отношений, отображаемых в общественном сознании с точки зрения их соответствия представлениям людей о должном социальном порядке, обеспечивающем свободное развитие, достойный уровень и качество жизни всех граждан»[94].

Для социальной философии определение, данное М.И. Козловым, представляет собой удачную попытку раскрыть содержание философской дефиниции. Но справедливость – это категория не только историко-философская. Она характерна и для других областей знаний, в т.ч. правоведения.

11. В парадигме философии права наиболее квалифицированное толкование теории справедливости принадлежит В.Д. Зорькину[95], В.Н. Жуко-

[92] *Зорькин В.Д.* Указ. соч.

[93] Там же. С. 177.

[94] *Козлов М.И.* Указ. соч. С. 57.

[95] См.: *Зорькин В.Д.* Указ. соч.

ву[96], В.И. Хайруллину[97], а также Г.В. Мальцеву[98], А.И. Экимову[99], А.К. Черненко[100] и ряду других исследователей. На основе сделанных ими выводов можно предположить, что ***справедливость с точки зрения философии права есть юридическое выражение прав и свобод граждан, закреплённых в Основном Законе страны (т.е. в Конституции), других законодательных актах, а также в практической деятельности правоохранительных органов и системе государственного управления***.

С точки зрения теории государства и права, истории развития цивилизации справедливость имеет четыре взаимосвязанных уровня:

личностный, обеспечивающий права и интересы человека;

коммуникативный, регламентирующий справедливость общественно-политического масштаба, включая межнациональные, межконфессиональные и другие отношения, делая их гармоничнее;

национальный, обеспечивающий место страны в глобальном мире, защищающий её интересы в процессе цивилизационного развития мирового сообщества;

глобальный, укрепляющий справедливые взаимоотношения государств на основе международного публичного права.

12. Прикладное назначение философии права состоит в теоретическом осмыслении того, насколько справедливы в представлении населения действующие законы и основанная на них правоприменительная практика. В конечном счете философия права, оперируя понятием «справедливость», устанавливает степень сплочённости общества. В этом плане философия права опирается на выводы и оценки социологии и психологии права, ряда других наук, сохраняя своё предметное поле и присущий ей инструментарий познания.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. *Августин Аврелий.* О граде Божьем. М., 1986. Кн. 1.
2. *Алексеев Н.Н.* Идея справедливости // Русская философия права. 2-е изд., доп. СПб., 1999.
3. *Алексеева Т.А.* Джон Роулс и его теория справедливости // Вопросы философии. 1994. № 10. С. 26–37.
4. *Алексеева Т.А.* Справедливость. Морально-политическая философия Джона Роулса. М., 1992. С. 28–30, 37.
5. Антология мировой философии: в 4 т. М., 1969. Т. 1. С. 358.
6. *Аристотель.* Соч.: в 4 т. М., 1964. Т. 4. С. 134, 147, 153, 384.
7. *Бербешкина З.А.* Справедливость как социальная философская категория. М., 1983.
8. *Бердяев Н.А.* Самопознание. М., 1991. С. 391.
9. *Бердяев Н.А.* Философская истина и интеллигентская правда // Вехи: сб. ст. о русской интеллигенции. Репринт изд. 1909 г. М., 1990. С. 17.
10. *Гегель Г.* Философия религии. М., 1976. С. 113.
11. *Гоббс Т.* Избр. произв. М., 1956. Т. 1. С. 261, 265, 282, 326, 370.
12. *Гроций Г.* О праве войны и мира. М., 1956. С. 17.
13. *Гусейнов А.А.* Введение в этику. М., 1985.
14. *Гусейнов А.А., Апресян Р.Г.* Этика: учеб. М., 1998.
15. *Дидро Д.* Соч. М., 1939. Т. 7. С. 210.
16. *Жуков В.Н.* Справедливость // Философия права. Словарь. 2-е изд., дор. и доп. / под ред. и сост. В.Н. Жукова. М., 2021. С. 691–696.
17. *Жуков В.Н.* Философия права: учеб. для вузов. М., 2020.
18. *Зорькин В.Д.* Десять лекций о праве. М., 2021. С. 177, 305.
19. История политических учений / под общ. ред. О.В. Мартышина. М., 2002. С. 44.
20. *Канарш Г.Ю.* Социальная справедливость: философские концепции и российская ситуация. М., 2011.
21. *Кант И.* Соч. М., 1965. Т. 4, ч. 2. С. 256.
22. *Козлов М.И.* Социальная справедливость в контексте русской традиции. Архангельск, 2010. С. 25, 57, 114–138, 184.
23. *Коркунов Н.М.* Проблемы права и нравственности // Русская философия права. 2-е изд., доп. СПб., 1999.
24. *Лавров П.Л.* Философия и социология: избр. произв.: в 2 т. / сост. и примеч. И.С. Книжника-Ветрова; вступ. ст. И.С. Книжника-Ветрова и А.Ф. Окулова. М., 1965. Т. 2. С. 314 (Философское наследие).
25. *Ленин В.И.* Полн. собр. соч. Т. 33. С. 92, 93; т. 38. С. 353.
26. *Литвиненко Н.С.* Концепция справедливости Джона Роулса // Логос. 2006. № 1 (52). С. 26, 27.
27. *Мальцев Г.В.* Социальная справедливость и право. М., 1977.

---

[96] См.: *Жуков В.Н.* Философия права: учеб. для вузов. М., 2020; *Его же.* Справедливость // Философия права. Словарь. 2-е изд., дор. и доп. / под ред. и сост. В.Н. Жукова. М., 2021. С. 691–696.

[97] См.: *Хайруллин В.И.* Категория справедливости в истории политико-правовой мысли.

[98] См.: *Мальцев Г.В.* Указ. соч.

[99] См.: *Экимов А.И.* Указ. соч.

[100] См.: *Черненко А.К.* Философия права. 2-е изд. Новосибирск, 1998.

28. *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. 18. С. 273.

29. Материалисты Древней Греции: собр. текстов Гераклита, Демокрита и Эпикура / общ. ред. и вступ. ст. М.А. Дынника. М., 1955. С. 45, 158.

30. *Михайловский Н.К.* Соч. СПб., 1897. Т. 4. С. 430.

31. *Монтень М.* Опыты: в 3 кн. М., 1981.

32. *Неволин К.А.* Энциклопедия законоведения. СПб., 1997.

33. *Печерская Н.В.* Метаморфозы справедливости: историко-этимологический анализ понятия справедливости в русской культуре // Полис. 2001. № 2 (61). С. 133.

34. *Платон.* Государство. Законы. Политик / предисл. Е.И. Темнова. М., 1998. С. 69, 75, 78, 93, 97.

35. *Платон.* Собр. соч.: в 4 т. М., 1994. Т. 3. С. 553.

36. Росс. юстиция. 1999. № 9. С. 9, 10.

37. *Роулс Дж.* Теория справедливости / пер. с англ.; науч. ред. и предисл. В.В. Целищева. 2-е изд. М., 2010. С. 19, 23, 25, 26, 28, 41, 67, 95, 121, 159, 233, 506.

38. *Румянцев А.М.* Возникновение и развитие первобытного способа производства. М., 1981. С. 184.

39. Русская философия права. 2-е изд., доп. СПб., 1999. С. 407, 408.

40. *Руссо Ж.-Ж.* Об общественном договоре. М., 1938. С. 24–27.

41. *Соловьёв В.С.* Спор о справедливости // Вестник Европы. 1894. № 4.

42. *Утяшев М.М.* Курс лекций по истории политических и правовых учений. Уфа, 1999. С. 62.

43. *Хабермас Ю.* Примирение через публичное употребление разума. Замечания о политическом либерализме Джона Роулса // Вопросы философии. 1994. № 10. С. 53–67.

44. *Хайруллин В.И.* Категория справедливости в истории политико-правовой мысли. 2-е изд. М., 2020. С. 5, 6, 15, 23–44, 47–65, 70, 98–101.

45. *Хайруллин В.И.* Что такое «коммунитарная справедливость» // Государство и право. 2007. № 9. С. 93–96.

46. *Хёффе О.* Справедливость: философское введение / пер. с нем. О.В. Кильдюшова под ред. Т.А. Дмитриева. М., 2007. С. 36.

47. *Черненко А.К.* Философия права. 2-е изд. Новосибирск, 1998.

48. *Чичерин Б.Н.* Философия права. СПб., 1998. С. 160, 161, 165.

49. *Экимов А.И.* Справедливость и социалистическое право. Л., 1980.

50. *Rawls J.* A Theory of Justice. Harvard University Press, 1971.

REFERENCES

1. *Augustine Aurelius.* About the City of God. M., 1986. Book 1 (in Russ.).

2. *Alekseev N.N.* The Idea of justice // Russian Philosophy of Law. 2nd ed. SPb., 1999 (in Russ.).

3. *Alekseeva T.A.* John Rawls and his theory of justice // Questions of Philosophy. 1994. No. 10. P. 26–37 (in Russ.).

4. *Alekseeva T.A.* Justice. Moral and political philosophy of John Rawls. M., 1992. P. 28–30, 37 (in Russ.).

5. Anthology of World Philosophy: in 4 vols. M., 1969. Vol. 1. P. 358 (in Russ.).

6. *Aristotle.* Essays: in 4 vols. M., 1964. Vol. 4. P. 134, 147, 153, 384 (in Russ.).

7. *Berbeshkina Z.A.* Justice as a social philosophical category. M., 1983 (in Russ.).

8. *Berdyaev N.A.* Self-knowledge. M., 1991. P. 391 (in Russ.).

9. *Berdyaev N.A.* Philosophical truth and intellectual truth // Milestones: collection of articles about the Russian intelligentsia. Reprint ed. 1909 M., 1990. P. 17 (in Russ.).

10. *Hegel G.* Philosophy of religion. M., 1976. P. 113 (in Russ.).

11. *Hobbes T.* Selected works. M., 1956. Vol. 1. P. 261, 265, 282, 326, 370 (in Russ.).

12. *Grotius G.* On the law of war and peace. M., 1956. P. 17 (in Russ.).

13. *Guseinov A.A.* Introduction to ethics. M., 1985 (in Russ.).

14. *Guseinov A.A., Apresyan R.G.* Ethics: textbook. M., 1998 (in Russ.).

15. *Diderot D.* Essays. M., 1939. Vol. 7. P. 210 (in Russ.).

16. *Zhukov V.N.* Justice // Philosophy of Law. Dictionary. 2nd ed., res. and add. / ed. and comp. V.N. Zhukov. M., 2021. P. 691–696 (in Russ.).

17. *Zhukov V.N.* Philosophy of Law: textbook for universities. M., 2020 (in Russ.).

18. *Zorkin V.D.* Ten lectures on the law. M., 2021. P. 177, 305 (in Russ.).

19. History of political ideas / under the General editorship of O.V. Martyshin. M., 2002. P. 44 (in Russ.).

20. *Kanarsh G. Yu.* Social justice: philosophical concepts and the Russian situation. M., 2011 (in Russ.).

21. *Kant I.* Essays. M., 1965. Vol. 4, part 2. P. 256 (in Russ.).

22. *Kozlov M.I.* Social justice in the context of the Russian tradition. Arkhangelsk, 2010. P. 25, 57, 114–138, 184 (in Russ.).

23. *Korkunov N.M.* Problems of law and morality // Russian Philosophy of Law. 2nd ed., additional. SPb., 1999 (in Russ.).

24. *Lavrov P.L.* Philosophy and Sociology: selected works: in 2 vols / comp. and note by I.S. Knizhnik-Vetrov; introduction by I.S. Knizhnik-Vetrov and A.F. Okulova. M., 1965. Vol. 2. P. 314 (Philosophical Heritage) (in Russ.).

25. *Lenin V.I.* Complete works. Vol. 33. P. 92, 93; vol. 38. P. 353 (in Russ.).

26. *Litvinenko N.S.* John Rawls' Concept of Justice // Logos. 2006. No. 1 (52). P. 26, 27 (in Russ.).

27. *Maltsev G.V.* Social justice and law. M., 1977 (in Russ.).

28. *Marx K., Engels F.* Essays. Vol. 18. P. 273 (in Russ.).

29. Materialists of Ancient Greece: complete texts of Heraclitus, Democritus and Epicurus / general ed. and joined. article of M.A. Dynnik. M., 1955. P. 45, 158 (in Russ.).

30. *Michaylovsky N.K.* Essays. SPb., 1897. Vol. 4. P. 430 (in Russ.).

31. *Montaigne M.* Experiments: in 3 vols. M., 1981 (in Russ.).

32. *Nevolin K.A.* Encyclopedia of jurisprudence. SPb., 1997 (in Russ.).

33. *Pecherskaya N.V.* Metamorphosis of justice: historical-etymological analysis of the concept of justice in Russian culture // Polis. 2001. No. 2 (61). P. 133 (in Russ.).

34. *Plato.* State. Laws. Politician / preface by E.I. Temnov. M., 1998. P. 69, 75, 78, 93, 97 (in Russ.).

35. *Plato.* Collected works: in 4 vols. M., 1994. Vol. 3. P. 553 (in Russ.).

36. Russ. justice. 1999. No. 9. P. 9, 10 (in Russ.).

37. *Rawls J.* Theory of justice / transl. from English; scientific ed. and preface by V.V. Tselishchev. 2nd ed. M., 2010. P. 19, 23, 25, 26, 28, 41, 67, 95, 121, 159, 233, 506 (in Russ.).

38. *Rumyantsev A.M.* The origin and development of the primitive mode of production. M., 1981. P. 184 (in Russ.).

39. Russian Philosophy of Law. 2nd ed., additional. SPb., 1999. P. 407, 408 (in Russ.).

40. *Rousseau Zh.-Zh.* On the social contract. M., 1938. P. 24–27 (in Russ.).

41. *Soloviev V.S.* Dispute about justice // Herald of Europe. 1894. No. 4 (in Russ.).

42. *Utyashev M.M.* Course of lectures on the history of political and legal doctrines. Ufa, 1999. P. 62 (in Russ.).

43. *Habermas Yu.* Reconciliation through the public use of reason. Remarks on the political liberalism of John Rawls // Questions of Philosophy. 1994. No. 10. P. 53–67 (in Russ.).

44. *Khairullin V.I.* The category of justice in the history of political and legal thought. 2nd ed. M., 2020. P. 5, 6, 15, 23–44, 47–65, 70, 98–101 (in Russ.).

45. *Khairullin V.I.* What is "communal justice" // State and Law. 2007. No. 9. P. 93–96 (in Russ.).

46. *Heffe O.* Justice: a philosophical introduction / transl. from German by O.V. Kildyushova, ed. by T.A. Dmitrieva. M., 2007. P. 36 (in Russ.).

47. *Chernenko A.K.* Philosophy of Law. 2nd ed. Novosibirsk, 1998 (in Russ.).

48. *Chicherin B.N.* Philosophy of Law. SPb., 1998. P. 160, 161, 165 (in Russ.).

49. *Ekimov A.I.* Justice and Socialist Law. L., 1980 (in Russ.).

50. *Rawls J.* A Theory of Justice. Harvard University Press, 1971.

Сведения об авторе

ЖУКОВ Василий Иванович —
академик РАН, доктор исторических наук, профессор, главный научный сотрудник сектора философии права, истории и теории государства и права Института государства и права Российской академии наук;
119019 г. Москва ул. Знаменка, д. 10

Authors' information

ZHUKOV Vasiliy I. —
Academician of the RAS, Doctor of historical Sciences, Professor, chief researcher of the Department of Philosophy of Law, history and theory of state and law of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences;
10 Znamenka str., 119019 Moscow, Russia

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 11, с. 24–36
STATE AND LAW, 2021, № 11, pp. 24–36

ИСТОКИ ПОСТМОДЕРНА О ПОДЛИННОМ СМЫСЛЕ И ПРЕДНАЗНАЧЕНИИ ПОСТПРАВА

© 2021 г. С. А. Бочкарёв

Институт государства и права Российской академии наук, г. Москва

E-mail: bo4karvs@yandex.ru

Поступила в редакцию 16.09.2021 г.

Аннотация. В статье рассмотрены культурологические истоки постмодерна с целью установления подлинного смысла и предназначения разрабатываемого на его основе постправа. По результатам исследования не найдено доказательств принадлежности постмодерна к общекультурным феноменам современности, довод, о чем часто используется в качестве веского аргумента для разработки постправа и его введения в научно-практический оборот. Выявлено отношение постмодерна к субкультуре протеста. Разбор образующих постмодерн предпосылок убедил в отсутствии у него позитивной для социума повестки дня, а у постправа – нечто нового и антикризисного.
И постмодерн, и производное от него постправо являются формами нигилизма и терминологически могут использоваться только для подчеркивания характера разрыва некоторых групп общества с действующими в нем смыслами и традициями. Изучение последствий адаптации постклассических идей в юриспруденции позволило обнаружить, что они утверждают в правосознании представления о классических антиподах права как его новейших ценностях, а правоприменение возвращают во времена, когда в юстиции господствовало объективное вменение.

Ключевые слова: постмодерн, постправо, традиции, протест, культура, субкультура, релятивизм, плюрализм, контекстуализм, конструктивизм.

Цитирование: *Бочкарёв С.А.* Истоки постмодерна о подлинном смысле и предназначении постправа // Государство и право. 2021. № 11. С. 24–36.

Исследование выполнено при поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-16151 мк.

DOI: 10.31857/S102694520016773-1

THE ORIGINS OF POSTMODERNISM ABOUT THE TRUE MEANING AND PURPOSE OF POST-LAW

© 2021 S. A. Bochkarev

Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, Moscow

E-mail: bo4karvs@yandex.ru

Received 16.09.2021

Abstract. The article examines the cultural origins of postmodernism in order to establish the true meaning and purpose of the post-law developed on its basis. According to the results of the study, there is no evidence that postmodernism belongs to the general cultural phenomena of modernity, the argument about which is often used as a strong argument for the development of post-law and its introduction into scientific and practical circulation. The attitude of postmodernism to the subculture of protest is revealed. The analysis of the prerequisites that form postmodernism convinced him that he does not have a positive agenda for society, and the post-right has something new and anti-crisis.

Postmodernity and the post-law derived from it are forms of nihilism and can only be used terminologically to emphasize the nature of the gap between certain groups of society and the meanings and traditions operating in it. The study of the consequences of the adaptation of postclassical ideas in jurisprudence has revealed that they affirm in the legal consciousness the ideas of the classical antipodes of law as its newest values, and law enforcement returns to the times when objective imputation prevailed in justice.

Key words: postmodern, post-law, traditions, protest, culture, subculture, relativism, pluralism, contextualism, constructivism.

For citation: *Bochkarev, S.A. (2021).* The origins of postmodernism about the true meaning and purpose of post-law // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 11, pp. 24–36.

Социально-правовой мир в условиях усложнения, ускорения и изменения

В современной научной литературе отмечается, что социальный мир существенно усложнился[1], а происходящие в нем и с ним процессы приобрели динамику[2]. «Усложнение» и «ускорение» стали двумя ключевыми показателями, которые практически ни у одной отрасли знания, занимающейся исследованием общества, не вызывают сомнений при определении его текущего состояния. Вслед за расшифровкой и диагностированием названных качеств получили развитие «динамические», «интегративные», «синергетические» и другие концепции правопонимания, стремящиеся зафиксировать и описать возникшее положение права.

Но «усложнение» и «ускорение» пришли в мир социально-правового не одни. Их возникновение лишь засвидетельствовало появление более главного – широкого фронта изменений. Как отмечал Д. Харви, «в культурных, а также в политико-экономических практиках произошли глобальные перемены»[3]. По этому поводу не только в гуманитарных, но и в технических науках почти единогласно утверждается, что «мир быстро и кардинально изменился»[4]. И мало того, что эти качества сами являются признаками некоторой и уже состоявшейся изменённости, так они еще от своих адресатов требуют изменений. Наложение одних изменений на другие привело к их умножению или к экспоненциальному росту, что запустило в действие механизм тотальной трансформации, не имеющей предсказуемой траектории движения и ожидаемого конечного результата.

В итоге изменение стало очередной чертой современности. Затянувшийся период модификаций начал воздействовать не только на окружающую человека обстановку, но и на самого человека. В частности, на познавательную деятельность исследователей, пришедших к выводу об изменчивости как о базовом принципе существования мира, в т.ч. правового, его непостоянности, дискретности и нарративности. Перманентная изменчивость и вытекающая из нее неопределенность привели к появлению и обоснованию в науке феномена «динамической турбулентности»[5] как беспорядочного ускорения.

Таковы самые общие и почти бесспорные черты настоящего и будущего. К ним как к источнику вдохновения часто прибегают специалисты для познания причин деформации социального, выявления точек его опоры, принципов функционирования и драйверов. Их же используют для выявления правовых трендов, поиска модифицированного образа человека и конструирования новой правовой модели.

Работа над отмеченными характеристиками принесла некоторые плоды. Сформировалось, условно говоря, две группы взглядов. Их объединяет магистральный вывод о кризисе, объявленном практически каждой отраслью знания, и о необходимости поиска нового как способа выхода из кризиса. В правоведении, например, утверждается о беспрецедентной инфляции «правовых ценностей», «правовой мысли», «правовой традиции» и «структуры правопорядка»[6]. В политологии заявлено о кризисе управляемости и государственной

[1] См., напр.: *Simon H.* How Complex are Complex Systems? // Proceedings of the 1976 Biennal Meeting of the Philosophy of Science Association / ed. F. Suppe, H.H. Asquith. East Lansing (Mich.): Philosophy of Science Association, 1976. Vol. 2; *Cherniak C.* Minimal Rationality. Cambridge, 1986; *Gottinger H.W.* Coping with Complexity. Dordrech and Boston (Mass.) D. Reidel, 1983; *Flood R.L.* Dealing with Complexity. N.Y., 1988; *Calude C.* Theories of Computational Complexity. Amsterdam and New York, 1988.

[2] См., напр.: *Форрестер Д.* Мировая динамика. М.; СПб., 2003.

[3] *Харви Д.* Состояние постмодерна. Исследование истоков культурных изменений / пер. с англ. Н. Проценко; под науч. ред. А. Павлова. М., 2021. С. 41.

[4] *Малинецкий Г.Г., Кульба В.В., Ахромеева Т.С., Посашков С.А.* Императивы новой реальности. Судьба капитализма. Риски информационного и биологического пространства // Проблемы управления безопасностью сложных систем: материалы XXVIII Междунар. конф., 16.12.2020 г., Москва / под общ. ред. А.О. Калашникова, В.В. Кульбы. М., 2020. С. 12.

[5] *Бреннер Р.* Экономика глобальной турбулентности: развитые капиталистические экономики в период от долгого бума до долгого спада, 1945–2005 / пер. с англ. А. Гусева, Р. Хаиткулова; под науч. ред. И. Чубарова. М., 2014; *Casti J.* Connectivity, Complexdity and Catastrophe in Large-Scale Systems. N.Y., 1979.

[6] *Берман Г. Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования / пер. с англ. 2-е изд. М., 1998. С. 48.

состоятельности, кризисе системы мировой политики, экономики и отношений[7]. Наступило время вести речь о «кризисе современной цивилизации»[8] и заниматься поиском новых стратегий развития[9].

В экономической науке отмечается, что неоклассическая парадигма, господствующая в хозяйстве большую часть века, доведена до высокого уровня теоретического и аналитического совершенства. Однако, несмотря на ее интеллектуальный блеск, признано, что неоклассическая экономика весьма ограничена в своих допущениях, стеснена собственной механикой и обладает ограниченной способностью к объяснению. В связи с этим она подвергнута активной критике как изнутри, так и извне. Предложено избрать более широкий взгляд на дискурс экономики[10], выступить с критикой социального государства и связанных с ним принципов равенства и социальной справедливости, обратиться к провокационным темам архаического наследия, генетической детерминации, врожденных аномалий и на их почве канонизировать принцип естественного неравенства и с его помощью создавать архитектуру взаимного сотрудничества[11].

Если говорить точнее, то специалисты первоначально заявили о появлении в сфере социального новых качеств, интересов и потребностей. Затем объявили о кризисе прежних институтов, механизмов, процедур и принципов ввиду их неспособности отвечать требованиям и запросам наступающего «нового», функционировать в ускоренном и усложненном темпе. В итоге вывели необходимость идентификации нового и «конструирования новой модели реальности» для планирования и прогнозирования последствий «новой жизни»[12].

В остальном, или по вопросам о том, что есть «кризис» и «новое», как их нужно воспринимать, оценивать и что из нового нужно поощрять и воплощать в жизнь, сформировавшиеся взгляды расходятся.

Одни под «новым» подразумевают переход социального из одного состояния в другое. Ведут речь об ухудшении или улучшении его качеств, их развитии, стагнации либо деградации. В базовом плане для них ничего не изменилось, и вряд ли что-либо может принципиально трансформироваться. В связи с этим формулируются очередные гуманитарные стратегии. Разрабатываются концепции устойчивого развития.

Другие под «новым» понимают возникновение того, чего раньше не было, и предлагают радикализировать взгляд на социальное. В связи с этим заявляют о небывалом доселе разрыве со старым как об объективной социальной данности и свершившемся факте. Хотя для подтверждения возникновения «нового» они часто модифицируют действующее понятие «нового». Тотально пересматривают прежний терминологический аппарат и при формулировании обновленного содержания того или иного понятия неуклонно стараются соблюсти принцип отказа от ненового. В ряде случаев проявляется одержимость. Отказ от прежних взглядов и подходов должен состояться, несмотря на очевидность и общепризнанность их достоинств.

Юридическая мысль и вирус радикализма

Юридическая мысль развивается в общенаучном контексте. Одни уравновешенно признают наступление новой реальности[13], фиксируют отражение наступающих изменений в правовой сфере и высказываются о науке, занимающейся поиском ответов на очередные вызовы[14]. Другие констатируют наступление кризиса права[15], вносят предложения по модернизации науки[16] и ожидают наступления перемен на уровне конкретных отраслей права[17]. Третьи подхватили вирус радикализма и породили так называемые постмодернистские представления о праве[18].

На фоне усложнения современных обществ появились требования о пересмотре ключевых положений политико-правовых учений. Необходимость их трансформации объясняют появлением новых

---

[7] См.: *Якунин В.И.* Устойчивость политических систем в условиях развивающегося кризиса // Росс. журнал правовых исследований. 2016. Т. 3. № 1 (6). С. 21–31.

[8] *Савенков А.Н. Г*осударство и право в период кризиса современной цивилизации. М., 2020.

[9] См.: *Стёпин В.С.* Современные цивилизационные кризисы и проблема новых стратегий развития. М., 2018; *Его же.* Цивилизация в эпоху перемен: поиск новых стратегий развития // Журнал Белорусского гос. ун-та. Социология. 2017. № 3. С. 9.

[10] См.: *Тросби Д.* Экономика и культура / пер. с англ. И. Кушнаревой. 2-е изд. М., 2018.

[11] См.: *Больц Н.* Размышления о неравенстве. Анти-Руссо / пер. с нем. И.А. Женина; под науч. ред. Я.Н. Охонько. 2-е изд. М., 2019.

[12] *Руднев В.П.* Новая модель реальности. М., 2016.

[13] См.: *Хабриева Т.Я.* Право перед вызовами цифровой реальности // Журнал росс. права. 2018. № 9. С. 5–16.

[14] См.: *Лазарев В.В.* Юридическая наука: современное состояние, вызовы и перспективы (размышления теоретика) // Lex russica. 2013. № 2. С. 181–191.

[15] См.: *Власенко Н.А.* Кризис права: проблемы и подходы к решению // Журнал росс. права. 2013. № 8 (200). С. 43–54; *Дубовик О.Л.* Кризис уголовного права и уголовно-правовой теории // Право и политика. 2001. № 2. С. 130–134.

[16] См.: *Кудрявцев В.Н.* Науку уголовного права пора модернизировать // Уголовное право. 2006. № 5. С. 130, 131.

[17] См.: *Жалинский А.Э.* Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2016.

[18] См., напр.: Постклассическая онтология права / под ред. И.Л. Честнова. СПб., 2016.

видов коммуникаций, создающих видимость консенсуса и угрожающих разрушением ценностей, традиционно связываемых с демократией[19]. Предлагают впредь забыть о власти, о которой Т. Парсонс говорил как о сфере компромисса и коллективного действия, «способности выполнять функцию в обществе и для общества как системы». Либо о власти, о которой Х. Арендт писала, как о форме выражения собранности, общности и согласованности определенной группы людей. Предлагают выстраивать власть и выводить морально-правовые суждения об устройстве общества не на основе компромисса и не с целью преодоления с помощью власти конфликта интересов, а на базе принципа воздействия А на Б без учета и даже вопреки интересам Б[20].

В конечном счете постмодернисты формируют и вводят в научно-практический оборот образ постправа, основанного на принципах релятивизма, плюрализма, контекстуализма и конструктивизма. Сферой обитания этого права, по замыслу его идеологов, выступает языковая среда, отличающаяся своей релевантностью и фактичностью. Прямое предназначение постправа состоит в создании коммуникации как средства построения вариативного и эсхатологичного правопонимания, отвечающего требованиям повседневности, ситуативности и практичности. Должное как нечто принуждающее и терроризирующее впредь исключается из права. Охраняемые правом ценности, в том числе мир и порядок, выводятся за его скобки как недостижимые и мифологизированные цели. Оно не может быть направленным на что-либо или кого-либо, на достижение какого-либо результата (например, порядка), чтобы не быть уличенным в предвзятости и заинтересованности. Его удел состоит в работе с фрагментарным, которое само для себя и в рамках сиюминутного диалога конструирует норму поведения определенной локации.

Если говорить словами С. Джеймисон, то постправу надлежит функционировать с «нечто неживым – раздробленным на атомы обществом, лишенным тепла и уюта, с самым настоящим хаосом механических связей»[21]. Таким же неживым будет само постправо, в котором и для которого, если доверять прогнозам и утверждениям О. Шпенглера, не будет существовать «абсолютно правильных или ложных точек зрения»[22].

Возникновение постправа и необходимость его социальной адаптации объясняется совокупностью причин. Во-первых, общекультурным фоном, претерпевающим кардинальные и принципиальные изменения. Во-вторых, тотальной и социально-психологической разочарованностью прежними государственно-правовыми институтами и укладами. В-третьих, глубоким кризисом правовых систем, ценностей и порядков, не отвечающих наступившим трансформациям. В-четвертых, готовностью постмодерна радикально поступить с «прежними аксиомами», предложить оригинальный путь выхода общества из кризиса и обеспечить его переход в сферу «новейшего».

Исследование заявленных оснований привело к сомнению в том, что постмодерн и постправо как его составная часть являются общекультурными феноменами, а их фундирующим социально-психологическим базисом выступает разочарованность в идеях и идеалах модерна, т.е. традиционных ценностях. Разбор образующих постмодерн дискурсов убедил в отсутствии у него позитивной для социума повестки дня, а у постправа – нечто нового и антикризисного. При работе с каждым из отмеченных факторов обнаруживается, что постмодерн как тип мышления не ищет выход из наступивших кризисов, а целенаправленно драматизирует состояние социальной реальности, дискредитирует и демонизирует действующие мотиваторы жизнедеятельности. Если науки ведут речь о кризисах, то постмодерн – о смертях (Логоса, Прогресса и т.д.). В этом плане он активно использует метод преувеличения пороков модерна для самоутверждения и восхваления.

В рамках данной статьи речь не сможет пойти о всей совокупности вышеприведенных факторов, поскольку каждый из них представляет собой масштабное, сложное и многофакторное событие, имеющее, как утверждают последователи постклассики, прямое отношение к генезису постмодерна. Их верификация на предмет обоснованности причисления к детерминантам постправа требует применения к ним сосредоточенного, в меру автономного и поочередного подхода. Поэтому здесь дискуссия коснётся только состоятельности претензии постмодерна на статус общекультурного феномена, т.е. того, является ли постправо продуктом культуры и реально ли существует потребность в его разработке для имплементации присущих ему принципов и механизмов в правоприменительную сферу. Или постправо есть ложная и отвлекающая в научно-практическом смысле цель? Исследование истоков постправа способно прояснить картину и получить искомые ответы.

---

[19] См.: *Дзоло Д.* Демократия и сложность: реалистический подход / пер. с англ. А.А. Калинина, Н.В. Эдельмана, М.А. Юсима. М., 2010.

[20] См.: *Льюкс С.* Власть: Радикальный взгляд / пер. с англ. А.И. Кырлежева. М., 2010.

[21] Цит. по: *Бьюкенен П. Дж.* Смерть Запада. М., 2002.

[22] *Шпенглер О.* Закат Европы. М., 1993. С. 155.

Постмодерн и Некультура

Связь постмодерна с искусством и его происхождение из сферы творчества не вызывает сомнения. Данного обстоятельства нередко оказывается достаточно для вывода о принадлежности постмодерна к культуре. В качестве подтверждения культурологического генезиса ссылаются на то, что образующие постмодерн идеи проявили себя и в живописи, и в архитектуре, где были обнаружены эстетикой и восприняты в качестве стилеобразующего принципа. Тем не менее достижение постмодерном статуса общекультурного феномена значительно гиперболизировано. Упускается, что его распространение в других видах искусства зачастую происходило в порядке подражания и, как отмечает Ю.Н. Давыдов, бессознательно, из «стремления найти у себя нечто, аналогичное стилистическим устремлениям архитектуры»[23]. А внимание эстетики к постмодерну механически преумножило к нему интерес и кратно увеличило сферу его распространения, поскольку сама эстетика является весомой частью философии. Не учитывается также то, что обзор известных источников в отечественной и зарубежной литературе в области юриспруденции не подтверждает генезис темы из научно-практической жизни конкретных отраслей права, т.е. из тех сфер общественных отношений, где социально-правовая жизнь возникает, протекает и реализуется. Эти области как составные и неотъемлемые части правовой культуры и культуры в целом не выступали инициаторами постклассического переосмысления права и поставщиками идей для этого процесса.

В качестве примера, противоположного заявленному тезису, могут привести работы Я.И. Гилинского и других представителей «радикальной криминологии». Однако знакомство с их произведениями убеждает в том, что авторы, превосходно обладающие большими эмпирическими данными о современности, не выводили из нее некий постмодерн, возможно как феномен девиантной культуры, а целенаправленно вводили его в научно-практический контекст как теоретический концепт для объяснения наблюдаемых в реальности тенденций. Ученые не обнаруживали и не доказывали существование постмодерна, а обратились к нему как к нечто уже диагностированному, сформулированному и неоспоримому.

Я.И. Гилинскому, например, оказалось достаточно продекларировать о развивающемся человечестве, изменяющихся обществе и научных представлениях о нем, чтобы умозаключить о том, что «с конца XX века мы все живем в новой общественной формации – обществе *постмодерна»*. Криминолог прямо указал, что прибег к теории постмодерна, поскольку «традиционные представления о преступности, криминогенных факторах, социальном контроле над преступностью, включая наказание, все меньше и меньше соответствуют социальным реалиям». С помощью нового теоретического дискурса криминолог «пытался нащупать современное отношение к преступности и социальному контролю над ней»[24]. То есть он не «щупал» само отношение к преступности, а прибегнул к заранее выработанному теоретическому концепту, который уже содержал в себе образ искомого ощущения и смог привести именно к предзаданному ощущению без самого ощущения.

Когда специалисты заявляют, что «неокриминология лишь последовательный *этап* развития криминологии», а «предмет неокриминологии в значительной степени повторяет предмет традиционной криминологии, но с некоторыми уточнениями», то они фактически признают, что действуют в пределах классического контекста и занимаются в основном переинтерпретацией прежних терминов и понятий. Что касается претензии ученых на создание «радикальной онтологии», то нужно признать, что в этом предложении нет ничего нового, а их самих следует отнести к последователям Л.Н. Толстого. Утверждения о преступности, «которой не существует онтологически», и том, что она является рукотворным порождением государства очень близки по своему содержанию и духу мыслям великого писателя. Симпатизируя Дж. Тукеру и П.-Ж. Прудону, он вслед за ними считал, что «государство создает преступников быстрее, чем их наказывает». Именно оно «сначала издает множество законов, порождающих преступления, а потом издает еще больше законов для того, чтобы наказать за эти преступления»[25].

В конечном итоге подавляющее большинство авторов широко известных произведений о «праве в эпоху постмодерна» за источник вдохновения брали не столько правовой опыт, вытекающие из него вызовы и проблемы, сколько художественные и искусствоведческие наблюдения, а также философские выводы об особенностях современности. В качестве отправной точки часто используют суждения Ж.Ф. Лиотара, М. Фуко, Ж. Дерриды, М. Хайдеггера, Ж. Делеза, Ф. Ницше, Ж. Бодрийяра, Р. Барта, Р. Рорти и др.

Одним из примеров выступают суждения А.В. Стовбы, который, опираясь на М. Хайдеггера,

[23] *Давыдов Ю.Н.* Патологичность «состояния постмодерна» // Соц. исследования. 2001. № 11. С. 3.

[24] *Гилинский Я.И.* Криминология постмодерна (неокриминология). СПб., 2021.

[25] *Толстой Л.Н.* Полн. собр. соч.: в 90 т. М., 2016. Т. 45. С. 255–277.

заявил о необходимости разработки «радикальной онтологии», основывающейся на отсутствии в бытии унифицированных критериев для квалификации правовых феноменов и на присутствии в нем конкретных происшествий, выступающих единственно реальным источником времени и бытия[26]. Другим примером служит позиция И.Л. Честнова. Поддерживая эпатажность постмодернизма и тезис о смерти субъекта, он базировал свою позицию на суждениях французского литературоведа Р. Барта, заявившего о смерти автора, и на взглядах его коллеги М. Фуко, утверждавшего о старании автора в пользу форм, свойственных дискурсу[27]. Далее специалист прямо отметил, что «релятивизм права обосновывается философским релятивизмом, сформулированным в середине XX в. в аналитической философии»[28].

Таким образом, источником так называемого постправоведения выступает, как утверждается, социально-философская мысль. В этом, казалось бы, нет ничего предосудительного. Названная мысль в тесном взаимодействии с общей теорией права всегда служила делу выявления, определения и обоснования базовых оснований права. Она и в этом случае, как гарантируют новаторы, должна способствовать лучшему и правильному пониманию реальности. Но их заверения не отвечают на вопросы о том, где и когда философско-правовая мысль «переварила» в себе постмодернизм. При каких обстоятельствах она санкционировала запуск сообразующихся с ним идей в сферу юриспруденции, верифицировала их на предмет соотносимости с правом, приемлемости для права и применимости в праве? На основании какого жизненного или экспериментального опыта рассматриваемая мысль убедилась в годности и готовности «радикальной онтологии» служить укреплению правовых ценностей, традиций и правопорядка в целом, о кризисе которых на исходе XX в. вещал Г. Дж. Берман, либо способствовать избавлению от скептического отношения к науке и к научному знанию о праве, в частности, по отношению к которому еще в начале XX в. Б.А. Кистяковский фиксировал наступление массового разочарования?[29]

Или таких целей «радикальная онтология» перед собой не ставит? Если это так, то когда и в силу каких причин эта «онтология» сняла их с повестки дня? И какие задачи новая онтология перед собой ставит? Или безапелляционное и неоговоренное отклонение заданных вопросов есть отличительная черта постмодерна, его «первое слово» и «пример для подражания» в культуре научного поиска? Либо постмодерн выступает источником нецелевой, безадресной и, в некотором роде, обессмысленной онтологии?

Названные вопросы деактуализированы, поскольку их постановка направлена на поиск рационального или разумного обоснования, что постмодерн категорически исключает из сферы своего интереса. «Главной формой существования постмодернистской культуры,– как отмечает В.Н. Волков,– становится эстетическая форма. Эмоциональные и эстетические ориентации приобретают большее значение, чем рациональные»[30]. В связи с этим выглядит не случайным, что мы не обнаруживаем искомого философско-правового осмысления заявленных вопросов, тем более с обозначенных Г. Дж. Берманом и Б.А. Кистяковским позиций. Их отсутствие еще объясняется тем, что далеко не каждый из упомянутых модераторов постмодерна занимался вопросами права. От большинства из них узнаем, что они не редуцировали из собственной исследовательской практики образующие постмодернизм идеи, а первоначально обратили на них внимание и заимствовали для осмысления на просторах философии в том виде, как они были представлены в музыке, хореографии, архитектуре, литературе и других сферах искусства.

Юридическая мысль идет по схожему пути. В лице своих конкретных представителей она заглядывает в художественные определения и пытается отыскать у себя что-то подобное. Либо ассимилировать в собственном терминологическом ряду наиболее удобные понятия для доказательства принадлежности «создаваемого» ими постправа или, иными словами, «современного правоведения» к некой общей стилеобразующей тенденции. При этом упускается, что никаких прямых и машинальных заимствований из сферы искусства быть не может, поскольку она состоит из уникальных видов человеческого языка, которые, по свидетельству Т.В. Черниговской, почти непереводимы на другие языки, имеют «иную систему видения мира» и «особую систему кодировки» в сознании человека[31].

Совершенно игнорируются и те социально-философские работы, в которых объяснено, что постмодерн имеет отношение, как писал Ж. Бодрийяр,

---

[26] См.: *Стовба А.В.* Темпоральная онтология права. СПб., 2017. С. 35, 39.

[27] См.: *Честнов И.Л.* Постклассическая теория права. СПб., 2012. С. 58–60.

[28] Там же. С. 71.

[29] См.: *Кистяковский Б.А.* Проблема и задача социально-научного познания // Вопросы философии и психологии. М., 1912. Кн. 112.

[30] *Волков В.Н.* Постмодерн и его основные характеристики // Культурное наследие России. 2014. № 2. С. 3–8.

[31] См.: *Черниговская Т.В.* Языки человека: мозг и культура // Психофизиологические и нейролингвистические аспекты процесса распознавания вербальных и невербальных паттернов коммуникации / под науч. ред. Т.В. Черниговской, Ю.Е. Шелепина, О.В. Защиринской. СПб., 2016. С. 13.

не к культуре, а к моде или к т.н. массовой культуре. Если говорить точнее, то к поп-арту, который никогда не относили к традиционному искусству. Поэтому в основе постмодерна, как в основе моды, лежит принцип устаревания предметов или, как в основе массовой культуры, – устаревания традиционных ценностей. К этому же выводу пришли Ф. Джеймисон и его последователь П. Андерсон[32]. Попытавшись отыскать истоки постмодерна и дать ему сбалансированную оценку, они отметили, что постмодерн является массовым в господствующем мире моды и массмедиа[33].

В целях преодоления комплекса недооцененности со стороны классической культуры постмодерн решил в лучших традициях своего основного приема по «переворачиванию» поменять местами традиционную культуру с массовой культурой и на своем уровне утвердить новое положение вещей. Через приобщение к «наименьшей культуре», как ее назвал сам мыслитель, постмодерн создает в массовом сознании симулятивное представление о приобретении человеком «культурного гражданства». В общем термин культура «здесь используется по недоразумению», справедливо заключил Ж. Бодрийяр[34].

Постмодерн и его связь с субкультурой протеста

Одним из первых слово *postmodernismo*, подсказывает американский теоретик литературы И. Хассан, использовал Федерико де Онис в своей «Антологии испанской и латиноамериканской поэзии», опубликованной в 1934 г. В 1942 г. Дадли Фиттс употребил его в «Антологии современной латиноамериканской поэзии». Оба подразумевали и выражали через этот термин протестную реакцию на модернизм, присутствующую внутри него с начала XX в. Некоторые исследователи ставят постмодерн в иные хронологические рамки. Чаще всего находят более ранние примеры противопоставления мыслителями своих взглядов тем мировоззренческим установкам, которые считались общепринятыми в период развития модерна[35].

В этом плане в появлении постмодерна нет ничего необычного. Каждая эпоха рано или поздно порождала своих антагонистов. Это происходило либо совместно со становлением самой эпохи и сопровождало ее до момента исхода, либо на определенном этапе отклонения эпохи от целей, изначально считавшихся компромиссными. Но здесь важно не допустить ошибки и не отождествить постмодерн с модерном, который в свое время пришел в жизнь на фоне противопоставления недостаткам феодального общества и на смену ему. В отличие от модерна, как покажет исследование, постмодерн не является очередной и сменяющей модерн парадигмой. Он есть его составная и самоотрицающая часть, которая не несет для общества положительной повестки дня и не является его искомым будущим. Если говорить точнее, то постмодерн есть характерная для модерна форма нигилизма. Если модерн утверждает вполне определенные просветительские ценности, то постмодерн отрицает, заявляет об их смерти.

Более того, до появления в XX–XXI вв. постмодернизма в истории модерна был авангардизм, который относится к искусству XIX–XX вв. и чаще определяется как наиболее радикальная форма модернизма. У авангарда, как отмечают специалисты, нет четкого стиля. Подход авангардистов в свое время, как и постмодернистов сегодня, сводился к отрицанию традиционного общественного уклада и стремлению к радикальным переменам в искусстве[36]. Как и постмодернизм, родственный ему авангардизм «не представлял собой последовательно выстроенной системы эстетических постулатов, отличался подвижностью границ и плюрализмом, существуя в виде многочисленных школ и направлений, воплощающих собственные программы»[37].

Русский авангард формировался по схожему сценарию. Формировался за счет провозглашения в начале XX в. решительного отказа от классических норм и принципов искусства[38]. При этом темп смены художественных тенденций был крайне высок: на протяжении творческого пути мастера авангарда не единожды меняли свою живописную манеру и выступали авторами собственных концепций и манифестов. Кроме того, авангардисты смело экспериментировали с материалами и средствами выразительности: упрощали формы, утрировали цвета, использовали техники коллажа и ассамбляжа, компонуя на плоскости объемные предметы. Считается,

[32] См.: *Anderson P.* The Origins of Postmodernity. L., N.Y., 1998. P. 84–88.

[33] См.: *Jameson F.* Marxism and Form. Princeton, 1971. P. 413, 414.

[34] См.: *Бодрийяр Ж.* Общество потребления. Его мифы и структуры / пер. с франц., послесл. и примеч. Е.А. Самарской. М., 2006. С. 136–138.

[35] Известно, например, что в 1939 г. А. Тойнби обозначил постмодерном этап, открытый окончанием Первой мировой войны, а в 1946 г. отодвинул его границы далее в XIX в., назвав переломным моментом середину 70-х годов названного столетия.

[36] См.: *Краусс Р.* Подлинность авангарда и другие модернистские мифы. М., 2003; *Poggioli R.* Teoria dell'arte d'avanguardia. Bologna, 1962; *Weightman J.* The concept of the avant-garde: exploration in modernism. L., 1973; *Guglielmi A.* Avanguardia e sperimentalismo. Mil., 1964; *Kramer H.* The age of the avant-garde. N.Y., 1973; *Duwe W.* Die Kunst und ihr Anti von Dada bis heute. B., 1967.

[37] Авангардизм // БРЭ. URL: http://bigenc.ru/literature/text/1797687 (дата обращения: 20.08.2021).

[38] См.: *Сахно И.М.* Русский авангард: Живописная теория и поэтическая практика. М., 1999; *Крусанов А.* Русский авангард, 1907–1932: в 3 т. М., 2003.

что через такого рода приемы художники бунтовали против официальной живописи[39].

Проведенное сравнение объясняет неслучайность возникшего у специалистов затруднения по установлению отправной точки постмодерна и его временных рамок. В каждой эпохе они находят примеры протеста, в связи с чем машинально и ошибочно берутся утверждать об обнаружении более ранних признаков постклассического мышления. Но на самом деле они наталкиваются на авангардизм как предшествующую и родственную постмодерну реакцию на модерн. Каждая из этих реакций в конечном счете не обладает внутренней хронологической определённостью и может использоваться только для подчеркивания характера разрыва некоторых групп общества с действующими в нем традициями.

Если далее следовать ориентирам И. Хассана, то стоит обратить внимание на приводимый им перечень литературоведов, танцоров, музыкантов, архитекторов и писателей, объединенных протестным настроением. Знакомство с их творчеством и с результатами его обсуждения в философии приводит к убеждению о настороженном восприятии мыслителями протеста мастеров искусства, где такая реакция является одной из допустимых, естественных и даже повседневных форм самовыражения субъектом творчества своей индивидуальности. Мерс Каннингем, например, на фоне скуки от классического танца, выражающего связь души и тела, решил избавить его от отдельной личности, сюжета и стереотипных решений. Противопоставил ему фрагментарность и «случайный метод» выбора телесных движений, резкие, разрывные, нарушавшие текучесть и ритм перемещения на сцене, несвязанность танца с музыкой. Через такой подход, как утверждается в источниках, его автор как бы «переписывал» законы человеческой координации.

Таковы некоторые первоисточники постмодерна. Их философская аранжировка есть производный продукт. Либо философия, если ее рассматривать как вид искусства, в ряде случаев сама выступала первоисточником и выдавала собственный сплав бушующих в ней протестных настроений, характерных для постмодерна. Во всяком случае ни один из названных источников, как следует из их содержания, не рассматривал вопросы права, не имел ввиду стоящие перед ним задачи и решаемые им проблемы. Из пояснений, например, Ж.-Ф. Лиотара к его широко известному «Состоянию постмодерна» узнаем, что автор использовал термин «постмодернизм» применительно к кризису рассказов и в значении конца XIX в., когда он означал состояние культуры после трансформации правил игры в науке, литературе и искусстве[40]. Вопросы о легитимации социальной связи и об устройстве справедливого общества, т.е. соприкасающиеся с правом темы он оставил, по его собственному признанию, открытыми.

При этом сами юристы не подходили напрямую и вплотную к местам дислокации протестов в литературе, музыке, хореографии и т.д. Хотя такое мероприятие следует признать полезным для получения достоверных ответов на вопросы о соотносимости идей постмодерна с правом, их приемлемости для права и применимости в праве. Не случайно приведенный здесь опыт творцов танца позволяет задаться вопросами о том, что из сотворенного ими полезно для юриспруденции. Что и как правоведы, одержимые постмодерном, должны заимствовать из вышеприведенного творчества в первозданном образе? Например, насколько ценным для них является творчество Дж. Кейджа – постмодерниста от музыки и автора композиции «4'33"», во время которой не издается ни один звук. Композитор предложил воспринимать звуки окружающей среды, слышимые во время исполнения, как музыку, а не просто как четыре минуты и тридцать три секунды тишины. В каком виде и что из подобного рода продуктов юристы уже трансплантировали в правоведение без постановки и рассмотрения вопроса об условиях и механизме перевода художественных образов и решений из области искусства в плоскость законотворчества или судопроизводства?

Постановленные вопросы, безусловно, требуют мониторинга и исследования. Но надо учитывать и другой путь появления постклассических идей в праве. Когда их формирование в юрисдикции происходит не путем внешнего заимствования и трансплантирования, а за счет внутренних сил.

Последствия адаптации постмодернистских идей в юриспруденции

Не является ли отказ отечественного законодателя от истины как базового идеала и конечной цели правосудия примером внедрения «постпротеста» в право, реализации в нем провозглашенного Э. Николаисом принципа децентрализации? Ответ очевиден, поскольку известно, что после выкорчевывания истины как оплота права, оно утратило для себя и «центр земного притяжения», и «ось ординат» для суждения, осуждения либо оправдания. Впредь оно лишилось того единственного, чему могло и должно беззаветно, не взирая на лица, служить. В наличии остались лишь мнения сторон, вопрос о ложности которых право не может

[39] См.: *Швец М.* Главное в истории русского искусства. Ключевые работы, темы, техники, направления. М., 2021.

[40] См.: *Лиотар Ж.-Ф.* Состояние постмодерна / пер. с фран. Н.А. Шматко. М., 1998. С. 9.

инициировать ввиду отсутствия возможности их проверки на истинность. В порядке децентрализации право призвано вставать на сторону одного или другого конфликтующего лица.

Не встал ли законодатель на путь избавления права от «отдельной личности» и связанного с ней «жизненного сюжета», когда в целях минимизации издержек и процессуальной экономии ввел в судопроизводство т.н. «особый порядок» разбирательства, быстро превратившийся, судя по статистике, в «общий порядок»?[41] В рамках этой процедуры при согласии подсудимого с обвинением постановка приговора осуществляется без судебного разбирательства, т.е. без непосредственного исследования доказательств и события преступления.

Трагедия преступления, иными словами, осталась в стороне. Подсудимый как индивид, скрупулёзный разбор его поступка более никого не интересуют. Само общество к оценке опасности содеянного стало иметь весьма отдаленное отношение. Такое правосудие трансформировалось в формальное и частное дело узкого круга лиц, т.е. децентрировалось. Образующие морально-правовой базис общества представления о «добре» и «зле», всякий разговор о которых избегают постклассики, перестали вырабатываться и поддерживаться в массовом сознании.

Произошла и происходит, таким образом, не только внутриправовая децентрализация, но и социальная. Опросы общественного мнения свидетельствуют, что правосудие не воспринимается социумом в качестве его оплота и оно не занимает в его представлениях о справедливости центральное место. По рейтингам доверия к институтам власти[42] можно судить, что место судебных органов все больше соответствует положению стороннего наблюдателя, или одного из «сценических элементов», говоря словами постмодернистов. Децентрация права превращается в его денитрацию.

В итоге ответов на поставленные вопросы не имеется, хотя количество последних только множится. Например, от чего еще вслед за истиной право должно отказаться? Ведь постмодерн в основном ведет речь только об отказе от всего что было до него. Например, где и как специалисты должны, по примеру М. Каннингема, разорвать в праве «связь души и тела»? И возможно ли допущение такого решения в уголовном праве, где положение о преступлении и степени виновности лица выводится из сравнительной оценки объективной (телесной) и субъективной (психической) сторон совершенного деяния? Когда изобретение механизма такого сопоставления состояний «души и тела» в момент проступка есть результат многовековой эволюции научно-практической и всей гуманитарной мысли, а в целом – цивилизационное завоевание человечества.

Это те вопросы, которые требуют ответа. Но не менее важным представляется рассмотреть на фоне постклассических предложений то, к чему они ведут право в целом. Не возвращают ли они право к его собственным антиподам? Например, во времена, когда в уголовной юстиции господствовало объективное вменение. Или в периоды истории, когда права и свободы человека не являлись высшей ценностью и не определяли смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления. Иными словами, не ведет ли постмодерн к тем давно известным образам и подобиям, в противовесе к которым право, как неотъемлемая часть всей цивилизованной культуры, исторически и метафизически всегда формировалось?

Постклассика как классика или «старая песня о главном»

Здесь стоит отметить, что аналогичным вопросом задались в 1989 г. участники международного коллоквиума «Деконструкция и возможность справедливости», состоявшегося в Юридической школе им. Б. Кардозо. Их интересовало способствует ли деконструкция, рассматриваемая сегодня как методологический базис постмодерна, «развитию дискурса справедливости, или, напротив, препятствует ему?». Ответить на вопрос попытался французский философ Ж. Деррида. Деконструкция, с его точки зрения, полезна для юриспруденции. Она тем ценна, что дает терминологическую возможность провести разницу между законом и справедливостью. Функциональная значимость деконструкции также обусловлена местом ее нахождения «в зазоре между законом и справедливостью»; «промежутке, отделяющем деконструируемость закона от недеконструируемости справедливости».

В социальной природе, по убеждению мыслителя, невозможно существование закона как некого конечного и завершенного проекта. Закон всегда деконструктивен, так как основан на текстуальном слое и регулярно требует интерпретации. Стремление к его конечному обоснованию

[41] Согласно статистическим данным Судебного департамента Верховного Суда РФ, в 2018 г. 87.8% дел от их общего количества, оконченных производством, рассмотрено судами в особом порядке. В связи с критической оценкой такой практики законодателем и Верховным Судом РФ взят курс на снижение частоты использования судами названной процедуры. Как следствие, в 2020 г. только 47% дел разрешено по особым правилам, что тем не менее остается высоким показателем (см.: Верховный Суд подвел итоги работы судов за 2020 г. URL: https://www.vsrf.ru/press_center/mass_media/29651/).

[42] См.: Доверие институтам. URL: https://www.levada.ru/2020/09/21/doverie-institutam/ (дата обращения: 11.08.2021).

бесперспективно, поскольку он подлежит применению и регулярному подстраиванию к бесконечному множеству жизненных случаев[43]. В этом плане деконструктивность как свойство закона способствует его переосмыслению, коррекции, улучшению и совершенствованию, открывая большие перспективы позитивных преобразований в сфере права. Когда же деконструктивность закона переходит в деструктивность и ведет его к некорректной работе, тогда включается недеконструируемость справедливости, которая находится по ту сторону закона и не поддается деконструкции. Она недеконструктивна, ибо сама «деконструкция – это и есть справедливость». В связи с этим справедливость производит деконструкцию закона на конструктивный лад или возвращает его на место и в пределы оппозиции, существующей между природой и культурой. Выполняя апоретическую миссию, деконструкция пересматривает закон через возобновление вопросов о его соответствии истокам, основаниям и границам справедливости, т.е. идиомам самой справедливости, которые всегда ассоциируются с чем-то подлинным, абсолютным, неподрасчетным[44].

Ответ Ж. Дерриды тем интересен, что дает примеры того, как и в каком объеме идеи постмодерна, вытекающие для него из архитектуры, рассмотрены им на полях философии, и в каких пределах затем допущены в юриспруденцию. О наличии некой разницы в границах заимствования и допустимого уровня погружения постклассического творчества в правоведение специалисты обычно не говорят, оставляя читателя лишь с обилием литературы и агитационным призывом «За постмодерн!». Вместе с тем, в «Силе закона» философ отмечал, что существует «два стиля» деконструкции. С одной стороны, генеалогический стиль, предназначенный для грамматологии. С другой – формальный или структурный стиль, предназначенный для работы с историей и апориями справедливости.

Помимо этого выступление Ж. Дерриды многое проясняет о постмодерне и дает богатую пищу исследователям для формирования собственного мнения о том, способствует ли деконструкция «развитию дискурса справедливости или, напротив, препятствует ему»? Но главным образом пояснения философа разоблачают пафос постклассики в целом и постправа, в частности, их претензию на нечто новое. По суждениям Дерриды, видим, что постмодерн в его авторитетном лице не производит ничего сверхмодернового. Во-первых, он обсуждает классические темы и пытается разрешить «вечные» проблемы права, касающиеся нестабильной связи между позитивным правом и справедливостью. Во-вторых, ничего необычного для их разрешения мыслитель не предложил. На исходе XX в. он фактически повторил тезисы И.А. Ильина, озвученные им еще в начале этого же столетия о процессах и механизмах деконструкции положительного права с естественно-правовых позиций.

При описании объективного содержания права философ (Ж. Деррида) отмечал, что ему свойственно иметь вид тезиса, выраженного в словах. В правовой норме как грамматическом предложении ничто «само собою» не разумеется. За каждым словом скрывается логическое понятие со своим особым содержанием. Оно нуждается в раскрытии через усомнение в каждом признаке понятия и перепроверку разумеемого в нем логического содержания[45]. И.А. Ильин рассмотрел понятия положительного и естественного права, уровень их включенности и предназначенности друга для друга. Особое внимание уделил проблемам развития права и случаям, когда позитивное право трансформируется в неправо. Описал возможность, порядок и пределы деконструкции позитивного права естественным правом.

«Конфликт между естественным и положительным правом должен быть разрешен в пользу первого...», поскольку «положительное право по самому существу своему есть организованная попытка формулировать естественное право...»[46]. Соответствие одного права другому обеспечивается за счет внутренне устроенной в нем способности к правосозданию, в ходе которого в мирном режиме и органичном порядке неверные, несправедливые и устаревшие законы отменяются, а вместо них «устанавливается новое, лучшее право»[47]. Но если, как писал философ, «здоровый и обычный путь обновления законов и государственного строя» становится недоступен, «нормы положительного права приобрели противоестественный характер неотменимости или неизменности, а свойственная их содержанию “неверность” становится бичом жизни», «право не может развиваться далее по праву, а выросшее правосознание не может вернуться вспять», «остается путь непосредственного осуществления новых субъективных прав»[48].

Вступает в действие, как говорил мыслитель, «иной способ правотворчества». Правосознание, следуя цели права, утверждает за субъектом «другие полномочия, обязанности, запретности» и «приступает к их непосредственному осуществлению». Правосознание, таким образом, «выковывает субъекту новый

[43] См.: *Derrida J.* Force of Law: the Mystical Foundation of Authority // Deconstruction and the Possibility of Justice / transl. by Mary Quitance; ed. by Drucilla Cornell and Michael Rosenfeld. N.Y., 1992. P. 10, 14.

[44] См.: ibid. P. 20.

[45] См.: *Ильин И.* Общее учение о праве и государстве. М., 2006. С. 195, 196.

[46] Там же. С. 257.

[47] Там же. С. 258, 259.

[48] Там же. С. 260.

статус. Оно как бы предвосхищает новый, более справедливый порядок и торопит его наступление, поспешая к нему навстречу»[49]. Конфликт уходящего и приходящего порядков творчески изживается сознанием или переформатируется, говоря языком постмодернистов. В свою очередь, «каждый из людей, если им руководит естественное правосознание, будет искать и найдет возможность приблизить свой положительно-правовой статус к естественному»[50], т.е. совершить его деконструкцию.

* * *

В итоге получается, что идея постмодерна не дотягивает до нечто «нового» и тем более до высокого миссионерского статуса. Ее предел ограничен идиоматическим уровнем и генеалогически подчинен протесту, который современными юристами предлагается использовать для формирования новых представлений о праве и правовой жизни, а на деле уже эксплуатируется для неограниченного и неопосредованного наукой вброса в неустойчивое правосознание «эпохи перемен» провокационных представлений, в т.ч. о классических антиподах права как его новейших ценностях.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Авангардизм // БРЭ. URL: http://bigenc.ru/literature/text/1797687 (дата обращения: 20.08.2021).
2. *Берман Г. Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования / пер. с англ. 2-е изд. М., 1998. С. 48.
3. *Бодрийяр Ж.* Общество потребления. Его мифы и структуры / пер. с франц., послесл. и примеч. Е.А. Самарской. М., 2006. С. 136–138.
4. *Больц Н.* Размышления о неравенстве. Анти-Руссо / пер. с нем. И.А. Женина; под науч. ред. Я.Н. Охонько. 2-е изд. М., 2019.
5. *Бреннер Р.* Экономика глобальной турбулентности: развитые капиталистические экономики в период от долгого бума до долгого спада, 1945–2005 / пер. с англ. А. Гусева, Р. Хаиткулова; под науч. ред. И. Чубарова. М., 2014.
6. *Бьюкенен П. Дж.* Смерть Запада. М., 2002.
7. *Власенко Н.А.* Кризис права: проблемы и подходы к решению // Журнал росс. права. 2013. № 8 (200). С. 43–54.
8. *Волков В.Н.* Постмодерн и его основные характеристики // Культурное наследие России. 2014. № 2. С. 3–8.
9. *Гилинский Я.И.* Криминология постмодерна (неокриминология). СПб., 2021.
10. *Давыдов Ю.Н.* Патологичность «состояния постмодерна» // Соц. исследования. 2001. № 11. С. 3.
11. *Дзоло Д.* Демократия и сложность: реалистический подход / пер. с англ. А.А. Калинина, Н.В. Эдельмана, М.А. Юсима. М., 2010.
12. *Дубовик О.Л.* Кризис уголовного права и уголовно-правовой теории // Право и политика. 2001. № 2. С. 130–134.
13. *Жалинский А.Э.* Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2016.
14. *Ильин И.* Общее учение о праве и государстве. М., 2006. С. 195, 196, 257–261, 263.
15. *Кистяковский Б.А.* Проблема и задача социально-научного познания // Вопросы философии и психологии. М., 1912. Кн. 112.
16. *Краусс Р.* Подлинность авангарда и другие модернистские мифы. М., 2003.
17. *Крусанов А.* Русский авангард, 1907–1932: в 3 т. М., 2003.
18. *Кудрявцев В.Н.* Науку уголовного права пора модернизировать // Уголовное право. 2006. № 5. С. 130, 131.
19. *Лазарев В.В.* Юридическая наука: современное состояние, вызовы и перспективы (размышления теоретика) // Lex russica. 2013. № 2. С. 181–191.
20. *Лиотар Ж.-Ф.* Состояние постмодерна / пер. с фран. Н.А. Шматко. М., 1998. С. 9.
21. *Льюкс С.* Власть: Радикальный взгляд / пер. с англ. А.И. Кырлежева. М., 2010.
22. *Малинецкий Г.Г., Кульба В.В., Ахромеева Т.С., Посашков С.А.* Императивы новой реальности. Судьба капитализма. Риски информационного и биологического пространства // Проблемы управления безопасностью сложных систем: материалы XXVIII Междунар. конф., 16.12.2020 г., Москва / под общ. ред. А.О. Калашникова, В.В. Кульбы. М., 2020. С. 12.
23. Постклассическая онтология права / под ред. И.Л. Честнова. СПб., 2016.
24. *Руднев В.П.* Новая модель реальности. М., 2016.
25. *Савенков А.Н.* Государство и право в период кризиса современной цивилизации. М., 2020.
26. *Сахно И.М.* Русский авангард: Живописная теория и поэтическая практика. М., 1999.
27. *Стёпин В.С.* Современные цивилизационные кризисы и проблема новых стратегий развития. М., 2018.
28. *Стёпин В.С.* Цивилизация в эпоху перемен: поиск новых стратегий развития // Журнал Белорусского гос. ун-та. Социология. 2017. № 3. С. 9.
29. *Стовба А.В.* Темпоральная онтология права. СПб., 2017. С. 35, 39.

[49] *Ильин И.* Указ. соч. С. 261.

[50] Там же. С. 263.

30. *Толстой Л.Н.* Полн. собр. соч.: в 90 т. М., 2016. Т. 45. С. 255–277.

31. *Тросби Д.* Экономика и культура / пер. с англ. И. Кушнаревой. 2-е изд. М., 2018.

32. *Форрестер Д.* Мировая динамика. М.; СПб., 2003.

33. *Хабриева Т.Я.* Право перед вызовами цифровой реальности // Журнал росс. права. 2018. № 9. С. 5–16.

34. *Харви Д.* Состояние постмодерна. Исследование истоков культурных изменений / пер. с англ. Н. Проценко; под науч. ред. А. Павлова. М., 2021. С. 41.

35. *Черниговская Т.В.* Языки человека: мозг и культура // Психофизиологические и нейролингвистические аспекты процесса распознавания вербальных и невербальных паттернов коммуникации / под науч. ред. Т.В. Черниговской, Ю.Е. Шелепина, О.В. Защиринской. СПб., 2016. С. 13.

36. *Честнов И.Л.* Постклассическая теория права. СПб., 2012. С. 58–60, 71.

37. *Швец М.* Главное в истории русского искусства. Ключевые работы, темы, техники, направления. М., 2021.

38. *Шпенглер О.* Закат Европы. М., 1993. С. 155.

39. *Якунин В.И.* Устойчивость политических систем в условиях развивающегося кризиса // Росс. журнал правовых исследований. 2016. Т. 3. № 1 (6). С. 21–31.

40. *Anderson P.* The Origins of Postmodernity. L., N.Y., 1998. P. 84–88.

41. *Calude C.* Theories of Computational Complexity. Amsterdam and New York, 1988.

42. *Casti J.* Connectivity, Complexdity and Catastrophe in Large-Scale Systems. N.Y., 1979.

43. *Cherniak* C. Minimal Rationality. Cambridge, 1986; *Gottinger H.W.* Coping with Complexity. Dordrech and Boston (Mass.) D. Reidel, 1983.

44. *Derrida J.* Force of Law: the Mystical Foundation of Authority // Deconstruction and the Possibility of Justice / transl. by Mary Quitance; ed. by Drucilla Cornell and Michael Rosenfeld. N.Y., 1992. P. 10, 14, 20.

45. *Duwe W.* Die Kunst und ihr Anti von Dada bis heute. B., 1967.

46. *Flood R.L.* Dealing with Complexity. N.Y., 1988.

47. *Guglielmi A.* Avanguardia e sperimentalismo. Mil., 1964.

48. *Jameson F.* Marxism and Form. Princeton, 1971. P. 413, 414.

49. *Kramer H.* The age of the avant-garde. N.Y., 1973.

50. *Poggioli R.* Teoria dell'arte d'avanguardia. Bologna, 1962.

51. *Simon H.* How Complex are Complex Systems? // Proceedings of the 1976 Biennal Meeting of the Philosophy of Science Association / ed. F. Suppe, H.H. Asquith. East Lansing (Mich.): Philosophy of Science Association, 1976. Vol. 2.

52. *Weightman J.* The concept of the avant-garde: exploration in modernism. L., 1973.

REFERENCES

1. Avangardism // BRE. URL: http://bigenc.ru/literature/text/1797687 (accessed: 20.08.2021) (in Russ.).

2. *Berman G.J.* The Western tradition of law: the epoch of formation / transl. from English. 2nd ed. M., 1998. P. 48 (in Russ.).

3. *Baudrillard J.* Consumer society. His myths and structures / transl. from French, afterword and note by E.A. Borisamarskaya. M., 2006. P. 136–138 (in Russ.).

4. *Bolts N.* Reflections on inequality. Anti-Russo / transl. from German by I.A. Zhenina; ed. by Ya. N. Okhonko. 2nd ed. M., 2019 (in Russ.).

5. *Brenner R.* Economics of global turbulence: the developed capitalistic economy in the period from long boom to long downturn, 1945–2005 / transl. from English A. Gusev, R. Aitkulov; under scientific. ed. by I. Chubarov. M., 2014 (in Russ.).

6. *Buchanan J.P.* The Death of the West. M., 2002 (in Russ.).

7. *Vlasenko N.A.* Crisis law: problems and approaches to solutions // Journal of Russ. law. 2013. No. 8 (200). P. 43–54 (in Russ.).

8. *Volkov V.N.* Postmodern and its main characteristics // Cultural Heritage of Russia. 2014. No. 2. P. 3–8 (in Russ.).

9. *Gilinsky Ya. I.* Criminology of postmodernity (neocriminology). SPb., 2021 (in Russ.).

10. *Davydov Yu. N.* Pathology of the "postmodern state" // Social research. 2001. No. 11. P. 3 (in Russ.).

11. *Dzolo D.* Democracy and complexity: a realist approach / transl. from English A.A. Kalinin, N.V. Adelman, M.A. Yusim. M., 2010 (in Russ.).

12. *Dubovik O.L.* The crisis of Criminal Law and criminal law theory // Law and politics. 2001. No. 2. P. 130–134 (in Russ.).

13. *Zhalinsky A.E.* Criminal Law in anticipation of changes: theoretical and instrumental analysis. 2nd ed., reprint. and additional. M., 2016 (in Russ.).

14. *Ilyin I.* The general doctrine of law and the state. M., 2006. P. 195, 196, 257–261, 263 (in Russ.).

15. *Kistyakovsky B.A.* The problem and task of socio-scientific cognition // Questions of philosophy and psychology. M., 1912. Book 112 (in Russ.).

16. *Krauss R.* Authenticity avant-garde and other modernist myths. M., 2003 (in Russ.).

17. *Krusanov A.* Russian avant-garde, 1907–1932: in 3 vols. M., 2003 (in Russ.).

18. *Kudryavtsev V.N.* The science of Criminal Law it is time to upgrade // Criminal Law. 2006. No. 5. P. 130, 131 (in Russ.).

19. *Lazarev V.V.* Legal science: the current state, challenges and prospects (reflections of a theorist) // Lex russica. 2013. No. 2. P. 181–191 (in Russ.).
20. *Liotar Zh.-F.* The state of postmodernity / transl. from French. N.A. Shmatko. M., 1998. P. 299 (in Russ.).
21. *Lyux S.* Power: A Radical View / transl. from English by A.I. Kyrlezheva. M., 2010 (in Russ.).
22. *Malinetsky G.G., Kulba V.V., Akhromeeva T.S., Posashkov S.A.* Imperatives of new reality. The fate of capitalism. Information and biological risks, the space // Problems of safety management of complex systems: materials of the XXVIII International Conf., 16.12.2020, Moscow / ed. by A.O. Kalashnikov, V.V. Kul'by. M., 2020. P. 12 (in Russ.).
23. Post-classical ontology of law / ed. by I.L. Chestnov. SPb., 2016 (in Russ.).
24. *Rudnev V.P.* New model of reality. M., 2016 (in Russ.).
25. *Savenkov A.N.* State and law in the period of the crisis of modern civilization. M., 2020 (in Russ.).
26. *Sakhno I.M.* Russian avantgarde: Picturesque theory and poetic practice. M., 1999 (in Russ.).
27. *Stepin V.S.* Modern civilization crises and the new development strategies. M., 2018 (in Russ.).
28. *Stepin V.S.* Civilization in an era of change: the search for new development strategies // Journal of the Belarusian state University. Sociology. 2017. No. 3. P. 9 (in Russ.).
29. *Stovba A.V.* Temporal Ontology of Law. SPb., 2017. P. 35, 39 (in Russ.).
30. *Tolstoy L.N.* Full collection of works: in 90 vols. M., 2016. Vol. 45. P. 255–277 (in Russ.).
31. *Trosby D.* Economics and Culture / transl. from English by I. Kushnareva. 2nd ed. M., 2018 (in Russ.).
32. *Forrester D.* World Dynamics. M.; SPb., 2003 (in Russ.).
33. *Khabrieva T. Ya.* Law before the challenges of digital reality // Journal of Russian law. 2018. No. 9. P. 5–16 (in Russ.).
34. *Harvey D.* The state of postmodernity. The study of the origins of cultural changes / transl. from English by N. Protsenko; under the scientific editorship of A. Pavlov. M., 2021. P. 41 (in Russ.).
35. *Chernigovskaya T.V.* Languages of the human brain and culture // Psycho-Physiological and neuro-linguistic aspects of the process of recognition of verbal and neverball patterns of communication / under the scientific editorship T.V. Chernigovskaya, J.E. Shelepin, O.V. Zawilinski. SPb., 2016. P. 13 (in Russ.).
36. *Chestnov I.L.* Post-classical theory of law. SPb., 2012. P. 58–60, 71 (in Russ.).
37. *Shvets M.* The main thing in the history of Russian art. Key works, themes, techniques, directions. M., 2021 (in Russ.).
38. *Spengler O.* The Decline of Europe. M., 1993. P. 155 (in Russ.).
39. *Yakunin V.I.* Stability of political systems in conditions of developing crisis // Russ. journal of legal research. 2016. Vol. 3. No. 1 (6). P. 21–31 (in Russ.).
40. *Anderson P.* The Origins of Postmodernity. L., N.Y., 1998. P. 84–88.
41. *Calude C.* Theories of Computational Complexity. Amsterdam and New York, 1988.
42. *Casti J.* Connectivity, Complexdity and Catastrophe in Large-Scale Systems. N.Y., 1979.
43. *Cherniak C.* Minimal Rationality. Cambridge, 1986; *Gottinger H.W.* Coping with Complexity. Dordrech and Boston (Mass.) D. Reidel, 1983.
44. *Derrida J.* Force of Law: the Mystical Foundation of Authority // Deconstruction and the Possibility of Justice / transl. by Mary Quitance; ed. by Drucilla Cornell and Michael Rosenfeld. N.Y., 1992. P. 10, 14, 20.
45. *Duwe W.* Die Kunst und ihr Anti von Dada bis heute. B., 1967.
46. *Flood R.L.* Dealing with Complexity. N.Y., 1988.
47. *Guglielmi A.* Avanguardia e sperimentalismo. Mil., 1964.
48. *Jameson F.* Marxism and Form. Princeton, 1971. P. 413, 414.
49. *Kramer H.* The age of the avant-garde. N.Y., 1973.
50. *Poggioli R.* Teoria dell'arte d'avanguardia. Bologna, 1962.
51. *Simon H.* How Complex are Complex Systems? // Proceedings of the 1976 Biennal Meeting of the Philosophy of Science Association / ed. F. Suppe, H.H. Asquith. East Lansing (Mich.): Philosophy of Science Association, 1976. Vol. 2.
52. *Weightman J.* The concept of the avant-garde: exploration in modernism. L., 1973.

Сведения об авторе

БОЧКАРЁВ Сергей Александрович –
доктор юридических наук,
научный сотрудник Института государства
и права Российской академии наук;
119019 г. Москва, ул. Знаменка, д. 10

Authors' information

BOCHKAREV Sergey A. –
Doctor of Law, research fellow,
Institute of State and Law
of the Russian Academy of Sciences;
10 Znamenka str., 119019 Moscow, Russia

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 11, с. 37–47
STATE AND LAW, 2021, № 11, pp. 37–47

АНТРОПОЛОГИЯ И ПСИХОЛОГИЯ ПРАВА

З. ФРЕЙД. АГРЕССИЯ: МЕЖДУ ЭРОСОМ И ТАНАТОСОМ

© 2021 г. В. Н. Жуков

Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова;
Институт государства и права Российской академии наук, г. Москва

E-mail: pifagor2002@mail.ru

Поступила в редакцию 21.07.2021 г.

Аннотация. В статье рассматривается концепция агрессии З. Фрейда. Агрессия показывается как биологический феномен, взаимодействующий с культурой. Согласно Фрейду, биологические явления (в том числе жизнь людей) пронизывают два стремления: инстинкт жизни и инстинкт смерти. Цель жизни – смерть, а сама жизнь – частный случай неживой материи. Агрессия есть проявление инстинкта смерти. Поскольку культура, призванная сдерживать индивидуальную и массовую агрессию, сама пронизана обоими инстинктами (Эросом и Танатосом), исход борьбы между ними неизвестен.

Ключевые слова: Фрейд, психоанализ, антропология права, философия культуры, философия права, философия политики, агрессия, инстинкты, власть, право.

Цитирование: *Жуков В.Н.* З. Фрейд. Агрессия: между Эросом и Танатосом // Государство и право. 2021. № 11. С. 37–47.

DOI: 10.31857/S102694520017510-2

S. FREUD. AGGRESSION: BETWEEN EROS AND THANATOS

© 2021 V. N. Zhukov

Lomonosov Moscow state University;
Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, Moscow

E-mail: pifagor2002@mail.ru

Received 21.07.2021

Abstract. The article deals with the concept of aggression S. Freud. Aggression is shown as a biological phenomenon interacting with culture. According to Freud, biological phenomena (including human life) are permeated by two aspirations: the instinct of life and the instinct of death. The purpose of life is death, and life itself is a special case of inanimate matter. Aggression is a manifestation of the death instinct. Since the culture designed to restrain individual and mass aggression is itself permeated with both instincts (Eros and Thanatos), the outcome of the struggle between them is unknown.

Key words: Freud, psychoanalysis, Anthropology of Law, Philosophy of Culture, Philosophy of Law, Philosophy of Politics, aggression, instincts, power, law.

For citation: *Zhukov, V.N. (2021).* S. Freud. Aggression: between Eros and Thanatos // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 11, pp. 37–47.

Тема агрессии – одна из важнейших в социальной психологии, что вполне объяснимо. Революции, бунты, войны, преступность, насилие со стороны власти и масс всегда были в фокусе внимания общественного сознания и социальных мыслителей, поскольку несли с собой угрозу физическому существованию народов. Давно было замечено, что все перечисленные дестабилизирующие факторы объединялись общим признаком – индивидуальной и массовой агрессией. Объяснение агрессии предлагалось разное: религиозное, антропологическое, политико-экономическое. З. Фрейд развивает свою теорию агрессии в рамках антропологического подхода, видит ее природу в биологии и психологии человека. Свойства индивидуальной агрессии переносятся им на агрессию больших и малых коллективов. Поскольку государство и другие властные институты – разновидности коллективов, механизмы агрессии, открытые Фрейдом, всецело распространяются и на них.

Принцип удовольствия и принцип реальности. Исходные посылки теории агрессии Фрейда – принцип удовольствия и принцип реальности, лежащие, как он полагает, в основе поведения человека. Принцип удовольствия, по Фрейду, – господствующий в психической жизни человека, в его основе лежит изначально присущее человеческому организму бессознательное стремление к получению удовольствия. Принципу удовольствия противостоит принцип реальности, диктуемый требованиями внешнего мира и заставляющий индивида соотносить с ними свои запросы на получение удовольствия. Если принцип удовольствия отражает биологическую природу человека, то принцип реальности нацелен на социализацию личности. Человеческое «Я» формируется на основе ощущения индивидом неудовольствия, доставляемого внешним миром. «Я» оказывается инстанцией чистого удовольствия, которому противостоит чуждый и угрожающий ему внешний мир. Поначалу, рассуждает Фрейд, примитивное «Я» (ребенок) вбирает в себя весь мир, не проводя границы между собой и внешним миром и ощущая его как часть себя. В дальнейшем по мере накапливания индивидуального опыта человек все более начинает разграничивать себя и противостоящий и угрожающий ему окружающий мир. «Границы такого примитивного “Я” – чистого удовольствия – исправляются под давлением опыта. Многое из того, что приносит удовольствие и от чего нельзя отказаться, принадлежит все же не “Я”, а “объекту”. И наоборот, многие страдания, от которых хотелось бы избавиться, неотделимы от “Я”, имеют внутреннее происхождение. Целенаправленная деятельность органов чувств и соответствующих умственных усилий учит человека методам различения внутреннего (принадлежащего “Я”) и внешнего, пришедшего из окружающего мира. Тем самым он делает первый шаг к утверждению принципа реальности, который будет управлять дальнейшим его развитием. Такое различение, понятно, служит и практическим целям – защите от угрожающих неприятных ощущений»[1]. «Наше нынешнее чувство ”Я” – лишь съежившийся остаток какого-то широкого, даже всеобъемлющего чувства, которое соответствовало неотделимости ”Я” от внешнего мира»[2]. Поскольку, по Фрейду, в душевной жизни ничто, раз возникнув, не исчезает, все каким-то образом сохраняется, при определенных условиях (например, в случае далеко зашедшей регрессии) данный психический факт может вновь обнаружиться. В состоянии охватывающего человека чувства счастья инфантильное ощущение о связи с мировым целым может опять появляться.

Счастье, полагает Фрейд, и есть проявление принципа удовольствия. Обретение счастья становится целью и смыслом жизни людей, руководит всем их психическим аппаратом, подчиняет все их поведение. Есть две стороны стремления к счастью: 1) отсутствие боли и неудовольствия; 2) переживание сильного чувства удовольствия. Самое сильное для человека удовольствие, сильнейший опыт наслаждения – удовлетворение сексуального влечения (оргазм), что становится моделью, мерилом любой другой формы счастья. Программа принципа удовольствия вступает в противоречие с внешним миром, она неосуществима, но люди не могут отказаться от ее выполнения. Ничем не ограниченный принцип удовольствия быстро ведет к наказанию, а потому преобразуется в принцип реальности. Счастье (наивысшее удовольствие) возможно лишь как внезапное удовлетворение, как разрядка достигшей уровня высокого напряжения потребности. По своей природе счастье возможно только как эпизодическое явление. Длительность ситуации вызывает лишь чувство равнодушного довольства, счастье возможно только на контрасте с несчастьем. Несчастье имеет более широкую палитру своего проявления. Страдания угрожают с трех сторон (три источника несчастья): 1) со стороны собственного тела; 2) со стороны природы; 3) со стороны людей. В другом месте Фрейд говорит о двух источниках страдания (чувства неудовольствия): 1) смена принципа удовольствия принципом реальности, что является причиной лишь незначительной части чувства неудовольствия; 2) конфликт психики: первичные инстинкты, которые оказываются несовместимыми с другими первичными инстинктами, вытесняются в подсознание и затем предстают «Я» в виде суррогатного удовольствия, ощущаемого

[1] *Фрейд З.* Недовольство культурой // Фрейд З. Психоанализ. Религия. Культура / сост. и вступ. сл. А.М. Руткевича. М., 1991. С. 69.

[2] Там же.

«Я» как неудовольствие. Чтобы облегчить несчастья, уклониться от неудовольствия, люди прибегают к различным средствам: а) наркотики; б) умерщвление влечений; 3) смещение целей либидо (научное творчество, труд, но последний слабо ценится людьми как путь к счастью); 4) создание иллюзий (искусство); 5) религия (является видом массового безумия, поскольку радикально порывает с принципом реальности); 6) бегство в невроз. Так, эстетика, занимаясь изучением прекрасного, вместо результатов предлагает «высокопарную и бессодержательную болтовню». Только в одном отношении можно понять природу прекрасного, утверждает Фрейд, – это выражение сексуальных ощущений[3].

Механизм получения удовольствия, по Фрейду, строится на основе экономии либидо. Здесь он опирается на положение немецкого психолога Г.Т. Фехнера о стремлении индивидуальной психики к стабильности, постоянству. Согласно Фехнеру, при прямой зависимости между интенсивностью раздражителя и величиной субъективного ощущения порог ощущений всегда остается неизменным и в этом смысле стабильным. Организм и психический аппарат индивида, имея свой порог ощущений, не только не может его преодолеть, но стремится избежать кульминационных точек такого предельного возбуждения. Поскольку предельное возбуждение ведет к интенсивному расходованию психической энергии, принцип постоянства психического аппарата нацелен на ее экономию. Возникает противоречивая ситуация: с одной стороны, человек стремится к получению удовольствия в его предельных величинах, с другой – его психический аппарат нацелен на сохранение психической энергии, а потому предельное удовольствие (состояние счастья) всегда кратковременно. Кратковременность счастья есть своего рода защитный механизм, заложенный в биологии и физиологии человека. Иными словами, стремление к предельному удовольствию несет с собой угрозу психического истощения индивида. Фрейд говорит примерно о том же, но под углом зрения своей теории: «Психический аппарат стремится сохранить содержащееся в нем количество возбуждения на возможно низком уровне или по крайней мере в постоянном состоянии... Если работа психического аппарата направлена на количественное понижение возбуждения, то все, что его повышает, будет ощущаться как противное функции, т.е. как неудовольствие»[4]. Именно в этом смысле принцип наслаждения выводится из принципа постоянства. Однако зависимость здесь не прямая. Наслаждение, как верно утверждает Фрейд, не является и не может являться постоянным состоянием психики, что, казалось бы, подвергает сомнению тезис о главенстве принципа удовольствия. Но в данном случае речь идет не о подрыве идеи главенства принципа удовольствия, а о здравом доводе, что принцип удовольствия всегда ограничивается другими влечениями человека и условиями внешнего мира. Принцип удовольствия, развивает свою мысль Фрейд, хотя и лежит в основе психики, изначально является для него опасным. «Под влиянием инстинкта самосохранения “Я” этот принцип сменяется принципом реальности, который, не отказываясь от конечного получения наслаждения, все же требует и проводит отсрочку удовлетворения, отказ от многих возможностей последнего, а также временное перенесение неудовольствия на долгом окольном пути к удовольствию. Принцип наслаждения затем еще долгое время остается методом работы сексуальных первичных позывов, которые труднее “воспитуемы”, и мы повторно встречаемся с фактом, что, может быть, под влиянием последних, а может быть, и в самом “Я” принцип наслаждения побеждает принцип реальности, принося вред всему организму»[5].

Иными словами, принцип удовольствия хотя и определяющий в поведении человека, несет с собой угрозу существования индивида. Отсюда парадоксальная роль принципа реальности: с одной стороны, ограничивая стремление человека к получению удовольствия, он вроде бы выступает источником неудовольствия (несчастья), но, с другой – защищает человека от саморазрушения и угроз внешнего мира. В этом парадоксальном смысле Фрейд выдвигает одно из базовых в своей теории агрессии положений: стремление к удовольствию, заложенное самой природой, потенциально включает в себя стремление к смерти, а принцип реальности, призванный блокировать деструктивные с точки зрения общества инстинкты человека (т.е. бороться с самой природой), в конечном счете нацелен на защиту его жизни. Данную мысль можно выразить по-другому: если стремление к удовольствию, заложенное природой, чревато гибелью индивида, то стремление к реальности, являющееся требованием культуры и диктуемое инстинктом самосохранения, защищает и продлевает жизнь человека. Здесь возникает важнейшая для Фрейда тема конфликта природы и культуры. Культура, подавляя инстинкты человека, сдерживает его биологическую природу, т.е. борется с проявлением жизни. Вместе с тем эта борьба с жизнью оборачивается в т.ч. борьбой за жизнь, что и высвечивает извечную парадоксальную связь природы и культуры.

[3] См.: *Фрейд З.* Недовольство культурой // Фрейд З. Психоанализ. Религия. Культура / сост. и вступ. сл. А.М. Руткевича. С. 76–84; *Его же.* По ту сторону принципа наслаждения // Фрейд З. «Я» и «Оно». Труды разных лет / пер. с нем.; предисл. Б.Р. Нанейшвили, Г.Б. Нанейшвили. Тбилиси, 1991. Кн. 1. С. 142, 143.

[4] *Фрейд З.* По ту сторону принципа наслаждения. С. 141.

[5] Там же. С. 142.

Природа агрессии и инстинкт смерти. Фрейд считает агрессию изначальным самостоятельным инстинктом. Признание агрессии, рассуждает он, в качестве одного из основных инстинктов человека противоречило слишком многим религиозным и социальным условностям. Вера в доброту человеческой природы есть одна из худших иллюзий, от которых человек ожидает улучшения и облегчения своей жизни, в то время как в действительности они наносят только вред. Агрессия тормозит развитие культуры, угрожает самому ее существованию, что чревато распадом общества. Со своей стороны культура борется с агрессией, используя запреты и принуждение. Агрессия лежит в биологической природе человека, а не в институтах общества. В этой связи Фрейд критикует коммунистов, которые, как он полагает, выводят агрессию из частной собственности: «С уничтожением частной собственности человеческая агрессивность лишается одного из своих орудий, безусловно, сильного, но наверняка не сильнейшего. Ничего не меняется в различиях во власти и влиянии, которые предполагают использование агрессивности в своих целях. Не меняется и сущность агрессивности. Она не была создана собственностью, она царила почти безраздельно в древнейшие времена, когда собственность была еще жалкой»[6]. Социальные группы, осознавая неизбежность агрессии, дают возможность ее выхода, направляя на другие социальные группы. Это дает удобное и относительно безвредное удовлетворение агрессивности, способствующее солидарности между членами группы. В этом отношении евреи оказали большую услугу народам, в среде которых они проживают. Немецкие нацисты дополнили свою идею мирового господства антисемитизмом. Советские коммунисты создавали свою систему на основе идеи истребления капиталистов. Истребив их, Советы, предполагает Фрейд, скорее всего возьмутся за кого-нибудь еще[7]. У агрессии есть и положительное свойство: заторможенная по цели, а потому умеренная и усмиренная, она помогает человеку установить господство над природой и удовлетворить свои жизненные нужды.

Агрессивное влечение, убежден Фрейд, – потомок и главный представитель инстинкта смерти. Он связан с необычайно высоким уровнем нарциссического наслаждения: «Я» утоляет свое древнее желание всемогущества. Инстинкт смерти противоположен инстинкту самосохранения, направлен на разрушение социальных групп, стремится вернуть их в изначальное неорганическое состояние. Свою аргументацию Фрейд берет из биологии: все живое когда-то возникло из неживого и стремится вернуться в исходную точку своего развития. «Когда-то в неживой материи каким-то еще совершенно невообразимым силовым воздействием были пробуждены свойства жизни. Может быть, это был процесс, примерно похожий на другой процесс, пробудивший позже в известном слое живой материи сознание. Возникшее тогда в до тех пор неживой материи напряжение стремилось уравновеситься; так был дан первый первичный позыв – возвращения в неживое. Жившая в те времена субстанция еще легко умирала; жизненный путь ее был еще, вероятно, краток, направление его предопределялось химической структурой молодой жизни. Возможно, что в продолжение долгого времени живая материя все снова создавалась и снова легко умирала, пока руководящие внешние воздействия не изменились настолько, что принудили оставшуюся в живых субстанцию к все более широким отклонениям от первоначального образа жизни и к все более сложным окольным путям достижения конечной цели – смерти»[8]. Фрейд исходит из предположения, что элементарный биологический организм с момента своего возникновения не стал бы меняться при неизменных условиях, стремясь неуклонно повторять сложившийся уклад жизни. Сила эволюционного развития хотя и навязала биологическим организмам новые элементы их существования, но не отменила главный закон их существования – стремление в исходную точку развития. Новизна условий их существования создавала ложное впечатление их стремления к изменению и прогрессу, тогда как объективно они лишь избирали новые пути к достижению старой цели – смерти. «Для консервативной природы первичных позывов, – рассуждает Фрейд, – было бы противоречием, если бы целью жизни было никогда до того не достигавшееся состояние. Скорее всего этой целью должно быть старое исходное состояние, когда-то живым существом покинутое и к которому оно, обходя все достижения развития, стремится возвратиться. Если мы признаем как не допускающий исключений факт, что все живое умирает, возвращается в неорганическое, по причинам внутренним, то мы можем лишь сказать, что цель всякой жизни есть смерть, и, заходя еще дальше, что неживое существовало прежде живого»[9]. «Все органические первичные позывы, – продолжает Фрейд, – консервативны, приобретены исторически и направлены на регресс и восстановление прежнего»[10]. Влечения есть проявление стремления восстановить более раннее состояние. Когда достигнутое однажды состояние нарушается, возникает стремление создать его снова, рождая феномен «навязчивого повторения». Данный феномен наблюдается в природе: рыбы, идущие на нерест

[6] *Фрейд З.* Недовольство культурой. С. 108.

[7] См.: там же. С. 108, 109.

[8] *Фрейд З.* По ту сторону принципа наслаждения. С. 168.

[9] Там же.

[10] Там же. С. 167.

в места, отдаленные от их обычного пребывания, перелетные птицы, эмбрионы, повторяющие фазы эволюции живого организма этого вида, репродукция утраченных органов у биологических организмов. Психика человека также подчиняется закону навязчивого повторения. Так, вытесненные и забытые переживания раннего детства воспроизводятся в сновидениях и поведении индивида.

Фрейд обращает внимание, что инстинкт смерти парадоксальным образом связан с инстинктом самосохранения и противоречит ему. В целом делается вывод, что жизнь – частный случай неживой материи, а инстинкт самосохранения – несущественный элемент всеобщего движения материи к смерти. Фрейд считает неразрешимой загадкой природы появление жизни и стремление организма вести борьбу за свое существование. Парадокс состоит в том, что, подчиняясь своей главной задаче – вернуться в исходное состояние, т.е. умереть, организм тем не менее изобретает все новые способы отсрочить момент своей гибели. Путь к смерти становится все длиннее при неизменности закона вечного возвращения в состояние неживого. Казалось бы, зародышевые клетки демонстрируют волю природы к вечной жизни (поскольку они обеспечивают бесконечный процесс биологического воспроизводства), однако все это есть лишь модификация всеобщего движения к смерти[11].

Поскольку инстинкт смерти доминирует, жизнь не имеет внутреннего импульса к совершенствованию своих форм. У человека, утверждает Фрейд, нет инстинкта, который обеспечивал бы его совершенствование. Прогресс, создание культуры основываются исключительно на механизме сублимации, т.е. на вытеснении первичных позывов. «Вытесненный первичный позыв никогда не перестает стремиться к своему полному удовлетворению, которое состояло бы в повторении первичного опыта удовлетворения; все замены, выработки реакций и сублимации недостаточны, чтобы устранить его постоянное напряжение, и из разности между найденным и требуемым удовлетворением создается движущий момент, не позволяющий остановиться в какой бы то ни было из создавшихся ситуаций»[12]. Путь назад к полному удовлетворению, как правило, преграждён механизмом сопротивления и вытеснения. Индивиду не остается ничего другого, кроме движения в свободном еще направлении развития, но без перспективы завершить процесс и достигнуть цели. Кажущийся «инстинкт совершенствования», якобы присущий всем человеческим индивидам, наблюдается, например, при образовании невротической фобии (попытка бегства от удовлетворения первичного позыва)[13].

Одно из проявлений инстинкта смерти, по Фрейду, – доминирующее стремление психики к снижению и уничтожению внутреннего напряжения, вызванного раздражениями, к поддержанию постоянного психического равновесия и стабильности. Данная тенденция психической жизни – одна из сторон принципа удовольствия, а соответственно, сам этот принцип – частный случай инстинкта смерти. В конечном счете, делает вывод Фрейд, принцип удовольствия подчинен инстинкту смерти, выражает общее стремление перехода живой материи в неживую. Между инстинктом смерти и принципом удовольствия лежит цепочка логических звеньев. Поскольку общее характерное свойство инстинктов, рассуждает Фрейд, – стремление восстановить прежнее состояние, многие процессы психической жизни протекают независимо от принципа удовольствия и не противоречат ему. Одна из самых ранних и наиболее важных функций психики состоит в том, чтобы «связывать» инстинкты, переводить их из активного, открытого состояния в латентное. Во время этой трансформации индивид может не принимать во внимание чувство неудовольствия, но принцип наслаждения этим не упраздняется. Сама трансформация служит принципу удовольствия, т.к. связывание есть подготовительный акт, обеспечивающий господство принципа наслаждения. Принцип удовольствия призван освободить психический аппарат от всякого возбуждения вообще или же поддерживать возбуждение на постоянном или возможно низком уровне. В этом смысле принцип удовольствия участвует во всеобщем стремлении всего живущего вернуться к покою неорганического мира. Показательный пример – половой акт («величайшее доступное нам наслаждение», согласно Фрейду), удовольствие от которого связано с немедленным угасанием сильнейшего возбуждения. «Таким образом, связывание инстинктивного побуждения является предварительной функцией, которая подготовляет раздражение для его окончательного изживания в наслаждении разрядкой»[14]. Не связанные нормами культуры инстинкты вызывают гораздо более сильные ощущения удовольствия и неудовольствия, чем связанные инстинкты, удовлетворяемые опосредованным способом. Несвязанные инстинкты в начале человеческой истории (а они там преобладают) выражаются более интенсивно, чем на поздних ее стадиях, но их удовлетворение подвержено частым перебоям. В условиях насыщенной культуры удовлетворение инстинктов становится постоянным, но соблюдение запретов ослабляет ощущения. В обоих случаях присутствует

[11] См.: *Фрейд З.* По ту сторону принципа наслаждения. С. 168–170.

[12] Там же. С. 172.

[13] См.: там же.

[14] Там же. С. 191.

стремление к снижению возбуждения, что свидетельствует о действии инстинкта смерти[15].

Инстинкт жизни и инстинкт смерти. Согласно Фрейду, человек подчинен двум главным инстинктам – инстинкту жизни и инстинкту смерти, имеющим противоположные цели. Инстинкт жизни борется за наращивание и усиление всего живого, инстинкт смерти этому противодействует. Как было указано выше, инстинкт смерти доминирует и предопределяет действие инстинкта жизни. Хотя инстинкт жизни и борется за жизнь, объективная конечная цель всего живого – смерть. Бесконечный, казалось бы, процесс воспроизводства биологической жизни самой себя есть всего лишь частный случай тотального господства неживой материи. Важнейшее проявление инстинкта жизни – сексуальность, стремление к продолжению рода, отсюда почти отождествление инстинкта жизни и сексуального инстинкта. Инстинкт смерти проявляется главным образом в агрессии, задача которой – переводить живую материю в неживую. Таким образом, Фрейд предлагает две пары почти тождественных инстинктов: инстинкт жизни (сексуальный инстинкт) и инстинкт смерти (инстинкт агрессии). Сексуальный инстинкт включает в себя инстинкт самосохранения. Инстинкт жизни он часто называет Эросом, инстинкт смерти – Танатосом[16], в силу природы вещей второе призвано одержать победу над первым. Притом что Танатос должен победить, в условиях культуры Эрос может смягчить или предотвратить социальные катаклизмы. Оба инстинкта не следует оценивать как добро и зло, они необходимы и связаны между собой, действуют в единстве. Инстинкт жизни и инстинкт смерти не выступают по отдельности, они сплавлены в различные изменчивые сочетания, а потому неузнаваемы для человеческого взгляда. Все инстинкты человека так или иначе являются сочетанием Эроса и агрессии. Особенно сильно соединение обоих инстинктов представлено в садизме и мазохизме. Определенная примесь обоих стремлений присуща нормальным сексуальным отношениям, если садизм и мазохизм оттесняют сексуальные цели, возникает извращение. Оба инстинкта одновременно демонстрируют сексуальное удовольствие и агрессию: садист получает удовольствие, причиняя боль сексуальному партнеру, мазохист получает удовольствие от причинения боли самому себе со стороны своего партнера. Садист проявляет внешнюю агрессию, мазохист – внутреннюю, на самого себя, и оба испытывают сексуальное удовольствие. Садизм и мазохизм выходят далеко за рамки сексуальных отношений и находят свое выражение во многих сферах общественно-политической жизни, например, в войне или инквизиции, где люди получают удовольствие от разрушения и насилия[17].

Инстинкты жизни и смерти переплетены и тесно взаимодействуют. Оба инстинкта консервативны, стремятся к восстановлению состояния, нарушенного возникновением жизни. Появление жизни имело двоякое следствие: она одновременно запустила механизм собственного воспроизводства и своего стремления к смерти. Биологические организмы стали предметом борьбы и компромисса между этими двумя влечениями. Инстинктам жизни и смерти соответствует свой физиологический процесс (рост и распад), в каждой биологической субстанции действуют оба первичных влечения, но в неравных долях: на этапе роста преобладает Эрос, на этапе распада – Танатос. В результате соединения одноклеточных организмов в многоклеточные нейтрализуется инстинкт смерти отдельной клетки, а организм целиком переводит агрессию (инстинкт смерти) на внешний мир. Инстинкт смерти (агрессия) имеет двойственный характер: отчасти он направлен против внешнего мира, что означает стремление к самосохранению (т.е. служит инстинкту жизни), отчасти – направлен против «Я». На первый взгляд инстинкт смерти может показаться деструктивным, но это далеко не так. Живое существо, проявляя агрессию и разрушая при этом чужую жизнь, сохраняет при этом свою собственную. Деструктивность, направленная вовне, оказывается благом для индивида, от которого исходит агрессия. Агрессия не может полностью перейти на внешний мир, какая-то ее часть всегда направлена на самого индивида, что имеет как позитивные, так и негативные следствия. Так, инстинкт агрессии, направленный внутрь человека, рождает совесть. Однако агрессия, полностью направленная внутрь человека, опасна для здоровья, грозит серьезной психической патологией. Поэтому агрессия должна найти внешнее проявление и разгрузить психическую энергию, что способствует психическому здоровью. В этом отношении агрессия биологически оправдана. Агрессивный инстинкт стоит ближе к природе, чем сопротивление ему со стороны человека. Если агрессия, направленная вовне, встречает препятствия, она начинает обращаться на самое «Я», разрушая его. Ограничение внешней агрессии усиливает агрессию внутрь человека, что ведет к саморазрушению индивида. Отсюда Фрейд делает вывод: чтобы избежать саморазрушения, человек должен проявлять

[15] См.: *Фрейд З.* По ту сторону принципа наслаждения. С. 190–192.

[16] В древнегреческой мифологии Эрос – Бог любви, Танатос – Бог смерти. Слово «Эрос» Фрейд часто использует в своих текстах, слово «Танатос», по воспоминаниям современников, употреблял устно, в беседах.

[17] См.: *Фрейд З.* Недовольство культурой. С. 112, 113; *Его же.* Почему война? // Фрейд З. Психоанализ. Религия. Культура / сост. и вступ. сл. А.М. Руткевича. С. 264, 265; *Его же.* Введение в психоанализ: лекции. М., 1991. С. 366.

внешнюю агрессию. «Поистине печальное открытие для моралиста!», – восклицает он[18].

Оба инстинкта, по Фрейду, не только смешаны, но также имеют тенденцию к распаду на первоначальные. Так, при нормальных сексуальных отношениях садизм гармонично уравновешивается мазохизмом, в случае распада садизм выделяется в самостоятельный компонент, доводя сексуальность до крайности и переводя ее в состояние патологии. Следствием распада инстинктов на первоначальные являются также тяжелые формы невроза (например, эпилепсия). В целом данный распад свидетельствует о психической деградации личности (например, от генитальной до садистически-анальной фазы) и наоборот: соединение этих инстинктов воедино означает прогрессивное развитие личности, гармонизацию ее внутренней и внешней жизни. Преобладание в какой-то момент в биологическом организме Эроса ведет к созданию напряженности, что воспринимается как неудовольствие, и только разрядка напряжения (т.е. действие Танатоса) переводит самочувствие организма в состояние удовлетворенности. «Извержение сексуальной материи в сексуальном акте до известной степени соответствует разделению сомы и зародышевой плазмы. Отсюда сходство состояния после полного сексуального удовлетворения с умиранием, а у низших животных – совпадение смерти с актом зарождения. Эти существа умирают при размножении, поскольку после выключения Эроса путем удовлетворения инстинкт смерти получает полную свободу осуществления своих намерений»[19]. Итак, господство Эроса ведет к рождению биологического организма, преобладание Танатоса заканчивается его смертью, и только относительно гармоничное смешение двух инстинктов обеспечивает относительно продолжительное и благополучное функционирование организма.

Чувство вины, «Сверх-Я» и агрессия. Согласно Фрейду, человек проявляет агрессию двух видов: внешнюю (к внешнему миру) и внутреннюю (в отношении себя). Оба вида агрессии взаимосвязаны, что напоминает закон сохранения энергии. Источник агрессии – биология человека, ее уровень неизменен при сохранении основных психофизических параметров индивида и складывается из суммы сил внутренней и внешней агрессии. Если в целом уровень агрессии индивида неизменен, то соотношение внутренней и внешней агрессии может меняться: усиление внешней агрессии снижает внутреннюю и наоборот. Диспропорции данной взаимосвязи опасны. Если у индивида преобладает внешняя агрессия – страдает общество, доминирование внутренней агрессии чревато неврозом. Тот же механизм, по Фрейду, работает в человеческих коллективах (малые социальные группы, классы, народы, человечество).

Для первобытного человека по большей части свойственна внешняя агрессия, поскольку нормы культуры еще только формируются. Человек как биологический организм не различает добра и зла. Зло часто не вредно и не опасно для «Я», напротив, оно бывает для него желанным и приносящим удовольствие. Представления о добре и зле возникают благодаря воздействию общества, а именно страх утратить любовь (защиту) с его стороны. Люди постоянно позволяют себе приятное им зло, если за это не наступает наказания. Эдипов комплекс и акт отцеубийства рождают чувство вины, что является, по сути, разновидностью страха перед внешним авторитетом, властной инстанцией. В детстве этой инстанцией выступают родители, позднее – общество в лице его прямых и сублимированных представителей (власть, Бог, судьба и т.п.). Вина возникает как следствие отказа от влечений, становится компенсацией за преступные помыслы. Индивид воспринимает свои влечения в качестве посягательства на внешний авторитет, от которого исходят запреты, чувство вины становится расплатой за это посягательство. Чувство вины рождает совесть – важнейшую функцию «Сверх-Я», а само «Сверх-Я» формируется как бессознательное требование властной инстанции и становится внутренним цензором. Таким образом, вина имеет два источника: первоначальный страх перед авторитетом и позднейший страх перед «Сверх-Я», первый заставляет отказываться от удовлетворения инстинктов, второй еще и наказывает.

Возникновение «Сверх-Я» – поворотный пункт в формировании внутренней агрессии. С появлением «Сверх-Я» отпадает страх перед разоблачением помыслов нарушить запрет и исчезает различие между злодеянием и злым умыслом, т.к. от «Сверх-Я» ничего не скроешь, даже мысли. При этом резко снижается и серьезность угрозы наказания, т.к. «Сверх-Я» – часть самой личности. Однако страх наказания со стороны внешнего мира никуда не уходит и продолжает мучить «Я». «Чувство вины возникает, несмотря на отказ, и в этом огромный экономический убыток введения “Сверх-Я” или, так сказать, совести. Отказ от влечений уже не освобождает, добродетельная умеренность не вознаграждается гарантией любви. Человек поменял угрозу внешнего несчастья – утраты любви и наказания со стороны внешнего авторитета – на длительное внутреннее несчастье, напряженное сознание виновности»[20]. Здесь у совести обнаруживается черта, которая была ей чужда на стадии ее формирования: чем

[18] См.: *Фрейд З.* Введение в психоанализ: лекции. С. 365.

[19] *Фрейд З.* «Я» и «Оно». С. 381.

[20] *Фрейд З.* Недовольство культурой. С. 119.

добродетельнее человек, тем суровее и подозрительнее делается совесть. Такая зависимость наглядно представлена у религиозных деятелей, дальше других зашедших по пути святости. «Святые имели право представлять себя грешниками, сославшись на искушения: стремлению удовлетворять инстинкты они подвержены сильнее других, искушения растут при постоянном от них отречении, тогда как после удовлетворения они хотя бы на время ослабевают»[21]. Формированию высоконравственной, строгой этики («Сверх-Я») способствуют несчастья. Их отсутствие воспринимается как добросовестное исполнение индивидом своих обязанностей перед внешней инстанцией, от которой он считает себя зависимым. Наступление несчастий заставляет индивида поверить в свою греховность, проистекающую, как ему представляется, из нарушения взятых на себя обязательств, он берет на себя тяжелые обеты и начинает каяться. Данный механизм свойствен целым народам, например, древним евреям. «Народ Израиля полагал себя избранным сыном Божьим, и пока величественный отец слал своему народу несчастья за несчастьями, народ не роптал и не сомневался в могуществе и справедливости Божьей, но выдвигал пророков, которые порицали его за греховность. Из сознания своей виновности он сотворил непомерно суровые предписания своей жреческой религии»[22]. Человек в условиях первобытной культуры, когда «Сверх-Я» еще только формируется, ведет себя иначе: «Когда с ним случается несчастье, он винит не себя, а свой фетиш, который не справился со своими обязанностями – и вместо того чтобы корить себя подвергает его порке»[23].

Итак, формирование «Сверх-Я» и вытекающей из него внутренней агрессии начинается с чувства вины, диктуемого страхом наказания со стороны внешнего авторитета. Чувство вины рождает совесть, «Сверх-Я», которое уравнивает злодеяние и злой умысел и рождает потребность в наказании. Стремление к наказанию индивидом самого себя становится формой внутренней агрессии. В данном случае агрессия совести консервирует агрессию внешнего авторитета. Хотя поначалу совесть (вернее, страх, который потом станет совестью) была первопричиной отказа от влечений, впоследствии отношение переворачивается. Каждый новый отказ становится дополнительным источником совести, усиливая ее строгость и нетерпимость. Совесть есть следствие отказа от влечений; отказ от влечений (навязанный человеку извне) создает совесть, которая затем требует все нового отказа от влечений. Иными словами, отказ от внешней агрессии перехватывается «Сверх-Я», направляя и усиливая агрессию против «Я». Отношение между «Сверх-Я» и «Я» есть перевернутое желанием индивида отношение между еще не расщепившимся «Я» (ребенком) и внешним объектом. Сначала совесть возникает посредством подавления агрессии, затем она усиливается благодаря новым актам подавления. Страх перед внешним авторитетом и потребность в наказании – это инстинкт «Я», проявляющий себя в потребности мазохизма под влиянием садистического «Сверх-Я». Здесь «Я» употребляет часть имеющегося у него внутреннего деструктивного влечения для установления эротической связи со «Сверх-Я». Таким образом, отказ от внешнего садизма оборачивается садизмом внутренним, обращенным на «Я», а в самом «Я» рождается потребность в мазохизме. Отказ от удовольствия, получаемого благодаря внешней агрессии, заменяется удовольствием от самоистязания. На этой почве формируется невроз, за которым всегда кроется доля бессознательного чувства вины, требующего наказания. Чем сильнее влечения, тем сильнее чувство вины и потребность в наказании (внутренней агрессии) и, соответственно, тем глубже психическая патология[24].

«Я» между Эросом и Танатосом. Инстинкты жизни и смерти, садизм и мазохизм, любовь и агрессия – все эти пары, по Фрейду, действуют во взаимосвязи, переплетаются, создавая причудливые, невидимые глазу конфигурации. Он пытается показать, что, хотя эти явления логически разъединены, в действительности они существуют во взаимных переходах. Порой трудно определить, где заканчивается действие инстинкта жизни и в свои права вступает инстинкт смерти, при каких условиях любовь выступает уже как агрессия, а садизм трансформируется в мазохизм и наоборот. Доказательство такого взаимного перехода Фрейд усматривает в зависимости, существующей между «Я», «Оно» и «Сверх-Я». Два последних компонента психики относятся к сфере бессознательного, «Я» оказывается зажатым между ними. «Я» – это несчастное существо, испытывающее угрозу со стороны внешнего мира, «Оно» и «Сверх-Я». «Оно» – источник жизни, резервуар энергии и инстинктов. Казалось бы, это явное проявление Эроса, но, требуя бесконечного удовольствия и насыщения, Эрос вступает в конфликт с принципом реальности. Игнорирование принципа реальности чревато гибелью индивида. В этом смысле «Оно» таит в себе угрозу смерти, т.е. выступает агентом Танатоса. «Я», понимая амбивалентность «Оно», вынуждено ограничивать его требование получать удовольствия. Индивид, блокируя требования «Оно», внешне борется с жизнью, хотя на самом деле защищает ее от разрушительного воздействия «Оно». Таким образом, «Оно» одновременно несет с собой и жизнь, и смерть. Примерно такая же амбивалентность наблюдается со «Сверх-Я», которое одновременно борется за жизнь и является агентом смерти. «Сверх-Я»

[21] *Фрейд З.* Недовольство культурой. С. 118.

[22] Там же. С. 119.

[23] Там же.

[24] См.: там же. С. 120, 121, 126, 129.

есть требование авторитетной инстанции (в детстве это – родители, позднее – общество в лице его властных институтов), представленной индивиду в бессознательной форме. Назначение «Сверх-Я» – социализация личности, формирование ее способности жить в условиях коллектива. «Сверх-Я» – это своего рода проявление инстинкта самосохранения, требующего приспособиться к нормам культуры. «Сверх-Я», выступая агентом культуры, борется вместе с ней за выживание коллектива, а с ним – и самого индивида. В этом проявляется действие Эроса. Вместе с тем задача «Сверх-Я» состоит в том, чтобы подавить инстинкты («Оно»), воспринимаемые коллективом как опасные для него. Особенность действия «Сверх-Я» – постоянное усиление своих требований в отношении «Я». Чувство вины, создав «Сверх-Я», впоследствии становится объектом давления со стороны «Сверх-Я»; вина, получив новый импульс от «Сверх-Я», заставляет последнее ужесточать свои требования в отношении «Я» и так все далее по восходящей спирали. Закончиться данный процесс может полным подавлением «Оно», а с ним – самой жизни. В данном случае также можно констатировать, что «Сверх-Я» одновременно пронизано силами Эроса и Танатоса. Если Эрос, по Фрейду, тождествен любви, а Танатос – агрессии, то очевидно, что любовь и агрессия сосуществуют и действуют в необходимом единстве.

Согласно Фрейду, агрессия, осуществляемая «Сверх-Я» в отношении «Я», проявляется, в частности, в страхе смерти, который предстает в виде либо страха перед внешним миром, либо невротического страха (исходит от действия либидо («Оно»)). Природа этого страха лежит, с его точки зрения, в Эдиповом комплексе и комплексе кастрации. Поскольку совесть («Сверх-Я») первоначально формируется как страх перед отцом (именно он грозит кастрацией ребенку), агрессия в виде страха смерти со стороны «Сверх-Я» есть превращенный страх кастрации. Данный генезис страха смерти наглядно наблюдается в неврозе, в частности в меланхолии. «Страх смерти при меланхолии допускает лишь одно объяснение, а именно – что “Я” отказывается от самого себя, так как чувствует, что “Сверх-Я” его ненавидит и преследует вместо того, чтобы любить. Следовательно, для “Я” жизнь означает то же, что быть любимым, быть любимым со стороны “Сверх-Я”, которое и здесь проявляет себя представителем “Оно”. “Сверх-Я” выполняет ту же защитную и спасающую функцию, как раньше отец, позднее – провидение или судьба. Но тот же вывод должно сделать и “Я”, находясь в огромной реальной опасности и преодолеть которую собственными силами оно считает невозможным. “Я” видит, что оно покинуто всеми охраняющими силами и позволяет себе умереть. Это, впрочем, та же ситуация, что стала подосновой первого великого страха рождения и инфантильной тоски страха, – страха разлуки с оберегающей матерью»[25]. Таким образом, Фрейд ставит в один логический ряд страх кастрации, страх совести, страх смерти, и все это объективно выглядит как агрессия «Сверх-Я» в отношении индивида.

Репрессивная роль культуры и агрессия. Согласно Фрейду, смысл культурного развития состоит в борьбе Эроса и Танатоса, эта борьба – сущность и содержание жизни вообще, а потому культурное развитие можно считать борьбой человеческого рода за выживание. Если исходить из базовых тезисов основателя психоанализа, изложенных выше, данное утверждение выглядит весьма спорным. Поскольку Эрос и Танатос взаимосвязаны, переплетены (как полагает Фрейд), культура есть одновременное проявление Эроса и Танатоса. С одной стороны, культура нацелена на поддержание жизни (действие Эроса), с другой – на блокирование инстинктов, т.е. самой жизни, и в этом качестве она представляет Танатоса. Культура, подавляя внешнюю агрессию, направляет ее внутрь человека благодаря сформированному ею «Сверх-Я». Особенность данного механизма состоит в том, что он неуклонно ведет к усилению влияния культуры и все большему подавлению инстинктов, т.е. к разрушению психологического равновесия в пользу агрессии либо внутренней, либо внешней.

Источник такого дисбаланса Фрейд усматривает в чувстве вины, появившемся еще в первобытной орде в результате акта отцеубийства. «Раскаяние было результатом изначальной амбивалентности чувств по отношению к отцу: сыновья его ненавидели, но они его и любили. После удовлетворения ненависти в агрессии любовь проявилась как раскаяние за содеянное, произошла идентификация “Сверх-Я” с отцом. Как бы в наказание за агрессивное деяние против отца его власть получило “Сверх-Я”, устанавливающее ограничения, налагающее запреты на повторение деяния. Склонность к агрессии против отца повторялась и в последующих поколениях, а потому сохранялось и чувство вины, усиливавшееся всякий раз при подавлении агрессии и перенесении ее в “Сверх-Я”»[26]. Таким образом, любовь рождает чувство вины и совесть, а точнее, вина возникает в результате конфликта любви (Эроса) и ненависти (Танатоса): ведь если бы не было ненависти и отцеубийства, не появилось бы чувство вины. Конфликт Эроса и Танатоса разрастается по мере перехода человечества от первобытной семьи к более крупным коллективам (племя, этнос, нация), что усиливает чувство вины и требования со стороны «Сверх-Я». Чем больше человеческий коллектив, тем сильнее должно быть чувство вины. Современные цивилизованные народы, по логике Фрейда, существуют только благодаря живущему внутри них чувству вины, достигшему

[25] *Фрейд З.* «Я» и «Оно». С. 392.

[26] Там же. С. 123.

сверхсильного влияния. Чувство вины, достигающее таких высот, заключает он, становится невыносимым для индивида.

Чувство вины, по Фрейду, – важнейшая проблема развития культуры. Рост чувства вины и убывание счастья – плата за культурный прогресс. «Сверх-Я», рассуждает Фрейд, есть своеобразное ядро культуры, нацеленное на подавление агрессии – самого серьезного препятствия на пути развития культуры. Но, подавляя агрессию, «Сверх-Я» подавляет саму жизнь, делает человеческое существование ущербным. Отсюда – новая задача культуры: ослабление многих ее норм как заведомо невыполнимых. «Сверх-Я», полагает Фрейд, не заботится о счастье «Я», не принимает во внимание ни сопротивления исполнению запретов, ни силу влечений «Оно», ни трудности, исходящих от внешнего мира. «Сверх-Я» игнорирует душевную конституцию индивида, исходя из предположения, будто «Я» способно выполнить все требования культуры и управлять своим «Оно». Такая установка, по Фрейду, – заблуждение, т.к. у обычного индивида власть над «Оно» не поднимается выше определенного уровня. Если от него требуют большего, то он либо взрывается бунтом, либо уходит в невроз, либо становится глубоко несчастным. В этой связи Фрейд подвергает критике известную христианскую заповедь (она же – одно из важнейших требований «Сверх-Я»): возлюби ближнего твоего как самого себя. Заповедь, с его точки зрения, не просто неисполнима, она ведет к росту агрессивности и снижает ценность любви. «Тому, кто последует такому предписанию в рамках современной культуры, придется нести убытки в пользу того, кто с ними не считается. <...>. Сколь же сильным, – восклицает Фрейд, – должно быть выдвинутое культурой против агрессивности средство защиты, если последнее способно делать людей не менее несчастными, чем сама агрессивность!»[27]. В качестве компенсации за утрату счастья этика «Сверх-Я» предлагает суррогат удовольствия в виде вознаграждения за способность быть высокоморальным. Фактически такой подход предлагает нарциссическое удовлетворение – считать себя выше других. Нравственные и религиозные проповеди, заключает Фрейд, тщетны, добродетель должна вознаграждаться на земле, а изменение отношений собственности принесет больше пользы, чем любая этическая заповедь[28].

При всех реверансах в адрес культуры Фрейд весьма скептически оценивает ее возможности противостоять агрессии, поскольку сама культура продуцирует агрессию. Он считает вредным предрассудком утверждение, что культура является самым ценным достоянием человечества и ведет к «невиданным совершенствам». Все усилия культуры не стоят затраченного труда, утверждает Фрейд, если итогом будет невыносимое для индивида состояние. Культура, подавляя животность человека, существенно деформирует сексуальный инстинкт, мешает его естественному проявлению. Этот процесс сравним с приручением животных и ведет к телесным изменениям. Культура меняет психику, смещая инстинктивные цели и ограничивая инстинкты: «Ощущения, доставлявшие наслаждение нашим далеким предкам, стали для нас безразличными или даже невыносимыми»[29]. Культура стремится подчинить инстинкты разуму, что ведет к интернализации агрессии, т.е. переводу ее из внутренней во внешнюю. Культура – источник не только индивидуального, но и коллективного невроза, невротизации подвержены целые народы и исторические эпохи. Однако есть существенное различие между индивидуальным и коллективным неврозом: в случае с первым имеется образец, норма, во втором – представление о норме отсутствует. Терапевтическое воздействие на массу также затруднительно, поскольку невозможно найти личность с таким авторитетом, которая смогла бы заставить массы лечиться[30].

Наиболее тяжелое следствие невротического воздействия культуры, по Фрейду, – война, о которой он высказывается двойственно и противоречиво. С одной стороны, культура, социализируя индивид, массы, заставляет их возмущаться войной. Культура, будучи средством борьбы с природой за физическое выживание, призвана бороться за мир, т.к. война несет с собой смерть. Поскольку культура повышает ценность человеческой жизни, ее цель – мир. С другой стороны, культура естественным образом включает в себя агрессию, которая необходима, чтобы бороться с природой и социальными конфликтами. Культура есть сублимация влечений, в т.ч. агрессии, а потому между культурой и агрессией существует прямая связь. Культура, появившись благодаря агрессии, нуждается в ней как некоей природной энергии. Культура имманентно несет с собой инстинкт смерти, борясь с ним, люди борются с самой культурой. Поскольку инстинкт смерти – своего рода закон мирового бытия, люди не в силах его устранить, а потому война неизбежна. Если жизнь – частный случай неживой материи, если цель жизни – смерть, уверен Фрейд, война и гибель всего живого есть закономерный и неизбежный финал человеческой истории. Психология индивидов также способствует войне. Война – естественное следствие подавления влечений. Коллектив и природа, заставляя индивида отказываться от принципа удовольствия и руководствоваться принципом реальности, накапливают в индивиде агрессию, которая раньше или позже должна вырваться наружу.

[27] *Фрейд З.* Недовольство культурой. С. 132.

[28] См.: там же. С. 132, 133.

[29] *Фрейд З.* Почему война? С. 269.

[30] См.: *Фрейд З.* Недовольство культурой. С. 133.

Рассуждая о Первой мировой войне, Фрейд отмечает, что «кучке бессовестных карьеристов и соблазнителей не удалось бы сделать столько зла, если бы миллионы идущих за вожаками не были соучастниками преступления»[31]. Война позволяет массам развязывать свои разрушительные инстинкты и получать от этого удовольствие. Фрейд не верит в возможность длительного мира и создания мирового правительства, способного его установить. Объединение народов и государств с помощью идей – утопия, как показывает опыт войн между, например, эллинами или христианскими народами. Единственная возможность как-то повлиять на предотвращение войны – использовать механизмы психики. Поскольку агрессия неуничтожима, надо попытаться изменить ее направленность и максимально использовать инстинкт жизни для установления более тесных эмоциональных связей между людьми. Такие связи могут быть двоякого рода: первое – это любовь даже при отсутствии сексуальной цели; второе – идентификация: отождествление человеком самого себя с другими людьми.

* * *

В конечном счете Фрейд признает, что исход борьбы между Эросом и Танатосом неизвестен. Перед человечеством постоянно будет стоять роковой вопрос: удастся ли (и в какой мере) культуре обуздать влечение к агрессии и самоуничтожению? Фрейд как гуманист и сторонник просвещения старается выступать здесь не пессимистом, а скептиком. Вместе с тем очевидно, что его теория агрессии, в целом вся его философия культуры не оставляют шансов человечеству на выживание. Инстинкты жизни и смерти, повторим за Фрейдом, – это не добро и зло, а органичные, необходимые, взаимосвязанные, переходящие друг в друга элементы всего живого. Жизнь несет с собой смерть, являясь ее частным случаем.

[31] *Фрейд З.* Введение в психоанализ: лекции. С. 91.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. *Фрейд З.* Введение в психоанализ: лекции. М., 1991. С. 91, 365, 366.
2. *Фрейд З.* Недовольство культурой // Фрейд З. Психоанализ. Религия. Культура / сост. и вступ. сл. А.М. Руткевича. М., 1991. С. 69, 76–84, 108, 109, 112, 113, 118–121, 126, 129, 132, 133.
3. *Фрейд З.* По ту сторону принципа наслаждения // Фрейд З. «Я» и «Оно». Труды разных лет / пер. с нем.; предисл. Б.Р. Нанейшвили, Г.Б. Нанейшвили. Тбилиси, 1991. Кн. 1. С. 141–143, 167–170, 172, 190–192.
4. *Фрейд З.* Почему война? // Фрейд З. Психоанализ. Религия. Культура / сост. и вступ. сл. А.М. Руткевича. М., 1991. С. 264, 265, 269.
5. *Фрейд З.* «Я» и «Оно» // Фрейд З. «Я» и «Оно». Труды разных лет / пер. с нем.; предисл. Б.Р. Нанейшвили, Г.Б. Нанейшвили. Тбилиси, 1991. Кн. 1. С. 123, 381, 392.

REFERENCES

1. *Freud S.* Introduction to psychoanalysis: lectures. M., 1991. P. 91, 365, 366 (in Russ.).
2. *Freud S.* Dissatisfaction with culture // Freud S. Psychoanalysis. Religion. Culture / comp. and introduction by A.M. Rutkevich. M., 1991. P. 69, 76–84, 108, 109, 112, 113, 118–121, 126, 129, 132, 133.
3. *Freud S.* On the other side of the pleasure principle // Freud S. "I" and "It". Works of different years / transl. from German; foreword by B.R. Naneishvili, G.B. Naneishvili. Tbilisi, 1991. Book 1. P. 141–143, 167–170, 172, 190–192 (in Russ.).
4. *Freud S.* Why the war? // Freud Z. Psychoanalysis. Religion. Culture / comp. and introduction by A.M. Rutkevich. M., 1991. P. 264, 265, 269 (in Russ.).
5. *Freud S.* "I" and "It" // Freud S. "I" and "It". Works of different years / transl. from German; foreword by B.R. Naneishvili, G.B. Naneishvili. Tbilisi, 1991. Book 1. P. 123, 381, 392 (in Russ.).

Сведения об авторе

ЖУКОВ Вячеслав Николаевич –
доктор юридических наук, доктор философских наук, профессор, профессор кафедры теории государства и права и политологии юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова; 119991 г. Москва, Ленинские горы, д. 1, стр. 13 (4-й учебный корпус); главный научный сотрудник сектора философии права, истории и теории государства и права Института государства и права Российской академии наук; 119019 г. Москва, ул. Знаменка, д. 10; эксперт РАН

Authors' information

ZHUKOV Vyacheslav N. –
Doctor of Law, Doctor of Philosophy, Professor, Professor of the Department of theory of state and law and political science of the faculty of law at Lomonosov Moscow state University; 1 Leninskie Gory, bld. 13 (4th academic building), 119991 Moscow, Russia; chief researcher of the Department of Philosophy of Law, history and theory of the state and law of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences; 10 Znamenka str., 119019 Moscow, Russia; RAS expert

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 11, с. 48–54
STATE AND LAW, 2021, № 11, pp. 48–54

ДИСКУССИИ И ОБСУЖДЕНИЯ

О ПРЕДМЕТНОЙ НОВИЗНЕ НЕКЛАССИЧЕСКОЙ ФИЛОСОФИИ ПРАВА: ПРОДОЛЖЕНИЕ ДИАЛОГА

© 2021 г. А. В. Стовба

Харьковский институт кадров управления, Украина

E-mail: stovba34@mail.ru

Поступила в редакцию 08.04.2021 г.

Аннотация. Данная статья – ответ на критику проф. О.В. Мартышина в журнале «Государство и право» (2020. № 12). Автор, как и прежде, не сомневается в том, что использование новой терминологии и философских методов осмысления права, заимствованных из современных философских течений и пропагандируемых представителями неклассической философии права, дает положительные результаты в философии права и общей теории права.

Ключевые слова: теория государства и права, философия права, методология, неклассическая философия права, темпоральная онтология права.

Цитирование: *Стовба А.В.* О предметной новизне неклассической философии права: продолжение диалога // Государство и право. 2021. № 11. С. 48–54.

DOI: 10.31857/S102694520014545-0

ON SUBJECT'S SPECIFICITY OF THE NON-CLASSIC PHILOSOPHY OF LAW: CONTINUING OF THE DIALOGUE

© 2021 A. V. Stovba

Kharkiv's Institute of Management Stuf, Ukraine

E-mail: stovba34@mail.ru

Received 08.04.2021

Abstract. This article is a response to the criticism of Prof. O.V. Martyshin in the journal "State and Law" (2020. No. 12). The author has defended the thesis that there is no doubt as to whether the application of new terminology and philosophical methods of legal reasoning borrowed from contemporary philosophical trends and propagated by the representatives of the non-classical Philosophy of Law has brought positive results in Philosophy of Law and General legal theory.

Key words: theory of state and law, Philosophy of Law, methodology, non-classical Philosophy of Law, temporal ontology of law.

For citation: *Stovba, A.V. (2021).* On subject's specificity of the non-classic Philosophy of Law: continuing of the dialogue // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 11, pp. 48–54.

Перефразируя известного немецкого философа и правоведа Г.-Г. Гадамера, следует сказать, что любое понятие может быть осмыслено лишь как ответ на вопрос, явно либо скрыто заданный. Не является исключением и право. На протяжении двух с половиной тысяч лет правоведы задают одни и те же вопросы (о сущности права, его смысле и основаниях, способе его бытия, возможностях его познания и проч.), которые получают на первый взгляд тот же самый ответ – «право». Вспомним, однако, что «то же самое – это не всегда одно и то же» ("Das Selbe ist nicht immer das Gleiche") (Хайдеггер). Ведь со времен Анаксимандра, спрашивая о «том же самом», философы права далеко не всегда получают «одни и те же» ответы. Иными словами, термин «право», давая правоведам ответы на «одни и те же» вопросы, представляет собой далеко не «одно и то же» в зависимости от избранного варианта правопонимания. Таким образом, плюрализм подходов к праву, когда, несмотря на внешнюю «омонимию», «право» у Платона не совпадает с «правом» Аристотеля, а правовые воззрения Канта находятся в известном противоречии со взглядами Гегеля либо Маркса, является не «недостатком» либо «показателем незрелости» соответствующей дисциплины, которые необходимо превзойти на некоем «высшем» этапе ее развития, но неотъемлемой чертой философского осмысления права.

Иная ситуация складывается в юридической науке. В отличие от философии, направленной на осмысление *бытия* права, юриспруденция обращается к праву как *сущему*. При этом характерной чертой права как сущего является его инструментальность, присущий ему способ «бытия-подручным» (Хайдеггер)[1]. Право всегда находится «под рукой» в ходе «озабоченного обустраивания мира». В отличие от философа права, направленного в первую очередь на осмысление того «что есть», ученый-юрист озабочен тем «как должно быть». В своем предельном устремлении юридическая наука направлена на то, чтобы «переделать мир» в нужном направлении, изъяв из него «нежелательные явления» (которые маркируются как «правонарушения») и приведя его к некоему «идеальному» состоянию. Иными словами, наличная ситуация, существующая социальная реальность мыслится юриспруденцией как некое несовершенное и несамодостаточное положение дел, своеобразная «промежуточная ступень», которую необходимо пройти и превзойти на пути к желаемому нормативному идеалу – «абсолютному правопорядку», когда все проявления социальной девиации будут устранены, а поведение людей – полностью совпадать с предписаниями нормативно-правовых актов. Однако в силу того, что подобный «нормативный идеал» практически недостижим (хотя бы в силу его идеальной природы), юридическая наука получает практически безграничную монополию на социальную инженерию, когда содержание нормативного акта априори получает название «права», давая юристам «право» изменять наличную реальность по своему усмотрению во имя «светлого будущего»[2].

Описанное различие философии права и правовой науки (общей теории права, юриспруденции) находится в центре дискуссии, начатой в 2016 г. российским теоретиком права О.В. Мартышиным (1937–2021)[3]. Поскольку в его работе содержалась критика тех взглядов и направлений в праве, сторонником которых я являюсь, в виде ответа вышла моя статья под аналогичным названием[4]. Новый виток наш спор получил в декабре 2020 г., когда уважаемый оппонент сформулировал новые возражения и аргументацию, непосредственно касающуюся предмета дискуссии[5]. В силу этого мне кажется необходимым выдвинуть ряд контраргументов.

Так, уточняя свою позицию, О.В. Мартышин указывает, что «дисциплина философия права не обладает уникальным предметом, т.е. таким, которого не касались бы в той или иной мере другие науки, на который философия права имела бы монополию... А вот в философии права трудно найти проблему, которая не рассматривалась бы ни теорией, ни социологией права. Пожалуй, единственное исключение представляет специальное рассмотрение нравственных основ или ценностей применительно к праву»[6].

Данное утверждение представляется спорным. Как известно, *предмет* представляет собой определенную сторону либо аспект *объекта*, т.е. того явления, на которое направлено внимание соответствующей дисциплины в целом, т.е. в нашем случае – права. Что же является предметом философии права? Подобно общей философии, философия права состоит из онтологии (учения о бытии права, его смысле и основаниях), гносеологии (которая рассматривает проблему познаваемости права), аксиологии (учении о правовых ценностях) и ряда иных разделов. Тем самым становится

[1] См.: *Хайдеггер М.* Бытие и время. М., 1997. С. 69 и далее.

[2] Подробнее см.: *Стовба А.В.* Темпоральная онтология права. СПб., 2017. С. 11 и далее, 49.

[3] См.: *Мартышин О.В.* Об особенностях философско-правовой методологии // Государство и право. 2016. № 6. С. 20–30.

[4] См.: *Стовба А.В.* Об особенностях философско-правовой методологии // Правоведение. 2017. № 4. С. 88–101.

[5] См.: *Мартышин О.В.* О предметной и методологической специфике философии права и новизне неклассического правопонимания: в продолжение диалога // Государство и право. 2020. № 12. С. 35–44. DOI: 10.31857/S102694520012729-2

[6] Там же. С. 36.

отчетливо видно, что *уникальным предметом философии права* являются как минимум *бытие* права, его *смысл* и *основания*, которые не являются предметом рассмотрения юридической науки, направленной на изучение права как *сущего*. Юридическая наука также не проблематизирует и возможность *познания* права (каковое полагается само собой разумеющимся), а потому предмет философии права со времен Канта может и должен быть дополнен еще и *условиями возможности познания права*. Таким образом, неоправданно сужая предмет философии права до правовых ценностей (и то с известными оговорками), О.В. Мартышин, по сути, сводит философию права к аксиологии, игнорируя остальные ее разделы.

Нельзя в полной мере согласиться и с дальнейшей аргументацией упомянутого тезиса российским правоведом. Так, О.В. Мартышин объявляет вопрос о сущности права «главным вопросом философии права», акцентируя внимание читателя на том обстоятельстве, что данная проблема интересует и общую теорию права[7]. Однако выделение подобного вопроса как центрального верно лишь в отношении учения о праве Платона, классической рационалистической философии права Нового времени и, пожалуй, феноменологического направления (А. Райнах, Г. Гуссерль, Н.Н. Алексеев), а на постсоветском пространстве – классической версии либертарно-юридической школы В.С. Нерсесянца. Напротив, для правовой мысли досократиков (Анаксимандра, Гераклита, Парменида), Аристотеля, теологии (Августина, Фомы Аквинского), а также таких влиятельных подходов правовой мысли XX в., как экзистенциализм (который направлен на осмысление существования человека в правовой ситуации), герменевтика (учение об истолковании феномена права), позитивизм (стремящийся сформулировать универсальное понятие права) и ряда других течений, подобная абсолютизация вопроса о сущности права не соответствует действительности.

Наряду с этим голословно и утверждение уважаемого критика о том, что «попытка определить предмет философии права как “предельные основания права” остается на уровне декларации. Не знаю ни одного издания по философии права, где бы “предельные основания” служили бы предметом хотя бы одной главы и рассматривались системно и конкретно. Загадочно и определение предмета философии права как “смысла права”»[8]. Даже если допустить, что проф. О.В. Мартышин не знаком, например, с вышедшей еще в 2003 г. монографией Ю.Е. Пермякова «Основания права» (которая состоит из семи глав, в каждой из которых разбираются различные основания права)[9], либо же с работой Г.А. Гаджиева «Онтология права» (2013), где целая глава как раз и посвящена философским основаниям практической онтологии права[10], вряд ли российскому ученому неизвестны воззрения Гераклита (где основания права раскрываются как Логос), Платона (идея), Фомы Аквинского (воля Бога), да, и, наконец, Маркса (воля господствующего класса), а также многих других философов[11].

Переходя к ответу на иные замечания, следует предположить, что отмеченная московским ученым «загадочность» определения предмета философии права как «смысла права» тесно связана с выделенным им вопросом о «произвольности» избранных мною методологических оснований, а именно философии Хайдеггера. Как иронически замечает О.В. Мартышин, «как и все представители неклассической философии права, А.В. Стовба не щедро делится секретами методологии, позволяющей проникнуть в тайны бытия»[12]. Несмотря на то что подробному обоснованию избранной мною методологии посвящена целая глава моей монографии «Темпоральная онтология права», вышедшей в 2017 г. по результатам защиты докторской диссертации (которая, к сожалению, не упоминается уважаемым оппонентом при критике моих взглядов), с замечанием следует согласиться в том плане, что, конечно же, проблематизация смысла и предельных оснований права требует соответствующего методологического обоснования.

Хайдеггер – автор широко известного «онтологического различия» бытия и сущего. Сущее для

[7] См.: *Мартышин О.В.* О предметной и методологической специфике философии права и новизне неклассического правопонимания: в продолжение диалога.

[8] Там же.

[9] См.: *Пермяков Ю.Е.* Основания права. Самара, 2003.

[10] См.: *Гаджиев Г.А.* Онтология права. М., 2013.

[11] Как известно, любая значимая философско-правовая концепция имеет свои уникальные воззрения на основания права. Так, например, представители естественно-правовой школы видели основания права в «природе» (Монтескьё, Дидро, Руссо), в разуме (Вольтер, Кант) либо в «Абсолютном духе» (Гегель). В свою очередь, представители позитивистского правопонимания усматривали основания права в воле суверена (Остин, Бергбом) либо же в Основной норме (Кельзен). В XX в. с ростом количества альтернативных вариантов правопонимания проблема оснований права ставится и решается чрезвычайно широко, в диапазоне от «верного решения в конкретной ситуации» в правовом экзистенциализме до «реальности текста» и «ускользающего бытия симулякров» в постструктурализме. Тем самым утверждение О.В. Мартышина о том, что «ему не известно ни одного издания по философии права, где бы его предельные основания рассматривались системно и конкретно», нельзя рассматривать иначе, как риторический прием, поскольку допустить, что ему неизвестны сочинения всех упомянутых выше философов права, попросту невозможно.

[12] *Мартышин О.В.* О предметной и методологической специфике философии права и новизне неклассического правопонимания: в продолжение диалога. С. 37.

немецкого философа – это все, *что* есть. В свою очередь, сущее имеет различные способы своего бытия – «бытие-подручным» (бытие того сущего, которое мы используем «для чего-то» в повседневном озабоченном устроении мира), бытие-наличным (например, объекты природы), бытие человека (Dasein, сиюбытность), бытие-идеальным (например, математические объекты) и проч.[13] В свою очередь, бытие как обусловливающее сущее как сущее «есть» само это *есть*. Иными словами, без бытия нет сущего. Вместе с тем неверно понимать дело так, что бытие является неким «свойством» либо «атрибутом» сущего. В той мере, в какой бытие «делает» сущее – сущим, оно представляет собой *смысл и основание сущего*[14].

Применительно к праву это означает, что всякое сущее получает свое *«правовое значение»* (предмета спора, доказательства, источника права), исходя из *способа своего бытия*. Согласно Хайдеггеру, смысл есть то «откуда», «из чего» мы понимаем нечто как нечто[15] – соответствующее сущее как релевантное в правовом отношении. Тем самым сущее понимается «как» правовое, исходя из способа своего бытия, а этот последний обусловлен тем конкретным происшествием, в которое оказывается вовлеченным соответствующее сущее[16]. Иными словами, право как сущее «делает правом» его бытие, которое и оказывается искомым смыслом права как сущего. В свою очередь, предельным основанием бытия права (бытия правового сущего) оказывается правовое происшествие, в котором вершится правовое бытие, т.е. притяжение между деянием, релевантным в правовом отношении, и его правовыми последствиями[17].

Отсюда логически следует и центральный тезис динамического правопонимания, который служит предметом критики со стороны проф. О.В. Мартышина – о *дискретности бытия права*. Если классическое правоведение исходило из того, что право как Должное существует «всегда и везде», подобно воздуху или свету *постоянно* пронизывая собой всю без остатка реальность отношений между людьми, то неклассическое правопонимание заключается в утверждении того, что никакое сущее не является правовым «раз и навсегда». Сказанное верно не только в отношении вещей как «доказательств», «предметов спора» либо «людей» как «субъектов права», которые по окончании правового происшествия «возвращаются в нормальное состояние». Ведь и такое «имманентно правовое сущее», как закон либо судебное решение всегда могут оказаться «неправом», а именно произволом, облеченным в юридическую форму, либо же «устареть», утратив свою действительность и превратившись в «памятник истории»[18].

Таким образом, фундаментальным различием теории и философии права является то, что для первой из них право «всегда уже есть» как аксиома. При этом «всегда уже есть» следует понимать двояко: как то, что право «всегда уже существует», и как то, что «право всегда есть право», а не «что-то другое» (декларация, карательно-репрессивный механизм и т.п.). Вечное и неуничтожимое бытие права представляет собой настолько самоочевидный, абсолютный и самодостоверный фундамент общей теории права, что последняя не в состоянии даже помыслить его отсутствия, т.е. чего-то наподобие *небытия* права. Даже правонарушение, которое наиболее явно демонстрирует исчезновение, т.е. небытие права в конкретной ситуации, мыслится представителями догматического правопонимания как включенное в структуру бытия права. Как писал Г. Кельзен, «вопреки традиционному воззрению, правонарушение не означает разрыв в бытии права. Как раз наоборот, право сохраняет свое бытие через правонарушение, ведь бытие права заключается в его действительности, в долженствовании акта принуждения как последствия правонарушения»[19]. Напротив, философия права озабочена тем, что существующее в социуме право в силу различных обстоятельств (революции, диктатуры, войны, наконец, правонарушения) в любой момент может смениться состоянием бесправия, а потому бытие права оказывается дискретным, а само право – «вопросительно выдержанным в возможности небытия» (Хайдеггер). Тем самым философия права вынужденно задумывается и о том, «что делает право – правом?» (Н.В. Разуваев), т.е. над проблемой *оснований права*, а также о том, «откуда», благодаря чему мы понимаем нечто как «право», т.е. о *смысле права*.

Из упомянутого различия следуют и ответы на остальные критические замечания проф. О.В. Мартышина. Так, российский правовед указывает, что «маловероятно, что предлагаемый А.В. Стовбой новаторский категориальный аппарат войдет в арсенал юриспруденции. Юристу трудно согласиться с тем, что понятие “субъект права” следует заменить “правовым существом” или “правовым человеком”, что “правовое событие” или “происшествие”, “как-бытие-с Другими” при всем соответствии последнего философии Хайдеггера гораздо глубже проникают в правовое бытие, чем остающиеся на поверхностном уровне

[13] См.: *Хайдеггер М.* Указ. соч. С. 7, 69, 70.

[14] См.: там же. С. 6, 7, 35.

[15] См.: там же. С. 151.

[16] Подробнее см.: *Стовба А.В.* Темпоральная онтология права. С. 41 и далее.

[17] Подробнее см.: там же. С. 211, 213, 277 и далее.

[18] Подробнее см.: там же. С. 210 и далее, 277, 337.

[19] *Кельзен Г.* Чистое учение о праве: введение в проблематику науки о праве // Росс. ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 434.

теории права обыденные понятия “юридический факт” и “правоотношение”. Тонкое различие между “бытием права” и “правовым бытием” может показаться юристу искусственным, избыточным и ненужным»[20]. Конечно, трудно не согласиться с тем, что подобные конструкции сложны для понимания, а их «практическая польза» для решения, например, гражданского либо уголовного дела в суде весьма сомнительна. Вместе с тем если под «практической пользой» понимать не разработку понятийного инструментария для правоприменения, но ответ на вопрос о *смысле и основаниях бытия человека в правовой ситуации, происшествии, событии,* то «польза» оказывается несомненной. Как показала еще практика нацистской Германии, юрист, виртуозно владеющий действующим законодательством, но оказывающийся не в состоянии задуматься над вопросом о смысле права в целом и своего «бытия-как» адвоката, прокурора, судьи в частности, а вместо этого бездумно исполняющий любые директивы законодателя, оказывается не свободным и ответственным профессионалом, но автоматом, «куклой», послушно танцующей под дудку суверена. Описывая подобную ситуацию, известный правовой экзистенциалист (и по совместительству министр внутренних дел ФРГ) В. Майхофер иронически замечал, что «уже давно идут разговоры о том, что философия права “портит” “хорошего” юриста, что она уничтожает его беззаботность и уверенность, а самодовольство его зазубренной ремесленной практики нагружает “угрызениями совести” и “ненужными” сомнениями, образуя у него “нечистую совесть” в отношении его профессии»[21]. Тем самым если гипотетический «юрист» не заинтересован проникнуть в глубинный смысл и основания права либо своего бытия «в нем», но довольствуется исключительно знанием действующего законодательства и правилами его применения, то ему, конечно, не нужна ни философия права, ни философия вообще. И напротив, если юрист вместо того, чтобы бездумно «играть по заданным правилам», стремится постичь смысл и основания происходящего, в которое он вовлечен в силу своей профессиональной деятельности, то у него нет выбора – он обречен на то, чтобы обратиться к философии права в целом и соответствующему инструментарию, в частности.

Нельзя в полной мере согласиться и с остальными полемическими замечаниями проф. О.В. Мартышина. Так, критикуя мои утверждения о принципиальной новизне динамического правопонимания, в частности тезис о дискретности права, ученый задается вопросом: «Не означает ли это, что право обусловлено жизнью общества, закономерно и не только практически не зависит от отношений двух или нескольких “правовых существ”, но обязывает и связывает их априорно в предпринимаемых или не предпринимаемых ими действиях? Но если это так, право “континуально”, а не дискретно и существует *само по себе* (курсив мой. – *А.С.*), а не только в действиях “правовых существ”, которые его соблюдают или не соблюдают»[22]. Представляется, что данный вопрос прекрасно демонстрирует принципиальные моменты дискуссии. Дело в том, что, конечно же, ни я, никто другой из представителей динамического правопонимания не будет оспаривать тот очевидный факт, что *содержание* юридических норм, которые действуют в обществе, обусловлено спецификой данного социума – его экономической и политической моделями, культурной традицией, религиозными верованиями и массой других факторов. Однако если акцентировать внимание на упомянутой уважаемым критиком «априорности» правового регулирования, то мы немедленно столкнемся с тем обстоятельством, что подавляющее большинство людей имеют весьма слабое представление о нормах действующего законодательства, а в своей повседневной деятельности руководствуются не чем иным, как *обычаями*, т.е. некритически заимствованными из жизненной практики поведенческими шаблонами. В принципе данный тезис не оспаривают и ведущие представители юридической догматики. Так, по словам Г. Кельзена, трудно определить, является ли в действительности соответствующее правопорядку поведение людей результатом действия того представления, которое отсылает к возможному применению акта принуждения. Разумеется, в большинстве случаев искомое правом состояние достигается за счет совершенно иных мотивов. Не страх наказания или изъятия имущества, а религиозные или моральные убеждения, уважение к социальным нравам, забота о своем престиже в обществе, а зачастую и просто отсутствие побуждений к противоправному поведению чаще приводят к согласию между правом и реальностью[23]. Прекрасный литературный пример того, что совпадение поведенческих шаблонов с нормами действующего законодательства зачастую носит случайный характер, – рассказ А.П. Чехова «Злоумышленник», когда крестьянин, открутив гайку на железной дороге, даже не подозревал о том, что совершает правонарушение.

[20] *Мартышин О.В.* О предметной и методологической специфике философии права и новизне неклассического правопонимания: в продолжение диалога. С. 40.

[21] *Maihofer W.* Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie. Frankfurt am Main, 1954. S. 40.

[22] *Мартышин О.В.* О предметной и методологической специфике философии права и новизне неклассического правопонимания: в продолжение диалога. С. 42.

[23] См.: *Кельзен Г.* Указ. соч. С. 436.

Тем самым то «априорное правопонимание», на которое ссылается проф. О.В. Мартышин, на самом деле является сложной смесью моральных, религиозных, правовых, корпоративных и прочих обычаев и традиций, а потому едва ли может считаться «континуальным способом бытия права». Говоря о том, что «право существует само по себе», т.е. в некоем идеальном измерении Должного, уважаемый критик не дает никакого указания на то, как же именно – где, когда, в каком модусе бытия существует «право само по себе»? Конечно, ученый делает оговорку о том, что право существует не только в нормах, но и в правоотношениях[24]. Вместе с тем, если, как мы показали, совпадение либо противоречие деяний людей и норм позитивного права носит чаще всего случайный характер, можем ли мы называть *правоотношением* то отношение между людьми, участники которого не имеют ни малейшего понятия о том, как именно право регулирует их отношения? В качестве примера можно взять дела частного обвинения. К таковым украинское законодательство относит, например, мелкую кражу, когда преступником и потерпевшим оказываются члены одной семьи. Следует ли понимать вышеприведенный тезис О.В. Мартышина так, что пьяница, обшаривающий карманы домашних в поисках мелочи на опохмелку, вступает с ними в «гражданско-правовые отношения займа» или же, если они обратятся в полицию,– в уголовно-процессуальные отношения «преступник-потерпевший»? Разумеется, нет, потому что в приведенном примере превратятся ли отношения в *правовые* либо же останутся на уровне *морали* – является продуктом выбора заинтересованного лица. В данном случае человек либо предпочтет решить эту ситуацию внутри семьи, в рамках *морали*, без обращения к нормам права, либо же обратиться в правоохранительные органы. Но в этом случае мы как раз и видим наглядную демонстрацию того обстоятельства, что право не существует «автоматически», «само по себе», но «требует» для своего бытия воспроизводства в ходе человеческих деяний. В противном же случае нормы права превращаются в декларацию, становятся «мертвыми», поскольку в действительности не совершается никаких действий, которые «оживили» бы их. Отсюда становится отчетливо видно, что *право не существует континуально,* т.е. «само по себе», *но дискретно воспроизводится* в деяниях людей в их совместном бытии друг с другом. Данный тезис есть сердцевина динамического правопонимания и не имеет аналогов ни в одной известной автору философско-правовой системе[25].

Не добавляет убедительности критике проф. О.В. Мартышина и ироническое его замечание о том, что выделенные мною остальные черты динамического правопонимания представляют собой «каталог “открытий”, который напоминает перечень положений, выносимых на защиту в диссертациях, сочиненных на общеизвестные темы»[26]. Как уже было сказано, темы философии права действительно общеизвестны и не сильно изменились со времен Фалеса и Анаксимандра, меняются лишь ответы. Представляется, что именно в поиске новых ответов на давно известные вопросы как раз и состоит подлинное бытие философии права.

* * *

Подводя итоги, следует заключить, что критические замечания проф. О.В. Мартышина являются весьма плодотворными. Заново поднимаемые им проблемы предметной идентификации философии права и общей теории права, соотношения классического и неклассического правопонимания, безусловно, способствуют оживлению правоведческого дискурса на постсоветском пространстве. Тем самым настоящий спор самим фактом своего существования указывает на неразрывные – хотя бы и полемические – связи, которые существуют между классикой и неклассикой, философией и общей теорией права и составляют живую ткань правовой традиции. Вместе с тем попытки отстоять существование права «само по себе», т.е. в некоем континуальном идеальном измерении Должного, существующем лишь в сознании его носителя, неизбежно вступают в противоречие как с новейшими достижениями философско-правовой мысли, так и с повседневной жизненной практикой. Ведь подобно профессионалу-спортсмену, ежедневно поддерживающему свою форму, общество и индивид ежедневно должны поддерживать свою правовую форму бытия, постоянно бороться за свои права, отстаивать справедливость, т.к. правовое государство – не результат, а процесс. Он не достигается автоматически раз и навсегда. Уровень правовой жизни необходимо систематически отвоевывать у бесправия[27].

---

[24] См.: *Мартышин О.В.* О предметной и методологической специфике философии права и новизне неклассического правопонимания: в продолжение диалога. С. 42.

[25] Некоторое сходство имеется разве что у немецкого экзистенциалиста Э. Фехнера, который упоминал о «становящемся праве» (“werdendes Recht”). Однако немецкий философ права не конкретизировал и не уточнил данный тезис (подробнее об этом см.: *Fechner E.* Rechtsphilosophie. Soziologie und Metaphysik des Rechts. Tuebingen, 1956. S. 261).

[26] *Мартышин О.В.* О предметной и методологической специфике философии права и новизне неклассического правопонимания: в продолжение диалога. С. 43.

[27] См.: *Малько А.В.* Категория «правовая жизнь»: проблемы становления // Государство и право. 2001. № 5. С. 8.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. *Гаджиев Г.А.* Онтология права. М., 2013.
2. *Кельзен Г.* Чистое учение о праве: введение в проблематику науки о праве // Росс. ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 434, 436.
3. *Малько А.В.* Категория «правовая жизнь»: проблемы становления // Государство и право. 2001. № 5. С. 8.
4. *Мартышин О.В.* О предметной и методологической специфике философии права и новизне неклассического правопонимания: в продолжение диалога // Государство и право. 2020. № 12. С. 35–44. DOI: 10.31857/S102694520012729-2
5. *Мартышин О.В.* Об особенностях философско-правовой методологии // Государство и право. 2016. № 6. С. 20–30.
6. *Пермяков Ю.Е.* Основания права. Самара, 2003.
7. *Стовба А.В.* Об особенностях философско-правовой методологии // Правоведение. 2017. № 4. С. 88–101.
8. *Стовба А.В.* Темпоральная онтология права. СПб., 2017. С. 11, 41, 49, 210, 211, 213, 277, 337.
9. *Хайдеггер М.* Бытие и время. М., 1997. С. 6, 7, 35, 69, 70, 151.
10. *Fechner E.* Rechtsphilosophie. Soziologie und Metaphysik des Rechts. Tuebingen, 1956. S. 261.
11. *Maihofer W.* Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie. Frankfurt am Main, 1954. S. 40.

REFERENCES

1. *Gadzhiev G.A.* Ontology of Law. M., 2013 (in Russ.).
2. *Kelzen G.* Pure doctrine of law: an introduction to the problems of the science of law // Russian Yearbook of the theory of law. 2011. No. 4. P. 434, 436 (in Russ.).
3. *Mal'ko A.V.* Category "legal life": problems of formation // State and Law. 2001. No. 5. P. 8 (in Russ.).
4. *Martyshin O.V.* On the subject and methodological specifics of the philosophy of law and the novelty of non-classical legal understanding: in continuation of the dialogue // State and Law. 2020. No. 12. P. 35–44. DOI: 10.31857/S102694520012729-2 (in Russ.).
5. *Martyshin O.V.* On the features of philosophical and legal methodology // State and Law. 2016. No. 6. P. 20–30 (in Russ.).
6. *Permyakov Yu. E.* The foundations of law. Samara, 2003 (in Russ.).
7. *Stovba A.V.* On the peculiarities of philosophical and legal methodology // Pravovedenie. 2017. No. 4. P. 88–101 (in Russ.).
8. *Stovba A.V.* Temporal ontology of law. SPb., 2017. P. 11, 41, 49, 210, 211, 213, 277, 337 (in Russ.).
9. *Heidegger M.* Being and time. M., 1997. P. 6, 7, 35, 69, 70, 151 (in Russ.).
10. *Fechner E.* Rechtsphilosophie. Soziologie und Metaphysik des Rechts. Tuebingen, 1956. S. 261.
11. *Maihofer W.* Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie. Frankfurt am Main, 1954. S. 40.

Сведения об авторе

СТОВБА Алексей Вячеславович –
доктор юридических наук, проректор
по научной и методической работе
Харьковского института кадров управления;
61000 Украина, г. Харьков, ул. Киргизская, д. 15

Authors' information

STOVBA Aleksei V. –
Doctor of Law, Vice-rector in research
and methodological work,
Kharkiv's Institute of management stuf;
15 Kirgizskaya str., 61000 Kharkov, Ukraine

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 11, с. 55–65
STATE AND LAW, 2021, № 11, pp. 55–65

ПРАВА И СВОБОДЫ ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА

ГОСУДАРСТВЕННАЯ ПОЛИТИКА В ОТНОШЕНИИ СООТЕЧЕСТВЕННИКОВ, ПРОЖИВАЮЩИХ ЗА РУБЕЖОМ: ПОНЯТИЯ И ПРИОРИТЕТЫ

© 2021 г. Н. В. Варламова*, Т. А. Васильева, Н. В. Колотова***, Е. А. Сорокина****, В. И. Чехарина*****

Институт государства и права Российской академии наук, г. Москва

**E-mail: varlam_n@list.ru*
***E-mail: tan-vas@mail.ru*
****E-mail: kolotova.n@gmail.com*
*****E-mail: sorokina_ea@mail.ru*
****** E-mail: chekharina@mail.ru*

Поступила в редакцию 21.06.2021 г.

Аннотация. В статье на основе сравнительного анализа конституций, законодательства и практики различных стран определяются критерии, по которым государства идентифицируют своих соотечественников, проживающих за рубежом, приоритеты национальной политики, проводимой в отношении них, реализующие ее структуры и правовые инструменты, посредством которых она осуществляется. Авторы сформулировали вывод о том, что государственная политика в отношении соотечественников направлена на предоставление им правовой и социальной защиты, поддержание национальной и культурной идентичности диаспор, привлечении их интеллектуального и экономического капитала в национальную экономику и культуру. Часто государственная политика предполагает установление с соотечественниками особых правовых связей или содействие их возвращению на Родину.

Ключевые слова: соотечественники, государственная политика, диаспора, национальное меньшинство, культурная идентичность, национальное самосознание, гражданство.

Цитирование: *Варламова Н.В., Васильева Т.А., Колотова Н.В., Сорокина Е.А., Чехарина В.И.* Государственная политика в отношении соотечественников, проживающих за рубежом: понятия и приоритеты // Государство и право. 2021. № 11. С. 55–65.

DOI: 10.31857/S102694520017456-2

STATE POLICY CONCERNING COMPATRIOTS RESIDING ABROAD: THE CONCEPTS AND PRIORITIES

© 2021 N. V. Varlamova*, T. A. Vasilieva, N. V. Kolotova***, E. A. Sorokina****, V. I. Chekharina*****

Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, Moscow

**E-mail: varlam_n@list.ru*
***E-mail: tan-vas@mail.ru*
****E-mail: kolotova.n@gmail.com*
*****E-mail: sorokina_ea@mail.ru*
****** E-mail: chekharina@mail.ru*

Received 21.06.2021

Abstract. Based on a comparative analysis of the constitutions, legislation and practice of various countries, the article defines the criteria by which states identify their compatriots living abroad, the priorities of the national policy pursued in relation to them, the structures implementing it and the legal instruments through which it is implemented. The authors have formulated the conclusion that the state policy towards compatriots is aimed at providing them with legal and social protection, maintaining the national and cultural identity of diasporas, attracting their intellectual and economic capital to the national economy and culture. State policy often involves establishing special legal ties with compatriots or facilitating their return to their Motherland.

Key words: compatriots residing abroad, state policy, diaspora, national minority, cultural identity, national conscience, nationality.

For citation: *Varlamova, N.V., Vasilieva, T.A., Kolotova, N.V., Sorokina, E.A., Chekharina, V.I. (2021).* State policy concerning compatriots residing abroad: the concepts and priorities // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 11, pp. 55–65.

Понятие соотечественников и особенности правового признания их статуса. Многие государства осуществляют специальную политику, направленную на поддержание взаимоотношений с соотечественниками, проживающими за рубежом. Вместе с тем понятие «соотечественник» не является ни юридическим термином, ни устоявшимся теоретическим концептом. В самом общем смысле под соотечественниками понимаются постоянно (длительное время) проживающие за границей граждане страны, а также выходцы из данного государства и их потомки (независимо от гражданства), сохраняющие связи с государством происхождения.

Государства могут использовать различные правовые конструкции для идентификации соотечественников и установления с ними юридических связей.

1. *Принадлежность к гражданству данного государства*. Практически все государства принимают на себя обязательства по защите своих граждан, находящихся за границей, в т.ч. и проживающих там постоянно. В этом случае определяющим является критерий гражданства. В ряде государств принимаются специальные законы о правовом статусе данной группы граждан. Например, в Швейцарии зарубежными швейцарцами признаются не проживающие в стране граждане, внесенные в Регистр зарубежных швейцарцев – информационную систему федерального Министерства иностранных дел (ч. 1 и 2 ст. 3 Федерального закона от 26.09.2014 г. «О зарубежных швейцарцах и их учреждениях»[1]).

2. *Принадлежность к национальному меньшинству, являющемуся частью народа (народов) страны и проживающему за пределами ее территории*. В этом случае определяющим является этнический критерий, в широком смысле, в т.ч. языковой, религиозный и т.п. При этом необходимо учитывать, что предоставление статуса национального меньшинства – это прерогатива органов государственной власти страны проживания.

Как правило, государства конкретизируют территории проживания национальных меньшинств, представителей которых они рассматривают как своих соотечественников. Так, зарубежными хорватами признаются представители хорватских меньшинств в европейских странах (ст. 2 Закона от 26.10.2011 г. «Об отношениях Республики Хорватия и хорватов, проживающих за пределами Республики Хорватия»[2]); зарубежными словенцами – лица, принадлежащие к автохтонным национальным меньшинствам в соседних государствах (ч. 1 ст. 2 Закона от 04.04.2005 г. № 007-05/04-7/3, регулирующего отношения Республики Словения и зарубежных словенцев[3]). Правительство ФРГ финансово поддерживает немецкие меньшинства, проживающие в Центральной и Восточной Европе и на юге Дании. Это самостоятельная сфера политики государства, которая предполагает поддержку немецкого языка, сохранение и развитие этнокультурной самобытности, работу с молодежными организациями, ее курирует Уполномоченный по делам вынужденных переселенцев и национальных меньшинств[4].

3. *Принадлежность к национальной диаспоре, существующей на территории иностранного государства*. В литературе в качестве одного из признаков диаспоры называют идентификацию себя с сообществом государства происхождения и стремление

[1] См.: Loi fédérale du 26 septembre 2014 sur les personnes et les institutions suisses à l'étranger // Recueil officiel du droit fédéral, 2015-10-20. No. 41. P. 3857–3877.

[2] См.: Zakon o odnosima Republike Hrvatske s Hrvatima izvan Republike Hrvatske // ZAKON HR. URL: https://www.zakon.hr/z/507/Zakon-o-odnosima-Republike-Hrvatske-s-Hrvatima-izvan-Republike-Hrvatske (дата обращения: 31.05.2021).

[3] См.: Act Regulating the Relations between the Republic of Slovenia and Slovenes Abroad // Legislationline. URL: https://www.legislationline.org/documents/id/20144 (дата обращения: 31.05.2021).

[4] См.: *Koppenfels von A.K.* Diaspora Policies, Consular Services and Social Protection for German Citizens Abroad // Migration and Social Protection in Europe and Beyond / ed. by J.M. Lafleur, D. Vintila. Cham, 2020. Vol. 2. P. 207.

сохранять эти связи[5]. Обычно это понятие трактуется достаточно широко. В Сербии к диаспоре относят граждан республики, живущих за границей, представителей сербского народа, эмигрировавших из Сербии и региона[6], и их потомков (ч. 1 ст. 2 Закона от 26.10.2009 г. «О диаспоре и сербах, проживающих в регионе»[7]), в Косово – любое лицо, проживающее или перемещенное за его пределы, если оно родилось в Республике или его семья происходит из Косова (п. 1 ч. 1 ст. 3 Закона от 15.04.2010 г. № 03/L-171 «О диаспоре Косова»[8]).

4. *Происхождение из данного государства (как непосредственно, так и через родственников по нисходящей линии) и сохранение культурно-эмоциональных связей с государством происхождения*. В этом случае определяющим является культурно-исторический критерий. В частности, для России проблема соотечественников приобрела актуальность после прекращения существования СССР. Понятие соотечественника было определено впервые в Декларации о поддержке российской диаспоры и о покровительстве российским соотечественникам 1995 г.[9] В этом документе соотечественниками признавались все выходцы из Союза ССР и России и их прямые потомки независимо от национальной и этнической принадлежности, языка, вероисповедания, рода и характера занятий, места жительства и других обстоятельств, не являвшиеся гражданами Российской Федерации и заявившие явным образом о своей духовной или культурно-этнической связи с Российской Федерацией или с любым из субъектов Федерации и подтвердившие эту связь. В Федеральном законе от 24 мая 1999 г. № 99-ФЗ «О государственной политике Российской Федерации в отношении соотечественников за рубежом»[10] предусмотрена более широкая трактовка понятия «соотечественник». Соотечественниками признаются лица, родившиеся в одном государстве, проживающие либо проживавшие в нем и обладающие признаками общности языка, религии, культурного наследия, традиций и обычаев, а также потомки указанных лиц по нисходящей линии (п. 1 ст. 1). Принадлежность к соотечественникам за рубежом предполагает проживание за пределами страны и не зависит от гражданства. Различается несколько категорий соотечественников: граждане Российской Федерации; представители народов, исторически проживавших на территории Российской Федерации, и их потомки; лица, чьи родственники по прямой восходящей линии ранее проживали на территории Российской Федерации, и их потомки, которые сделали свободный выбор в пользу духовной, культурной и правовой связи с Россией (п. 2, 3 ст. 1). Соотечественниками, не являющимися гражданами Российской Федерации, могут быть признаны те, кто состоял в гражданстве СССР и проживает в государствах, входивших в состав СССР, а также эмигранты – выходцы из РСФСР, СССР и Российской Федерации.

Многие государства, определяя круг соотечественников, используют несколько критериев, идентифицируя в качестве таковых представителей разных групп, проживающих за рубежом, так или иначе связанных с государством. Так, в Грузии соотечественниками признаются граждане, проживающие длительное время в иностранном государстве, либо иностранные граждане, которые происходят из Грузии и (или) родной язык которых относится к группе грузино-кавказских языков (п. «б» ч. 1 ст. 3 Закона от 24.11.2011 г. «О соотечественниках, проживающих за рубежом, и диаспорных организациях»[11]).

Но в большинстве случаев основным критерием является все же этнический. В Болгарии, например, это практически единственный критерий. Зарубежными болгарами считаются лица, имеющие хотя бы одного предка болгарского происхождения, национальное болгарское самосознание[12], проживающие на долгосрочной или постоянной основе за пределами страны (ст. 2 Закона от 11.04.2000 г.

---

[5] См.: *Agunias D.R., Newland K.* Developing a Road Map for Engaging Diasporas in Development. A Handbook for Policymakers and Practitioners in Home and Host Countries. Geneva, Washington, 2012. P. 15.

[6] Регион включает территорию Словении, Хорватии, Боснии и Герцеговины, Черногории, Македонии, Румынии, Албании, Венгрии (ч. 2 ст. 2 Закона от 26.10.2009 г.).

[7] См.: Zakon o Dijaspori i Srbima u Regionu. URL: Paragraf Lex Demo http://demo.paragraf.rs/WebParagrafDemo/ZAKON-O-DIJASPORI–I-SRBIMA-U-REGIONU-Sl.-glasnik-RS,-br.-88–2009.htm (дата обращения: 31.05.2021).

[8] См.: Law on Diaspora of Kosovo // Republic of Kosovo Kuvendi. URL: http://old.kuvendikosoves.org/common/docs/ligjet/2010-171-ang.pdf (дата обращения: 31.05. 2021).

[9] См.: постановление Государственной Думы ФС РФ от 08.12.1995 г. № 1476-1 ГД «О Декларации о поддержке российской диаспоры и о покровительстве российским соотечественникам» // СЗ РФ. 1995. № 52, ст. 5131.

[10] См.: СЗ РФ. 1999. № 22, ст. 2670.

[11] См.: Законодательный вестник Грузии. Электронное издание. URL: https://matsne.gov.ge/ru/document/view/1524714?publication=9 (дата обращения: 03.04.2021).

[12] В болгарском Законе не раскрывается понятие национального самосознания. В соответствии со словацким законодательством подтверждением наличия национального самосознания является активное проявление принадлежности к словацкой нации и признание ее ценностей, награждение государственными наградами страны. Такой критерий устанавливается для признания соотечественниками лиц, не являющихся гражданами страны, имеющих предка словацкого происхождения по прямой восходящей линии (см.: Act of 23 September 2005 on the Slovaks Living Abroad and on Amendments and Additions to Certain Laws // úrad pre slovákov žijúcich v zahraničí/ URL: https://www.uszz.sk/legislativa/act-on-the-slovaks-living-abroad-and-on-amendments-and-additions-to-certain-laws/ (дата обращения: 31.05.2021)).

№ 30 «О болгарах, проживающих за пределами Республики Болгарии»[13]). Болгарское происхождение подтверждается документом, выданным болгарским или иностранным государственным органом, организацией соотечественников, признаваемой болгарским государственным органом, уполномоченным осуществлять контакты с такими организациями, Болгарской православной церковью, или устанавливается в судебном порядке (ст. 3).

Разнообразие подходов проявляется и на конституционном уровне. В одних учредительных актах речь идет о правовой защите, предоставляемой гражданам, временно или постоянно проживающим за пределами страны (ч. III ст. 53 Конституции Азербайджанской Республики, ст. 10 Конституции Республики Беларусь, ст. 50 Конституции Кыргызской Республики, ст. 36 Конституции Польши, ст. 13 Конституции Сербии, ст. 40 Конституции Швейцарии), в других – основное внимание уделяется развитию связей с диаспорой и содействию репатриации (ст. 19 Конституции Армении, ч. 2 ст. 50 Конституции КНР), в третьих – поддержке соотечественников за рубежом (ст. 11 Конституции Таджикистана, ч. 3 ст. 69 Конституции РФ). Иногда в конституции в качестве объекта защиты признаются как граждане, проживающие за рубежом, так и диаспора (ст. 10 Конституции Хорватии). В учредительных актах ряда государств прослеживается этнический подход, акцентируется внимание на сохранении национальной идентичности соотечественников, проживающих за рубежом (в частности, в Венгрии[14], Армении[15], Словакии[16], Ирландии[17]).

В ряде конституций задаются некоторые параметры определения статуса соотечественников. Применительно к гражданам страны, проживающим за рубежом, это вопросы участия в выборах (ст. 88 Конституции Египта, ч. 3 ст. 48 Конституции Италии), представительства в парламенте (ч. 5 ст. 24 Конституции Франции), осуществления политических прав, выполнения обязанности нести военную или заменяющую ее службу, предоставления пособий и различных видов социального страхования (ч. 2 ст. 40 Конституции Швейцарии), в отношении других групп соотечественников – это особый порядок предоставления гражданства (ч. 3 ст. 50 Конституции Кыргызской Республики), доступ к государственной службе (ч. 2 ст. 51 Конституции Италии).

Во многих государствах существуют комплексные акты, регламентирующие правовой статус соотечественников: Закон LXII от 19 июня 2001 г. «О венграх, проживающих в соседних государствах»[18]; Закон Республики Беларусь от 16 июня 2014 г. № 162-З «О белорусах зарубежья»[19]; Законы Кыргызской Республики от 3 августа 2013 г. № 183 «Об основах государственной политики по поддержке соотечественников за рубежом»[20] и от 26 ноября 2007 г. № 175 «О государственных гарантиях этническим кыргызам, переехавшим в Кыргызскую Республику»[21]; Закон Украины от 4 марта 2004 г. № 1582-IV «О зарубежных украинцах»[22]. Отдельные вопросы статуса соотечественников могут регулироваться в законодательстве о гражданстве, о выборах, о социальном обеспечении и т.д.

Институциональные структуры, занимающиеся проблемами соотечественников. Во многих государствах имеются специальные органы (структуры) для поддержания связей с соотечественниками, проживающими за границей, и оказания им помощи. Они, как правило, создаются в рамках исполнительной ветви власти и могут существенно различаться по форме и полномочиям. Большинство

[13] См.: Bulgarians Resident Outside the Republic of Bulgaria Act // Solicitor Bulgaria. URL: http://web.solicitorbulgaria.com/index.php/bulgarians-resident-outside-the-republic-of-bulgaria-act (дата обращения: 31.05.2021).

[14] С учетом единства венгерской нации Венгрия несет ответственность за судьбу венгров, проживающих за ее пределами, способствует сохранению и развитию их сообществ, поддерживает их устремления, направленные на сохранение венгерской идентичности, осуществление индивидуальных и коллективных прав, создание общественных органов самоуправления, благополучие на родине, а также способствует их сотрудничеству друг с другом и с Венгрией (ст. D Основного закона).

[15] Республика Армения осуществляет в отношении армянской Диаспоры политику, направленную на развитие всесторонних связей и сохранение армянства, способствует репатриации (ст. 19 Конституции).

[16] Словацкая Республика поддерживает национальное сознание и культурную идентичность проживающих за границей словаков, поддерживает их организации, созданные для достижения этой цели и связи с Родиной (ст. 7а Конституции).

[17] Однако в Конституции Ирландии используется более мягкая формулировка: ирландская нация дорожит своей особой близостью с людьми ирландского происхождения, живущими за рубежом, которые разделяют ее культурную самобытность и наследие (ст. 2).

[18] См.: Act LXII of 2001 on Hungarians Living in Neighboring Countries // Refworld. URL: https://www.refworld.org/docid/3f460e764.html (дата обращения: 31.05.2021).

[19] См.: Национальный интернет-портал Республики Беларусь. URL: https://pravo.by/document/?guid=12551&p0=H11400162&p1=1&p5=0 (дата обращения: 03.04.2021).

[20] См.: Централизованный банк данных правовой информации Кыргызской республики. URL: http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/203992 (дата обращения: 03.04.2021).

[21] См.: Централизованный банк данных правовой информации Кыргызской Республики. URL: http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/202209/20?cl=ru-ru (дата обращения: 03.04.2021).

[22] Наименование Закона в соответствии с новой редакцией, данной Законом Украины от 09.02.2012 г. № 4381-VI. Текст Закона см.: Главный правовой портал Украины. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/T041582.html (дата обращения: 03.04.2021).

из них являются административными департаментами, управлениями и иными подразделениями в органах исполнительной власти. Ныне примерно 40% всех государств–членов ООН имеют такие учреждения. Чаще всего они входят в структуру министерства иностранных дел[23]. Например, в Австрии – это Управление (департамент) по делам австрийцев, проживающих за рубежом, Федерального министерства Европы, интеграции и международных дел; в Греции – Генеральный секретариат по делам греков, проживающих за рубежом Министерства иностранных дел; в Ирландии – Государственный министр по делам ирландской диаспоры в структуре Министерства иностранных дел и торговли. Управление (департамент) по делам австрийцев, проживающих за рубежом, курирует обеспечение их избирательных, имущественных, трудовых и социальных прав, направляет запросы компетентным министерствам, например, при решении вопросов гражданства. Схожие функции выполняют аналогичные органы в других государствах.

В ряде стран соответствующие структуры входят в состав иных министерств: в Турции Управление по вопросам турок, проживающих за рубежом и связанных с ними сообществ, является подразделением Министерства культуры и туризма; в Аргентине Департамент по делам аргентинцев, проживающих за рубежом, входит в состав Генерального директората миграции Министерства внутренних дел.

В некоторых государствах вопросами соотечественников могут заниматься специальные уполномоченные, например, Уполномоченный Правительства по делам польской диаспоры и поляков за рубежом, Главный Уполномоченный по делам диаспоры при премьер-министре Республики Армения, Уполномоченный по делам вынужденных переселенцев и национальных меньшинств Федерального министерства внутренних дел, строительства и родины Федеративной Республики Германия.

Создание специальных независимых структур исполнительной власти, занимающихся поддержкой соотечественников, довольно редкая практика. В качестве примера можно привести Азербайджан, где создан Государственный Комитет по работе с диаспорой (в 2002–2008 гг. – Государственный Комитет по работе с азербайджанцами, проживающими за рубежом). В соответствии с Положением о Государственном комитете[24] в его обязанности входит: оказание поддержки и помощи проживающим за рубежом азербайджанцам; информирование их о ситуации в Азербайджане; обеспечение в рамках своих полномочий реализации международных договоров; обеспечение распространения национально-духовных ценностей среди диаспор; оказание диаспорам поддержки и помощи в налаживании связей с родиной; обеспечение подготовки кадров в сфере организации деятельности диаспоры; обеспечение эффективного использования бюджетных средств, предназначенных для работы с диаспорой (ст. 8).

Цели государственной политики в отношении соотечественников. Политика по оказанию помощи соотечественникам за рубежом обусловлена как государственными интересами, так и государственными обязательствами[25]. В литературе выделяется несколько разновидностей политики в отношении диаспоры, которые условно могут быть названы «формирование диаспоры» (“*diaspora building*”) и «интеграция диаспоры» (“*diaspora integration*”). Формирование диаспоры предполагает признание ее существования в том или ином государстве и культивирование национальной самобытности ее членов. В этих целях страны происхождения организуют празднование национальных и религиозных праздников среди представителей диаспоры, теле- и радиовещание на родных языках диаспоры, награждают эмигрантов своими государственными наградами, обеспечивают возможность изучения языка и истории страны, поддерживают ассоциации мигрантов, различные программы и инициативы диаспоры и т.д. В свою очередь, политика «интеграции диаспоры» предполагает вовлечение ее представителей в экономическую, культурную и политическую жизнь страны происхождения посредством сохранения гражданства страны происхождения (признания двойного гражданства), обеспечения особых условий для денежных переводов, льготного режима налогообложения при инвестировании, создания совместных научно-исследовательских и творческих коллективов и т.п.[26]

---

[23] См.: *Gamlen A.* Diaspora Institutions and Diaspora Governance // International Migration Review. 2014. Vol. 48. Iss. 1. P. S184–S185.

[24] См.: Положение о Государственном комитете Азербайджанской Республики по работе с диаспорой (утв. распоряжением Президента АР от 19.11.2008 г. № 54) // Официальный сайт Государственного комитета Азербайджана по работе с диаспорой. URL: http://diaspor.gov.az/ru/esasname/ (дата обращения: 03.04.2021).

[25] См.: *Gamlen A.* Why Engage Diasporas? COMPAS Working Paper. 2008. No. 63 // COMPAS. Centre on Migration, Policy & Society. URL: https://www.compas.ox.ac.uk/wp-content/uploads/WP-2008-063-Gamlen_Why_Engage_ Diasporas. pdf (дата обращения: 24.04.2021).

[26] См.: *Gamlen A.* Diaspora Engagement Policies: What Are They, and What Kinds of States Use Them? COMPAS Working Paper. 2006. No. 32 // COMPAS. Centre on Migration, Policy & Society. URL: https://www.compas.ox.ac.uk/wp-content/uploads/WP-2006-032-Gamlen_Diaspora_Engagement_Policies.pdf (дата обращения: 24.04.2021); *Gamlen A.* The Emigration State and the Modern Geopolitical Imagination // Political Geography. 2008. Vol. 27. No. 8. P. 843–846.

Еще одной стратегией является политика «усиления диаспоры» ("*diaspora empowerment*"), призванная помочь мигрантам занять достойное место в стране пребывания. Она может как вступать в определенное противоречие с политикой формирования диаспоры, культивирующей национальную идентичности ее членов, так и гармонично с ней сочетаться. Вместе с тем «усиление диаспоры» – это необходимое условие ее интеграции, успешного взаимодействия со страной происхождения, заинтересованной в вовлечении в национальную экономику, культуру и политику успешных эмигрантов[27].

Соотечественники могут способствовать продвижению политических интересов государства в зарубежных государствах, в т.ч. посредством официального и неофициального политического лоббирования. Например, в Стратегии национальной безопасности Республики Армения 2018 г.[28] одним из принципов внешней политики названо панармянство как идея осознания и реализации коллективных интересов армян (п. 4.2). Диаспора позиционируется как часть «конкурентного и мощного потенциала Армении», и ставится задача предпринимать шаги с целью привлечения возможностей диаспоры для решения стоящих перед страной проблем и стратегических задач (п. 5.23). Одним из приоритетных направлений деятельности Уполномоченного Правительства по делам польской диаспоры и поляков за рубежом является создание пропольского лобби за границей[29].

Большинство государств использует соотечественников для продвижения национальной культуры (в широком смысле – культурных, научных, экономических, спортивных и т.п. достижений), создания позитивного образа страны за рубежом. Так, глобальная ирландская сеть, созданная в 2010 г., объединяет более 350 ирландских бизнесменов, проживающих в 40 государствах. Она преследует цели оказания помощи правительству и государственным учреждениям в продвижении экономических, культурных и туристических интересов Ирландии на ключевых рынках; предоставления площадки для взаимодействия успешных ирландских бизнесменов и ирландцев, проживающих за рубежом, обмена мнениями и информирования о политики правительства; проведения онлайн форумов для выдвижения предложений и практических инициатив[30].

Государства происхождения используют соотечественников как «окно возможностей» для продвижения своей культурной продукции (в частности, через средства массовой информации), которая потребляется ими. При этом успешность распространения национальной культуры через соотечественников в определенной мере зависит от того социального положения, которое занимают выходцы из данной страны. Если они преимущественно заняты на низкооплачиваемых, тяжелых, опасных, непрестижных работах, то культура страны их происхождения может восприниматься как низкая[31].

Одно из важных направлений политики многих государств – привлечение в национальную экономику (культуру, науку, образование и т.п.) ресурсов наиболее успешных выходцев из страны (их интеллектуального потенциала, финансовых средств, политического и морального влияния и т.п.), что может предполагать программы как по возвращению их на Родину, так и по созданию различных площадок по взаимодействию с ними (систем инвестирования, совместных с национальными специалистами научных и творческих коллективов, привлечение к преподаванию в национальных вузах и т.п.).

Так, в Ирландии правительство учредило ряд площадок для проведения консультаций с ирландской диаспорой: Глобальный ирландский экономический форум, Глобальная ирландская сеть и Глобальный ирландский гражданский форум. Все они организуются Министерством иностранных дел и торговли. Экономический форум проводится каждые два года в целях объединения усилий ирландцев, проживающих в стране и за рубежом, по развитию экономики Ирландии и активизации ее экономического сотрудничества с мировым сообществом[32].

В ФРГ высококвалифицированные специалисты могут получить финансовую поддержку для возвращения в страну. «Стипендия возвращения» для немцев, проживающих за границей, финансируется Немецкой службой академических обменов.

---

[27] См.: *Gsir S.* Civic Participation and Integration: A Country of Origin Perspective. INTERACT Research Report. 2014. No. 3 // European University Institute. Robert Schuman Centre for Advanced Studies. URL: http://aei.pitt.edu/79335/1/Gsir.pdf (дата обращения: 24.04.2021).

[28] См.: Официальный сайт Правительства Республики Армения. URL: https://drive.google.com/file/d/1z5LyqhH03i8PIoY1JjrvEMK3tem0KYZJ/view (дата обращения: 03.04.2021).

[29] См.: Gov.pl. Polonia. URL: https://www.gov.pl/web/polonia/misja (дата обращения: 20.06.2021).

[30] См.: *Glynn I., Kelly T., Éinrí M.P.* The Re-emergence of Emigration from Ireland: New Trends in an Old Story. Washington, 2015. P. 15.

[31] См.: *Gsir S., Mescoli E.* Maintaining National Culture Abroad. Countries of Origin, Culture and Diaspora INTERACT Research Report 2015/10. P. 17 // CADMUS. European University Institute. URL: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/35881/INTERACT-RR-2015_10_Culture.pdf; sequence=1 (дата обращения: 10.06.2021).

[32] См.: *Hickman M.J.* Diaspora Policies, Consular Services and Social Protection for Irish Citizens Abroad // Migration and Social Protection in Europe and Beyond. Comparing Consular Services and Diaspora Policies. P. 261, 262.

Но эта инициатива направлена на поддержку немецких академических институтов по привлечению квалифицированных кадров, а не на оказание помощи ученым[33].

В Аргентине в рамках Министерства науки, технологий и инноваций действует специальная программа – Сеть аргентинских ученых и исследователей за рубежом[34], учрежденная в соответствии с Законом 26.421 от 11 ноября 2008 г.[35] Программа предполагает популяризацию научно-технической деятельности страны за рубежом; расширение связей между аргентинскими исследователями, проживающими в стране и за рубежом; повышение качества и доступности информации о высококвалифицированных аргентинских исследователях и специалистах, проживающих за рубежом; развитие сетей связи с аргентинскими исследователями, проживающими за рубежом; интеграцию аргентинских исследователей, проживающих за рубежом, в аргентинские научные программы; вовлечение производственного сектора страны, фондов и неправительственных организаций в реализацию программы (ст. 2 Закона). К февралю 2019 г. в соответствии с данной программой в Аргентину вернулись 1323 исследователя[36].

На Национальном научно-техническом портале Республики Беларусь для представителей белорусской научной диаспоры создан специальный раздел как виртуальное место встречи ученых-соотечественников, работающих в Беларуси и за ее пределами, восстановления связей между ними и развития сотрудничества. Ныне в разных странах мира, по оценкам специалистов, работают 4–5 тыс. белорусских ученых. База данных об ученых-соотечественниках, уехавших из Беларуси или длительное время работающих за границей, формируется с 2011 г. и на конец 2020 г. насчитывала 638 имен[37].

В КНР в 2008 г. приступили к выполнению Плана 1000 талантов с тем, чтобы в течение 10 лет вернуть в страну выдающихся молодых ученых, предпринимателей, банкиров. В частности, в случае возвращения ученым выделялись гранты на сумму свыше 1.5 млн долл., обеспечивалась ежегодная заработная плата в размере 150 тыс. долл., предоставлялись жилищные пособия и разнообразные бонусы[38]. На местном уровне была запущена программа «Инкубаторы мечты», предполагающая учреждение китайцами, проживающими за рубежом, новых компаний на территории страны. Для этого им предоставлялись помещения, займы, субсидии, налоговые льготы[39].

Развивая отношения с соотечественниками, проживающими за рубежом, государства преследуют и интересы «собирание нации» – возвращение на историческую родину выходцев из данного государства, по различным причинам оказавшихся за его пределами. В Казахстане осуществление программ иммиграции с целью возвращения на историческую родину этнических казахов (кандасов) регулируется Законом Республики Казахстан от 22 июля 2011 г. № 477-IV «О миграции населения»[40] (ст. 18–26). В Кыргызской Республике принят специальный Закон от 26 ноября 2007 г. № 175 «О государственных гарантиях этническим кыргызам, переехавшим в Кыргызскую Республику»[41], предусматривающий создание необходимых условий жизни на новом месте для этнических киргизов, являющихся иностранными гражданами или лицами без гражданства, добровольно переселяющимися в Кыргызстан и получившими временный статус.

В КНР деятельностью по возвращению соотечественников активно занимаются политические партии и общественные объединения. Так, Партия стремления к справедливости была создана китайцами, вернувшимися из США. Большинство ее членов – возвратившиеся на родину китайцы, их родственники и лица, имеющие родственные связи в зарубежных странах. Представители партии выступают посредниками во взаимоотношениях с зарубежными китайцами, содействуют продвижению китайского языка и культуры, а также китайского патриотизма среди китайцев, проживающих за границей. Неправительственная организация Всекитайская федерация китайцев, вернувшихся из-за рубежа, занимается

---

[33] См.: *Koppenfels von A.K.* Op. cit. P. 218, 219.

[34] См.: Red de Argentinos Investigadores y Cientificos en el Exterior (RAICES). URL: https://www.argentina.gob.ar/ciencia/raices (дата обращения: 03.04.2021).

[35] См.: Ley 26.421 Establecese que el Programa Red de Argentinos Investigadores y Cientificos en el Exterior (RAICES), creado en el ambito del Ministerio de Ciencia, Tecnologia e Innovacion Productiva, sera asumido como politica de Estado. Objetivos principales. Sancionada: Octubre, 22 de 2008.Promulgada de Hecho: Noviembre, 11 de 2008 // Argentina.gob.ar. URL: https://www.argentina.gob.ar/ciencia/raices/ley-raices (дата обращения: 03.04.2021).

[36] См.: *Margheritis A.* Diaspora Policies, Consular Services and Social Protection for Argentine Citizens Abroad // Migration and Social Protection in Europe and Beyond. A Focus on Non-EU Sending States / ed. by J.-M. Lafleur, D. Vintila. Cham, 2020. Vol. 3. P. 63.

[37] См.: Национальный научно-технический портал Республики Беларусь. URL: http://www.scienceportal.org.by/diaspora/ (дата обращения: 20.06.2021).

[38] См.: *Barabantseva E., Wang T.* Diaspora Policies, Consular Services and Social Protection for Chinese Citizens Abroad // Migration and Social Protection in Europe and Beyond. A Focus on Non-EU Sending States. P. 100.

[39] См.: ibid. P. 99.

[40] См.: Әділет. Информационно-правовая система нормативных правовых актов Республики Казахстан. URL: https://adilet.zan.kz/rus/docs/Z1100000477 (дата обращения: 06.06.2021).

[41] См.: Министерство юстиции Кыргызской Республики. Централизованный банк данных правовой информации Кыргызской Республики. URL: http://cbd.minjust.gov.kg/act/ view/ru-ru/202209/20?mode=tekst (дата обращения: 06.06.2021).

в основном проблемами китайцев, вернувшихся в страну, а также осуществляет проекты в отношении соотечественников, проживающих за рубежом, используя народную дипломатию[42].

В ряде случаев политика государства преследует цель восстановления исторической справедливости в отношении лиц, которые при прежних политических режимах были вынуждены покинуть страну (в данном случае может предполагаться восстановление в гражданстве, содействие в возвращении на Родину, предоставление специального правового статуса).

В частности, в Португалии в 2013 г. были внесены изменения в законодательство о гражданстве, предусматривающие автоматическое его предоставление потомкам евреев, изгнанных из страны, убитых или насильственно обращенных в христианство в период инквизиции в XVI в.[43] Доказательством принадлежности к сообществу сефардов португальского происхождения могут служить фамилии, язык, на котором говорят в семье, подтверждение прямого или побочного родства[44].

В Королевстве Испания в соответствии с Законом от 26 декабря 2007 г. № 52 «О признании и расширении прав и принятии мер в интересах тех, кто подвергся преследованиям или насилию во время Гражданской войны и диктатуры» (Закон об исторической памяти)[45] испанское гражданство по происхождению могли получить дети и внуки тех, кто утратил гражданство или вынужден был от него отказаться в связи с высылкой. Они могли обратиться с соответствующим заявлением в течение двух лет после вступления Закона в силу (7-е дополнительное положение)[46]. В течение четырех лет было подано 503 439 заявлений (92.4% – детьми, 6.32% – внуками бывших испанских граждан, пострадавших от преследований властей), 84% заявлений были поданы в испанские консульства в Латинской Америке. Почти половина заявлений (241 763) была удовлетворена[47].

Практически все государства из гуманитарных соображений осуществляют юридическую, политическую и социальную защиту своих граждан, проживающих за рубежом (в т.ч. трудовых мигрантов). Так, одним из центральных направлений политики Ирландии в отношении диаспоры является предоставление социальных услуг социально уязвимым ирландским гражданам, проживающим за рубежом, взаимодействие с общинами диаспоры и разработка эффективных коммуникационных стратегий. В 1970-х годах был образован Комитет по социальным услугам за рубежом для поддержки молодых ирландских эмигрантов, находящихся в социально уязвимом положении и направляющихся в Соединенное Королевство. Позднее были созданы Глобальный ирландский гражданский форум для обсуждения проблем, с которыми сталкиваются члены диаспоры; Фонд вовлечения местной диаспоры, оказывающий помощь общинам в налаживании связей с диаспорой[48].

В Азербайджане на основании постановления Кабинета министров от 4 ноября 2020 г. № 441 «Об утверждении Правил оказания социальной помощи малообеспеченным азербайджанцам, проживающим за рубежом»[49] с 1 января 2021 г. соотечественники могут претендовать на помощь от Республики в следующих случаях: наличия под опекой детей в возрасте до 18 лет, потерявших обоих родителей; причинения ущерба в результате чрезвычайных ситуаций, военных действий и непредоставления страхового или иного возмещения в стране проживания; необходимости отправления тела умершего близкого родственника на родину.

В Турции Управление по вопросам турок, проживающих за рубежом и связанных с ними сообществ, учредило в 2018 г. программу подготовки юристов, получивших образование или ученую степень за рубежом и являющихся членами коллегий адвокатов страны пребывания, для подготовки экспертов по борьбе с исламофобией, дискриминацией и нарушением прав соотечественников за рубежом и для оказания консультативных услуг неправительственным организациям и представителям турецкой диаспоры[50].

---

[42] См.: Migration and Social Protection in Europe and Beyond. Vol. 3. A Focus on Non-EU Sending States. P. 98.

[43] См.: Jews Win a Right of Return to Portugal Five Centuries After Inquisition // Time. URL: https://world.time.com/2013/09/04/jews-win-a-right-of-return-to-portugal-five-centuries-after-inquisition/ (дата обращения: 15.06.2021).

[44] См.: Decreto-Lei No. 30-A/2015 de 27 de fevereiro (Art. 2.) // Diário da República n. 41/2015, Série I de 2015-02-27.

[45] См.: Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se recocen y amplían derechos y se establesecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictatdura // BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2007. P. 53410–53416.

[46] Данный срок был продлен на два года.

[47] См.: Spain Gains Almost 250.000 New Citizens Thanks to Historical Memory Act // EUI Global Citizenship Observatory. URL: ttps://globalcit.eu/spain-gains-almost-250000-new-citizens-thanks-to-historical-memory-act/ (дата обращения: 20.06.2021).

[48] См.: *Hickman M.J.* Op. cit. P. 261, 262.

[49] См.: Azərbaycan Respublikasinin Nazirlər Kabineti “Xaricdə yaşayan aztəminatlı azərbaycanlılara sosial yardımın göstərilməsi Qaydası nın təsdiq edilməsi haqqında”. 04 Noyabr 2020. No 441 // ADDF. Azərbaycan Diasporuna Dəstək Fondu. URL: https://diaspora.foundation/news/111-xaricd (дата обращения: 20.06.2021).

[50] См.: *Aydin S., Øster gaard-Nielsen E.* Diaspora Policies, Consular Services and Social Protection for Turkish Citizens Abroad // Migration and Social Protection in Europe and Beyond. A Focus on Non-EU Sending States. P. 406.

Заключение. Усиление внимания к зарубежным диаспорам специалисты объясняют порожденным глобализацией кризисом национальной идентичности, который переживают многие государства. В этих условиях эмигранты рассматриваются как потенциальный или реальный стратегический ресурс для ее укрепления[51]. Немаловажное значение имеет и рост богатства диаспор в процветающих государствах, революция в транспортных и коммуникационных технологиях, а также усиление потребности в обозначении своего отличия и признание права человека свободно определять свою идентичность в современных либеральных обществах[52].

Направленность государственной политики в отношении соотечественников во многом обусловливается историей образования, численностью и социальной структурой их национальных диаспор. Любое государство в необходимых случаях предоставляет консульскую защиту своим гражданам, проживающим за границей. Экономически успешные страны принимают на себя и обязательства по социальной поддержке соотечественников, оказавшихся в сложных жизненных ситуациях. Государства с развитой трудовой эмиграцией стремятся обеспечить защиту трудовых, имущественных, социальных прав своих граждан в странах пребывания, в т.ч. посредством заключения международных договоров с этими странами. Все государства заинтересованы в привлечении интеллектуального и экономического капитала диаспоры в национальную экономику и культуру, включении ее в политическую жизнь страны. Это касается прежде всего граждан страны, постоянно или длительно проживающих за границей, но некоторые аспекты государственной политики, в основном связанные с сохранением национальной идентичности и привлечением ресурсов диаспор, могут затрагивать и соотечественников, не имеющих гражданства страны происхождения.

Вместе с тем исследователи отмечают, что в открытом и глобализованном мире масштабы и интенсивность контактов диаспоры и родины зависят не только от усилий последней, но и от стратегий, реализуемых диаспорами в ответ на проводимую в отношении них политику[53], от того, разделяют ли общины диаспоры то видение транснационального сообщества, которое продвигают государства происхождения.

Не все страны проводят целенаправленную государственную политику в отношении соотечественников. Она разрабатывается и осуществляется, если национальные диаспоры в зарубежных странах, часто граничащих с государством происхождения, достаточно велики и их формирование обусловлено значимыми историческими причинами, как правило, геополитического характера. Революции, мировые войны, установление авторитарных режимов, крах колониальной системы, иные политические катаклизмы приводили к распаду государств, перекройке границ, насильственным переселениям народов, массовой политической и экономической эмиграции. И именно те страны, которых данные процессы затронули в наибольшей степени, проводят специальную государственную политику в отношении соотечественников, проживающих за рубежом.

Такая политика обычно преследует две цели — «собирание нации» и «восстановление исторической справедливости» в отношении лиц, покинувших страну не по своей воле, и их потомков. В процессе «собирания нации» понятие соотечественника, как правило, этнически нагружено. Такая политика характерна в основном для моноэтнических государств, стремящихся стать центром объединения нации, «распыленной по миру» в силу ряда исторических причин. «Восстановление исторической справедливости» этнически более нейтрально, поскольку в данном случае соотечественники идентифицируются на основании происхождения из определенного государства.

Российская Федерация являет собой, пожалуй, уникальный пример полиэтнической страны, политика которой в отношении соотечественников преследует обе указанные цели. Это предопределено сложными историческими судьбами Российского государства и объединенных в нем народов.

[51] См.: *Smith R.C.* Diasporic Memberships in Historical Perspectives: Comparative Insights from the Mexican, Italian and Polish Cases // The International Migration Review. 2003. Vol. 37. No. 3: Transnational Migration: International Perspectives. P. 727.

[52] См.: *Chander A.* Diaspora Bonds // New York University Law Review. 2001. Vol. 76. P. 1023; *Clifford J.* Diasporas // Cultural Anthropology. 1994. Vol. 9. No. 3. P. 302–338.

[53] См.: *Sheffer G.* Diaspora Politics: At Home Abroad. Cambridge, 2006. P. 98.

REFERENCES

1. *Agunias D.R., Newland K.* Developing a Road Map for Engaging Diasporas in Development. A Handbook for Policymakers and Practitioners in Home and Host Countries. Geneva, Washington, 2012. P. 15.
2. *Aydin S., Østergaard-Nielsen E.* Diaspora Policies, Consular Services and Social Protection for Turkish Citizens Abroad // Migration and Social Protection in Europe and Beyond. A Focus on Non-EU Sending States. P. 406.
3. *Barabantseva E., Wang T.* Diaspora Policies, Consular Services and Social Protection for Chinese Citizens Abroad // Migration and Social Protection in Europe

and Beyond. A Focus on Non-EU Sending States. P. 99, 100.

4. *Chander A.* Diaspora Bonds // New York University Law Review. 2001. Vol. 76. P. 1023.
5. *Clifford J.* Diasporas // Cultural Anthropology. 1994. Vol. 9. No. 3. P. 302–338.
6. *Hickman M.J.* Diaspora Policies, Consular Services and Social Protection for Irish Citizens Abroad // Migration and Social Protection in Europe and Beyond. Comparing Consular Services and Diaspora Policies. P. 261, 262.
7. *Gamlen A.* Diaspora Institutions and Diaspora Governance // International Migration Review. 2014. Vol. 48. Iss. 1. P. S184–S185.
8. *Gamlen A.* Diaspora Engagement Policies: What Are They, and What Kinds of States Use Them? COMPAS Working Paper. 2006. No. 32 // COMPAS. Centre on Migration, Policy & Society. URL: https://www.compas.ox.ac.uk/wp-content/uploads/WP-2006-032-Gamlen_Diaspora_Engagement_Policies.pdf (accessed: 24.04.2021).
9. *Gamlen A.* The Emigration State and the Modern Geopolitical Imagination // Political Geography. 2008. Vol. 27. No. 8. P. 843–846.
10. *Gamlen A.* Why Engage Diasporas? COMPAS Working Paper. 2008. No. 63 // COMPAS. Centre on Migration, Policy & Society. URL: https://www.compas.ox.ac.uk/wp-content/uploads/WP-2008-063-Gamlen_Why_Engage_Diasporas.pdf (accessed: 24.04.2021).
11. *Glynn I., Kelly T., Éinrí M.P.* The Re-emergence of Emigration from Ireland: New Trends in an Old Story. Washington, 2015. P. 15
12. *Gsir S.* Civic Participation and Integration: A Country of Origin Perspective. INTERACT Research Report. 2014. No. 3 // European University Institute. Robert Schuman Centre for Advanced Studies. URL: http://aei.pitt.edu/79335/1/Gsir.pdf (accessed: 24.04.2021).
13. *Gsir S., Mescoli E.* Maintaining National Culture Abroad. Countries of Origin, Culture and Diaspora INTERACT Research Report 2015/10. P. 17 // CADMUS. European University Institute. URL: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/35881/INTERACT-RR-2015_10_Culture.pdf; sequence=1 (accessed: 10.06.2021).
14. Jews Win a Right of Return to Portugal Five Centuries After Inquisition // Time. URL: https://world.time.com/2013/09/04/jews-win-a-right-of-return-to-portugal-five-centuries-after-inqusition/ (accessed: 15.06.2021).
15. *Koppenfels von A.K.* Diaspora Policies, Consular Services and Social Protection for German Citizens Abroad // Migration and Social Protection in Europe and Beyond / ed. by J.M. Lafleur, D. Vintila. Cham, 2020. Vol. 2. P. 207, 218, 219.
16. *Margheritis A.* Diaspora Policies, Consular Services and Social Protection for Argentine Citizens Abroad // Migration and Social Protection in Europe and Beyond. A Focus on Non-EU Sending States / ed. by J.-M. Lafleur, D. Vintila. Cham, 2020. Vol. 3. P. 63.
17. Migration and Social Protection in Europe and Beyond. Vol. 3. A Focus on Non-EU Sending States. P. 98.
18. *Sheffer G.* Diaspora Politics: At Home Abroad. Cambridge, 2006. P. 98.
19. *Smith R.C.* Diasporic Memberships in Historical Perspectives: Comparative Insights from the Mexican, Italian and Polish Cases // The International Migration Review. 2003. Vol. 37. No. 3: Transnational Migration: International Perspectives. P. 727.

Сведения об авторах

ВАРЛАМОВА Наталия Владимировна –
кандидат юридических наук, доцент, ведущий научный сотрудник сектора прав человека Института государства и права Российской академии наук; 119019 г. Москва, ул. Знаменка, д. 10

ВАСИЛЬЕВА Татьяна Андреевна –
доктор юридических наук, доцент, главный научный сотрудник сектора прав человека Института государства и права Российской академии наук; 119019 г. Москва, ул. Знаменка, д. 10

Authors' information

VARLAMOVA Natalia V. –
PhD in Law, associate Professor, leading researcher, Department of the human rights, Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences; 10 Znamenka str., 119019 Moscow, Russia

VASILIEVA Tatiana A. –
Doctor of Law, associate Professor, chief researcher, Department of the human rights, Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences; 10 Znamenka str., 119019 Moscow, Russia

КОЛОТОВА Наталья Валерьевна – кандидат юридических наук, доцент, ведущий научный сотрудник, и.о. заведующей сектором прав человека Института государства и права Российской академии наук; 119019 г. Москва, ул. Знаменка, д. 10

СОРОКИНА Елена Александровна – кандидат юридических наук, научный сотрудник сектора прав человека Института государства и права Российской академии наук; 119019 г. Москва, ул. Знаменка, д. 10

ЧЕХАРИНА Валентина Ивановна – кандидат юридических наук, доцент, старший научный сотрудник сектора прав человека Института государства и права Российской академии наук; 119019 г. Москва, ул. Знаменка, д. 10

KOLOTOVA Natalia V. – PhD in Law, associate Professor, leading researcher, Acting Head of the Department of human rights, Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences; 10 Znamenka str., 119019 Moscow, Russia

SOROKINA Elena A. – PhD in Law, research fellow, Department of the human rights, Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences; 10 Znamenka str., 119019 Moscow, Russia

CHEKHARINA Valentina I. – PhD in Law, associate Professor, senior researcher, Department of the human rights, Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences; 10 Znamenka str., 119019 Moscow, Russia

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 11, с. 66–80
STATE AND LAW, 2021, № 11, pp. 66–80

ОХРАНА ОКРУЖАЮЩЕЙ СРЕДЫ

СПЕЦИАЛЬНЫЙ ПРАВОВОЙ РЕЖИМ ПРИРОДНЫХ РЕСУРСОВ – ОСНОВА ПРИРОДОРЕСУРСНОГО ПРАВА

© 2021 г. М. М. Бринчук

Московский государственный университет геодезии и картографии (МИИГАиК)

E-mail: brinchuk@gmail.com

Поступила в редакцию 07.06.2021 г.

Аннотация. В статье исследуется специальный правовой режим природных ресурсов. Оценивается позиция Конституционного Суда РФ, а также положения общей теории права о специальном правовом режиме. Анализируется специальный правовой режим природных ресурсов. Исследуется природа как исключительная ценность для общества и, соответственно, объект специального правового режима.

Ключевые слова: природные ресурсы, природоресурсное право, специальный правовой режим, специальное правовое регулирование, Конституция РФ, Конституционный Суд РФ, общая теория права, теория публичного права, доктрина экологического права.

Цитирование: *Бринчук М.М.* Специальный правовой режим природных ресурсов – основа природоресурсного права // Государство и право. 2021. № 11. С. 66–80.

Статья подготовлена при информационной поддержке СПС «КонсультантПлюс».

DOI: 10.31857/S102694520017526-9

SPECIAL LEGAL REGIME OF NATURAL RESOURCES – THE BASIS OF NATURAL RESOURCE LAW

© 2021 M. M. Brinchuk

Moscow State University of Geodesy and Cartography (MIIGAiK)

E-mail: brinchuk@gmail.com

Received 07.06.2021

Abstract. The article explores the special legal regime of natural resources. The position is evaluated of the Constitutional Court of the Russian Federation also and the provisions of the General theory of law on a special legal regime are considered. Analyzed the special legal regime of natural resources. Nature is investigated as an exceptional value for society and, accordingly, the object of a special legal regime.

Key words: natural resources, Natural Resource Law, special legal regime, special legal regulation, the Constitution of the Russian Federation, the Constitutional Court of the Russian Federation, general theory of law, the theory of public law, the doctrine of ecological law.

For citation: *Brinchuk, M.M. (2021).* Special legal regime of natural resources – the basis of Natural Resource Law // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 11, pp. 66–80.

The article was prepared with the information support of the "ConsultantPlus".

Предмет статьи ориентирует на восприятие особого места природоресурсного права в российской правовой системе. Однако помимо научной конструкции – специальный правовой режим как основополагающий для характеристики природоресурсного права – имеются другие, ведущие к видению подобного места не только природоресурсного, но и экологического права как суперотрасли, по выражению О.С. Колбасова.

Особое место экологического права в правовой системе диктуется рядом объективных признаков и оснований. Его особость предопределена уже тем, что *человек – биосоциальное существо* и как объект общественных отношений, регулируемых правом в рамках всей правовой системы, обитает одновременно в двух системах, мирах – природном и социальном. При этом природный мир, подчеркнем, развивающийся по собственным, объективным законам, является жизненно важным фактором развития общества, служит основой жизни и деятельности народов, людей (ст. 9 Конституции РФ). Все другие отрасли права созданы преимущественно для регулирования отношений по поводу социальной среды. И лишь экологическое право всей своей сутью ориентировано на природный мир человека, на поддержание или восстановление его благоприятного состояния, на сохранение этой «основы жизни и деятельности народов», на обеспечение интересов экологического благополучия. Природа и ее отдельные компоненты – главный и единственный объект общественных отношений, регулируемых нормами экологического права.

В философии и теории права всегда признавалось влияние природы, природного фактора на право и его развитие. Так, В.С. Нерсесянц подчеркивал *существенную роль природы* в историческом процессе и развитии права[1]. Хотя при этом важно признать и особо подчеркнуть, что *влияние природного фактора реально отражалось в нем далеко не адекватно его роли и значения в жизни и развитии общества*.

Большое внимание в общей теории права вопросам природы уделяет Г.В. Мальцев, выражая при этом ориентированные в будущее прогрессивные как общетеоретические, так и мировоззренческие идеи. По его убеждению, *право не должно быть исключением из физической картины мира*, его надо понять и объяснить как естественный (естественно-исторический) факт, объективный по характеру и происхождению, как систему, управляемую в соответствии с его собственными природными, объективными законами. Юристы Нового времени убеждены, что за всякой законодательной формулой стоит объективность фактов и закономерностей, которая с помощью науки и научной методологии переходит в область субъективного, точнее, субъективно-рационального[2].

Обращение к вопросу о месте «наших» отраслей в правовой системе, в т.ч. через конструкцию *специального правового регулирования*, непривычной для доктрины экологического и природоресурсного права, диктуется, однако, совсем не амбициями ее представителей, и даже не только *потребностями* их прогрессивного формирования и развития.

Одна из них, может быть, наиболее важная – выявление специфических черт, признаков, характеристик экологического и природоресурсного права в правовой системе России, и на основе этого научного критерия реализовать потребность в *разработке основы его «партнерских» отношений с другими отраслями и адекватно «вписать» экологическое право в правовую систему*. «Партнерские» отношения рассматриваются в данном случае и как фактор сбалансированного и эффективного развития и функционирования всей правовой системы России на основе эффективного действия отдельных отраслей.

Контекст формирования основ «партнерских» отношений экологического и природоресурсного права с другими отраслями особенно касается *притязаний представителей науки частного права на природные ресурсы как объект гражданских вещных прав*, а во многих случаях – и необоснованной интервенции гражданского законодательства в экологическое, в природоресурсное[3]. Так, по мнению А.В. Дозорцева,

[1] См.: *Нерсесянц В.С.* Философия права. М., 1997. С. 40.

[2] См.: *Мальцев Г.В.* Развитие права: к единению с разумом и наукой. М., 2005. С. 57.

[3] По этим вопросам журнал «Государство и право» неоднократно публиковал статьи (см.: *Бринчук М.М.* Частная собственность и природа // Государство и право. 2011. № 9. С. 24–33; *Его же.* Право как ресурс деградации природы, общества и государства // Государство и право. 2012. № 4. С. 29–38; *Его же.* Природа – публичное благо // Государство и право. 2013. № 8. С. 15–26; *Его же.* Право собственности на природные ресурсы принадлежит природоресурсному праву // Государство и право. 2019. № 9. С. 30–43). Об этом см. также: *Бринчук М.М.* «Скоро гражданское право поглотит земельное...» // Вопросы правоведения. 2010. № 4 (8). С. 111–128; *Его же.* Право собственности на природу: проблемы теории // Труды ИГП РАН. Актуальные проблемы государства и права. 2011. № 4. С. 153–174; *Его же.* Конституционные основы права собственности на природу // Труды ИГП РАН. 2017. Т. 12. № 4. С. 97–132; *Его же.* Гражданское право не может самостоятельно регулировать отношения в экологической сфере // Экологическое право. 2018. № 4. С. 12–18; и др.

Решение научной проблемы о месте экологического и, соответственно, природоресурсного права в правовой системе и их независимости от других отраслей в определенной мере «спровоцировано» также представителями науки публичного права. Так, при утверждении на ученом совете одного из юридических институтов темы диссертации «Государственное управление охраной недр» по специальности «Природоресурсное право; аграрное право; экологическое право» ученый-административист заявил, что это – тема административного права. Тема не была утверждена. В другом случае

«земельные отношения распались на регулируемые гражданским и административным правом, и основания для признания земельного права самостоятельной отраслью перестали существовать. Оно должно быть квалифицировано как комплексная отрасль законодательства. Это влечет за собой многочисленные практические последствия и, прежде всего, распространение на имущественные земельные отношения норм общей части гражданского права, отнесение регулирования этих отношений к компетенции федерации и т.п.»[4].

В условиях «дележа» земельного права, научно необоснованного и одновременно конституционно противоправного, происходящего продолжительное время в доктрине, проблема суверенитета природоресурсного права дополнительно актуализируется в свете решения Минобрнауки России от 24 февраля 2021 г. № 118[5] по новой номенклатуре научных специальностей, по которым присуждаются ученые степени. В соответствии с п. 5.1. названы научные специальности, объединенные в группы, а не по отраслям права, как было ранее. В частности, выделены: 5.1.2. Публично-правовые (государственно-правовые) науки и 5.1.3. Частно-правовые (цивилистические) науки. Это решение специально уполномоченного государственного органа в области науки спровоцировало «дележ» отраслей права уже на уровне правовой системы. Жертвой этого дележа может стать и природоресурсное право. Несомненно, это решение подрывает теоретико-правовые основы динамичного многовекторного развития науки как научно обоснованного фактора ее общественной полезности.

Одна из потребностей исследования предмета данной статьи, значимой для всей правовой системы, связана с масштабным, системным кризисом, для преодоления которого *требуется обновленное мировоззрение*. С учетом достижений и потерь предшествующего этапа общественного развития необходимо сформулировать экологическую составляющую нового мировоззрения, что представляется исключительно важным и безальтернативным для преодоления всех кризисов. Адекватное конструирование и последовательная реализация экологического права, наряду с другими отраслями, призваны послужить эффективным средством преодоления кризиса. И совсем не случайно именно в свете решения глобальных экологических проблем в 1980-е годы под эгидой ООН была разработана концепция устойчивого развития. Предложения по ее совершенствованию были предложены в рамках доктрины экологического права[6].

В свете угроз со стороны представителей других отраслей встает вопрос о *защите суверенитета, самостоятельности экологического и природоресурсного права, их суверенного места в правовой системе*. Как справедливо пишет М.И. Васильева, «эколого-правовая наука длительное время пребывает в положении “обороняющегося”, что подтверждается продолжающейся популярностью обсуждений, связанных так или иначе с отраслевым самоутверждением»[7]. О перспективах экологического права говорил О.С. Колбасов: «Экологическое право должно сыграть колоссальную историческую роль – стать противовесом всего остального права, стоящего на страже имущественного богатства и сопряженной с ним власти»[8].

Специальный правовой режим природы и ее ресурсов как особое средство правового регулирования может эффективно решать поставленные задачи, одновременно повышая общественную полезность всей правовой системы.

Позиция Конституционного Суда РФ и положения общей теории права о специальном правовом режиме

Совершенно определенная позиция по поводу специального правового режима природных ресурсов выражена Конституционным Судом РФ. Что чрезвычайно важно для доктрины экологического и природоресурсного права, им названы и существенные признаки, обусловившие обладание таким режимом.

Согласно Постановлению Конституционного Суда РФ от 9 января 1998 г. № 1-П[9] по делу

ученый-цивилист заявил о поглощении в будущем земельного права гражданским правом.

Посягательство на экологическое право проявилось и в попытке исключить из федерального компонента государственного образовательного стандарта курсы земельного и экологического права (см.: *Голиченков А.К.* Экологическое право: в поисках современной методологии // Труды ИГП РАН. Актуальные проблемы развития экологического права в XXI веке / отв. ред. М.М. Бринчук, О.Л. Дубовик. 2007. № 5. С. 21).

В какой мере научно обоснованы такие заявления? Что выйдет в случае удовлетворения подобных амбиций? Достаточно ли норм собственно публичного или частного права для обеспечения рационального природопользования и охраны природы?

[4] *Дозорцев В.А.* Проблемы совершенствования гражданского права Российской Федерации при переходе к рыночной экономике // Государство и право. 1994. № 1. С. 26.

[5] См.: Официальный интернет-портал правовой информации // http://pravo.gov.ru, 06.04.2021.

[6] См., напр.: *Бринчук М.М.* Концепция устойчивого развития как методологическая основа цивилизационного развития // Государство и право. 2014. № 10. С. 15–24; *Его же.* Духовная функция государства как направление деятельности к духовно-экологической цивилизации // Государство и право. 2020. № 4. С. 47–57; № 5. С. 32–44.

[7] *Васильева М.И.* К экологическому правопониманию (аксиологические аспекты) // Экологическое право России: сб. материалов науч.-практ. конф. Юбилейный вып. М., 2004. Т. 2. С. 588.

[8] *Колбасов О.С.* Завещание экологам // Журнал росс. права. 2000. № 5/6. С. 90; Экологическое право. 2001. № 3. С. 11.

[9] См.: СЗ РФ. 1998. № 3, ст. 429.

о проверке конституционности Лесного кодекса РФ «лесной фонд ввиду его жизненно важной многофункциональной роли и значимости для общества в целом, необходимости обеспечения устойчивого развития и рационального использования *этого природного ресурса* в интересах Российской Федерации и ее субъектов представляет собой публичное достояние многонационального народа России, как таковой является федеральной собственностью особого рода и **имеет специальный правовой режим**».

По нашему убеждению, аналогичным образом этот важный государственный орган методологически и юридически может убедительно оценивать землю, недра, воды.

Это подтверждается постановлениями Конституционного Суда РФ по другим экологическим спорам, в которых также употреблялись подобные характеристики природных ресурсов. Так, в деле о проверке конституционности отдельных положений Конституции Республики Алтай и Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» Конституционный Суд РФ от 7 июня 2000 г. отметил: «Из норм Конституции РФ следует, что народам, проживающим на территории того или иного субъекта РФ, должны быть **гарантированы охрана и использование земли и других природных ресурсов как основы их жизни и деятельности, т.е. как естественного богатства, ценности (достояния) всенародного значения**»[10].

Свою позицию о правовом режиме земли Конституционный Суд РФ выразил в деле о проверке конституционности Земельного кодекса РФ[11]. В частности, Конституционный Суд утверждает: «Конституционная характеристика земли как основы жизни и деятельности народов, проживающих на соответствующей территории, т.е. всего многонационального народа Российской Федерации, предопределяет конституционное требование рационального и эффективного использования, а также охраны земли как важнейшей части природы, естественной среды обитания человека, природного ресурса, используемого в качестве средства производства в сельском и лесном хозяйстве, основы осуществления хозяйственной и иной деятельности. *Это требование* адресовано государству, его органам, гражданам, всем участникам общественных отношений, *является базовым для законодательного регулирования в данной сфере и обусловливает право федерального законодателя устанавливать* ***особые правила, порядок, условия*** *пользования землей* (выделено мною. – *М.Б.*)».

«Особые правила, порядок, условия пользования землей» есть не что иное, как специальное правовое регулирование всей системы общественных отношений по поводу земли как основы жизни и деятельности народов, проживающих на соответствующей территории, осуществляемое федеральным законодателем.

Для доктрины экологического и природоресурсного права позиция Конституционного Суда РФ о специальном правовом режиме имеет фундаментальное историческое научное значение. Методологически оно значимо как для совершенствования теории названных отраслей, направленных на регулирование отношений в особой сфере – экологической. Одновременно специальный правовой режим природных ресурсов послужит эффективным правовым средством для защиты суверенитета природоресурсных отраслей от неправомерных посягательств со стороны цивилистов, направленных на включение в сферу гражданского законодательства природных ресурсов в качестве объектов частных вещных прав.

Подчеркивая фундаментальное значение исследуемой нами позиции Конституционного Суда РФ, постановление которого служит источником экологического и природоресурсного права, одновременно мы высоко ценим положения по этому предмету общей теории права как методологическому основанию формирования отраслей права, базируемых на специальном правовом режиме природы и ее ресурсов.

С точки зрения общей теории права специальный правовой режим является *особым средством правового регулирования*[12]. В общей теории права по этому поводу отмечается, что «данный феномен (специальный правовой режим. – *М.Б.*) в той или иной степени подвергался анализу, однако исследования велись и ведутся в основном в рамках отраслевых наук. На уровне общей теории права практически не предпринимается попыток в подобном направлении. Возникает закономерный вопрос: почему? На наш взгляд, причины подобной ситуации видятся в том, что, во-первых, в правовой науке так и не сложилось единства мнений в отношении юридической природы правового режима, а, во-вторых, проблема специального правового режима сравнительно недавно оказалась в поле зрения юридической науки и как особая разновидность правового режима еще не обрела

[10] См.: СЗ РФ. 2000. № 25, ст. 2728.

[11] См.: постановление Конституционного Суда РФ от 23.04.2004 г. № 8-П «По делу о проверке конституционности Земельного кодекса Российской Федерации в связи с запросом Мурманской областной Думы» // СЗ РФ. 2004. № 18, ст. 1833.

[12] Подробнее об этом см.: *Малько А.В., Лиманская А.П.* Специальный правовой режим как особое средство правового регулирования // Вестник СГЮА. 2013. № 6. С. 120–123.

своей понятийной сущности и специфики. Как правило, исследователи изучали специальный правовой режим в рамках административного и налогового права»[13].

Исследуя феномен специального правового режима в отношении природных ресурсов, природы, обнаруживаем важное не только для экологического и природоресурсного права, но и для всей правовой системы России обстоятельство. Оно было выражено и в Постановлении Конституционного Суда РФ от 9 января 1998 г. № 1-П, констатирующем, что **лесной фонд**, т.е. **леса**, как объект экологических, природоресурсных отношений, представляет собой публичное достояние многонационального народа Российской Федерации, как таковой является федеральной собственностью особого рода и **имеет специальный правовой режим**. С учетом взаимосвязи и взаимодействия природных ресурсов, в своей совокупности образующих природу, закономерным является следствие: специальный правовой режим – основа экологического права как суперотрасли в правовой системе, закономерно включающей и природоресурсные отрасли.

Из этого мы делаем **вывод, касающийся не только правовой сущности экологического и природоресурсного права, но и его специфического места в правовой системе России. Не только природоресурсное право как ряд выделенных в общей теории права и с общественной пользой функционирующих самостоятельных отраслей, но и экологическое право как суперотрасль имеют в своей основе специальный правовой режим, выражающий их сущность**.

Экологическое право, как и природоресурсные отрасли права, являются частью публичного права России.

В отличие от ситуации с экологическим и природоресурсным правом, судя по практике правового регулирования, общественная потребность в специальном правовом регулировании возникает применительно к каким-то частным объектам в системе объекта той или иной отрасли – налогового, административного, информационного.

В этой связи заметим, что, исследуя теоретические характеристики специального правового режима, А.В. Малько и А.П. Лиманская пишут: «На наш взгляд, специальный правовой режим выступает своего рода модификацией общего правового режима, характеризующегося либо особыми льготами и преимуществами, состоящий в дополнительных правах либо особыми ограничениями, выражающийся в дополнительных запретах или позитивных обязываниях»[14]. Эта теоретическая ситуация является справедливой применительно к отраслям права, в которых лишь какой-то частный объект отношений приобретает статус специального правового режима. В этом случае действительно специальный правовой режим выступает своего рода модификацией общего правового режима.

В нашем же случае уже в отношении общетеоретической конструкции специального правового режима нужно уточнение и в целом обозначение ее сущности. Основываясь прежде всего на позиции Конституционного Суда РФ, а также учете критериев выделения специального правового режима, мы обнаруживаем специфическое качество этого режима. Так как он лежит в основе «наших» отраслей, выражая их сущность, мы не можем назвать специальный правовой режим модификацией общего правового режима[15]. Мы можем утверждать, что **специальный правовой режим природных ресурсов, природных комплексов, природы (окружающей среды) есть специфическая доминанта формирования, существования и функционирования природоресурсного и экологического права. Об этом режиме говорят еще как об «особом средстве правового регулирования»**. В отличие от других отраслей в правовой системе России *«наша» суперотрасль не имеет общего правового режима*.

Особо подчеркнем, что земельное, горное, водное, лесное и иное природоресурсное право функционирует лишь на основе специального правового регулирования. Все отношения по поводу природных ресурсов и природы в целом, в т.ч. отношения собственности, в основе имеют специальное правовое регулирование. Соответственно, норма ст. 9 Конституции РФ – земля и другие природные ресурсы могут находиться в частной, государственной, муниципальной и иных формах собственности – имеет не только публично-правовой характер, но и специальный правовой режим (ст. 72 Конституции РФ). Особо подчеркнем также, что положения Основного Закона о частной собственности на землю и другие природные ресурсы

[13] *Малько А.В., Лиманская А.П.* Указ. соч. С. 121.

[14] Там же.

[15] Хотя важно заметить, что в рамках традиционного понимания общего правового режима в экологическом и природоресурсном праве СССР и России выделялись природные территории и объекты, которые имели особый правовой режим. Речь, в частности, идет об особо охраняемых природных территориях; о природных лечебных ресурсах, лечебно-оздоровительных местностях и курортах; о байкальской природной территории; о зеленых зонах; санитарно-защитных зонах; водоохранных зонах водных объектов; зонах санитарной охраны источников водоснабжения и водопроводов хозяйственно-питьевого назначения; о зонах чрезвычайной экологической ситуации.

В силу тех обстоятельств, по которым выделялись названные территории как особо охраняемые, в рамках специального правового режима природы, природных комплексов и объектов, исследуемого в статье, особые требования по правовому режиму названных территорий и объектов сохранятся.

в равной мере имеют статус специального правового регулирования и реализуются исключительно в земельном и ином соответствующем природоресурсном законодательстве.

Для отраслевой доктрины природоресурсного и экологического права изначально принципиально важно обратиться к другим положениям общей теории права по поводу специального правового регулирования.

Как пишут А.В. Малько и А.П. Лиманская, «в условиях реформирования российской правовой системы и происходящих изменений в политической, социально-экономической и других сферах общественной жизни повышается значимость специального регулирования отношений. Общество нуждается в определенном механизме, способном стабилизировать общественную жизнь и вместе с тем быстро отреагировать на отклонения от стандартной ситуации в целях предотвращения сбоя в правовом регулировании. В качестве такого механизма и выступает специальный правовой режим»[16].

Для доктрины исследуемых отраслей важно, что, применяя позицию Конституционного Суда РФ о специальном правовом режиме лесной сферы и закономерно распространяя, экстраполируя ее на всю экологическую сферу, мы получаем дополнительные научные мотивы общего характера, касающиеся не только ее обоснованности, но и развития применительно к нашим научным интересам и задачам.

В теории права обосновано положение о том, что «специальное правовое регулирование целенаправленно осуществляется в интересах определенного *объекта, предмета* или процесса (носителя специального правового режима), *обладающих существенной спецификой, исключительно ценных для общества* и государства или представляющих опасность в нестандартной ситуации. Следовательно, при установлении специального правового режима используется конкретная специфическая целевая установка (курсив мой. – *М.Б.*)»[17].

Природа как исключительная ценность для общества и, соответственно, объект специального правового режима

Очевидно, что этот фактор применительно к природе и ее ресурсам как объектам, обладающим существенной спецификой, исключительно ценных для общества и государства, является исходным, основополагающим в теоретическом обосновании специального регулирования экологических и природоресурсных отношений. При этом данный фактор следует рассматривать в двух взаимосвязанных аспектах.

Первый аспект касается того, что природа, ее ресурсы как объект правового регулирования, которые мы оцениваем как специальное, обладают той существенной спецификой служить для человека и общества основой их существования, жизни и деятельности. Для нас важно то, что базисные качества природных ресурсов как объекта специального правового режима называются в Постановлении Конституционного Суда РФ от 9 января 1998 г. № 1-П Конституционного Суда РФ.

Со ссылкой на положение Конституции РФ Конституционный Суд РФ назвал признаки исключительной ценности природных ресурсов, заслуживающих специального правового регулирования. Или, лучше сказать, нуждающиеся для сохранения этих качеств этого высокого правового режима. Потому что деградированная природа теряет свои положительные, жизнеобеспечивающие достоинства.

Для подтверждения исключительных для общества ценностей природы используем и суждения Ю.А. Тихомирова: «Экологическая сфера в широком смысле слова – это сфера природоохранная и сфера природоресурсная, которые становятся очень существенными для понимания, изучения, регулирования общественного бытия. <...> *экологическая сфера... представляет собой общую базу, базис развития страны, государства и, естественно, жизнедеятельности людей*»[18].

Если концепцию специального регулирования экологических и природоресурсных отношений в доктрине природоресурсного права рассматривать с точки зрения защиты суверенитета данной отрасли, то в свете этого первого аспекта мы с неизбежностью увидим, что в отличие от природы, выполняющей роль основы существования, жизни и деятельности человека и общества, в социальной среде цивилисты не смогут назвать ее предметы, являющиеся гражданско-правовыми вещами, которые претендовали бы на подобную роль.

Второй аспект видения экологической сферы, природы как объекта, обладающего существенной спецификой, исключительно ценного для общества и государства как основы жизни и деятельности народов, основополагающего в теоретическом обосновании специального регулирования экологических и природоресурсных отношений, в реальной общественной практике проявляется в тех качественных изменениях в состоянии природы, когда

[16] *Малько А.В., Лиманская А.П.* Указ. соч. С. 121.

[17] Там же. С. 122.

[18] *Тихомиров Ю.А.* Теоретико-практический взгляд на водное право // Водное законодательство и экологические вызовы: сб. материалов науч.-практ. конф. (Москва, 15 июня 2012 г.) / сост.: С.А. Боголюбов, Д.О. Сиваков, О.А. Золотова. М., 2012. С. 25, 26.

она стала неблагоприятной, когда она теряет способность быть здоровой основой для жизни людей.

У человека, общества и человечества нет иной естественной основы жизни, кроме природы, земли, недр, вод, лесов, атмосферного воздуха. Их деградация подрывает потенциал природных ресурсов для служения народам в качестве основы. Восстановление нарушенного состояния, восстановление благоприятного состояния так же нуждается в специальном правовом регулировании, как и его поддержание.

Этот второй аспект непосредственно связан с названным выше первым. На современном этапе общественного развития его сущность проявляется в обширных масштабах неблагоприятного состояния природы и ее объектов. Обобщенно это состояние оценивается как экологический кризис. Такая характеристика как состояния самой природы, так и системы отношений в сфере взаимодействия общества и природы содержится как в доктрине, так и в нормативных правовых актах.

Уже в начале 90-х годов почти официально в стране был признан экологический кризис. В то время была издана книга «Проблемы экологии России», имевшая подзаголовок – "Russia in Environmental Crisis"[19].

Правильные оценки относительно экологического кризиса содержит Экологическая доктрина РФ, одобренная распоряжением Правительства РФ от 31 августа 2002 г. № 1225-р: «Современный экологический кризис ставит под угрозу возможность устойчивого развития человеческой цивилизации. Дальнейшая деградация природных систем ведет к дестабилизации биосферы, утрате ее целостности и способности поддерживать качества окружающей среды, необходимые для жизни. Преодоление кризиса возможно только на основе формирования нового типа взаимоотношений человека и природы, исключающих возможность разрушения и деградации природной среды»[20].

Реальная ситуация в экологической сфере тяжелая. По официальным данным, подчеркнем, уже длительное время, примерно на 15% территории Российской Федерации, где проживает 60% населения, качество окружающей среды является неудовлетворительным[21].

Общественная цена эффективного специального правового регулирования экологической сферы может становиться очевидной, в частности, через неблагоприятные для человека последствия от загрязненной воды, воздуха, почвы.

Непосредственно для здоровья человека они видны из официальных источников. По экспертным оценкам специалистов, общее число дополнительных ежегодных смертей, вызванных влиянием экологических факторов, достигает в Российской Федерации 300 000–350 000 человек[22]. По данным ВОЗ, в 2004 г. от загрязнения окружающей среды в Российской Федерации умерли 493 тыс. человек[23]. Официально было признано, что «из-за плохой экологии умирают ежегодно более 350 тыс. россиян»[24].

О тяжелой экологической ситуации отмечается в Указе Президента РФ от 19 апреля 2017 г. № 176 «О Стратегии экологической безопасности Российской Федерации на период до 2025 года»[25], содержащем разд. II – «Оценка текущего состояния экологической безопасности».

В целом же сущность экологического кризиса состоит как в устойчивом неблагоприятном состоянии природных комплексов и объектов, в деградации природы, так и в неудовлетворительном состоянии сферы взаимодействия общества и природы и соответствующем состоянии права как регулятора этого взаимодействия. Очевидно, что реальное состояние природы, степень охраны здоровья граждан Российской Федерации от неблагоприятного состояния окружающей среды есть результат действия экологического и природоресурсного права. Затяжной экологический кризис дает основание оценивать само состояние экологического права – потенциально сильного социального, специально формируемого регулятора отношений в сфере взаимодействия общества и природы. Сущность кризиса экологического права проявляется в его устойчивой неспособности предупреждать ухудшение состояния природы; обеспечивать восстановление на территориях, оцениваемых как экологически неблагополучные; обеспечивать соблюдение и удовлетворение законных и справедливых экологических прав и интересов человека, общества и государства; защищать экологические права и законные экологические интересы человека и гражданина[26].

---

[19] О масштабах экологического кризиса см. подр.: Проблемы экологии России. Russia in Environmental Crisis / отв. ред. В.И. Данилов-Данильян, В.М. Котляков. М., 1993; см. также: *Данилов-Данильян В.И., Лосев К.С., Рейф И.Е.* Перед главным вызовом цивилизации: взгляд из России. М., 2005. С. 12–30.

[20] См.: СЗ РФ. 2002. № 36, ст. 3510.

[21] См.: Государственная программа Российской Федерации «Охрана окружающей среды» на 2012–2020 годы (утв. распоряжением Правительства РФ от 27.12.2012 г. № 2552-р) // СЗ РФ. 2013. № 1, ст. 71.

[22] См.: *Яблоков А.В.* Россия: здоровье природы и людей. М., 2007. С. 155.

[23] См.: Зеленый мир. 2008. № 23–24. С. 19.

[24] Росс. газ. 2008. 28 мая.

[25] См.: СЗ РФ. 2017. № 17, ст. 2546.

[26] Подробнее об этом см., напр.: *Бринчук М.М.* Безответственность в современном экологическом праве // Государство и право. 2010. № 11. С. 56–66.

Критическое, неблагоприятное состояние природы – показатель и мера нарушения ее как основы существования и жизнедеятельности человека и общества, что усиливает потребность в специальном правовом регулировании.

Специальный правовой режим природы и ее ресурсов как особое средство правового регулирования призваны не только ориентировать общество и государство на формирование реально эффективного экологического и природоресурсного законодательства и права, но и взаимосвязано решить задачу, сформулированную в Экологической доктрине РФ: «Преодоление кризиса возможно только на основе формирования нового типа взаимоотношений человека и природы, исключающих возможность разрушения и деградации природной среды».

Формирование нового типа взаимоотношений человека и природы следует рассматривать как важнейшую самостоятельную целевую установку специального правового регулирования отношений в экологической сфере, предопределенную в своем содержании целью поддержания благоприятного состояния природы.

Соответственно, в обоих названных аспектах в жизни человека и общества, объективно взаимосвязанных, специальное правовое регулирование призвано учитывать и практически регулировать широкий комплекс отношений как по развитию самого общества, так и в системе его отношений с природой. В этом процессе специального регулирования и его основе находится использование «конкретной специфической целевой установки» – сохранение, поддержание, восстановление благоприятной окружающей среды[27] (в духе ст. 42 Конституции РФ) или обеспечение интересов экологического благополучия (как видового интереса публичных интересов в публичном праве в духе теории публичного права[28]). Можно предположить, что эта цель экологического и природоресурсного права – обеспечение экологического благополучия – будет успешно достигаться одновременно с процессом формирования нового типа взаимоотношений человека и природы.

Таким образом, специальное правовое регулирование, специальный правовой режим, распространяющиеся на экологическую сферу как основу жизни и деятельности человека, общества, народов, имеют особое назначение, предназначены исключительно для определенной цели – сохранения и/или восстановления благоприятного состояния природы.

В теории права обращается внимание на ряд важных теоретических характеристик категории «специальный правовой режим», высоко значимых и для доктрины экологического и природоресурсного права в этом вопросе.

Нормативные основы специального правового режима природных ресурсов

В свете нормативных основ специального правового режима природных ресурсов мы имеем возможность выделить две группы нормативных правовых актов.

Что принципиально важно для экологического и природоресурсного права, функционирующего в режиме специального регулирования соответствующих отношений, и представленной выше позиции Конституционного Суда РФ, помимо обширной системы норм, содержащихся в экологическом и природоресурсном праве, большая группа экологических норм, основополагающих для эффективного формирования и функционирования названных отраслей, установлена в Конституции РФ.

В Основном Законе не только заложены фундаментальные основы специального регулирования экологических отношений, но и сделано это на системной основе, закрепляя практически все стороны специального правового режима природы, ее комплексов и объектов (ресурсов).

В контексте исследуемой темы основополагающее значение имеют прежде всего две нормы Конституции РФ. На одной из них Конституционный Суд РФ основывал свою позицию о специальном правовом режиме, в частности, лесов. Речь идет о норме ст. 9, устанавливающей, что земля и другие природные ресурсы используются и охраняются в Российской Федерации как основа жизни и деятельности народов, проживающих на соответствующей территории. Из этой нормы вытекает суть естественной специфики природы, природных ресурсов, проявляемая через ее многофункциональную роль: только посредством такой многофункциональной роли, повседневно проявляемой в удовлетворении различных потребностей человека и общества, природные ресурсы могут служить основой жизни и деятельности человека и общества, народов. И только в таком качестве – основы жизни и деятельности – в природе, как и в каждом ее объекте (ресурсе) – земле, недрах, водах, лесах, других природных ресурсах,– можно видеть «естественное богатство, ценность (достояние) всенародного значения»[29].

---

[27] Подробнее см.: *Бринчук М.М.* Благоприятная окружающая среда как правовая категория // Труды ИГП РАН. Актуальные проблемы развития экологического права в XXI веке / отв. ред. М.М. Бринчук, О.Л. Дубовик. 2007. № 5. С. 36–66.

[28] См.: *Тихомиров Ю.А.* Публично-правовое регулирование: динамика сфер и методов // Журнал росс. права. 2001. № 5 // СПС «КонсультантПлюс».

[29] См.: СЗ РФ. 2000. № 25, ст. 2728.

Другая конституционная экологическая норма, лежащая в основе специального правового режима природы, ее комплексов и объектов (ресурсов), касается той теоретической сути этого режима, которую выделяют А.В. Малько и А.П. Лиманская: при установлении специального правового режима используется *конкретная специфическая целевая установка*[30]. Такой конкретной специфической целевой установкой является *благоприятная окружающая среда*. Она закреплена в ст. 42 Конституции РФ. Заметим, что по своему юридическому содержанию «благоприятная окружающая среда» родственна другой фундаментальной категории, доктринальной,– интересам экологического благополучия, которая в теории публичного права представляется в качестве органичной части категории публичного интереса, являющегося первейшим, исходным признаком публичного права[31]. Подчеркнем, что это существенное правовое обстоятельство, выделяемое в теории публичного права, ведет нас к констатации юридического факта: **осуществляемое в экологическом и природоресурсном праве специальное правовое регулирование является публично-правовым регулированием**.

В отношениях по поводу природы и ее ресурсов как объекта можно видеть нетрадиционный для Конституции РФ как нормативной основы специального правового регулирования экологических отношений системный подход, что, несомненно, повышает не только уровень, но и качество такого регулирования. По содержанию специального регулирования отношений по поводу природы в Основном Законе закрепляются требования по всем существенным элементам специального правового режима. По объекту – природа, земля и другие природные ресурсы, природные комплексы (ст. 9, 18, 36, 58, 71, 72); по предмету – отношения собственности на природные ресурсы, природопользование, охрану природы и природных ресурсов, охрану и защиту экологических прав и интересов (ст. 9, 36, 42, 58, 72); по методу правового регулирования (ст. 9, 18, 36, 42, 58); по подходам к правовому регулированию отношений по поводу природы (ст. 9, 58, 72); методологических оснований формирования и осуществления экологического права (ст. 9, 18, 36, 42, 58, 71, 72); экологического правопорядка и экологического благополучия (ст. 9, 18, 42, 58, 72); по месту и роли экологического и природоресурсного права в правовой системе (ст. 9, 18, 42, 71, 72); по эффективности экологической функции государства (ст. 9, 18, 42, 71, 72) и др.[32] В связи с устойчивыми претензиями цивилистов на самостоятельное регулирование отношений в экологической сфере особо подчеркнем, что они не могут это делать по следующему конституционному основанию: согласно ст. 72 как предметы наших отраслей, так и земельное, водное, лесное законодательство, законодательство о недрах, об охране окружающей среды находятся в совместном ведении Российской Федерации и субъектов Федерации. Конституция РФ устанавливает основы федеративной структуры экологического и природоресурсного законодательства. В то время как само гражданское законодательство в соответствии со ст. 71 Конституции РФ входит в предмет исключительного ведения Российской Федерации.

Конституционный контекст исследования определяет не только его масштаб, но и иерархические уровни решения научных проблем. Имея в качестве объекта исследования экологическое и природоресурсное право, использование потенциала конституционных положений позволяет на теоретическом уровне ставить и решать проблемы данной отрасли, обозначенные, в частности, выше. Но это лишь часть научного интереса такого исследования. Так как Конституция РФ – основной источник права для всех отраслей, образующих правовую систему государства, а экологическое и природоресурсное право взаимодействует с другими отраслями, в свете и на основе конституционных положений выстраивается методологическая основа его взаимодействия с другими отраслями как условие гармоничного, сбалансированного развития, эффективности не только экологического и природоресурсного права, других отраслей, участвующих в регулировании отношений в экологической сфере, но и как предпосылка и фактор эффективности всей правовой системы. И соответственно – обеспечения эколого-правовой законности, экологического и конституционного правопорядка.

Обозначенная связь обеспечения эколого-правовой законности, экологического правопорядка имеет для правовой системы России теоретическое и прикладное значение.

Исходя из того, что нормативной основой специального правового режима природы, природных ресурсов выступают нормативные правовые акты, нормы Конституции РФ получают развитие и конкретизацию в экологическом и природоресурсном законодательстве – земельном, горном, водном, лесном, воздухоохранном, фаунистическом. Соответственно, это законодательство и право как отрасли публичного права осуществляет специальное правовое регулирование всех отношений в экологической сфере: в рамках своего специфического предмета, основы которого определены Конституцией РФ.

[30] См.: *Малько А.В., Лиманская А.П.* Указ. соч. С. 122.

[31] См.: *Тихомиров Ю.А.* Публично-правовое регулирование: динамика сфер и методов.

[32] Подробнее об этом см.: *Бринчук М.М.* Конституция и экологическое право [Электронный ресурс]. М., 2019.

Содержательным системообразующим фактором специального правового регулирования в экологическом и природоресурсном законодательстве и праве является их цель – обеспечение экологического благополучия как органичной части публичного интереса – признака всего публичного права. В конституционном контексте она диктуется нормой о природных ресурсах как основе жизни и деятельности человека, общества, народов, правом каждого на благоприятную среду и обязанностью каждого сохранять природу, бережно относиться к природным богатствам.

Очевидно, что эффективному решению задачи обеспечения экологического благополучия, основ устойчивого цивилизационного развития человечества подчинены все компоненты специального правового регулирования, начиная со специфического объекта, предмета, метода. В самом экологическом и природоресурсном законодательстве и праве, помимо этих коренных вопросов, решающим является формирование эффективного правового механизма регулирования отношений собственности, использования и охраны природы как части эффективного специального правового режима природы и ее комплексов и ресурсов[33].

Формирование эффективного правового механизма регулирования отношений в рамках предмета экологического и природоресурсного права в Конституции РФ диктуется, в частности, нормой ст. 18. Право каждого на благоприятную окружающую среду является непосредственно действующим. Оно определяет ***смысл, содержание и применение законов***, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечивается правосудием.

В соответствии со ст. 18 Конституции РФ федеральный законодатель призван решить две конкретные задачи. Во-первых, «права определяют смысл и содержание законов» применительно к экологической сфере означает обязанность законодательной власти принять законы, создающие эффективные правовые механизмы по распоряжению природными ресурсами, охране окружающей среды и рациональному использованию природных ресурсов, последовательная и эффективная реализация которых будет объективно обеспечивать соблюдение права каждого на благоприятную окружающую среду. Другая задача законодательной власти – принять законодательные акты, предусматривающие эффективные механизмы, направленные на реализацию, охрану и защиту конституционных экологических прав.

Приоритетным здесь является создание эффективных правовых механизмов обеспечения рационального природопользования и охраны природы и ее ресурсов как основы жизни и деятельности народов. Обратим внимание на употребленное множественное число правовых механизмов. Оно объективно и обусловлено тем, что такие механизмы формируются системой правовых норм, устанавливаемых законодателем, прежде всего федеральным, как в экологическом законодательстве, интегрированным объектом в котором является природа, так и в законодательстве о природных комплексах[34] и природных объектах (ресурсах) – земельном, горном, водном, лесном и др. В каждом из этих блоков законодательства правовые механизмы создаются с учетом специфики природы, природных комплексов и природных объектов (ресурсов).

Традиционно в экологическом и природоресурсном законодательстве устанавливается система мер и требований по охране природы (окружающей среды) и использованию ее комплексов и ресурсов, включая: экологическое нормирование; экологическое планирование; оценку воздействия на окружающую среду и государственную экологическую экспертизу; эко-техническое регулирование; регулирование лицензионных и/или договорных отношений по специальному природопользованию; информационное обеспечение природопользования и охраны окружающей среды (включая экологический мониторинг, ведение государственных кадастров природных ресурсов; учет вредных воздействий и др.); экологический контроль (надзор); юридическую ответственность и некоторые другие.

Последовательно соблюдаемый правовой статус экологического и природоресурсного права как суперотрасли, в основе которой находится специальный правовой режим, усиливает не только ее возможности по достижению своей главной цели обеспечения экологического благополучия, но и внесения вклада в повышение эффективности Конституции РФ и всей правовой системы.

Еще раз обратим внимание на то, что в ряду других теоретических характеристик специального правового режима в теории права выделяют его *специфическую цель*. Исходя из того, что целью любого правового режима, в т.ч. и специального, является регулирование конкретных общественных

[33] В Декларации по окружающей среде и развитию предписано: государствам следует ввести эффективное законодательство в области охраны окружающей среды (см.: Действующее международное право. М., 1997. Т. 3. С. 687–692; Международное публичное право: сб. док. М., 1996. Т. 2. С. 135–138).

[34] К примеру, Федеральными законами: от 23.02.1995 г. № 26-ФЗ «О природных лечебных ресурсах, лечебно-оздоровительных местностях и курортах» // СЗ РФ. 1995. № 9, ст. 713; от 14.03.1995 г. № 33-ФЗ; «Об особо охраняемых природных территориях» // СЗ РФ. 1995. № 12, ст. 1024; от 30.11.1995 г. № 187-ФЗ «О континентальном шельфе Российской Федерации» // СЗ РФ. 1995. № 49, ст. 4694.

отношений, установление особого порядка правового воздействия, А.В. Малько и А.П. Лиманская подчеркивают: «Вместе с тем у специального правового режима имеется своя специфическая цель стабилизационного либо стимулирующего характера»[35].

Применительно к экологической сфере как объекту специального регулирования в качестве цели как экологического, так и природоресурсных отраслей, называется обеспечение, поддержание, сохранение благоприятного состояния природы, природных комплексов, природных объектов. На достижение этой цели направлено все регулирование экологических, природоресурсных отношений в системе функционирования названных отраслей в рамках их предмета. Достигается эта цель через систему мер и требований законодательства по рациональному использованию природных ресурсов и охрану природы, природных комплексов и ресурсов, которые в совокупности образуют эколого-правовой механизм, который соответственно можно назвать специальным.

При этом названная цель специального правового регулирования является единой, а вот система правовых экологических мер и требований, направленных на ее достижение, может быть дифференцированной как по разнообразию, так и по качеству потенциальной эффективности. Именно к системе этих мер, эффективная реализация которых ведет к экологическому благополучию, можно и целесообразно применить подход, предлагаемый в теории права.

Специальное правовое регулирование в экологической сфере осуществляется, или должно осуществляться, посредством формирования системы правовых экологических мер и требований *общего* и *стимулирующего* характера.

Эколого-правовые (природоресурсные) меры и требования общего характера суть эколого-правовой механизм. Как специальный правовой механизм, адресованный соответствующим субъектам экологического и природоресурсного права, он всем своим содержанием, присущим каждой мере обеспечения рационального использования природных ресурсов и их охраны, определяемой ее специфическими функциями, ориентирован на эту определенную цель – поддержания, или восстановления благоприятного состояния природы.

Эколого-правовые (природоресурсные) меры и требования стимулирующего характера создают субъектам права дополнительные условия для удовлетворения их интересов, получения выгод экономического и морального характера за определенное правомерное поведение[36].

В соответствии с принципом «загрязнитель платит» при превышении нормативов допустимого загрязнения к субъекту (предприятию, предпринимателю) предъявляется ряд требований о повышенной плате за загрязнение природы. Эта мера создает для загрязнителя экономический стимул к соблюдению нормативов допустимого загрязнения: меньше загрязняешь природу – меньше платишь; больше загрязняешь – больше платишь.

Как представляется и с позиций общей теории права, обладать уровнем специального правового регулирования отношений в той или иной сфере – это показатель не только особой значимости, ценности объектов данной отрасли, но прежде всего правового статуса норм о специальном правовом режиме этих объектов.

По нашему мнению, в этом – не заслуга людей, не просто заслуга законодателей, формирующих режимы специального правового регулирования. Прежде всего их заслуга – в учете при этом специфики объекта. Законодатель проявляет благоразумие, справедливость, прибегая к использованию таких особых средств правового регулирования для особых объектов.

Поддерживая и подчеркивая научную обоснованность позиции Конституционного Суда РФ о специальном правовом режиме лесов, которую мы по аналогии имеем основание экстраполировать на всю экологическую сферу, для доктрины экологического и природоресурсного права, как, вероятно, и общей теории права встает следующий теоретический вопрос, имеющий важное и прикладное значение.

Распространяя режим специального правового регулирования на экологическое и природоресурсное право, место этой суперотрасли объективно выделяется в правовой системе как имеющей особое значение. Что справедливо и по цивилизационным меркам – раз природа, ее ресурсы – основа жизни и деятельности народов, человека и общества. В других отраслях статус специального правового режима касается лишь отдельных объектов (объекта), а набор организационно-правовых мер может носить временный характер[37]. В экологическом и природоресурсном праве таким объектом в силу системы объективных признаков и характеристик

[35] *Малько А.В., Лиманская А.П.* Указ. соч. С. 122.

[36] Примером может служить система мер экономического стимулирования охраны окружающей природной среды, предусмотренная Законом РСФСР от 19.12.1991 г. № 2060 «Об охране окружающей природной среды» // Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 10, ст. 457.

[37] См.: *Малько А.В., Лиманская А.П.* Указ. соч. С. 123.

является весь лесной фонд, земля, недра, воды, вся природа, что важно – на все времена.

Специальный правовой режим является своего рода модификацией общего правового режима. По нашему убеждению, с теоретической точки зрения значение исследуемой категории не ограничивается «своего рода модификацией общего правового режима». Специальный правовой режим природы, природных ресурсов, *специальное правовое отношение в экологической сфере повышает правовой уровень регулирования*. На современном этапе развития правовой системы России и экологического и природоресурсного права в ее структуре актуальной стала проблема их соотношения с другими отраслями.

Проведенное исследование природы и сущности специального правового режима природных ресурсов есть аргумент принадлежности экологического и природоресурсного права как отрасли, основанной исключительно на специальном правовом регулировании экологических и природоресурсных отношений, органичная часть публичного права, отрасли публичного права.

Наука природоресурсного права в системе новой номенклатуры научных специальностей

В условиях «дележа» земельного права между гражданским и административным, угрозы «поглощения земельного права гражданским», проблема суверенитета природоресурсного права дополнительно актуализируется в свете приказа Минобрнауки России от 24 февраля 2021 г. № 118 о новой номенклатуре научных специальностей, по которым присуждаются ученые степени. В соответствии с п. 5.1. названы пять групп научных специальностей, в частности, включая:

5.1.1. Теоретико-исторические правовые науки.

5.1.2. Публично-правовые (государственно-правовые) науки.

5.1.3. Частноправовые (цивилистические) науки.

Предложенная специально уполномоченным федеральным органом концепция, по нашему убеждению, дефектна сама по себе и опасна для судьбы земельного и иных отраслей природоресурсного права, даже если она была принята с учетом кризисного состояния науки. Дефектность этого решения в своей основе проявляется в том, что правовая система сформирована и функционирует, принося пользу обществу не за счет названных «семей», блоков, а за счет отраслей, каждой из них и в совокупности. Совсем не случайно в общей теории права в свое время было обосновано выделение и обособление совокупности норм в той или иной специфической и важной для общества сфере. Так были выделены в 1970-е годы экологическое (природоохранное) право, а также земельное, горное, водное, лесное, а в доктрине экологического права – воздухоохранное и фаунистическое.

На эту проблему общей теории права и в теоретическом, и в прикладном аспекте необходимо смотреть с точки зрения перспектив развития науки, а также того существенного обстоятельства, что в соответствии с общей теорией права научное обоснование есть один из основных принципов законодательной деятельности. Как пишет В.С. Нерсесянц, «*правоустановительная деятельность должна опираться на научно осмысленный отечественный и зарубежный опыт* в этой сфере, на результаты научного изучения современного состояния действующего права и тенденций его развития, на идеи, концепции и практические рекомендации современной юридической науки по вопросам правоустановительного процесса и системы позитивного права (курсив мой. – *М.Б.*)»[38]. Научные достижения каждой из отраслей, а не правовых «семей» становились научной основой формирования и развития соответствующего законодательства и права.

И очевидно, что эффективность правовой системы обеспечивается отнюдь не названными группами, блоками, а совокупностью отраслей, образующих правовую систему, эффективным функционированием каждой из них!

А в условиях кризиса, в т.ч. кризиса права, это решение Минобрнауки России по основополагающему для развития науки вопросу лишь усугубит ситуацию и углубит кризис.

В контексте предмета данной статьи решение Минобрнауки России по новой номенклатуре научных специальностей, по которым присуждаются ученые степени, можно ожидать, спровоцирует новый виток действий, особенно со стороны группы 5.1.3 – Частноправовые (цивилистические) науки, на предмет «принадлежности» им, частноправовым наукам, ранее существовавших в номенклатуре научных специальностей как специальность 12.00.06: Земельное право; природоресурсное право; экологическое право; аграрное право[39].

Об одном из последствий таких притязаний цивилистов писал Ю.К. Толстой в аспекте оценки Концепции развития гражданского законодательства РФ: «Момент, который настораживает, состоит в том, что Концепция предполагает широкую интервенцию в такие смежные с гражданским отрасли законодательства, как законодательство об охране и использовании природных ресурсов. В разделе о вещных правах предусматривается “перетащить” в ГК РФ (разумеется, с необходимой

[38] *Нерсесянц В.С.* Общая теория права и государства: учеб. для вузов. М., 2002. С. 420.

[39] См.: Официальный интернет-портал правовой информации // http://www.pravo.gov.ru, 21.11.2017.

переработкой) едва ли не все нормы соответствующих кодексов и законов, которые имеют частноправовую природу, оставив в них лишь нормы публичного права. Эта операция представляется мне крайне опасной. Она может вконец расшатать только еще складывающийся оборот природных ресурсов и отдать их на откуп наиболее хищническим и осатанелым элементам нашего общества, которые окончательно лишат нас и средств жизнеобеспечения, и среды обитания. <...>. Растаскивание этих норм по разным кодексам принципиально неприемлемо»[40].

Правовой статус экологического и природоресурсного законодательства и права как отраслей публичного права дополнительно подтверждается специальным правовым режимом природы, природных комплексов и объектов (ресурсов), специальным правовым регулированием отношений в экологической сфере. Соответственно, в рамках новой номенклатуры научных специальностей, по которым присуждаются ученые степени, правильным и научно обоснованным будет отнесение нынешних специальностей «земельное право, природоресурсное право, экологическое право» к группе 5.1.2 – Публично-правовые (государственно-правовые) науки. Такое решение послужит решению и более широкой задачи – защиты суверенитета природоресурсного права от неправомерных посягательств со стороны других отраслей.

* * *

Универсальные правовые экологические императивы, имеющие статус специальных правовых регуляторов и как особое средство правового регулирования, обязательны для других, если не всех, отраслей права, призваны служить не только реальным эффективным средством защиты суверенитета природоресурсного права, но и, что самое важное, решению общественной задачи по обеспечению поддержания, сохранения, восстановления благоприятного состояния природы в стране, обеспечению публичного интереса экологического благополучия.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. *Бринчук М.М.* Безответственность в современном экологическом праве // Государство и право. 2010. № 11. С. 56–66.
2. *Бринчук М.М.* Благоприятная окружающая среда как правовая категория // Труды ИГП РАН. Актуальные проблемы развития экологического права в XXI веке / отв. ред. М.М. Бринчук, О.Л. Дубовик. 2007. № 5. С. 36–66.
3. *Бринчук М.М.* Гражданское право не может самостоятельно регулировать отношения в экологической сфере // Экологическое право. 2018. № 4. С. 12–18.
4. *Бринчук М.М.* Духовная функция государства как направление деятельности к духовно-экологической цивилизации // Государство и право. 2020. № 4. С. 47–57; № 5. С. 32–44.
5. *Бринчук М.М.* Конституционные основы права собственности на природу // Труды ИГП РАН. 2017. Т. 12. № 4. С. 97–132.
6. *Бринчук М.М.* Конституция и экологическое право [Электронный ресурс]. М., 2019.
7. *Бринчук М.М.* Концепция устойчивого развития как методологическая основа цивилизационного развития // Государство и право. 2014. № 10. С. 15–24.
8. *Бринчук М.М.* Право как ресурс деградации природы, общества и государства // Государство и право. 2012. № 4. С. 29–38.
9. *Бринчук М.М.* Право собственности на природные ресурсы принадлежит природоресурсному праву // Государство и право. 2019. № 9. С. 30–43.
10. *Бринчук М.М.* Право собственности на природу: проблемы теории // Труды ИГП РАН. Актуальные проблемы государства и права. 2011. № 4. С. 153–174.
11. *Бринчук М.М.* Природа – публичное благо // Государство и право. 2013. № 8. С. 15–26.
12. *Бринчук М.М.* «Скоро гражданское право поглотит земельное...» // Вопросы правоведения. 2010. № 4 (8). С. 111–128.
13. *Бринчук М.М.* Частная собственность и природа // Государство и право. 2011. № 9. С. 24–33.
14. *Васильева М.И.* К экологическому правопониманию (аксиологические аспекты) // Экологическое право России: сб. материалов науч.-практ. конф. Юбилейный вып. М., 2004. Т. 2. С. 588.
15. *Голиченков А.К.* Экологическое право: в поисках современной методологии // Труды ИГП РАН. Актуальные проблемы развития экологического права в XXI веке / отв. ред. М.М. Бринчук, О.Л. Дубовик. 2007. № 5. С. 21.
16. *Данилов-Данильян В.И., Лосев К.С., Рейф И.Е.* Перед главным вызовом цивилизации: взгляд из России. М., 2005. С. 12–30.
17. Действующее международное право. М., 1997. Т. 3. С. 687–692.
18. *Дозорцев В.А.* Проблемы совершенствования гражданского права Российской Федерации при переходе к рыночной экономике // Государство и право. 1994. № 1. С. 26.

[40] *Толстой Ю.К.* О концепции развития гражданского законодательства // Журнал росс. права. 2010. № 1 // СПС «КонсультантПлюс».

19. *Колбасов О.С.* Завещание экологам // Журнал росс. права. 2000. № 5/6. С. 90; Экологическое право. 2001. № 3. С. 11.

20. *Малько А.В., Лиманская А.П.* Специальный правовой режим как особое средство правового регулирования // Вестник СГЮА. 2013. № 6. С. 120–123.

21. *Мальцев Г.В.* Развитие права: к единению с разумом и наукой. М., 2005. С. 57.

22. Международное публичное право: сб. док. М., 1996. Т. 2. С. 135–138.

23. *Нерсесянц В.С.* Общая теория права и государства: учеб. для вузов. М., 2002. С. 420.

24. *Нерсесянц В.С.* Философия права. М., 1997. С. 40.

25. Проблемы экологии России. Russia in Environmental Crisis / отв. ред. В.И. Данилов-Данильян, В.М. Котляков. М., 1993.

26. *Тихомиров Ю.А.* Публично-правовое регулирование: динамика сфер и методов // Журнал росс. права. 2001. № 5 // СПС «КонсультантПлюс».

27. *Тихомиров Ю.А.* Теоретико-практический взгляд на водное право // Водное законодательство и экологические вызовы: сб. материалов науч.-практ. конф. (Москва, 15 июня 2012 г.) / сост.: С.А. Боголюбов, Д.О. Сиваков, О.А. Золотова. М., 2012. С. 25, 26.

28. *Толстой Ю.К.* О концепции развития гражданского законодательства // Журнал росс. права. 2010. № 1 // СПС «КонсультантПлюс».

29. *Яблоков А.В.* Россия: здоровье природы и людей. М., 2007. С. 155.

REFERENCES

1. *Brinchuk M.M.* Irresponsibility in modern Environmental Law // State and Law. 2010. No. 11. P. 56–66 (in Russ.).

2. *Brinchuk M.M.* Favorable environment as a legal category // Proceedings of the ISL of the RAS. Actual problems of the development of Environmental Law in the XXI century / res. ed. M.M. Brinchuk, O.L. Dubovik. 2007. No. 5. P. 36–66 (in Russ.).

3. *Brinchuk M.M.* Civil Law cannot independently regulate relations in the environmental sphere // Environmental Law. 2018. No. 4. P. 12–18 (in Russ.).

4. *Brinchuk M.M.* The spiritual function of the state as a direction of activity towards spiritual and ecological civilization // State and Law. 2020. No. 4. P. 47–57; No. 5. P. 32–44 (in Russ.).

5. *Brinchuk M.M.* Constitutional basis of the right of ownership for a nature // Proceedings of the Institute of State and Law of the RAS. 2017. Vol. 12. No. 4. P. 97–132 (in Russ.).

6. *Brinchuk M.M.* Constitution and Environmental Law [Electronic resource]. M., 2019 (in Russ.).

7. *Brinchuk M.M.* The concept of sustainable development as a methodological basis of civilizational development // State and Law. 2014. No. 10. P. 15–24 (in Russ.).

8. *Brinchuk M.M.* Law as a resource of degradation of nature, society and the state // State and Law. 2012. No. 4. P. 29–38 (in Russ.).

9. *Brinchuk M.M.* Ownership of natural resources belongs to Natural Resource Law // State and Law. 2019. No. 9. P. 30–43 (in Russ.).

10. *Brinchuk M.M.* Ownership of nature: problems of theory // Proceedings of the ISL of the RAS. Actual problems of the state and law. 2011. No. 4. P. 153–174 (in Russ.).

11. *Brinchuk M.M.* Nature – public good // State and Law. 2013. No. 8. P. 15–26 (in Russ.).

12. *Brinchuk M.M.* "Soon Civil Law will absorb land ..." // Questions of jurisprudence. 2010. No. 4 (8). P. 111–128 (in Russ.).

13. *Brinchuk M.M.* Private property and nature // State and Law. 2011. No. 9. P. 24–33 (in Russ.).

14. *Vasilyeva M.I.* Towards ecological legal understanding (axiological aspects) // Environmental Law of Russia: collection of materials of scientific and practical conference. Jubilee issue. M., 2004. Vol. 2. P. 588 (in Russ.).

15. *Golichenkov A.K.* Environmental Law: in search of modern methodology // Proceedings of the ISL of the RAS. Actual problems of the development of Environmental Law in the XXI century / res. ed. M.M. Brinchuk, O.L. Dubovik. 2007. No. 5. P. 21 (in Russ.).

16. *Danilov-Danilyan V.I., Losev K.S., Rafe I.E.* Before the main challenge of civilization: a view from Russia. M., 2005. P. 12–30 (in Russ.).

17. Existing International Law. M., 1997. Vol. 3. P. 687–692 (in Russ.).

18. *Dozortsev V.A.* Problems of the improvement of Civil Law of the Russian Federation in the transition to a market economy // State and Law. 1994. No. 1. P. 26 (in Russ.).

19. *Kolbasov O.S.* Testament to ecologists // Journal of Russ. law. 2000. No. 5/6. P. 90; Environmental Law. 2001. No. 3. P. 11 (in Russ.).

20. *Mal'ko A.V., Limanskaya A.P.* Special legal regime as a special means of legal regulation // Herald of the SSAL. 2013. No. 6. P. 120–123 (in Russ.).

21. *Maltsev G.V.* Development of the law: towards unity with the mind and science. M., 2005. P. 57 (in Russ.).

22. Public International Law: collection of documents. M., 1996. Vol. 2. P. 135–138 (in Russ.).

23. *Nersesyants V.S.* General theory of law and state: studies for universities. M., 2002. P. 420 (in Russ.).

24. *Nersesyants V.S.* Philosophy of Law. M., 1997. P. 40 (in Russ.).

25. Problems of ecology of Russia. Russia in Environmental Crisis / res. ed. V.I. Danilov-Danilyan, V.M. Kotlyakov. M., 1993 (in Russ.).

26. *Tikhomirov Yu. A.* Public law regulation: dynamics of spheres and methods // Journal of Russ. law. 2001. No. 5 // "ConsultantPlus" (in Russ.).

27. *Tikhomirov Yu. A.* Theoretical and practical view of Water Law // Water legislation and environmental challenges: collection of materials of scientific and practical conference (Moscow, June 15, 2012) / comp.: S.A. Bogolyubov, D.O. Sivakov, O.A. Zolotova. M., 2012. P. 25, 26 (in Russ.).

28. *Tolstoy Yu. K.* On the concept of the development of civil legislation // Journal of Russ. law. 2010. No. 1 // "ConsultantPlus" (in Russ.).

29. *Yablokov A.V.* Russia: the health of nature and people. M., 2007. P. 155 (in Russ.).

Сведения об авторе

БРИНЧУК Михаил Михайлович –
доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ, профессор кафедры земельного права и государственной регистрации недвижимости Московского государственного университета геодезии и картографии (МИИГАиК);
105064 г. Москва, Гороховский пер., д. 4

Authors' information

BRINCHUK Mikhail M. –
Doctor of Law, Professor, Honored Scientist of the Russian Federation, Professor of the Department of Land Law and state registration of real estate of the Moscow state University of Geodesy and Cartography (MIIGAiK);
4 Gorokhovsky lane, 105064 Moscow, Russia

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 11, с. 81–89
STATE AND LAW, 2021, № 11, pp. 81–89

ЦИФРОВАЯ ЭКОНОМИКА

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ПРИМЕНЕНИЯ ЦИФРОВЫХ ТЕХНОЛОГИЙ: ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ РАЗМЫШЛЕНИЯ

© 2021 г. В. К. Андреев

Российский государственный университет правосудия, г. Москва

E-mail: andlaw@mail.ru

Поступила в редакцию 16.09.2021 г.

Аннотация. В статье на основе анализа российских законов о применении цифровых технологий рассматривается соотношение правового и цифрового регулирования, оказывается, что информационные технологии представляют собой механические процессы алгоритмирования отдельных операций по совершению и исполнению сделок, осуществляемых с помощью электронных и иных технических средств. Экспериментальные правовые режимы – это способы внедрения цифровых инноваций в канву общего правового регулирования. Совершение и исполнение сделок с помощью электронных и иных технических средств не ведёт к созданию электронной личности, поскольку в рамках информационной системы операции с цифровыми правами осуществляются без участия человека, а сами цифровые права являются результатами преобразования в них обычных гражданских прав и обязанностей, а обладатель цифрового права не является субъектом права. В статье исследуется возможность рассмотрения цифровых прав как объектов интеллектуальной деятельности. Доверие к машинным технологиям неравнозначно добросовестности участников правоотношений.

Ключевые слова: правовое регулирование, экспериментальные правовые режимы, правоотношения, объект гражданских прав, гражданские права и обязанности, цифровые технологии, цифровое право, утилитарные цифровые права, цифровые финансовые активы, цифровая валюта, искусственный интеллект.

Цитирование: *Андреев В.К.* Правовое регулирование применения цифровых технологий: теоретические размышления // Государство и право. 2021. № 11. С. 81–89.

DOI: 10.31857/S102694520017457-3

LEGAL REGULATION OF THE USE OF DIGITAL TECHNOLOGIES: THEORETICAL REFLECTIONS

© 2021 V. K. Andreev

Russian state University of Justice, Moscow

E-mail: andlaw@mail.ru

Received 16.09.2021

Abstract. In the article, based on the analysis of Russian laws on the use of digital technologies, the relationship between legal and digital regulation is considered, it turns out that information technologies are mechanical processes of algorithmic algorithms for individual transactions for the execution and execution of transactions carried out using electronic and other technical means. Experimental legal regimes are ways of introducing digital innovation into the canvas dof general regulation. The execution and execution of transactions using electronic other technical means does not lead to the creation of an electronic personality, since within the framework of the information system, operations with digital rights are carried out without human participation, and the digital rights themselves are the results of the transformation of ordinary civil rights and obligations into them, and the holder of digital rights is not a subject of law. The article explores the possibility of considering digital rights as objects of intellectual activity. Trust in machine technology is not equivalent to the good faith of the participants in legal relations.

Key words: legal regulation, experimental legal regimes, legal relations, object of civil rights, civil rights and obligations, digital technologies, digital law, utilitarian digital rights, digital financial assets, digital currency, artificial intelligence.

For citation: *Andreev, V.K. (2021).* Legal regulation of the use of digital technologies: theoretical reflections // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 11, pp. 81–89.

Широкое применение цифровых технологий в деятельности людей и их объединений поставило вопрос об уточнении понимания права как регулятора общественных отношений: возможно ли в орбиту его действия включать информационно-телекоммуникационные технологии, осуществляемые операторами информационных систем?

В Российской Федерации сложилось достаточно развитое законодательство о правовом регулировании применения информационных технологий в экономике. Прежде всего это Федеральный закон от 18 марта 2019 г. № 34-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации»[1], которым дано определение цифрового права, приравнено совершение сделки с использованием электронных либо иных технических средств к письменной форме сделки, расценено как исполнение сделки наступление определённого обстоятельства без направленного дополнительно волеизъявления сторон обязательства путём применения информационных технологий, определенных условиями сделки, предусмотрены особенности договора об оказании услуг на предоставление информации. Отношения, возникающие в связи с инвестированием и привлечением инвестиций с использованием инвестиционных платформ, по регулированию возникновения и обращения утилитарных цифровых прав[2] предусмотрены в Федеральном законе от 2 августа 2019 г. № 259-ФЗ «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»[3]. В Федеральном законе от 31 июля 2020 г. № 259-ФЗ «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»[4] урегулированы выпуск, учёт и обращение таких цифровых прав как возможность осуществления прав по электронным ценным бумагам и правам требования, их передачи, а также участия в капитале непубличного акционерного общества. В названном Законе урегулированы отношения, возникающие при обороте цифровых валют в Российской Федерации[5]. Важным актом является Федеральный закон от 31 июля 2020 г. № 258-ФЗ «Об экспериментальных правовых режимах в сфере цифровых инноваций в Российской Федерации»[6]. Следует отметить, что указанные законы содержат существенные изменения действующих законов, прежде всего Закона о рынке ценных бумаг. Цели и основные задачи развития искусственного интеллекта[7] в Российской Федерации определены Национальной стратегией развития искусственного интеллекта на период до 2030 года (утв. Указом Президента РФ от 10.10.2019 г. № 490[8]).

Соотношений правового и цифрового регулирования

В юридической литературе утверждается, что влияние цифровизации на предмет правового регулирования проявляется в качественном изменении общественных отношений за счёт «новых» форм и способов взаимодействия, а также появления «новых», не урегулированных правом общественных отношений[9]. Неуместно, на мой взгляд, рассуждение Д.А. Гаврина о бинарной природе предмета правового регулирования, поскольку такой подход не позволяет ясно ответить на вопрос, приобретают ли общественные отношения новое качество или они в цифровом пространстве теряют свой характер непосредственного общения между людьми и превращаются в совокупность форм, построенных на формальных математических моделях.

По мнению В.Н. Синюкова, «в правовое регулирование включается вся методология техники и искусственного языка техники. Неживые объекты становятся частью не просто быта людей, на чем основывается нынешнее правовое регулирование, но

[1] См.: СЗ РФ. 2019. № 12, ст. 1224.

[2] См.: *Андреев В.К.* Договоры инвестирования, заключаемые с использованием инвестиционных платформ путем приобретения утилитарных цифровых прав // Юрист. 2020. № 1. С. 15–21.

[3] См.: СЗ РФ. 2019. № 31, ст. 4418.

[4] См.: СЗ РФ. 2020. № 31 (ч. I), ст. 5018.

[5] См.: *Андреев В.К.* Правовой аспект цифровой валюты // Право и экономика. 2020. № 10. С. 5–9.

[6] См.: СЗ РФ. 2020. № 31 (ч. I), ст. 5017.

[7] См.: *Андреев В.К.* Динамика правового регулирования применения искусственного интеллекта // Журнал росс. права. 2020. № 3. С. 58–68.

[8] См.: СЗ РФ. 2019. № 41, ст. 5700.

[9] См.: *Гаврин Д.А.* Предмет и метод правового регулирования в условиях цифровизации // Цифровая экономика: концептуальные основы правового регулирования бизнеса в России / отв. ред. В.А. Лаптев, О.А. Тарасенко. М., 2020. С. 18.

и частью самих общественных отношений»[10]. Вряд ли можно согласиться с учёным, что цифровое право выполняет роль методологической категории, раскрывающей тенденции структурной трансформации российской правовой системы, предусматривает нормы и институты различной отраслевой природы. Цифровое право представляет соединение неправовых регуляторов, которые в определённых сочетаниях дают правовое качество, юридизм нового типа[11]. Представляется контрпродуктивной идея В.Н. Синюкова о цифровом праве как новой правовой методологии правообразования и правореализации в симбиозе права и технологий. Перспектива цифрового права не в иной модели социального и правового регулирования, а в адаптации существующей и развивающейся правовой среды цифровых технологий с учётом того или иного отраслевого правового регулирования.

Положения законов о цифровых правах со всей очевидностью свидетельствует о том, что никаких новых общественных отношений не возникает, просто отдельные их элементы, получившие закрепление в нормах права (элементы обязательства, юридического лица, интеллектуального права), возникают и осуществляются с использованием электронных либо технических средств, позволяющих воспроизвести на материальном носителе в неизменном виде содержание сделки, действия органа юридического лица[12] или условия осуществления интеллектуального права. Представляется, что внедрение цифровых технологий в гражданский оборот не влечёт новых общественных отношений и, следовательно, цифровых правоотношений, появление виртуальной или цифровой личности. Сфера правового регулирования обогащается в пределах существующих правовых институтов нормами, которыми за сделками, другими юридически значимыми действиями, совершенными с использованием программно-аппаратных устройств, признается правовой характер. Выпуск, учёт и обращение цифровых прав, в частности цифровых финансовых активов, возможны только путём внесения (изменения) записи в информационной системе на основе распределённого реестра, под которым понимается совокупность данных, тождественность содержащихся в которых обеспечивается на основе установления алгоритмов, т.е. чисто технически-технологических требований. В определенной степени цифровые инновации можно рассматривать как возникновение отдельных элементов общественных отношений по созданию нового или существенно улучшенного продукта (товара, работы, услуги, охраняемого результата интеллектуальной деятельности).

В связи с изложенным слишком оптимистично утверждение А.А. Тедеева о том, что сейчас речь идёт уже «не о поиске юридических конструкций, которые позволили бы эффективно регламентировать отдельные особенности регулируемых соответствующей отраслью права общественных отношений, частично происходящих в кибер-пространстве (или отягощенных существенным информационном элементом), а о полной трансформации самих таких регулируемых общественных отношений»[13].

Представляется, что полной трансформации общественных отношений в цифровые быть не может, цифровые технологии можно использовать лишь на определённых участках общественных отношений, когда возможно их правовое регулирование с использованием технических средств по подобию уже существующих правовых институтов, без формирования также таких общих понятий, как «цифровые правоотношения», «электронная личность и её существование», «правоспособность и дееспособность робота, роботизированных систем»[14].

Л.В. Санникова и Ю.С. Харитонова, вводя в научный оборот понятие «цифровые активы», утверждают, что цифровые права в отличие от традиционных объектов гражданских прав подчиняются прежде всего технологическим закономерностям оборота, что должно найти отражение в правовой регламентации данных отношений. В этом правовая сущность цифровых активов[15].

Технико-технологические характеристики функционирования информационных систем, комплексов программно-аппаратных средств не могут подвергаться непосредственному правовому регулированию. В Законе о цифровых финансовых активах организация выпуска цифровой валюты охарактеризована как деятельность по оказанию услуг на обеспечение её выпуска без правовой регламентации. Правила информационной системы оператора по выпуску цифровых финансовых активов не могут быть квалифицированы как локальные правовые акты, так как они содержат алгоритм программы информационной системы, способы учёта цифровых

[10] Цифровое право: учеб. / под ред. В.В. Блажеева, М.А. Егоровой. М., 2020. С. 15.

[11] См.: там же. С. 19.

[12] См.: *Андреев В.К.* Теоретические предпосылки применения цифровых технологий в деятельности юридического лица // Росс. правосудие. 2020. № 6. С. 52–59.

[13] *Тедеев А.А.* К вопросу о трансформации системы права в условиях развития информационно-коммуникационных технологий: постановка проблемы // Информационное пространство: обеспечение информационной безопасности: сб. науч. тр. М., 2018. С. 31.

[14] *Степанов О.А.* О проблеме правосубъектности роботизированных систем (правосубъектный, общетеоретический, отраслевой и международный анализ). М., 2017. С. 289.

[15] См.: *Санникова Л.В, Харитонова Ю.С.* Цифровые активы: правовой анализ. М., 2020. С. 39, 40.

финансовых активов, требования к защите информации и операционной надёжности и т.п., которые не могут характеризоваться как общественные отношения – это технико-технологические правила, требования, предъявляемые к программно-аппаратным устройствам инвестиционной системы.

Экспериментальные правовые режимы (т.н. «регуляторная песочница»)

Технические характеристики функционирования информационной системы не могут подвергаться непосредственно правовому регулированию, вряд ли целесообразно устанавливать нормативы производственной деятельности и технологических операций. Новые или существенно улучшенные продукты (товары, работы, услуга, охраняемые результаты интеллектуальной деятельности) или процессы с применением технологий, перечень которых утверждается Правительством РФ (Центральным банком РФ), разрабатываются, апробируются и внедряются путём использования цифровых инноваций на основе экспериментальных правовых режимов, предусмотренных Федеральным законом от 31 июля 2020 г. № 258-ФЗ «Об экспериментальных правовых режимах в сфере цифровых технологий в Российской Федерации». Одним из условий установления экспериментального правового режима является существование технологической возможности применения цифровых инноваций, либо для их использования требуется техническая, технологическая, организационная или иная подготовка. Другим условием установления экспериментального правового режима является наличие требований, предписаний, запретов и ограничений в общем правовом регулировании, соблюдение которых препятствует внедрению цифровых инноваций или существенно затрудняет их внедрение. В акте специального правового регулирования, программе экспериментального правового режима, утверждаемого Правительством РФ либо Банком России, могут содержаться положения, которые исключают или изменяют действие положений федерального закона в случае, если это прямо предусмотрено соответствующим федеральным законом. В Программе экспериментального правового режима содержатся положение федеральных законов, правовых актов Президента РФ, Правительства РФ, федеральных органов исполнительной власти, государственных корпораций, Банка России, которые не подлежат применению, а также положения, соблюдение которых является обязательным в соответствии с этой программой, если такие положения не предусмотрены актами общего регулирования или отличаются от них. Получив статус субъекта экспериментального правового режима, юридическое лицо или индивидуальный предприниматель обязаны вести реестр лиц, вступивших с ними в правоотношения, информировать лиц, выражающих намерение вступить с ними в правоотношения о наличии и содержании экспериментального правового режима. Возможность субъекта экспериментального правового режима действовать в рамках специального правового режима означает, что права и обязанности у него возникают при совершении сделок, заключении договоров, направлении юридически значимых сообщений и совершении иных юридически значимых действий на основании программы экспериментального правового режима. В связи с этим юридическое лицо или индивидуальный предприниматель обязаны уведомлять лиц, не являющихся участниками экспериментального правового режима, о наличии у него статуса субъекта такого режима и указывать на то, что к нему применяются акты специального регулирования, и наносить соответствующую информацию на товары, производимые в рамках такого режима. Следует отметить, что права и обязанности субъекта экспериментального правового режима, возникшие у него в результате совершения сделок и иных юридически значимых действий, не могут переходить к другим лицам, за исключением преобразования юридического лица в иную организационно-правовую форму.

Юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, выражающие намерение вступить в правоотношения с субъектом экспериментального правового режима, должны быть ознакомлены с информацией о наличии и содержании программы соответствующего экспериментального режима, прежде всего об отличиях специального регулирования от общего регулирования применительно к правоотношениям, в которые заинтересованное лицо намерено вступить. Информирование лица о программе экспериментального правового режима означает согласие этого лица на признание его участником экспериментального правового режима и применение к правоотношениям, связанным с реализацией программы специального регулирования. Согласие лица распространяется только на возможность применения к правоотношениям, возникающим с его участием, только специального регулирования и не отрицает его самостоятельного определения условий сделок, других юридически значимых действий на основе программы экспериментального правового режима, важным компонентом которой является минимизация рисков причинения вреда жизни, здоровью или имуществу человека либо имуществу юридического лица, ущерба обороне и (или) безопасности государства. Ответственность за причинение вреда личности или имуществу юридического лица по правилам гл. 59 ГК РФ должна служить гарантом их возмещения в случае отсутствия на этот счёт указания в программе экспериментального

правового режима, в т.ч. когда затронуты права и законные интересы лиц, не вступающих в правоотношения с субъектом экспериментального правового режима.

Решение об установлении экспериментального правового режима и утверждение его программы принимается Правительством РФ, а по финансовому рынку – Банком России. В программе устанавливаются положения (требования, предписания, запреты, ограничения) отдельных актов общего регулирования, которые не подлежат применению, а также положения, соблюдение которых является обязательным в соответствии с программой экспериментального правового режима, если такие положения не предусмотрены актами общего регулирования или отличаются от них. Постановлением Правительства РФ от 28 октября 2020 г. № 1750 «Об утверждении перечня технологий применяемых в рамках экспериментальных правовых режимов в сфере цифровых инноваций»[16] утвержден перечень технологий для ускоренного внедрения в Российской Федерации новых цифровых продуктов и услуг посредством установления экспериментальных правовых режимов. Распоряжением Правительства РФ от 28 октября 2020 г. № 2790-р организацией, представляющей интересы предпринимательского сообщества по вопросам экспериментальных правовых режимов в сфере цифровых технологий, утверждена автономная некоммерческая организация «Цифровая экономика»[17].

Об электронной личности и её «правах»

Субъективное гражданское право, равно как и гражданская обязанность, не обязательно включается (встроено) в правоотношение. Гражданское право, равно как и обязанность, может возникнуть не только из договоров и иных сделок, но и из оснований, которые не представляют собой правоотношение, например, в результате создания объекта интеллектуальной собственности. Правовое регулирование общественных отношений и деятельности происходит и посредством других правовых форм, не сочетающих в себе права и обязанности субъектов в одном отношении.

В процессе внедрения цифровых технологий в гражданский оборот не только правоотношения, но и гражданские права и гражданские обязанности физических и юридических лиц подразделяются на отдельные составные части, которые преобразуются в цифровые права для движения в информационной системе. Действия граждан и юридических лиц, их отдельные операции по приобретению и осуществлению гражданских прав и обязанностей производится автоматически, без участия человека. В этих случаях воля субъекта гражданского права может выражаться электронными и иными техническими средствами. Так, принятие инвестиционного предложения осуществляется путём выражения с помощью технических средств инвестиционной платформы воли инвестора о принятии инвестиционного предложения при условии наличия необходимой суммы денежных средств на номинальном счете оператора инвестиционной платформы (п. 4 ст. 13 Закона о привлечении инвестиций с помощью использования инвестиционных платформ).

При совершении сделок и иных юридически значимых действий с помощью электронных либо иных технических средств передается информация о воле и интересе лица, гражданина или юридического лица, которые сами эти действия не совершают. Услуга по передаче информации, оказываемая оператором информационной системы в силу ст. 160 ГК РФ, признается заключением письменной сделки, а не устной. Технические операции оператора информационной системы не являются поведением лица, из которого явствует его воля совершить сделку (п. 2 ст. 158 ГК РФ).

Тем самым невозможно говорить о правосубъектности робота-технического устройства и о наличии цифрового правоотношения вообще. В таком случае оборот гражданских прав и обязанностей, а также цифровых прав в рамках инвестиционной платформы или иной информационной системы не предполагает, что утилитарные цифровые права, цифровые финансовые активы иные цифровые права принадлежат гражданам и юридическим лицам. Ими обладают носители уникальных условных обозначений, зарегистрированные в определенной информационной системе.

Внедрение машинных технологий в гражданский оборот ставит вопрос о соотношении правоотношения с его элементами прежде всего с объектом гражданских прав, цифровыми правами, которые представляют определенным образом закодированное субъективное имущественное право. В процессе перевода обязательственного, интеллектуального или иного гражданского права в цифровое право исчезают различия между ними, более того, гражданское право или обязанность, в частности цифровая валюта, теряет первоначального субъекта, находясь в информационной системе. Утилитарное цифровое право необходимо рассматривать как своеобразный симбиоз объекта гражданского права с самими гражданскими правами,

[16] См.: СЗ РФ. 2020. № 44, ст. 7003.

[17] См.: СЗ РФ. 2020. № 44, ст. 7048.

существующими в инвестиционной платформе[18]. При таком правовом регулировании нет необходимости обращаться к правоспособности гражданина как способности иметь гражданские права и нести гражданские обязанности (ст. 17 ГК РФ) либо правоспособности юридического лица как возможности иметь гражданские права, соответствующие целям деятельности, предусмотренным в его уставе, и нести связанные с этой деятельностью обязанности (ст. 49 ГК РФ), вести речь о сочетании частных и общественных (государственных) интересов. С помощью цифровых технологий определенные нормы гражданского законодательства осуществляются без участия человека, путём алгоритмов программы информационной системы. Отдельные фундаментальные категории как правоспособность, субъект гражданских прав и обязанностей не применяются. Эти первичные начала конкретизации общественных отношений и деятельности регулируемых гражданским законодательством отношений из цифрового оборота выпадают. Сам обладатель цифрового права не проявляет воли и интереса распоряжения им, поскольку осуществление и распоряжение цифровым правом производится действиями оператора информационной системы, т.е. третьими лицами в отличие от таких объектов, как результаты работ и услуг.

Так, научные теории о любом коллективном субъекте права должны исходить из того, что понятие юридического лица, закреплённое в ст. 48 ГК РФ, является в высшей степени обобщением и не может рассматриваться как разновидность корпораций, как часть корпоративного права. Юридическое лицо может быть элементом интегрированных структур, объединений, не являющихся юридическими лицами, а также служить ориентиром для распознавания: кто выступает в роли обладателя цифрового права, юридическое лицо или гражданин. Обладатель утилитарного цифрового права или цифрового финансового актива, оставаясь юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем, в пределах информационной системы не нуждается в действиях органа юридического лица по распоряжению цифровым правом, своим имуществом. Оно осуществляется с помощью технических средств оператора информационной системы.

Применение цифровых технологий в гражданском обороте позволяет определить, какие теории о юридическом лице точнее отражают его сущность. Учёными предложено множество теорий, объясняющих феномен юридического лица[19]. Соглашаясь с тем, что все научные концепции, взятые в совокупности, позволяют выявить многообразие свойств юридического лица, его функций и признаков[20], полагаю, что юридическое лицо – это организация, реально существующий субъект, осуществляющий силами своих работников определенную деятельность под управлением своих органов[21]. Юридическое лицо – это не правовая фикция, не искусственный субъект права, не прием юридической техники, не правовое средство, а равнозначное гражданину правосубъектное образование, приобретающее и осуществляющее свои гражданские права с учётом коллективного построения, прежде всего действиями органа юридического лица. В информационной системе обладателем цифрового права в равной степени может быть как юридическое лицо, так и гражданин, без выделения каких-либо особых прав одному из них.

Выпуск цифровых финансовых активов предполагает, что они удостоверяют возможность осуществления прав по эмиссионным ценным бумагам или удостоверяют право участия в капитале акционерного общества. Решение о выпуске цифровых финансовых активов, удостоверяющих право участия в капитале акционерного общества, должно содержать количество таких активов и (или) указание предельной суммы денежных средств, которые необходимо передать на оплату, по достижении которых выпуск этого вида цифровых прав прекращается, цену приобретения прав участия в капитале акционерного общества при их выпуске и (или) количество иных цифровых финансовых активов, которые необходимо передать для их приобретения. Учёт акций непубличного акционерного общества в виде цифровых финансовых активов осуществляется оператором информационной системы, выпустившей такие акции.

Акции в этих случаях выступают не в форме бездокументарных ценных бумаг, оплачиваемых деньгами, ценными бумагами и т.п., а в виде цифровых прав. Формулировка п. 1 ст. 13 Закона о цифровых финансовых активах путем отрицания, что акции в виде цифровых прав не могут быть акциями публичного акционерного общества и акциями непубличного акционерного общества при условии, что эмиссия акций данного общества осуществлена не в виде цифровых финансовых активов не позволяет сделать вывод об обособленном

[18] См.: *Андреев В.К.* Динамика правового регулирования искусственного интеллекта. С. 67.

[19] См.: *Козлова Н.В.* Понятие и сущность юридического лица: очерк истории и теории. М., 2003.

[20] См.: Корпоративное право: учеб. курс / отв. ред. И.С. Шиткина. М., 2017. Т. 1. С. 141.

[21] См.: *Андреев В.К., Ефимов А.В., Кондратьев В.А.* Права и обязанности непубличного общества и его участников: теория и судебная практика. М., 2020. С. 27–30, 64.

имуществе такого акционерного общества и о его деятельности. Непонятно, как право участия в капитале акционерного общества сочетается с правом участия (членства) в юридических лицах (п. 1 ст. 65^1 ГК РФ).

Организация выпуска акций в виде цифровых финансовых активов осуществляется в соответствии с правилами соответствующей информационной системы, в которой предусматриваются технико-технологические требования к их выпуску, алгоритмы и программы, а также порядок внесения в них изменений, способы учёта цифровых финансовых активов в информационной системе требования о защите информации и определенной операционной надёжности и т.д., т.е. абсолютно технико-технологические показатели.

Непубличное акционерное общество, акции которого выпущены в виде цифровых финансовых активов, представляют собой, в отличие от обычного юридического лица, виртуальный образ последнего с узко специализированной целью деятельности. Такое общество не имеет в собственности обособленное имущество, учитываемое на самостоятельном балансе. Оно не может иметь обычные гражданские права и нести обязанности, поскольку цифровые права, прежде всего право участия в капитале, представляет собой преобразованные в объект ранее принадлежащие другому лицу имущественные права для обращения в информационной системе.

Цифровое право – объект интеллектуальной деятельности?

Объекты гражданских прав, перечисленные в ст. 128 ГК РФ, не имеют чётко выраженного урегулированного правом вида деятельности или отношений, что явно проявляется в первой группе объектов – вещи, иное имущество, имущественные права. Они как предмет гражданско-правового регулирования определены в п. 1 ст. 2 ГК РФ как основания и порядок осуществления права собственности и других вещных прав. Несмотря на развитие понятия вещи в условиях многовековой научно-промышленной революции, она по-прежнему видится как физически воспринимаемая субстанция, хотя в понятие имущества уже включаются нематериальные объекты, в частности имущественные права. Само право собственности потеряло вещный характер, поскольку оно определяется как право собственника по владению, пользованию и распоряжению имуществом. Трактовка в ст. 128 ГК РФ цифровых прав как имущественных не наводит ли на подобную мысль, если исходить из того, что имущество является вещью? Видимо, задача состоит не в улучшении разд. II «Право собственности и другие вещные права» ГК РФ путём воспроизведения идей и терминов римского права, а в выработке новых положений в понимании объекта гражданских прав, учитывающих внедрение машинных технологий в гражданский оборот.

В цифровых правах как имуществе воплощены результаты интеллектуальной деятельности (программы для ЭВМ, базы данных), которые являются объектами авторского права или права, смежного с авторским, характеризуют этот объект гражданских прав. Транзакция как минимально логически осмысленная операция, выполняемая по программе ЭВМ, представляет в объективной форме совокупность данных и команд, предназначенных для функционирования компьютерных устройств в целях получения определенного результата. Транзакция – это технико-технологическая операция оператора информационной системы, обеспечивающая предоставление ее пользователям достоверной, полной и не вводящей в заблуждение информации, что предполагает работу информационных технологий и технических средств информационной системы без сбоев, без нарушения бесперебойности и непрерывности функционирования информационной системы. За убытки, которые были причинены пользователям информационной системы в результате сбоев в работе информационной системы, её оператор отвечает в соответствии с гражданским законодательством (ст. 9 Закона о цифровых финансовых активах).

Л.В. Санникова, Ю.С. Харитонова поддерживают мнение А.И. Савельева, что криптовалюты сами по себе – объекты интеллектуальной деятельности, поскольку они обладают тесной связью с программным обеспечением[22], хотя предлагаемое ими понимание цифровых активов не имеет отличительных правовых признаков, а само понятие цифровых прав, как и все российские законы о применении цифровых технологий в гражданском обороте, подвержены, на мой взгляд, необоснованной критике.

Обосновывая проект № 4738–6/5 разд. II «Вещное право» ГК РФ, принятый Государственной Думой в первом чтении 27 апреля 2012 г., Е.А. Суханов считает, что вещные права – более точное понятие, включающее и право собственности. Виды имущественных прав, связанных с установлением для отдельных видов имущества особого гражданско-правового режима, который устанавливается для лиц, совершающих юридически значимые действия. Вещные права представляют либо полное (право собственности), либо частичное (ограниченные вещные права) господство над вещью[23].

[22] См.: *Санникова Л.В., Харитонова Ю.С.* Указ. соч. С. 48.

[23] См.: *Суханов Е.А.* Вещное право. Научно-познавательный очерк. М., 2017.

Вряд ли такая характеристика уместна для научно-познавательного очерка, поскольку вещные права юридически оформляют статику экономических отношений, отношения присвоения (собственности), тем самым регулируют деятельность граждан и юридических лиц так же, как и в обязательственных отношениях. Представляется неконструктивным различие имущественных прав, особенностей их гражданско-правового режима, конструирование общего понятия вещного права, включающего право собственности и сведение объекта вещных прав только к вещам.

Развитие теории и законодательства об объектах гражданских прав должно идти по пути разграничения вещей, материальных объектов и «бестелесных вещей». Разделение вещей на наличные деньги и документарные ценные бумаги и имущественные права на безналичные денежные средства, бездокументарные ценные бумаги, а с 1 октября 2019 г. и цифровые права исказило сущность денег (валюты, ценных бумаг). Цифровая валюта не является цифровым правом, поскольку в качестве такого она не указана в законе.

Необходимо избавляться в законе от понятий, которые строятся на отрицании какого-либо правового явления и в то же время включают совершенно ясные правовые институты. Что такое иное имущество, в т.ч. имущественные права? Куда же относится энергия, в т.ч. электрическая? Суть электронных средств коммуникации? Если записи на банковском счете кредитора представляют собой обязательственные требования на определенную сумму кредитной организации, в которой открыт денежный счёт, то имущество как аналог собственности перешло от вещного права в обязательственное. С помощью электронных либо иных технических средств обязательственное или иное субъективное гражданское право трансформируется в объект гражданских прав, в цифровое право и оборачивается в рамках определенной информационной системы. Обладатель цифрового права распоряжается им, производя осуществление, распоряжение, в т.ч. передачу, залог, и другими способами, только в информационной системе без обращения к третьему лицу, т.е. содержание и условия осуществления цифровых прав определяются в соответствии с правилами информационной системы, отвечающими установленным законом признакам. Замена физического контакта при совершении и исполнении сделок и иных юридически значимых действий на передачу информации об условиях сделки путем внесения (изменения) записи в информационную систему на основе распределенного реестра, а также в иные информационные системы не имеет юридической природы регулируемых общественных отношений и видов деятельности.

В ст. 128 ГК РФ предусматриваются как результаты работ и оказание услуг, так и охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации, что не позволяет разграничивать эти правовые явления, учитывая, что в ст. 783^1 ГК РФ действия по предоставлению определенной информации заказчику рассматривается как договор оказания услуг по предоставлению информации, но обладатель цифрового права к нему не имеет правоотношений, хотя от действий оператора информационной системы может понести убытки. В то же время результаты работ и оказание услуг разве не иное имущество? Отсутствие чётких границ между вещью и иным имуществом, между иным имуществом и имущественными правами, куда включаются и цифровые права, несущие в себе элементы результатов интеллектуальной деятельности, порождает трудности в применении норм о цифровых правах, и проблема, с учётом применения цифровых технологий, современного понимания объекта гражданских прав остается.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. *Андреев В.К.* Динамика правового регулирования применения искусственного интеллекта // Журнал росс. права. 2020. № 3. С. 58–68.
2. *Андреев В.К.* Договоры инвестирования, заключаемые с использованием инвестиционных платформ путем приобретения утилитарных цифровых прав // Юрист. 2020. № 1. С. 15–21.
3. *Андреев В.К.* Правовой аспект цифровой валюты // Право и экономика. 2020. № 10. С. 5–9.
4. *Андреев В.К.* Теоретические предпосылки применения цифровых технологий в деятельности юридического лица // Росс. правосудие. 2020. № 6. С. 52–59.
5. *Андреев В.К., Ефимов А.В., Кондратьев В.А.* Права и обязанности непубличного общества и его участников: теория и судебная практика. М., 2020. С. 27–30, 64.
6. *Гаврин Д.А.* Предмет и метод правового регулирования в условиях цифровизации // Цифровая экономика: концептуальные основы правового регулирования бизнеса в России / отв. ред. В.А. Лаптев, О.А. Тарасенко. М., 2020. С. 18.
7. *Козлова Н.В.* Понятие и сущность юридического лица: очерк истории и теории. М., 2003.
8. Корпоративное право: учеб. курс / отв. ред. И.С. Шиткина. М., 2017. Т. 1. С. 141.
9. *Санникова Л.В, Харитонова Ю.С.* Цифровые активы: правовой анализ. М., 2020. С. 39, 40, 48.

10. *Степанов О.А.* О проблеме правосубъектности роботизированных систем (правосубъектный, общетеоретический, отраслевой и международный анализ). М., 2017. С. 289.

11. *Суханов Е.А.* Вещное право. Научно-познавательный очерк. М., 2017.

12. *Тедеев А.А.* К вопросу о трансформации системы права в условиях развития информационно-коммуникационных технологий: постановка проблемы // Информационное пространство: обеспечение информационной безопасности: сб. науч. тр. М., 2018. С. 31.

13. Цифровое право: учеб. / под ред. В.В. Блажеева, М.А. Егоровой. М., 2020. С. 15, 19.

REFERENCES

1. *Andreev V.K.* Dynamics of legal regulation of the use of artificial intelligence // Journal of Russ. law. 2020. No. 3. P. 58–68 (in Russ.).

2. *Andreev V.K.* Investment contracts concluded using investment platforms by acquiring utilitarian digital rights // Lawyer. 2020. No. 1. P. 15–21 (in Russ.).

3. *Andreev V.K.* The legal aspect of digital currency // Law and economics. 2020. No. 10. P. 5–9 (in Russ.).

4. *Andreev V.K.* Theoretical prerequisites for the use of digital technologies in the activities of a legal entity // Russ. Justice. 2020. No. 6. P. 52–59 (in Russ.).

5. *Andreev V.K., Efimov A.V., Kondrat'ev V.A.* Rights and obligations of non-public companies and our stakeholders: theory and judicial practice. M., 2020. P. 27–30, 64 (in Russ.).

6. *Gavrin D.A.* Subject and method of legal regulation in the conditions of digitalization // Digital economy: conceptual framework of business regulation in Russia / ed. by V.A. Laptev, O.A. Tarasenko. M., 2020. P. 18 (in Russ.).

7. *Kozlova N.V.* The concept and essence of legal entity: a history and theory. M., 2003 (in Russ.).

8. Corporate Law: textbook course / res. ed. I.S. Shitkina. M., 2017. Vol. 1. P. 141 (in Russ.).

9. *Sannikova L.V, Kharitonova Yu. S.* Digital assets: a legal analysis. M., 2020. P. 39, 40, 48 (in Russ.).

10. *Stepanov O.A.* On the issue of the legal personality of robotic systems (personable, theoretical, industrial and international analysis). M., 2017. P. 289 (in Russ.).

11. *Sukhanov E.A.* Property law. Scientific and cognitive essay. M., 2017 (in Russ.).

12. *Tedeev A.A.* On the question of the transformation of the legal system in the context of the development of information and communication technologies: statement of the problem // Information space: ensuring information security: collection of scientific works. M., 2018. P. 31 (in Russ.).

13. Digital Law: textbook / ed. by V.V. Blazheev, M.A. Egorova. M., 2020. P. 15, 19 (in Russ.).

Сведения об авторе

АНДРЕЕВ Владимир Константинович –
доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ, член научно-консультативного Совета при Верховном Суде Российской Федерации, главный научный сотрудник, руководитель направления гражданско-правовых и корпоративных исследований Центра исследований проблем правосудия Российского государственного университета правосудия; 117418 г. Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69

Authors' information

ANDREEV Vladimir K. –
Doctor of Law, Professor, Honored Scientist of the Russian Federation, Member of the Scientific Advisory Council at the Supreme Court of the Russian Federation, chief researcher, Head of the civil law and corporate research Department of the Center for research on problems of Justice of the Russian state University of Justice;
69 Novocheremushkinskaya str.,
117418 Moscow, Russia

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 11, с. 90–99
STATE AND LAW, 2021, № 11, pp. 90–99

УДК 347.77

ИЗОБРЕТЕНИЯ, СОЗДАННЫЕ ПРОГРАММНЫМ ОБЕСПЕЧЕНИЕМ ИСКУССТВЕННОГО ИНТЕЛЛЕКТА: ПРОБЛЕМЫ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

© 2021 г. Е. А. Свиридова

Финансовый университет при Правительстве Российской Федерации (Финуниверситет), г. Москва

E-mail: katesvi@yandex.ru

Поступила в редакцию 23.04.2021 г.

Аннотация. В статье анализируется вопрос определения автора и патентообладателя изобретения, созданного программным обеспечением искусственного интеллекта. Проблема определения авторства на объекты патентного права, созданные искусственным интеллектом, рассматривается с двух сторон: определения автором физического лица, под руководством и контролем которого искусственный интеллект достиг патентоспособного результата, и признания статуса изобретателя за самим искусственным интеллектом в силу творческого характера изобретательского процесса.

Доказано, что определение поведения искусственного интеллекта путем постановки задачи и дачи необходимых для ее решения указаний приводит к признанию лица, дающего такие указания, изобретателем полученного результата, а искусственный интеллект делает лишь средством достижения результата. Делается вывод о том, что для признания автора программного обеспечения искусственного интеллекта изобретателем результата, разработанного таким искусственным интеллектом, автору недостаточно принимать косвенное участие путем «тренировки» алгоритмов искусственного интеллекта и определения выявленных ошибок в их работе. Непредсказуемость и неочевидность для программиста процесса принятия решения искусственным интеллектом не позволяет признать его изобретателем создаваемых программным обеспечением результатов.

На данном этапе развития технологии искусственного интеллекта процесс создания изобретения искусственным интеллектом предлагается рассматривать как пересмотр существующих в данной области техники параметров и характеристик и осуществление выбора из определенных категорий.

Ключевые слова: изобретение, научно-технические результаты, исключительное право, искусственный интеллект, пользователь, автор, патентообладатель, специалист, изобретательский уровень.

Цитирование: *Свиридова Е.А.* Изобретения, созданные программным обеспечением искусственного интеллекта: проблемы правоприменения // Государство и право. 2021. № 11. С. 90–99.

DOI: 10.31857/S102694520017527-0

INVENTIONS CREATED BY ARTIFICIAL INTELLIGENCE SOFTWARE: PROBLEMS OF LAW ENFORCEMENT

© 2021 E. A. Sviridova

Financial University under the Government of the Russian Federation, Moscow

E-mail: katesvi@yandex.ru

Received 23.04.2021

Abstract. The article analyzes the issue of determining the author and patent holder of an invention created by artificial intelligence software. The problem of determining the authorship of objects of patent law created by artificial intelligence is considered from two sides: the definition of the author of an individual under the guidance and control of which artificial intelligence has achieved a patentable result, and the recognition of the status of the inventor for the artificial intelligence itself due to the creative nature of the inventive process.
It is proved that the definition of the behavior of artificial intelligence by setting the problem and giving the necessary instructions for its solution leads to the recognition of the person giving such instructions as the inventor of the result, and artificial intelligence makes only a means to achieve the result.
It is concluded that in order to recognize the author of artificial intelligence software as the inventor of the result developed by such artificial intelligence, it is not enough for the author to take an indirect part by "training" artificial intelligence algorithms and determining the identified errors in their work. The unpredictability and non-obviousness of the decision-making process by artificial intelligence for the programmer does not allow him to recognize the inventor of the results created by the software.
At this stage of the development of artificial intelligence technology, the process of creating an invention by artificial intelligence is proposed to be considered as a revision of the parameters and characteristics existing in this field of technology, and the implementation of a choice from certain categories.

Key words: invention, scientific and technical results, exclusive right, artificial intelligence, user, author, patent holder, specialist, inventive level.

For citation: *Sviridova, E.A. (2021).* Inventions created by artificial intelligence software: problems of law enforcement // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 11, pp. 90–99.

ВВЕДЕНИЕ

Искусственный интеллект является общим понятием в сфере информационных технологий, включающим многие IT-технологии, в т.ч. глубинное обучение и нейронные сети. Общая цель технологий искусственного интеллекта состоит в имитации человеческого интеллекта для решения сложных задач, которые ранее выполнялись с использованием человеческих ресурсов.

Статья 1.2 Директивы ЕС 2009/24/CE23 указывает, что идеи и принципы, лежащие в основе какого-либо элемента компьютерной программы, включая те, которые лежат в основе её интерфейсов, не подлежат защите авторским правом согласно данной директиве[1]. Функциональность программного обеспечения выражается алгоритмом, который является логическим содержанием.

В российской доктрине неоднократно поднимался вопрос о правовой охране алгоритмов программ для ЭВМ. В частности, А.В. Трофименко полагает, что алгоритм можно рассмотреть как составную часть комплекса объектов, входящих в программу для ЭВМ[2]. В США программы для ЭВМ, а также программные алгоритмы могут охраняться как объекты патентного права. Так, в деле *State Street Bank and Trust Company против Signature Financial Group, Inc.* суд указал на возможность патентования алгоритмов бизнес-методов[3].

Роспатент позволяет патентовать алгоритмы, используемые в программах для ЭВМ, в качестве изобретений. В российской доктрине распространено мнение, что к объектам авторского права не относятся результаты деятельности, осуществляемой по заранее определенному алгоритму. Авторско – правовой охране подлежат объекты, при создании которых имело место соблюдение формальных алгоритмов их получения[4].

Статья 1259 ГК РФ относит к объектам авторского права программы для ЭВМ, которые охраняются как литературные произведения. Таким образом, искусственный интеллект может пользоваться этой защитой, но не может распространяться на сам метод (алгоритм) или на лежащие в его основе идеи. Отдельные технологии искусственного интеллекта могут быть запатентованы в качестве изобретения, обладающего изобретательским уровнем, новизной и промышленной применимостью. В целом алгоритмы машинного обучения можно рассматривать как инновационные технические решения, относящиеся к широкой категории, которую Европейское патентное бюро называет «изобретениями, созданными компьютером».

Принципы получения патентов на изобретения, заявки в отношении которых касаются программного обеспечения искусственного интеллекта, не

[1] См.: Директива Европейского Парламента и Совета Европейского Союза 2009/24/ЕС от 23 апреля 2009 г. о правовой охране компьютерных программ (кодифицированная версия) // Текст перевода официально опубликован не был; текст Директивы на английском языке опубликован в официальном Журнале No. L 111, 05.05.2009. С. 16.

[2] См.: *Трофименко А.В.* Нематериальные объекты в гражданских правоотношениях. Саратов, 2004.

[3] См.: State Street Bank and Trust Company v. Signature Financial Group, Inc. (149 F. 3d 1368 Fed. Cir. 1998). URL: http://www.kuesterlaw.com/saris.htm (дата обращения: 01.04.2021).

[4] См.: *Близнец И.А., Леонтьев К.Б.* Авторское право и смежные права: учеб. / под ред. И.А. Близнеца. М., 2019. С. 143.

отличаются от принципов, применяемых в сфере патентования программного обеспечения в целом. Статья 1350 ГК РФ распространяет правовую охрану в т.ч. на способ (процесс осуществления действий над материальным объектом с помощью материальных средств), а также на применение способа по определенному назначению, если такой способ является новым, имеет изобретательский уровень и промышленно применим. В законодательстве Российской Федерации предусматривается авторско-правовая охрана программы для ЭВМ, однако заявка на выдачу патента на изобретение может относиться к алгоритму программы для ЭВМ, изложенному в виде обеспечивающей достижение технического результата последовательности действий над сигналами (материальный объект), осуществляемой с помощью вычислительной техники (материальных средств).

ПРОГРАММНОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ ИСКУССТВЕННОГО ИНТЕЛЛЕКТА КАК ОБЪЕКТ ПАТЕНТНО-ПРАВОВОЙ ЗАЩИТЫ

Защита программного обеспечения путем его патентования достаточно сложна, суды неоднократно признавали, что алгоритмы, ассимилированные с математическими формулами, не могут быть изобретением в соответствии с законом.

Интерес представляет судебная практика Канады. В деле *Schlumberger Canada Limited против Комиссии по патентам* Федеральный апелляционный суд указал, что использование данных, собранных в процессе разведки полезных ископаемых для добычи нефти, и алгоритма для получения геологических результатов не могут быть признаны патентоспособными[5].

Суд посчитал, что заявитель пытался получить монополию на компьютерную программу и что такие программы не являются изобретениями. Заявка на выдачу патента касалась не использования компьютера для производства вычислений, а осуществления расчетов и математических формул, совершенных компьютером. Суд Канады в данном решении сформулировал основные принципы охраны программного обеспечения и его алгоритмов. Математическая формула приравняется к научному принципу или абстрактной теореме, что не является патентоспособным в соответствии с законодательством Канады. Если расчеты алгоритма производились людьми, алгоритм, указанный в заявке на выдачу патента, содержит только математические формулы, состоящие из чисто умственных операций, что не делает его патентоспособным. Не может быть признан изобретением процесс совершения определенных вычислений в соответствии с определенными формулами. Использование компьютера для внедрения изобретения не изменяет характер этого изобретения.

В деле *Канада против Amazon.com Inc.* Федеральный апелляционный суд рассматривал дело по иску об охране системы онлайн-закупок в один клик, где покупатель регистрирует свои финансовые и личные данные, которые затем сохраняются компанией Amazon.com Inc., что позволяет предоставлять автоматические скидки при последующих покупках того же покупателя. Предмет патентной заявки был связан с коммерческой практикой. Федеральный апелляционный суд постановил, что того факта, что такая коммерческая практика имеет фактическое применение не достаточно для того, чтобы признать ее патентоспособной в качестве изобретения. Частная коммерческая практика реализована путем ее программирования в компьютере с помощью формулы или алгоритма, которые являются абстрактной идеей[6].

Чтобы применение алгоритма не рассматривалось как абстрактная идея, оно должно привести к изменению характера или состояния физического объекта. Иными словами, изобретение должно иметь физическое существование или создавать очевидный результат. Например, алгоритм может быть связан и взаимодействовать с внешним материальным предметом, и быть только одним из необходимых элементов в новом сочетании. Простого факта применения изобретения на практике недостаточно для выполнения этого требования.

Таким образом, основным препятствием на пути патентования программного обеспечения, в т.ч. программного обеспечения искусственного интеллекта, является привязка к простой математической формуле или научному принципу.

Подобного рода принципы существуют и в практике стран англосаксонского права. Например, Верховный суд США признал невозможным получение патента на более сложное программное обеспечение путем определения, что патенты касаются изобретений, которые могут быть реализованы путем обычной умственной деятельности, доступной человеческому разуму, не связанной с технологическим улучшением устройства[7].

Эти принципы, препятствующие патентованию программного обеспечения, находят отражение

[5] См.: Schlumberger Canada Ltd v. Commissioner o/Patents (1981) // 56 C.P.R. (2d) 204 (F.C.A.).

[6] См.: Canada (Procureur General) c. Amazon.com, Inc., 2011. URL: https://www.smartbiggar.ca/_Archives/files/Amazon_decision.pdf (дата обращения: 20.04.2021).

[7] См.: Alice Corporation Pty Ltd. v. CLS Bank International, 2014. URL: 13–298 Alice Corp. v. CLS Bank Int'l (06/19/2014) (supremecourt.gov) (дата обращения: 20.04.2021).

и в области патентования технологий искусственного интеллекта. В самом деле, природа искусственного интеллекта состоит в воспроизводстве человеческого интеллекта и его умственной или изобретательской деятельности. Связь между алгоритмом и механическими элементами или различными аспектами информационной системы часто является лучшим способом избежать отказа в выдаче патента по причине отсутствия патентоспособного вещества при подаче заявки на патент.

ПРОБЛЕМА ОПРЕДЕЛЕНИЯ СУБЪЕКТА ПРАВ НА ЗАПАТЕНТОВАННЫЕ ОБЪЕКТЫ, СОЗДАННЫЕ ИСКУССТВЕННЫМ ИНТЕЛЛЕКТОМ

С помощью программного обеспечения искусственного интеллекта можно разработать новые изобретения с минимальным человеческим участием. В настоящее время примеры таких изобретений существуют. Так, Creativity Machine («Творческая машина»), созданная Стивеном Л. Талером, состоит из двух нейронных сетей, используемых одновременно, одна сеть генерирует результат, а вторая – определяет его ценность. Само программное обеспечение стало объектом патента на "Device for the Autous Generation of Useful Information" в октябре 1994 г. Creativity Machine, в свою очередь, уже самостоятельно создала другое изобретение, которое было запатентовано под названием "Neural Network Based Prototyping System And Method" в мае 1998 г. Стивен Л. Талер, являвшийся правообладателем первого патента, был указан в качестве единственного обладателя второго патента, не раскрывая участия искусственного интеллекта в разработке такого изобретения при подаче заявки на патент.

С момента своего создания Creativity Machine изобрела еще несколько устройств и способов, применяемых в различных областях. Например, в процессе исследования формы и дизайна зубных щеток Creativity Machine создала модели зубных щеток, щетинки которых скрещиваются для оптимальной чистки межзубных пространств. Все права, связанные с этим изобретением были переданы компании Gillette, которая впоследствии вывела на рынок одну из созданных моделей под торговой маркой ORAL-B CROSSACTION.

В 2019 г. Creativity Machine была заявлена в качестве изобретателя в отношении устройства «пластмассовый контейнер для хранения пищи, созданный на основе рекурсивной геометрии» и устройства «светосигнальная лампа».

Еще одним примером изобретения в области искусственного интеллекта является Invention Machine (Изобретательская машина) изобретателя Джона Коза, запатентованная как программное обеспечение, которое привело к патентованию других изобретений[8]. Построенная на генетическом программировании форма искусственного интеллекта, который основан на дарвиновском подходе, где разные поколения результатов пересекаются, чтобы получить новые результаты, и где только наиболее перспективные результаты сохраняются, чтобы пересекаться между собой для достижения оптимальных результатов. Эта система разработала несколько изобретений в различных областях, таких как оптика, усилители и микросхемы. Однако все эти патенты были выданы на имя физических лиц как изобретателей без ссылки на программное обеспечение, участвующее в разработке таких изобретений.

Рассмотренные ситуации, когда искусственный интеллект, сам охраняемый в качестве объекта интеллектуальной собственности, создает результат научно-технической деятельности, приводит к возникновению ряда вопросов относительно субъекта прав на возникающие объекты патентного права.

Понятие изобретателя в Гражданском кодексе РФ не содержится. Однако можно сделать вывод, что таковым он называет автора изобретения. В качестве последнего законодатель рассматривает исключительно физическое лицо, творческим трудом которого было создано изобретение. Пока не доказано обратное, физическое лицо, чье имя указано в качестве автора в заявке на выдачу патента, считается автором патентуемого изобретения. Лица, совместно принимавшие участие в создании изобретения, считаются его соавторами.

Определение автора или соавтора изобретения осуществляется через качественную, а не количественную оценку. Создание концепции будущего изобретения, участие путем конкретных практических предложений и вклад творческих усилий в создание изобретения могут привести к получению статуса изобретателя. Однако такой вклад должен быть больше чем просто техническое, консультационное, организационное или материальное содействие.

Схожий подход используется и в Канаде. Так, в деле *Apotex Inc. против Wellcome Foundation Ltd* Федеральный суд признал, что заявленная полезность изобретения не может быть подтверждена без «значительного и прямого участия» двух исследователей, проводивших тесты для фармацевтической компании – патентообладателя. Однако впоследствии Федеральный апелляционный суд и Верховный суд признали, что если изобретатель

[8] См.: World Economic Forum. Artificial Intelligence Collides with Patent Law. White Paper for the Center for the Fourth Industrial Revolution, avril 2018. P. 6. URL: WEF_48540_WP_End_of_Innovation_Protecting_Patent_Law.pdf (weforum.org) (дата обращения: 21.04.2021).

спрогнозировал, что соединение может вылечить симптомы, необходимость в научных исследованиях третьих лиц для проведения тестов, подтверждающих такой прогноз, не наделяет таких третьих лиц статусом изобретателя. Верховный суд Канады признает статус изобретателя только за тем, кто участвует в разработке изобретения, исключая его для того, кто только помогает осуществлять проверку результатов исследований[9].

Проблема, связанная с определением автора изобретения, созданного программным обеспечением искусственного интеллекта, схожа в некотором отношении с принадлежностью права авторства на произведения, созданные искусственным интеллектом. Действительно, понятие автора изобретения, как и понятие автора произведения, тесно связано с понятием физического лица. Именно «человек разумный» признается законодателем и судебной практикой автором результата интеллектуальной деятельности. В одном из дел суд США даже внес уточнение, исключив возможность признания животных, не обладающих разумными способностями, авторами произведений[10].

В. Витко прямо указывает на отсутствие творческой составляющей в деятельности искусственного интеллекта по созданию результатов интеллектуальной деятельности, в связи с чем последние не могут охраняться в качестве объектов интеллектуальной собственности[11].

Некоторые авторы также утверждают, что любое программное обеспечение искусственного интеллекта требует участия человека на каком-либо уровне от разработки концепции до получения результата и, следовательно, в действиях искусственного интеллекта отсутствует самостоятельность создания изобретения. В этой связи Д.В. Пономарева и А.Г. Барабашев полагают, что созданные технологиями искусственного интеллекта изобретения целесообразно рассматривать совместными изобретениями[12].

Как верно отметили Ю.С. Харитонова и В.С. Савина, научно-технические решения, созданные технологиями искусственного интеллекта, заслуживают охраны как объекты исключительных прав. Авторы предлагают для подобного рода объектов применять отдельный правовой режим sui generis[13].

Участие человека в относительно автономном программном обеспечении происходит в основном на четырёх уровнях: идентификация проблемы, которую программа пытается решить при создании изобретения, программирование программного обеспечения, точность данных, анализируемых программой, и использование программного обеспечения.

Для решения названной проблемы определения авторства на объекты патентного права, созданные искусственным интеллектом, следует рассмотреть две возможные ситуации.

Первая – когда физическое лицо определяет проблему, которую необходимо решить с помощью программного обеспечения искусственного интеллекта, и дает ему необходимые указания для исполнения или обнаружения решения. В данной ситуации искусственный интеллект действует под руководством и контролем данного физического лица. Определение проблемы и ее решение предполагают, что в данном случае именно физическое лицо, определяющее поведение искусственного интеллекта путем своих указаний, приобретает статус субъекта патентного права.

Вторая ситуация заключается в способности видеть возможность в результатах поиска или процесса. Изобретательский процесс не всегда развивается по запланированному сценарию и не все его стадии можно заранее предсказать, изобретательский характер может исходить из способности распознавать изобретения. Таким образом, изобретательский уровень может возникнуть из факта обнаруженных возможностей альтернативного использования некоторых достигнутых результатов, нежели из самих результатов. Например, программное обеспечение, использующее машинное обучение, может сгенерировать сразу много результатов и некоторые из них могут быть неполными, ошибочными или бесполезными без соответствующей проверки их достоверности со стороны человека или нейронной сети. Данный процесс может занять много времени, прежде чем будет разработано полезное изобретение. В данной ситуации способность распознавать новое, полезное и промышленно применимое изобретение может стать решающей. Здесь ответ на вопрос, кого следует признать автором изобретения, уже не столь однозначен.

---

[9] См.: Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd., 2002. URL: Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd. – SCC Cases (lexum.com) (дата обращения: 20.04.2021).

[10] См.: Cetacean Cmty v. Bush, 386 F.3d 1169, 1179 (9th Cir. 2004). URL: Cetacean Cmty. v. Bush | Case Brief for Law School | LexisNexis (дата обращения: 20.04.2021).

[11] См.: *Витко В.* Анализ научных представлений об авторе и правах на результаты деятельности искусственного интеллекта // ИС. Авторское право и смежные права. 2019. № 2. С. 5–20; № 3. С. 5–22.

[12] См.: *Пономарева Д.В., Барабашев А.Г.* Патентная защита результатов научной деятельности и искусственный интеллект: проблемы и вызовы // Право и цифровая экономика. 2020. № 3. С. 36–43.

[13] См.: *Харитонова Ю.С., Савина В.С.* Технология искусственного интеллекта и право: вызовы современности // Вестник Пермского ун-та. Юрид. науки. 2020. № 3. С. 524–549.

АВТОР ПРОГРАММНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИСКУССТВЕННОГО ИНТЕЛЛЕКТА – ИЗОБРЕТАТЕЛЬ СОЗДАВАЕМЫХ ИСКУССТВЕННЫМ ИНТЕЛЛЕКТОМ ИЗОБРЕТЕНИЙ?

Так же, как и в случае с определением авторства на произведения, созданные искусственным интеллектом, в случае с изобретениями первым субъектом, попадающим в поле зрения, становится разработчик программного обеспечения (создатель программы для ЭВМ, положенной в основу работы искусственного интеллекта). Разработчики программного обеспечения для искусственного интеллекта признаются авторами самого программного обеспечения и могут быть признаны его изобретателями, если это программное обеспечение соответствует критериям патентоспособности. Участие программиста может состоять в определении проблемы, которая может быть решена программным обеспечением, выборе программного кода, интерпретации и использовании результатов для решения конкретной проблемы или определении алгоритмов работы программного обеспечения.

Относительно произведения, явившегося результатом деятельности искусственного интеллекта, в зарубежной практике имеется прецедент. Речь идет о деле *Acohs Pty Ltd против Ucorp Pty Ltd*, в котором австралийский суд признал, что разработчик программного обеспечения, создающего свои собственные произведения на последующем этапе, не обладает авторским правом на такие произведения[14].

В деле *Sarnoff Corp. против Канады* суд определил программиста программного обеспечения для искусственного интеллекта как субъекта, не обладающего большим воображением, не способного к какой-либо большой оригинальности мышления, но обладающего определенной изобретательностью, которую он способен применять к вещам, которые входят в диапазон его наблюдения, и тактом для правильного и точного выполнения того, что он задумал[15].

Вместе с тем следует иметь в виду, что в процессе работы над созданием программного обеспечения искусственного интеллекта программист взаимодействует с экспертами других областей знаний (медицинскими специалистами, лингвистами, юристами, переводчиками и др.). В таких случаях внешний эксперт может быть тем, кто определяет проблему и ключевые элементы ее решения.

Программист может также выполнять роль «тренера» искусственного интеллекта, если он отвечает за подтверждение результатов, полученных программным обеспечением на основе имеющихся данных и алгоритма, который был заложен в программу. Развитие программного обеспечения для глубинного обучения может потребовать многочисленных испытаний, в результате которых могут выявиться ошибки в работе программного обеспечения, требующие отслеживания и исправления со стороны его разработчика.

Однако вклад программиста как автора изобретения, созданного программой искусственного интеллекта, в создание программного обеспечения должен быть выше, чем простое проведение испытаний и выявление ошибок. В последнем случае он приравнивается к субъекту, верифицирующему результаты, полученные от уже созданного изобретения, и не может быть квалифицирован как его изобретатель.

Признание за разработчиком программного обеспечения статуса изобретателя объекта, созданного искусственным интеллектом, зависит от характера программного обеспечения такого искусственного интеллекта. Так, не всегда программист может знать при осуществлении программирования все пути, по которым будет определять свои действия программа, и результаты, к которым используемые программой пути приведут.

РОЛЬ ВЛАДЕЛЬЦА ДАННЫХ ПРИ СОЗДАНИИ ИЗОБРЕТЕНИЯ ИСКУССТВЕННЫМ ИНТЕЛЛЕКТОМ

Программное обеспечение искусственного интеллекта в процессе решения задач обрабатывает значительный объем данных. Существенное значение для «тренировки» искусственного интеллекта играет выбор данных, на основе которых искусственный интеллект будет обучаться принимать решения. От правильного выбора используемых искусственным интеллектом данных зависит корректность принимаемого им решения.

В деле *Moore против Regents of University of California* Верховный суд США рассматривал вопрос об использовании персональных данных при разработке изобретения[16]. Согласно обстоятельствам дела пациент подал иск против своего лечащего врача и исследователей, которые

[14] См.: Acohs Pty Ltd v. Ucorp Pty Ltd, Federal Court of Australia, 27 September 2006. URL: ACOHS PTY LTD v UCORP PTY LTD & ORS – CCH iKnow | Australian Tax & Accounting (дата обращения: 20.04.2021).

[15] См.: *Crowne Emir.* Payment of Patent Maintenance Fees Merely Mechanical // Journal of Intellectual Property Law & Practice. 2009. No. 4 (8). P. 529–532.

[16] См.: Moore v. Regents of University of California, 1990. URL: Moore v. Regents of University of California (1990):::: Supreme Court of California Decisions:: California Case Law:: California Law:: US Law:: Justia (дата обращения: 21.04.2021).

использовали его клетки при проведении медицинских тестов для разработки нового изобретения. Врач не сообщил пациенту об исследованиях по этой теме и экономическом интересе в использовании таких клеток. После взятия нескольких образцов крови, эпителия, костной ткани и спермы пациента врач создал из этих клеток клеточную линию лимфокинов, в отношении которой он впоследствии подал заявку на выдачу патента. Патент был выдан на клеточную линию лимфокинов и различные методы ее использования для создания других клеток на имя врача и одного его коллеги.

Пациент утверждал, что использование его клеток для создания изобретения является нарушением его права собственности на эти клетки и что он продолжает оставаться собственником своих клеток даже после их извлечения. Поэтому он считал, что должен давать согласие на любое использование своих клеток в медицинских исследованиях, проводимых в целях извлечения прибыли и должен быть признан собственником любого производного от этих клеток продукта, включая патент. Следует отметить, что законодательство США относит к числу объектов смежных прав биологические материалы.

В своем решении Верховный суд США отказал в иске пациенту, установив грань между патентной формулой, собственностью и частной жизнью граждан, чьи клетки используются для создания изобретения. Верховный суд США посчитал, что результатом усилий ответчиков стало создание лимфокинов, которые не имеют индивидуальных черт, обладают одинаковой молекулярной структурой у любого человека и выполняют одинаковые функции в его иммунной системе. Используемый ответчиками генетический материал истца отвечает за естественное производство лимфокинов и не является уникальным. Запатентованная клеточная линия фактически и юридически отличается от клеток, взятых из тела пациента, и потому не может быть признана собственностью истца.

C. Aubin (К. Обан) полагает, что аналогичная параллель может быть проведена между необработанными данными и работой, проделанной искусственным интеллектом на их основе, в целях создания изобретения[17]. Хотя программное обеспечение искусственного интеллекта изначально использует некоторые данные, достигнутый им конечный результат явно отличается от самих данных, и именно этот результат является предметом заявки на выдачу патента.

ВЛИЯНИЕ ПОЛЬЗОВАТЕЛЯ НА СТАТУС ИЗОБРЕТАТЕЛЯ ОБЪЕКТА, СОЗДАННОГО ИСКУССТВЕННЫМ ИНТЕЛЛЕКТОМ

Пользователь может играть важную роль в развитии программного обеспечения и в разработке потенциального изобретения с его помощью.

Р.Р. Сафин, К.А. Маскин и Ю.С. Поваров не признают пользователя автором объектов, созданных технологиями искусственного интеллекта, считая спорным вопрос о наличии творческого вклада человека в создание такого объекта[18].

Лица, проверяющие уже установленную концепцию, не являются изобретателями. Так, в решении австралийского суда по делу *Acohs* истец обладал правами на базу данных, используемую для производства информационных интернет-страниц об опасных химических веществах. Эти страницы создавались с помощью простого программного обеспечения, функцией которого было получение запроса на создание страницы для конкретного продукта, обнаружение данных, относящихся к продукту, и компиляция исходного кода продукта на основе собранных данных. Таким образом, работники истца всего лишь осуществляли выбор из меню элементов и категорий, их участие ограничивалось просмотром страницы, с тем чтобы убедиться, что она правильно заполнена. Программа была изначально закодирована внешним консультантом.

Истец ссылался на свое авторское право на исходный код HTML-страниц. Суд указал, что сотрудник, совершая выбор компонентов, находящихся на страницах, является пользователем программного обеспечения и не может рассматриваться как автор исходного кода HTML-страницы, поскольку страница генерируется компьютерной программой. Суд указал на невозможность признать авторами в этом случае пользователей программного обеспечения, поскольку они не сотрудничали с разработчиками программного обеспечения, не понимали технической задачи, над которой трудились такие разработчики, а лишь знали, что при вводе необходимых данных система сгенерирует MSDS с требуемым содержимым[19].

Ситуация, в которой пользователя можно признать автором изобретения, созданного программным обеспечением искусственного интеллекта, – когда

[17] См.: *Aubin Camille.* Intelligence artificielle et brevets // Cahiers de Propriété Intellectuelle. 2018. No. 30 (3). P. 947–984.

[18] См.: *Сафин Р.Р., Маскин К.А., Поваров Ю.С.* Правовое регулирование объектов авторского права, созданных с использованием «нейросети» // Правовое регулирование интеллектуальной собственности и инновационной деятельности: сб. ст. науч.-метод. семинара. М., 2018. С. 157.

[19] См.: Acohs Pty Ltd v. Ucorp Pty Ltd, Federal Court of Australia, 27 September 2006. URL: ACOHS PTY LTD v UCORP PTY LTD & ORS – CCH iKnow | Australian Tax & Accounting (дата обращения: 20.04.2021).

пользователь обозначает проблему и ее решение. Например, когда исследователи используют программное обеспечение для проверки отдельных параметров будущего устройства, при условии, что другие параметры уже были созданы исследователями самостоятельно, загружают их в программу и продолжают работу после получения от машины результатов. В этом случае речь идет об использовании искусственного интеллекта только как средства для достижения результата.

ИЗОБРЕТАТЕЛЬСКИЙ УРОВЕНЬ КАК КРИТЕРИЙ ПАТЕНТОСПОСОБНОСТИ ИЗОБРЕТЕНИЯ, СОЗДАННОГО ИСКУССТВЕННЫМ ИНТЕЛЛЕКТОМ

Согласно ст. 1398 ГК РФ патент на изобретение может быть признан недействительным, в частности, в случае выдачи патента с указанием в нем в качестве автора или патентообладателя лица, не являющегося таковым в соответствии с Гражданским кодексом РФ, либо без указания в патенте в качестве автора или патентообладателя лица, являющегося таковым в соответствии с Гражданским кодексом РФ. Риск признания патента на изобретение, созданное искусственным интеллектом, недействительным порождает необходимость решения проблемы авторства на изобретения и определения надлежащего патентообладателя. И если в качестве первого может выступать только физическое лицо, то вторым может стать и юридическое лицо.

Разработка изобретений с помощью программного обеспечения искусственного интеллекта может привести к необходимости изменения понятия «изобретательский уровень» в части определения специалиста, сведущего в данной области техники, из уровня которой изобретение явным образом не следует. Это лицо, имеющее навыки и знания, используемые в определенной области, к которой относится изобретение.

В законодательстве Российской Федерации не содержится требований, предъявляемых к такому специалисту. Интерес в этом плане представляет судебная практика Канады. В деле *Free World Trust против Électro Santé Inc.* суд определил специалиста как «лицо обыкновенного уровня мастерства»[20]. Однако такой средний характер знаний и опыта специалиста зависит от объекта патентования. В случае создания высокотехнологичных изобретений специалистом может быть тот, кто владеет высоким уровнем научных знаний и опытом в научной сфере, к которой относится изобретение[21].

Суды должны быть осторожными в определении среднего специалиста, сведущего в определенной области техники, поскольку масштабы знания и опыта, которыми должно обладать это абстрактное гипотетическое лицо, должны напрямую влиять на общие текущие знания, имеющиеся у этого лица и необходимые для интерпретации патента и оценки того, является ли изобретением очевидным или предсказуемым[22].

Возникает вопрос: какими знаниями должен обладать такой специалист при определении изобретательского уровня изобретения, созданного искусственным интеллектом? Некоторые авторы полагают, что таким специалистом в этом случае должен быть не человек, а изобретательская машина[23]. Другие авторы полагают, что специалистом, сведущим в определенной области техники, может быть лицо, имеющее доступ к программному обеспечению искусственного интеллекта.

Общие текущие знания специалиста, сведущего в определенной области техники, касаются только того, что такой специалист разумно мог бы знать. Такие знания должны устанавливаться в соответствии с преобладанием вероятностей и не могут быть предположительными. По мнению Райана Эбботта, с развитием технологии искусственного интеллекта будут возрастать и требования к уровню знаний такого специалиста, а при условии постепенной автоматизации процесса создания изобретений сам искусственный интеллект может в будущем рассматриваться в качестве этого специалиста[24].

Соответствующие общие знания и предшествующий уровень техники представляют собой то, что специалист при определении изобретательского уровня может обнаружить, проводя усердный поиск. Например, некоторые поисковые системы онлайн хорошо известны как источники информации для специалиста при проведении экспертизы, поэтому опубликованные в сети Интернет данные – часть его общих знаний, поскольку они могут быть обнаружены в процессе поиска. Таким образом, использование программного обеспечения искусственного интеллекта должно являться частью

[20] Free World Trust c. Électro Santé Inc., 2000. URL: Free World Trust v. Électro Santé Inc. – SCC Cases (lexum.com) (дата обращения: 20.04.2021).

[21] См.: Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd., 1981. URL: Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd. – SCC Cases (lexum.com) (дата обращения: 20.04.2021).

[22] См.: Bauer Hockey Corp. c. Easton Sports Canada Inc., 2010. URL: case comment: Bauer Hockey Corp. v. Easton Sports Canada Inc. (jurisdiction.com) (дата обращения: 20.04.2021).

[23] См.: *Sugimoto C.R., Ekbia H.R., Mattioli M.* Big Data Is Not a Monolith. MIT Press, 2016. P. 187–198.

[24] См.: *Abbott R.* The Artificial Inventor Project // WIPO Magazine. 2019. No. (6). P. 8–13.

поиска, проведенного специалистом при проверке изобретения, заявленного на регистрацию.

Можно утверждать, что для определения соответствия изобретения изобретательскому уровню и его неочевидности из существующего уровня техники специалисту следует ответить на следующие вопросы: было ли очевидно, что попытка создания изобретения будет успешной? существует ли определенное количество предсказуемых решений, известных специалистам в данной области техники? каковы характер и масштабы усилий, необходимых для создания изобретения? являлись ли предшествующие созданию изобретения испытания обычными или длительными и трудными? предоставляет ли прототип основания для поиска решения проблемы, лежащей в основе патента?

ВЫВОДЫ

Эффективность программного обеспечения искусственного интеллекта связана, в частности, со способностью алгоритма систематизировать полученные данные по категориям на основе определенных сходств или различий. Аналитическая деятельность искусственного интеллекта проводится, как правило, на более детализированном уровне, чем способен сделать человек, со скоростью, несравнимой с возможностью человека обработать тот же объем данных.

Таким образом, процесс создания изобретения искусственным интеллектом можно рассматривать как пересмотр имеющихся в данной области техники параметров и характеристик и осуществление выбора из определенных категорий. Полученные в процессе деятельности искусственного интеллекта научно-технические результаты являются частью простого набора конечного числа предсказуемых решений (продиктованных предварительным определением проблемы и точно отобранными параметрами) и проанализированных с целью создания изобретения данных. В этом случае алгоритм искусственного интеллекта выступает в роли простого инструмента, используемого для анализа возможностей, вполне предсказуемых для специалиста в данной области техники.

Неурегулированность проблемы определения субъекта исключительных прав на запатентованное решение, созданное искусственным интеллектом, приводит к неопределенности при передаче прав на объект патентного права, а также порождает неопределенность, связанную с поиском критериев патентоспособности создаваемого искусственным интеллектом изобретения (в частности, с понятием специалиста, сведущего в данной области техники, и толкованием очевидности из существующего уровня техники).

Чрезмерно высокие требования к уровню знаний специалиста, проводящего экспертизу изобретения, могут оказать сдерживающее воздействие на изобретательскую активность, т.к. приведут к увеличению отказов в выдаче патентов в связи с очевидностью любого решения, полученного на основе анализа данных с помощью искусственного интеллекта. Как представляется, следует избегать применения критериев, используемых по отношению к изобретениям, созданным с помощью программного обеспечения искусственного интеллекта, в той мере, в какой они применяются к изобретениям, созданным человеком.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. *Близнец И.А., Леонтьев К.Б.* Авторское право и смежные права: учеб. / под ред. И.А. Близнеца. М., 2019. С. 143.
2. *Витко В.* Анализ научных представлений об авторе и правах на результаты деятельности искусственного интеллекта // ИС. Авторское право и смежные права. 2019. № 2. С. 5–20; № 3. С. 5–22.
3. *Пономарева Д.В., Барабашев А.Г.* Патентная защита результатов научной деятельности и искусственный интеллект: проблемы и вызовы // Право и цифровая экономика. 2020. № 3. С. 36–43.
4. *Сафин Р.Р., Маскин К.А., Поваров Ю.С.* Правовое регулирование объектов авторского права, созданных с использованием «нейросети» // Правовое регулирование интеллектуальной собственности и инновационной деятельности: сб. ст. науч.-метод. семинара. М., 2018. С. 157.
5. *Трофименко А.В.* Нематериальные объекты в гражданских правоотношениях. Саратов, 2004.
6. *Харитонова Ю.С., Савина В.С.* Технология искусственного интеллекта и право: вызовы современности // Вестник Пермского ун-та. Юрид. науки. 2020. № 3. С. 524–549.
7. *Abbott R.* The Artificial Inventor Project // WIPO Magazine. 2019. No. (6). P. 8–13.
8. *Aubin Camille.* Intelligence artificielle et brevets // Cahiers de Propriété Intellectuelle. 2018. No. 30 (3). P. 947–984.
9. *Crowne Emir.* Payment of Patent Maintenance Fees Merely Mechanical // Journal of Intellectual Property Law & Practice. 2009. No. 4 (8). P. 529–532.
10. *Sugimoto C.R., Ekbia H.R., Mattioli M.* Big Data Is Not a Monolith. MIT Press, 2016. P. 187–198.
11. World Economic Forum. Artificial Intelligence Collides with Patent Law. White Paper for the Center for the Fourth Industrial Revolution, avril 2018. P. 6. URL: WEF_48540_WP_End_of_Innovation_Protecting_Patent_Law.pdf (weforum.org) (дата обращения: 21.04.2021).

REFERENCES

1. *Gemini I.A., Leontiev K.B.* Copyright and related rights: studies / ed. by I.A. Gemini. M., 2019. P. 143 (in Russ.).
2. *Vitko V.* Analysis of scientific ideas about the author and the rights to the results of artificial intelligence // Copyright and related rights. 2019. No. 2. P. 5–20; No. 3. P. 5–22 (in Russ.).
3. *Ponomareva D.V., Barabashev A.G.* Patent protection of scientific results and artificial intelligence: problems and challenges // Law and the digital economy. 2020. No. 3. P. 36–43 (in Russ.).
4. *Safin R.R., Maskin K.A., Povarov Yu. S.* Legal regulation of copyright objects created using the "neural network" // Legal regulation of intellectual property and innovation activity: collection of articles of scientific methodical seminar. M., 2018. P. 157 (in Russ.).
5. *Trofimenko A.V.* Intangible objects in civil legal relations. Saratov, 2004 (in Russ.).
6. *Kharitonova Yu. S., Savina V.S.* Artificial intelligence technology and Law: Challenges of modernity // Herald of the Perm University. Legal sciences. 2020. No. 3. P. 524–549 (in Russ.).
7. *Abbott R.* The Artificial Inventor Project // WIPO Magazine. 2019. No. (6). P. 8–13.
8. *Aubin Camille.* Intelligence artificielle et brevets // Cahiers de Propriété Intellectuelle. 2018. No. 30 (3). P. 947–984.
9. *Crowne Emir.* Payment of Patent Maintenance Fees Merely Mechanical // Journal of Intellectual Property Law & Practice. 2009. No. 4 (8). P. 529–532.
10. *Sugimoto C.R., Ekbia H.R., Mattioli M.* Big Data Is Not a Monolith. MIT Press, 2016. P. 187–198.
11. World Economic Forum. Artificial Intelligence Collides with Patent Law. White Paper for the Center for the Fourth Industrial Revolution, avril 2018. P. 6. URL: WEF_48540_WP_End_of_Innovation_Protecting_Patent_Law.pdf (weforum.org) (accessed: 21.04.2021).

Сведения об авторе

СВИРИДОВА Екатерина Александровна – кандидат юридических наук, доцент, доцент Департамента правового регулирования экономической деятельности юридического факультета Финансового университета при Правительстве Российской Федерации; 109456 г. Москва, 4-й Вешняковский проезд, д. 4

Authors' information

SVIRIDOVA Ekaterina A. – PhD in Law, associate Professor, associate Professor of the Department of legal regulation of economic activity, Faculty of Law at Financial University under the Government of the Russian Federation; 4 Veshnyakovsky proezd, 109456 Moscow, Russia

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 11, с. 100–110
STATE AND LAW, 2021, № 11, pp. 100–110

ПРАВО И МЕДИЦИНА

АКТУАЛЬНЫЕ БИОЭТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ И ИХ ПРАВОВОЕ ИЗМЕРЕНИЕ

© 2021 г. О. С. Капинус

Университет прокуратуры Российской Федерации, г. Москва

E-mail: niigp@msk.rsnet.ru

Поступила в редакцию 31.08.2021 г.

Аннотация. Рассматривая современные биоэтические проблемы, обострившиеся в условиях пандемии новой коронавирусной инфекции (COVID-19), автор приходит к выводу, что их уголовно-правовое «измерение» производно от позитивного регулирования. Уголовная ответственность за деяния, связанные с использованием новых биотехнологий, может быть установлена только при условии их «первичного» запрета в медицинском законодательстве. А оценка обоснованности рисков медицинского вмешательства с позиции ст. 41 УК РФ напрямую увязана с соблюдением правил оказания медицинской помощи, в которых уже заложены допустимые границы риска. Если же на уровне первичного позитивного регулирования отсутствует требуемая правовая определенность (как в ситуации с «коллизией жизней» больных с одинаковыми медицинскими показателями), то соответствующая биоэтическая проблема не может быть разрешена уголовно-правовыми средствами.

Ключевые слова: биоэтика, пандемия, коллизия жизней, вакцинация, обоснованный риск.

Цитирование: *Капинус О.С.* Актуальные биоэтические проблемы и их правовое измерение // Государство и право. 2021. № 11. С. 100–110.

DOI: 10.31857/S102694520017458-4

CURRENT BIOETHICAL PROBLEMS AND THEIR LEGAL DIMENSION

© 2021 O. S. Kapinus

University of the Prosecutor's Office of the Russian Federation, Moscow

E-mail: niigp@msk.rsnet.ru

Received 31.08.2021

Abstract. Considering the contemporary bioethical problems that have become aggravated in conditions of the new coronavirus pandemic (COVID-19), the author comes to the conclusion that their criminal-legal "dimension" is derived from positive regulation. Criminal liability for acts related to the use of new biotechnologies can be established only if they are "primary" prohibited in medical legislation. The assessment of the justification of the risks of medical intervention from the position of art. 41 of the Criminal Code of the Russian Federation is directly linked with the observance of the rules of medical care, which already contain acceptable risk limits. If at the level of primary positive regulation there is no required legal distinctness (as in the situation with the "collision of lives" of patients with the same medical indicators), then the corresponding bioethical problem cannot be resolved by crimin

Key words: bioethics, pandemic, collision of lives, vaccination, reasonable risk.

For citation: *Kapinus, O.S. (2021).* Current bioethical problems and their legal dimension // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 11, pp. 100–110.

Научные достижения в области биологии и генетики, стремительное развитие медицинских технологий, фармакологии открывают новые возможности в плане повышения продолжительности и качества жизни, решения репродуктивных проблем, излечения опасных заболеваний. Вместе с тем научно-технический прогресс в медицинской сфере неизбежно порождает сложнейшие биоэтические и связанные с ними правовые вопросы. К ним, в частности, относятся: проблемы допустимости клонирования человека и вмешательства в его геном, клинических испытаний на человеке, а также ответственности за вред, причиненный в результате подобных действий; вопросы правового регулирования суррогатного материнства, трансплантации органов и тканей человека; проблемы правовой оценки эвтаназии; возможности и пределы принуждения человека к медицинскому вмешательству и охране своего здоровья.

Биоэтические и производные от них правовые вопросы приобретают особую актуальность в связи с глобальным распространением новой коронавирусной инфекции (COVID-19). Пандемия коронавируса предопределила необходимость практического решения проблем.

В условиях нехватки медицинского оборудования, медикаментов, персонала, стационарных койко-мест и иных ресурсов, явно не рассчитанных на столь масштабный наплыв заболевших коронавирусной инфекцией, медицинские работники во всем мире оказались перед сложным выбором – кому из пациентов оказать помощь, а кого оставить без надлежащего лечения (без госпитализации в стационар, без дефицитных лекарств и т.д.). Например, в Италии врачи, не справляясь с небывалым «потоком» тяжелобольных пациентов, зараженных новой коронавирусной инфекцией, были вынуждены «сортировать» больных по возрастному признаку, оставляя без лечения престарелых лиц[1].

В случае смерти человека, которому отказано в лечении, или причинения тяжкого вреда его здоровью закономерно возникает вопрос уголовно-правовой оценки деяния врача, сделавшего выбор в пользу другого пациента. В теории уголовного права этот вопрос предлагается разрешать на основании нормы о крайней необходимости (ст. 39 УК РФ)[2]. Однако ст. 39 УК РФ не рассчитана на ситуации, в которых угрожающая опасность (смерть одного пациента) и действия по ее устранению (отказ в лечении другого пациента с неизбежной опасностью его смерти) являлись равнозначными. Причинение вреда в состоянии крайней необходимости признается правомерным лишь при условии, что этот вред был менее значительным, чем вред предотвращенный (принцип «меньшего зла»). В нашем же случае вред пациенту, оставленному без лечения, причинен для устранения точно такого же вреда, угрожавшего другому пациенту, что нарушает условия правомерности, сформулированные в ч. 2 ст. 39 УК РФ.

Многие представители уголовно-правовой доктрины, ссылаясь на положения ч. 2 ст. 39 УК РФ, считают правомерным причинение смерти человеку ради спасения жизни нескольких людей[3], т.е. допускают возможность разрешения «коллизии жизней» на основании количественного критерия. Но этот критерий не применим в ситуации выбора между двумя тяжелобольными пациентами с одним заболеванием и сходной симптоматикой, а тем более при одновременном поступлении трех и более больных, требующих проведения инвазивной искусственной вентиляции легких, когда медицинское учреждение располагает только одним свободным аппаратом ИВЛ.

В попытках подвести ситуацию «коллизию жизней» под действие нормы о крайней необходимости отдельные специалисты высказывают мнение о том, что при сопоставлении тяжести вреда, возможного или неизбежного при вынужденном отказе от лечения одного из двух тяжелобольных пациентов, необходимо учитывать «социальную ценность» их жизней. «Разрешение подобных ситуаций, – отмечает Г.С. Шкабин, – предполагает соотношение двух разных жизней, установление между ними правового тождества или различия. А это значит, что нужно сравнить жизни молодого человека и старика, крупного учёного и преступника и т.д. Это означает, что при таком сравнении жизней необходимо руководствоваться не только

[1] 6 марта 2020 г. итальянское общество анестезиологии, реанимации и интенсивной терапии (SIAARTI) выпустило этические рекомендации на случай, если у врачей будет недостаточно ресурсов для лечения всех пациентов. В таких ситуациях SIAARTI советует руководствоваться принципами медицины во время военных действий: отказаться от попыток оказать помощь всем больным в порядке очереди и сосредоточиться на спасении тех, у кого наибольшие шансы выжить. Это, как следует из рекомендаций SIAARTI, молодые люди без сопутствующих заболеваний (см.: URL: https://meduza.io/feature/2020/03/13/v-italii-bolshe-12-tysyach-zarazhennyh-koronavirusom-bolnitsy-ne-spravlyayutsya-s-naplyvom-patsientov-vrachi-vynuzhdeny-vybirat-kogo-lechit-a-kogo-net).

[2] См.: *Шкабин Г.С.* Пандемия COVID-19 как источник опасности при крайней необходимости // Вестник МГОУ. Сер.: Юриспруденция. 2020. № 3.

[3] См., напр.: *Паше-Озерский Н.Н.* Необходимая оборона и крайняя необходимость по советскому уголовному праву. М., 1962. С. 167; *Блинников В.А.* Обстоятельства, исключающие преступность деяния, в уголовном праве России. Ставрополь, 2001. С. 140; *Гехфенбаум Г.М.* Крайняя необходимость в уголовном праве: дис. ... канд. юрид. наук. Ставрополь, 2002. С. 147; *Меркурьев В.В.* Защита безопасности человека и его жизнедеятельности. М., 2006. С. 31; *Плешаков А.М., Шкабин Г.С.* «Коллизия жизней» при крайней необходимости и проблемы уголовной ответственности // Государство и право. 2007. № 7. С. 64–71.

практическими соображениями, но и нравственными категориями и социально-психологическими установками». Развивая эту идею, автор как бы «от третьего лица» пишет: «На уровне бытовых отношений не исключены мнения, что предпочтение нужно отдать человеку, который может принести большую пользу для общества. Поэтому наверняка будут такие, которые посчитают возможным пожертвовать человеком, не имеющим места жительства, ради спасения перспективного специалиста»[4].

Надо отдать должное Г.С. Шкабину в том, что он смог вынести на обсуждение непростой вопрос о критериях выбора между жизнями нескольких пациентов. Медицинское сообщество, по крайней мере в Российской Федерации, предпочитает обходить эту тему стороной. Как следствие, общепринятые этические стандарты разрешения «коллизии жизней» больных отсутствуют. Медицинские работники, столкнувшиеся с этой проблемой, вынуждены делать выбор в пользу одного из двух пациентов, руководствуясь не только медицинскими показателями (тяжесть заболевания, «прогноз выживаемости»), тем более что они нередко совпадают, но и своими морально-ценностными и мировоззренческими установками, субъективными представлениями о «ценности» конкретных людей для общества. Иногда на них наслаиваются личные симпатии, родственные или иные близкие отношения с пациентом, корыстная или иная личная заинтересованность (подкуп со стороны родных больного, стремление завести полезное знакомство и т.п.), архетипы «свой – чужой».

Однако при этом нужно особо подчеркнуть, что субъективное соизмерение «ценности» жизней ни при каких условиях не может переноситься в уголовно-правовую плоскость. С точки зрения права жизни людей абсолютно равны. А потому саму постановку вопроса о юридическом соотношении двух разных жизней, поиске критериев их «правового тождества или различия» в контексте предписаний ст. 39 УК РФ о крайней необходимости следует признать недопустимой.

Таким образом, приходится констатировать, что неоказание помощи больному в ситуации «коллизии жизней» нельзя оценивать с позиции ст. 39 УК РФ. Впрочем, это ни в коем случае не означает, что медицинский работник, оказавшийся перед сложным этическим выбором между несколькими тяжелобольными пациентами, должен нести уголовную ответственность по ст. 124 УК РФ за неоказание помощи больному. Нужно понимать, что в рассматриваемой ситуации отказ в оказании медицинской помощи является вынужденным, неизбежным. В условиях нехватки стационарных койко-мест, оборудования, лекарственных препаратов у врача отсутствует возможность для оказания медицинской помощи всем нуждающимся, что исключает уголовную ответственность за преступное бездействие. В уголовно-правовом смысле бездействие – это невыполнение юридической обязанности действовать определенным образом, однако оно, как известно, признается преступным лишь при условии, что обязанный субъект в конкретных условиях времени, места и обстановки располагал реальной возможностью выполнить соответствующую обязанность, т.е. совершить требуемое от него действие. И если при наличии одного свободного аппарата ИВЛ в медицинское учреждение одновременно поступило несколько больных, требующих неотложного проведения инвазивной искусственной вентиляции легких, то неоказание необходимой медицинской помощи больному нельзя признать преступным бездействием. В этой ситуации можно лишь ставить вопрос об уголовно-правовой оценке бездействия представителей администрации медицинского учреждения по ст. 293 УК РФ, при условии, что они, имея необходимые ресурсы и возможность, не обеспечили учреждение необходимым оборудованием.

Уголовная ответственность врача, столкнувшегося с необходимостью делать выбор в пользу одного из нескольких пациентов, по ст. 124 УК РФ возможна только в тех случаях, когда соответствующий выбор был сделан в нарушение регламентов «сортировки» больных. Так, например, Порядок госпитализации в медицинские организации пациентов с установленным диагнозом новой коронавирусной инфекции (COVID-19) в зависимости от степени тяжести заболевания, утвержденный приказом Минздрава России от 19.03.2020 № 198н[5], предусматривает критерии, при наличии которых пациенты подлежат госпитализации в специализированные медицинские организации. И если врач принял заведомо незаконное решение госпитализировать пациента, несоответствующего установленным критериям, и отказал в госпитализации больному, который по медицинским показателям требует обязательной госпитализации, то при наличии последствий в виде смерти второго пациента или тяжкого вреда его здоровью содеянное необходимо квалифицировать по ст. 124 УК РФ как неоказание помощи больному.

[4] *Шкабин Г.С.* Указ. соч. С. 44.

[5] См.: приказ Министерства здравоохранения РФ от 19.03.2020 г. № 198н «О временном порядке организации работы медицинских организаций в целях реализации мер по профилактике и снижению рисков распространения новой коронавирусной инфекции (COVID-19)» // Официальный интернет-портал правовой информации // http://pravo.gov.ru, 19.03.2020.

Если же при наличии одного свободного койко-места в медицинскую организацию одновременно поступает несколько пациентов, соответствующих медицинским критериям госпитализации, то «сортировка» больных отдается исключительно на усмотрение врача, поскольку вышеуказанный Порядок госпитализации не устанавливает очередность госпитализации пациентов, каждый из которых нуждается в стационарном лечении. Понятно, что здесь возникает пространство для злоупотреблений. Однако в условиях неурегулированности этого процесса, при отсутствии нормативно определенных алгоритмов очередности оказания медицинской помощи соответствующие злоупотребления остаются за рамками права. Они подлежат только моральной оценке. Даже если выбор в пользу одного из двух тяжелобольных пациентов с аналогичными медицинскими показателями был сделан врачом под влиянием подкупа, оставление без помощи второго больного все равно не образует состава преступления, предусмотренного ст. 124 УК РФ, т.к. бездействие врача осуществлялось при отсутствии реальной возможности действовать.

* * *

В условиях пандемии новой коронавирусной инфекции (COVID-19) актуальными стали проблемы этической и правовой оценки испытаний новых вакцин. С одной стороны, испытание нового лекарства на добровольцах давно вошло в фармакологическую практику. Эта процедура довольно подробно регламентирована в соответствующих протоколах, стандартах и иных нормативных правовых актах, относящихся к медицинскому праву (например, в Федеральных законах от 12.04.2010 № 61-ФЗ «Об обращении лекарственных средств»[6], от 17.09.1998 № 157-ФЗ «Об иммунопрофилактике инфекционных болезней»[7]). С другой стороны, в условиях пандемии правила испытаний на людях новых вакцин, предполагающие проведение обстоятельного, репрезентативного и долговременного исследования, вошли в противоречие с задачей срочного поиска барьеров на пути распространения заболевания, угрожающего масштабной гибелью людей и остановкой экономической деятельности.

Как представляется, это противоречие может разрешаться только при соблюдении условий правомерности обоснованного риска. Согласно ч. 1 ст. 41 УК РФ не является преступлением причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам при обоснованном риске для достижения общественно полезной цели. При этом в ч. 2 ст. 41 УК РФ уточняется, что риск признается обоснованным, если указанная цель не могла быть достигнута не связанными с риском действиями (бездействием) и лицо, допустившее риск, предприняло достаточные меры для предотвращения вреда охраняемым уголовным законом интересам. Предупреждение посредством вакцинации возможного заражения вирусом (в рассматриваемом нами случае – COVID-19), безусловно, можно отнести к общественно полезной цели. Причем очевидно, что испытание новой вакцины не может не сопровождаться рисками причинения вреда здоровья добровольцев, участвующих в ее испытании. В этой ситуации это неизбежный риск. Но при этом причинение вреда здоровью добровольцев может быть признано обоснованным только при условии принятия мер, направленных на минимизацию соответствующих рисков, которые регламентированы медицинскими протоколами испытания вакцин.

Многие представители медицинского сообщества настаивают на том, что соответствующие протоколы требуют адаптации к ситуациям массовой вспышки новых инфекционных заболеваний (этот вопрос выходит за пределы компетенции юристов). Но в любом случае, именно медицинские регламенты являются тем стандартом, с позиции которого необходимо оценивать соблюдение условий правомерности обоснованного риска. Они устанавливают границы рискованного поведения в соответствующей сфере, а потому отступление от них означает, что лицо нарушило требования ч. 2 ст. 41 УК РФ о принятии достаточных мер для предотвращения вреда охраняемым уголовным законом интересам. Соответственно, испытатели вакцины, нарушившие обязательные специальные правила, подлежат уголовной ответственности за причинение вреда жизни и здоровью добровольцев, участвующих в испытаниях.

* * *

Специального рассмотрения заслуживает вопрос обоснованного риска при проведении вакцинации. Действующее законодательство признает вакцинацию одной из разновидностей медицинского вмешательства (п. 5 ст. 2 Федерального закона от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны

[6] См.: СЗ РФ. 2010. № 16, ст. 1815.

[7] См.: СЗ РФ. 1998. № 38, ст. 4736. Отметим, что законодательство о доклинических испытаниях и практика его реализации должна соответствовать международно-правовым документам о соблюдении этических норм при проведении таких испытаний (см.: Конвенция о защите прав человека и человеческого достоинства в связи с применением достижений биологии и медицины: Конвенция о правах человека и биомедицине (ETS N164) (Заключена в г. Овьедо 04.04.1997 г.) // СПС «КонсультантПлюс»); Модельный закон о защите прав и достоинства человека в биомедицинских исследованиях в государствах – участниках СНГ// Информационный бюллетень. Межпарламентская Ассамблея государств – участников СНГ. 2006. № 37).

здоровья граждан в Российской Федерации»[8]). Как всякое медицинское вмешательство, вакцинация несет в себе риски временного расстройства здоровья, инвалидности или даже смерти. В связи с этим она должна сопровождаться исполнением требований обоснованного риска и добровольного информированного согласия.

Оценка обоснованности риска наступления вреда применительно к вакцинированию носит сложный многоуровневый характер. Первоначальные, общие условия оценивает государство, причем особенность принятия решения о начале вакцинации связана с тем, что оно касается не одного конкретного больного, а населения страны в целом. Такое решение имеет важное значение не только для состояния здоровья нации, но и для экономических, а также социальных процессов. В масштабе страны оценка рисков вакцинации перемещается из области медицины в область политики, однако, как представляется, политическое решение тем не менее должно опираться на научные, социально-экономические и собственно медицинские прогнозы. Только в таком случае оно будет соответствовать правовым основам взаимоотношения интересов отдельных граждан и общества в целом. При этом обостряется вопрос о балансе политических и этических компонентов подобных решений, особенно учитывая риски возможных побочных явлений в виде причинения вреда здоровью граждан или даже их смерти.

При переходе на уровень исполнения решений о вакцинировании конкретного пациента оценка обоснованности риска приобретает индивидуально-определённый характер. Решение врача о введении вакцины конкретному больному имеет правовые основания, заложенные в федеральном законодательстве и соответствующих подзаконных актах. Оно должно основываться на соблюдении всех требований нормативного регулирования медицинского вмешательства подобного рода. Между тем указанные требования сами по себе не предрешают вопрос о допустимости вакцинации конкретного больного. Принимая решение о вакцинации, врач должен учитывать состояние здоровья пациента, его возраст и другие индивидуальные особенности, которые могут быть связаны с противопоказанием и оказывать влияние на эффективность, а также безопасность медицинской процедуры.

Поскольку вакцина является лекарственным препаратом, ее введение подпадает под перечень медицинских процедур, требующих получения добровольного информированного согласия пациента. Первоначальную информацию о «плюсах» и «минусах» вакцинирования пациент обычно получает из СМИ, социальных сетей, специализированных и случайных сайтов сети Интернет. Чтобы не допустить искажения этих сведений, законодатель ввел уголовную ответственность за публичное распространение заведомо ложной информации об обстоятельствах, представляющих угрозу жизни и безопасности граждан (ст. 207^1 УК РФ), и публичное распространение заведомо ложной общественно значимой информации, повлекшее тяжкие последствия (ст. 207^2 УК РФ).

Перед вакцинацией медицинский работник обязан сообщить пациенту те сведения, которые содержатся в соответствующих медицинских методических рекомендациях, в протоколах лечения и в других медицинских документах, обязательных для исполнения врачом, а также заручиться информированным добровольным согласием пациента на вакцинацию. При этом согласие пациента на медицинское вмешательство означает лишь реализацию его права обладать информацией для принятия решения о вмешательстве и не означает освобождение исполнителя медицинской услуги от ответственности (в т.ч. и уголовной) за ненадлежащее ее оказание[9]. Согласие пациента не снимает с врача обязанности убедиться в отсутствии противопоказаний для проведения вакцинирования, соблюдать соответствующие требования и протоколы, определяющие безопасные условия проведения соответствующей медицинской процедуры. Только в этом случае риск медицинского вмешательства можно признать обоснованным и соответствующим требованиям ст. 41 УК РФ.

* * *

Опыт борьбы с пандемией новой коронавирусной инфекции в разных государствах показал, что залогом успешности противоэпидемических мероприятий является неукоснительное выполнение санитарно-эпидемиологических требований и ответственное отношение граждан к сбережению своего здоровья. К сожалению, многие граждане Российской Федерации пренебрегают элементарными правилами безопасности – значительная часть из них (около 20%) не надевают медицинские и иные защитные маски при выходе из дома, свыше трети нарушают правила их ношения (опускают на подбородок, не закрывают нос).

Впрочем, это всего лишь часть масштабной проблемы, которая заключается в безответственном отношении граждан к собственному здоровью. По данным специального социологического исследования, проведенного В.Э. Бойковым, 64.1%

[8] См.: СЗ РФ. 2011. № 48, ст. 6724.

[9] См.: *Казакова Е.Б., Зимина М.Ю.* О проблеме информированного согласия в медицине // Медицинское право. 2011. № 4. С. 38–42.

российских граждан не соблюдают режим питания; 76.4% – не занимаются утренней гимнастикой; 33.7% – регулярно курят (из них 48% выкуривают от 11 до 20 и более сигарет в день); 84.7% – употребляли алкогольные напитки, в т.ч. каждый четвертый употребляет водку, коньяк и другие крепкие напитки регулярно. На вопрос: «В какой мере вы заботитесь о своем здоровье?» – дали ответ, что мало заботятся или совсем не заботятся: в возрастной группе 15–19 лет – 37.4% опрошенных, в группе 20–24 года – 47.0% и т.д. по нарастающей прогрессии. Суммируя полученные данные, В.Э. Бойков приходит к неутешительному выводу – «основная масса обследованных на практике относится к собственному здоровью весьма небрежно. Многие люди не приучены к стилю жизни и поведению, которые обеспечивают предупреждение заболеваний, подвержены влиянию отрицательных социальных норм и традиций. Как свидетельствует совокупность полученных данных о распространенности положительных и отрицательных поведенческих факторов, влияющих на здоровье, доля тех, кто в повседневной жизни действительно бережет свое здоровье, не превышает 25% обследованных»[10]. Неудивительно, что такое отношение к собственному здоровью проявилось и в период пандемии.

На этом фоне закономерно возникают сложные биоэтические и правовые вопросы: можно ли принудить человека к самосохранению здоровья? Допустимо ли вмешиваться в частную жизнь человека с целью охраны его здоровья? Каковы пределы этого вмешательства?

В ст. 41 Конституции РФ провозглашено право каждого на охрану здоровья и медицинскую помощь, которую в государственных и муниципальных учреждениях здравоохранения предписано оказывать гражданам бесплатно за счет средств соответствующего бюджета, страховых взносов, других поступлений. Одновременно с этим констатирована необходимость государственного финансирования федеральных программ охраны и укрепления здоровья населения, принятия мер по развитию государственной, муниципальной, частной систем здравоохранения, поощрения деятельности, способствующей укреплению здоровья человека, развитию физической культуры и спорта, экологическому и санитарно-эпидемиологическому благополучию.

Делая акцент на обязанности государства обеспечить условия и гарантии надлежащей реализации права человека на охрану здоровья, Конституция РФ не предусматривает обязанности самих граждан по сохранению собственного здоровья. Однако вполне очевидно, что здоровье граждан зависит не только и даже не столько от уровня развития системы здравоохранения, сколько от их собственных усилий, направленных на сохранение и поддержание здоровья, т.е. от т.н. «самосохранительного поведения»[11].

В развитых странах это обстоятельство осознали уже достаточно давно. Начиная с 70-х годов прошлого столетия там произошел радикальный концептуальный переход в политике здравоохранения. Если раньше граждане рассматривались как пассивные потребители медицинских услуг, то теперь они признаются активными субъектами, ответственными за сохранение собственного здоровья[12]. Отечественная система охраны здоровья, хотя и с запозданием, тоже следует этому курсу. Важным шагом в этом направлении можно считать установление на законодательном уровне обязанности граждан заботиться о своем здоровье (п. 1 ст. 27 Федерального закона от 21.11.2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»). Впрочем, нужно признать, что эта обязанность пока что не обеспечена в должной мере правовыми механизмами, способствующими ее реализации.

Формирование ответственного отношения граждан к собственному здоровью – это, вне всякого сомнения, актуальная и важная задача. Представляется, что решение этой задачи требует разработки и реализации системы мер, среди которых ведущую роль должны играть меры позитивного стимулирования. Негативные стимулы (запреты, санкции и т.д.) в этом плане менее эффективны – в нашей стране они традиционно воспринимаются «в штыки», вызывают отторжение у широких слоев населения, при этом дискредитируются и те разумные идеи, для реализации которых вводились

[10] *Бойков В.Э.* Здоровье как базовая ценность в сознании и быту российского населения // Социология власти. 2009. № 2. С. 19–26. Попутно отметим, что повышенную заботу о собственном здоровье (правильный образ жизни, отказ от вредных привычек, регулярные занятия спортом, здоровое питание и проч.) проявляют в первую очередь достаточно состоятельные граждане (средний класс). Именно на них в значительной мере ориентирована вся «индустрия здоровья» (частные медицинские клиники, оздоровительные центры, фитнес-клубы и др.).

[11] Самосохранительное поведение включает в себя внимание к собственному здоровью, способность обеспечить индивидуальную профилактику его нарушений, сознательную ориентацию на здоровый образ жизни. Самосохранительное поведение характеризуют занятия физической культурой и спортом, отношение к алкоголю и курению, поведение в случае заболевания, обращаемость в медицинские учреждения за советами, в т.ч. профилактическими, уровень удовлетворенности состоянием своего здоровья, степень активности в поддержании здоровья (см.: *Ковалева А.А.* Самосохранительное поведение в системе факторов, оказывающих влияние на состояние здоровья // Журнал социологии и социальной антропологии. 2008. № 2. С. 179–191).

[12] См.: там же.

соответствующие запретительно-карательные меры.

К числу мер позитивного стимулирования можно, в частности, отнести пропаганду здорового образа жизни (занятие физической культурой и спортом, здоровое питание, отказ от курения, чрезмерного употребления алкоголя и иных вредных привычек и т.д.), регулярные профилактические медицинские осмотры.

Элементом системы позитивного стимулирования граждан к сбережению собственного здоровья должны стать материальные стимулы. С одной стороны, необходимо сделать экономически невыгодным деструктивное воздействие на свое здоровье, чему, в частности, может способствовать повышение стоимости табачной продукции и крепких спиртных напитков, канцерогенных продуктов питания. Нужно внедрять новые и расширять сферу применения существующих экономических санкций за безответственное отношение к собственному здоровью. Пока что они используются лишь в единичных случаях. Одним из немногих примеров могут служить экономические санкции, предусмотренные Федеральным законом от 29 декабря 2006 г. № 255-ФЗ «Об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством»[13]. Статья 8 указанного Федерального закона предусматривает основания для снижения размера пособия по временной нетрудоспособности и относит к ним следующие проявления безответственного отношения к собственному здоровью: 1) нарушение застрахованным лицом без уважительных причин в период временной нетрудоспособности режима, предписанного лечащим врачом; 2) неявка застрахованного лица без уважительных причин в назначенный срок на врачебный осмотр или на проведение медико-социальной экспертизы; 3) заболевание или травма, наступившие вследствие алкогольного, наркотического, токсического опьянения или действий, связанных с таким опьянением.

С другой стороны, нужно вводить поощрительные меры для граждан, которые заботятся о сохранении своего здоровья. В качестве примера можно привести практику некоторых коммерческих организаций, которые ввели ежемесячные доплаты для некурящих работников.

Как показывает зарубежный опыт, эффективным инструментом материального стимулирования может стать «гибкая» (прогрессивная) система тарифов на медицинское страхование. Большинство европейских и американских страховых компаний снижают стоимость полисов застрахованных лиц, которые соблюдают график ежегодных медосмотров. К сожалению, российская система медицинского страхования не нацелена на материальное стимулирование ответственного отношения граждан к собственному здоровью. Полагаю, что в этой части она имеет огромный резерв для совершенствования.

Репрессивные меры воздействия могут быть использованы для стимулирования граждан к сбережению собственного здоровья лишь в исключительных случаях при соблюдении конституционных требований к установлению публично-правовой ответственности. В силу ч. 3 ст. 55 Конституции РФ права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Анализ действующего законодательства показывает, что меры публично-правовой ответственности устанавливаются и применяются в случаях, когда безразличное или деструктивное отношение к своему здоровью (т.н. «аутоагрессия») создает опасность здоровью населения и общественной нравственности. В частности, КоАП РФ устанавливает административную ответственность за потребление наркотических средств или психотропных веществ без назначения врача либо новых потенциально опасных психоактивных веществ (ст. 6.9), за уклонение от прохождения диагностики, профилактических мероприятий, лечения от наркомании и (или) медицинской и (или) социальной реабилитации в связи с потреблением наркотических средств или психотропных веществ без назначения врача либо новых потенциально опасных психоактивных веществ (ст. 6.9.1), за занятие проституцией (ст. 6.11). А в Уголовном кодексе РФ установлена ответственность за незаконный оборот наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов без цели сбыта (ст. 228), т.е. для личного потребления.

Государственное принуждение может применяться и в случаях, когда лицо не в состоянии самостоятельно позаботиться о своем здоровье. В частности, действующее законодательство допускает принудительную госпитализацию гражданина в психиатрическую или противотуберкулезную медицинскую организацию (в порядке гл. 30 и 31 Федерального закона «Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации»), а также оказание необходимой для спасения жизни помощи несовершеннолетним или лицам, признанным недееспособными, в случае

[13] См.: СЗ РФ. 2007. № 1 (ч. I), ст. 18.

отказа законного представителя от медицинского вмешательства (гл. 31[1])[14].

Для некоторых категорий граждан законодательно установлена обязанность проходить с определенной периодичностью профилактические медицинские осмотры и диспансеризацию. Однако нередки случаи уклонения от этой обязанности. Чтобы минимизировать подобные факты, можно использовать следующие меры: обязать работодателей не допускать лиц, непрошедших соответствующие процедуры к выполнению трудовой функции без сохранения на этот период заработной платы или предусмотреть увеличение размера платежей за счет дохода таких лиц в фонд обязательного медицинского страхования; гарантировать исполнение соответствующих обязанностей мерами административной ответственности[15].

* * *

Одним из наиболее острых вопросов, возникающих в контексте рассуждений о стимулах к самосохранительному поведению, является вопрос о возможности обязательной вакцинации и допустимости установления ответственности за отказ от вакцинирования. Недавно этот вопрос стал предметом рассмотрения Европейского Суда по правам человека (Постановление Большой Палаты Европейского Суда от 08.04.2021 г. по делу «Вавржичка и другие против Чешской Республики», жалоба № 47621/13[16]).

Жалобы заявителей касались нарушения их права на уважение частной и семейной жизни (ст. 8 Конвенции), свободы мысли, совести и религии (ст. 9 Конвенции), а также права на образование (ст. 2 Протокола № 1 к Конвенции) в связи с отказом от вакцинирования. Первый заявитель отказался вакцинировать своих детей 13 и 14 лет от полиомиелита, гепатита B и столбняка. Родители второй заявительницы отказались вакцинировать ее от всех болезней, от которых вакцинация была обязательной, за исключением кори, эпидемического паротита и краснухи, поскольку у них были сомнения по поводу этой вакцины. Третий заявитель, имевший проблемы со здоровьем, не вакцинировался из-за отсутствия специальной медицинской рекомендации. Родители четвертых заявителей отказались от данной процедуры по религиозным соображениям. Родители пятого заявителя составили для ребенка индивидуальный план вакцинации, который шел вразрез с утвержденным порядком. В первом случае заявитель был оштрафован, а во всех остальных детям было отказано в приеме в детские сады.

Суды Чешской Республики, обосновывая законность наложенных на заявителей ограничений, утверждали, что обязательная вакцинация представляет собой допустимое ограничение права, поскольку это необходимая мера для защиты здоровья населения, а также прав и свобод человека.

Большая Палата Европейского Суда большинством голосов постановила, что власти Чешской Республики не нарушили положения Конвенции. Как отметил Суд, в соответствии со сложившейся прецедентной практикой обязательная вакцинация как недобровольное врачебное мероприятие представляет собой вмешательство в физическую неприкосновенность и тем самым относится к вопросу соблюдения права человека на личную жизнь в значении положений ст. 8 Конвенции.

При этом Суд признал, что политика властей Чешской Республики была направлена на законные цели защиты здоровья и прав всех граждан, подчеркнув при этом, что вакцинация призвана защитить интересы как тех, кто вакцинируется, так и тех, кто вакцинирован быть не может по различным медицинским показаниям и полагается только на свою иммунную систему при возникновении угрозы инфекционных заболеваний. «Можно считать, – указал Европейский Суд, – что вакцинация представляет собой ответ национальных властей на насущную социальную необходимость защиты индивидуального и общественного здоровья от заболеваний и предотвращения любой тенденции к снижению уровня вакцинации среди детей».

В Постановлении Суда отмечено, что при принятии каких-либо решений, касающихся детей, такие решения должны прежде всего учитывать интересы самих детей. В вопросах иммунизации в качестве главной цели должна быть надежная защищенность от существующей угрозы посредством вакцинирования или активизации внутренней иммунной системы. С учетом этого Суд

---

[14] См.: СЗ РФ. 2015. № 10, ст. 1391. С учетом положений ч. 4 ст. 2 КАС РФ, допускающей аналогию закона в ходе административного судопроизводства, по правилам вышеуказанных глав рассматривались судами и заявления о госпитализации граждан, уклоняющихся от обследования в целях выявления коронавирусной инфекции (см.: информационное письмо заместителя Генерального прокурора РФ от 08.05.2020 г. № 8-12-2019 «О практике рассмотрения дел, связанных с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (2019-nCoV)»).

[15] В проекте нового КоАП РФ, разработанного Министерством юстиции РФ, предусмотрена ответственность за нарушение законодательства в области обеспечения санитарно-эпидемиологического благополучия населения к организации и проведению санитарно-противоэпидемических (профилактических) мероприятий, в т.ч. по осуществлению мер в отношении больных инфекционными заболеваниями, проведению медицинских осмотров, профилактических прививок, гигиенического воспитания и обучения граждан (ч. 4 ст. 10.1).

[16] См.: URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-6989051-9414707%22]}

констатировал, что политика здравоохранения Чешской Республики последовательно направлена на защиту интересов детей.

Особое внимание Суд уделил вопросам соразмерности мер, применяемых при отказе от обязательного вакцинирования. В частности, Суд признал, что штраф, который был наложен на первого заявителя, не был чрезмерным. Относительно запрета на посещение дошкольного учреждения для детей, не прошедших вакцинацию, Суд указал, что эта мера означает лишение ребенка важной возможности для развития как личности, но такой запрет носит скорее всего превентивный характер, а не характер наказания. Он был ограничен по времени и продолжался вплоть до достижения ребенком возраста для обязательного посещения школы, когда вопрос вакцинации перестал иметь значение.

Суд подчеркнул, что «меры, на которые жаловались заявители, при оценке в контексте национальной системы находились в разумном пропорциональном соотношении с законными целями, преследуемыми чешским государством <...> посредством обязательной вакцинации». В итоге Суд признал, что оспариваемые меры можно рассматривать как «необходимые в демократическом обществе».

Оценивая это решение Европейского Суда по правам человека, отметим, что сформулированные в нем правовые позиции легитимируют применение штрафных публично-правовых санкций за отказ от обязательной вакцинации. Но в любом случае выбор мер воздействия на лиц, отказавшихся от профилактических прививок, остается за национальными властями.

В этом плане российский законодатель занимает довольно либеральную позицию. В п. 1 ст. 5 Федерального закона от 17 сентября 1998 г. № 157-ФЗ «Об иммунопрофилактике инфекционных болезней» зафиксировано, что граждане имеют право на отказ от профилактических прививок. При этом стимулирование населения к иммунопрофилактике осуществляется без использования штрафных санкций.

Предложения о пересмотре этого подхода, появившиеся в период пандемии коронавируса, не получили поддержки в общественно-правовом пространстве. По результатам публичного обсуждения проекта нового КоАП РФ, разработанного Министерством юстиции РФ, из него была исключена норма об административной ответственности за отказ от осуществления мер по проведению профилактических прививок[17]. Вполне определенно по этому поводу высказался и Президент РФ В.В. Путин на совещании по санитарно-эпидемиологической ситуации в России, состоявшемся 29 июля 2020 г.: «Ставить прививку от гриппа или нет – это, безусловно, личный выбор каждого человека. Но это и колоссальная ответственность каждого человека за своё здоровье и здоровье близких, особенно родителей за здоровье своих малышей. Принцип добровольности, безусловно, должен соблюдаться неукоснительно. Вместе с этим тем более значимой становится грамотная, что называется, понятная, доходчивая просветительская, разъяснительная работа»[18].

Таким образом, в Российской Федерации делается ставка не на административные штрафы, а на разъяснительную работу и иные меры воздействия, которые можно назвать «мягкой силой». Согласно п. 2 ст. 5 Федерального закона от 17 сентября 1998 г. № 157-ФЗ «Об иммунопрофилактике инфекционных болезней» отсутствие профилактических прививок влечет: запрет для граждан на выезд в страны, пребывание в которых в соответствии с международными медико-санитарными правилами либо международными договорами Российской Федерации требует конкретных профилактических прививок; временный отказ в приеме граждан в образовательные организации и оздоровительные учреждения в случае возникновения массовых инфекционных заболеваний или при угрозе возникновения эпидемий; отказ в приеме граждан на работы или отстранение граждан от работ, выполнение которых связано с высоким риском заболевания инфекционными болезнями[19] (вышеуказанные ограничения применяются только в случае отказа от прививки, которая включена в национальный календарь прививок).

Конституционный Суд РФ подтвердил конституционность соответствующих ограничений: «Что же касается... правовых последствий отсутствия профилактических прививок в виде отстранения граждан от работ, выполнение которых связано с высоким риском заболевания инфекционными болезнями, то установление указанного правила обусловлено необходимостью сохранения здоровья таких категорий работников в процессе трудовой деятельности, а также обеспечения здоровья и безопасности других лиц и, следовательно, отвечает конституционно закрепленным целям возможных ограничений прав и свобод человека и гражданина (статья 55, часть 3 Конституции Российской

[17] См.: Здоровье – дело добровольное. Штрафов за отказ от вакцинации не будет // Росс. газ. 2020. 6 окт.

[18] Совещание о санитарно-эпидемиологической обстановке и готовности системы здравоохранения к осенне-зимнему периоду. URL: http://kremlin.ru/events/president/news/63764

[19] См.: постановление Правительства РФ от 15.07.1999 г. № 825 «Об утверждении перечня работ, выполнение которых связано с высоким риском заболевания инфекционными болезнями и требует обязательного проведения профилактических прививок» // СЗ РФ. 1999. № 29, ст. 3766.

Федерации) и не может рассматриваться как нарушение конституционных прав заявительницы»[20].

Аналогичную позицию занимают и суды общей юрисдикции: «Установленный порядок по ограждению на определенный срок вакцинированных от невакцинированных детей направлен на защиту жизни и здоровья населения, позволяет соблюсти баланс интересов как лиц, решивших провести вакцинацию в целях защиты от угрозы возникновения и распространения эпидемии, так и лиц, воспользовавшихся предоставленным законом правом и отказавшихся от профилактической прививки. Несоблюдение оспоренного требования создает угрозу жизни или здоровью ребенка, не прошедшего иммунизацию против полиомиелита. <...>. Оспариваемые санитарные правила направлены на осуществление обеспечения санитарно-противоэпидемических (профилактических) мероприятий, проведение которых обеспечивает поддержание свободного от полиомиелита статуса Российской Федерации (пункт 1.1 СП 3.1.1.2343-08), и не нарушают права ребенка на получение дошкольного образования»[21].

* * *

Завершая статью, хотелось бы отметить, что многие биоэтические проблемы в силу своей сложности не имеют однозначного, единственно верного решения. А потому их «проекция» в правовую (а тем более уголовно-правовую) плоскость не всегда возможна (в некоторых случаях и нецелесообразна). При этом уголовно-правовое «измерение» биоэтических проблем должно быть производным от их позитивного регулирования. Уголовная ответственность за деяния, связанные с использованием новых биотехнологий, может быть установлена только при условии их «первичного» запрета в медицинском законодательстве. А оценка обоснованности рисков медицинского вмешательства с позиции ст. 41 УК РФ напрямую увязана с соблюдением правил оказания медицинской помощи, в которых уже заложены допустимые границы риска. Если же на уровне первичного позитивного регулирования отсутствует требуемая правовая определенность (как в ситуации с «коллизией жизней» больных с одинаковыми медицинскими показателями), то соответствующая биоэтическая проблема не может быть разрешена уголовно-правовыми средствами.

[20] См.: Определение Конституционного Суда РФ от 21.11.2013 г. № 1867-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Гунтаишвили Валентины Захаровны на нарушение ее конституционных прав Федеральным законом “Об иммунопрофилактике инфекционных болезней”» // В официальных источниках опубликовано не было.

[21] См.: Определение Верховного Суда РФ от 14.07.2011 г. № КАС11-328 // В официальных источниках опубликовано не было.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. *Блинников В.А.* Обстоятельства, исключающие преступность деяния, в уголовном праве России. Ставрополь, 2001. С. 140.
2. *Бойков В.Э.* Здоровье как базовая ценность в сознании и быту российского населения // Социология власти. 2009. № 2. С. 19–26.
3. *Гехфенбаум Г.М.* Крайняя необходимость в уголовном праве: дис. ... канд. юрид. наук. Ставрополь, 2002. С. 147.
4. Здоровье – дело добровольное. Штрафов за отказ от вакцинации не будет // Росс. газ. 2020. 6 окт.
5. *Казакова Е.Б., Зимина М.Ю.* О проблеме информированного согласия в медицине // Медицинское право. 2011. № 4. С. 38–42.
6. *Ковалева А.А.* Самосохранительное поведение в системе факторов, оказывающих влияние на состояние здоровья // Журнал социологии и социальной антропологии. 2008. № 2. С. 179–191.
7. *Меркурьев В.В.* Защита безопасности человека и его жизнедеятельности. М., 2006. С. 31.
8. *Паше-Озерский Н.Н.* Необходимая оборона и крайняя необходимость по советскому уголовному праву. М., 1962. С. 167.
9. *Плешаков А.М., Шкабин Г.С.* «Коллизия жизней» при крайней необходимости и проблемы уголовной ответственности // Государство и право. 2007. № 7. С. 64–71.
10. *Шкабин Г.С.* Пандемия COVID-19 как источник опасности при крайней необходимости // Вестник МГОУ. Сер.: Юриспруденция. 2020. № 3. С. 44.

REFERENCES

1. *Blinnikov V.A.* Circumstances excluding the criminality of an act in the Criminal Law of Russia. Stavropol, 2001. P. 140 (in Russ.).
2. *Boikov V.E.* Health as a basic value in the consciousness and everyday life of the Russian population // Sociology of power. 2009. No. 2. P. 19–26 (in Russ.).
3. *Gekhfenbaum G.M.* The extreme necessity in Criminal Law: dis. ... PhD in Law. Stavropol, 2002. P. 147 (in Russ.).
4. Health is a voluntary matter. There will be no penalties for refusing vaccination // Ross. gas. 2020. 6 Oct. (in Russ.).
5. *Kazakova E.B., Zimina M. Yu.* On the problem of informed consent in medicine // Medical Law. 2011. No. 4. P. 38–42 (in Russ.).
6. *Kovaleva A.A.* Self-preserving behavior in the system of factors influencing the state of health // Journal

of Sociology and Social Anthropology. 2008. No. 2. P. 179–191 (in Russ.).

7. *Merkur'ev V.V.* Protection of human security and livelihood. M., 2006. P. 31 (in Russ.).
8. *Pashe-Ozersky N.N.* Self-defense and the urgency of the Soviet Criminal Law. M., 1962. P. 167 (in Russ.).
9. *Pleshakov A.M., Scabin G.S.* "Conflict of lives" in case of extreme necessity and problems of criminal responsibility // State and Law. 2007. No. 7. P. 64–71 (in Russ.).
10. *Shkabin G.S.* The COVID-19 pandemic as a source of danger when absolutely necessary // Herald of the Moscow state regional University. Ser.: Jurisprudence. 2020. No. 3. P. 44 (in Russ.).

Сведения об авторе

КАПИНУС Оксана Сергеевна –
доктор юридических наук, профессор,
ректор Университета прокуратуры
Российской Федерации;
117638 г. Москва, ул. Азовская, д. 2 корп. 1

Authors' information

KAPINUS Oksana S. –
Doctor of Law, Professor,
Rector of the Universityof the Prosecutor's
Office of the Russian Federation;
2, bld. 1 Azovskaya str., 117638 Moscow, Russia

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 11, с. 111–122
STATE AND LAW, 2021, № 11, pp. 111–122

НЕКОТОРЫЕ ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ СОБЛЮДЕНИЯ ВРАЧЕБНОЙ ТАЙНЫ В ПСИХИАТРИЧЕСКОЙ ПРАКТИКЕ

© 2021 г. С. В. Полубинская[1, *], С. Н. Шишков[2, **]

[1]Институт государства и права Российской академии наук, г. Москва
[2]Национальный медицинский исследовательский центр психиатрии и наркологии им. В.П. Сербского Министерства здравоохранения Российской Федерации, г. Москва

**E-mail: svepol@yandex.ru*
***E-mail: shishkov50@mail.ru*

Поступила в редакцию 03.07.2021 г.

Аннотация. В статье рассматриваются проблемы, возникающие в связи с сохранением врачебной тайны в психиатрической деятельности, включая производство судебно-психиатрических экспертиз. Так, Закон РФ «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании» требует учитывать психическое состояние лица с психическим расстройством при сообщении ему сведений о состоянии его психического здоровья. Это требование не учитывает реалии цифрового здравоохранения и не отражено в законодательстве об охране здоровья граждан. На практике оно является практически неисполнимым и нуждается в законодательном закреплении дополнительного механизма доступа к медицинской документации с учетом специфики психиатрических пациентов. Проблемы возникают и при доступе лица с психическим расстройством к своей судебно-психиатрической истории болезни. С одной стороны, заключение судебно-психиатрической экспертизы является доказательством по судебному делу, и порядок ознакомления с его содержанием регламентируется процессуальным законодательством и законодательством о государственной судебно-экспертной деятельности. С другой стороны, Конституционный Суд РФ рассматривает такое заключение одновременно и как медицинский документ, в отношении которого действуют нормы законодательства об охране здоровья граждан. В этой связи авторы предлагают свое решение этого вопроса, требующее корректировки позиции Конституционного Суда РФ. На основе анализа истории законодательных изменений в регламентации врачебной тайны и тенденций к постоянному расширению круга лиц, имеющих доступ к составляющим такую тайну сведениям без согласия гражданина, авторы отмечают, что врачебная тайна постепенно теряет характер гарантированного федеральным законом права. Особую озабоченность вызывают попытки ряда государственных органов и должностных лиц получить сведения о состоянии психического здоровья заранее не определенного круга лиц. Доступ к медицинским сведениям по разным поводам уже имеет слишком большое число третьих лиц, число которых еще более расширяется по мере внедрения информационных систем в сферу здравоохранения. Авторы приходят к выводу, что этот процесс чреват серьезными негативными последствиями для гарантированных законом прав граждан и требует особого внимания к защите медицинской информации, в том числе от неправомерного доступа и возможных утечек.

Ключевые слова: врачебная тайна, представление сведений, составляющих врачебную тайну, персональные данные, законодательство об охране здоровья граждан, Закон РФ «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании», Конституционный Суд РФ, судебно-психиатрическая экспертиза, информационные системы в сфере здравоохранения, неправомерный доступ к сведениям, составляющим врачебную тайну.

Цитирование: *Полубинская С.В., Шишков С.Н.* Некоторые правовые проблемы соблюдения врачебной тайны в психиатрической практике // Государство и право. 2021. № 11. С. 111–122.

DOI: 10.31857/S102694520017459-5

SOME LEGAL ISSUES OF MEDICAL PRIVACY IN PSYCHIATRIC PRACTICE

© 2021 S. V. Polubinskaya[1, *], S. N. Shishkov[2, **]

[1]Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, Moscow
[2]Serbsky National Medical Research Centre for Psychiatry and Narcology, Moscow

**E-mail: svepol@yandex.ru*
***E-mail: shishkov50@mail.ru*

Received 03.07.2021

Abstract. The article discusses a number of issues associated with medical privacy in psychiatry, including forensic psychiatric evaluation.
Current Law of the Russian Federation "On Psychiatric Care and Guarantees of Citizens' Rights in Its Provision" requires taking into account the mental state of a person with a mental disorder when informing him about his mental health condition. However this rule misses new realities of digital health and is not included into the legislation on protection of citizens' health. It is hardly possible to realize in practice and it needs an additional and established by law mechanism of access to medical records, considering specific properties of psychiatric patients.
Problems also arise with a mentally disordered person's access to his forensic psychiatric medical record. On the one hand, the report of forensic psychiatric evaluation is an evidence in the court case, and the procedure for its disclosure is regulated by procedural legislation and legislation on state forensic expert activities. On the other hand, the Constitutional Court of the Russian Federation considers such a report as a medical document, for which the rules of legislation on protection of citizens' health apply. In this paper the authors propose the solution to this dilemma that requires corrections in the position of the Constitutional Court of the Russian Federation.
The authors analyze the history of legislation on medical privacy and draw attention to obvious long-term trend that shows in continuing expansion of the range of persons who have right to access such information without consent of the citizen concerned. The authors conclude that medical privacy is gradually losing the nature of the right guaranteed by federal law. Especially worrying are the attempts of a number of state bodies and officials to obtain information about mental health of unspecified groups of people. Too many third parties already have access to medical information for various reasons, and the number is growing with introduction of digital health information systems. The authors come to conclusion that such a development can lead to serious negative consequences for the legally guaranteed rights of citizens and stress the importance of special attention to protection of medical information, including measures against unlawful access and possible leaks.

Key words: medical privacy, submission of information constituting medical privacy, personal data, legislation on protection of citizens' health, Law of the Russian Federation "On Psychiatric Care and Guarantees of Citizens' Rights in Its Provision", the Constitutional Court of Russian Federation, forensic psychiatric evaluation, digital health information systems, unlawful access to information constituting medical privacy.

For citation: *Polubinskaya, S.V., Shishkov, S.N. (2021).* Some legal issues of medical privacy in psychiatric practice // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 11, pp. 111–122.

Для лиц с психическими расстройствами сохранение врачебной тайны является чрезвычайно важной составляющей защиты их конституционных прав. Однако действующее законодательство в этой сфере не в полной мере обеспечивает такую защиту. Более того, внедрение информационно-телекоммуникационных технологий в здравоохранение и медицинскую практику[1] порождает проблемы обеспечения информационной безопасности и повышает риски неправомерного доступа к медицинским сведениям, составляющим врачебную тайну.

Законодательное регулирование врачебной тайны. Регламентация вопросов врачебной тайны в российском законодательстве имеет свою историю. Обязанность сохранять врачебную тайну была закреплена в ст. 19 Закона РСФСР от 29 июля 1971 г. «О здравоохранении»[2]. Врачи и другие медицинские, а также фармацевтические работники не имели права разглашать ставшие им известными в силу исполнения профессиональных обязанностей сведения о болезнях, интимной и семейной

[1] См.: приказ Минздравсоцразвития России от 28.04.2011 г. № 364 (в ред. от 12.04.2012 г) «Об утверждении Концепции создания единой государственной информационной системы в сфере здравоохранения» // В официальных источниках опубликован не был.

[2] См.: Ведомости ВС РСФСР. 1971. № 31, ст. 656.

жизни граждан. Сведения об их заболеваниях допускалось сообщать лишь органам здравоохранения, когда этого требовали интересы охраны здоровья населения, а также правоохранительным органам – по их требованию.

Дальнейшее развитие законодательства о врачебной тайне шло по трем основным направлениям. Во-первых, было расширено и уточнено само содержание этого понятия. Во-вторых, гражданин, к которому относятся сведения, составляющие врачебную тайну, получил право решать, кому он может передавать их за пределами тех случаев, когда для их передачи третьим лицам его согласие не требуется. И наконец, в-третьих, постоянно увеличивалось число оснований допустимого разглашения врачебной тайны, и расширялся круг правомочных получать ее субъектов.

Так, Основы законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан[3] (далее – Основы) в содержание врачебной тайны включили информацию о самом факте обращения гражданина за медицинской помощью, состоянии его здоровья, диагнозе его заболевания, а также иные сведения, полученные при его обследовании и лечении (в т.ч. об интимной и семейной жизни), ставшие известными медицинским работникам и иным субъектам получения такой информации. Была предусмотрена возможность передавать сведения, содержащие врачебную тайну, с согласия гражданина или его законного представителя иным лицам в интересах обследования и лечения этого гражданина, для проведения научных исследований, публикаций в научной литературе, использования в учебном процессе, а также в иных целях (ч. 3 ст. 61).

Кроме того, Основы увеличили число субъектов, правомочных получать информацию, составляющую врачебную тайну (п. 3–6 ч. 4 ст. 61), и конкретизировали основания и цели ее сообщения организациям здравоохранения без согласия самого пациента (п. 1, 2 ч. 4 той же статьи). Важной законодательной новеллой стало положение о том, что все лица, которым в установленном законом порядке переданы сведения, составляющие врачебную тайну, ответственны за ее сохранение наравне с медицинскими и фармацевтическими работниками (ч. 5 ст. 61).

В этой связи надо заметить, что в научной литературе неоднократно поднимался вопрос об изменении общего названия конфиденциальной медицинской и связанной с ней личной информации: «врачебную тайну» предлагается заменить «медицинской тайной». Как указывает, Е.В. Фарбер, круг субъектов такой информации даже среди сотрудников медицинских организаций не ограничивается врачами. В него входят другие медицинские работники, включая: младший медицинский персонал; педагогов и научных сотрудников; лиц, работающих в медицинских организациях и имеющих другое профессиональное образование, а также юридических лиц, в т.ч. сами эти организации и территориальные фонды обязательного медицинского страхования[4].

Однако данное предложение не было воспринято законодателем. В действующем Федеральном законе от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ (в ред. от 22.12.2020 г.) «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» (далее – Федеральный закон № 323-ФЗ), сменившем прежние Основы, термин «врачебная тайна» был сохранен (ст. 13)[5]. Не углубляясь в дискуссии о понятиях врачебной и медицинской тайны и их соотношении[6], отметим здесь следующее. Использование указанного термина вряд ли направлено на точное определение круга субъектов обязанности не разглашать конфиденциальную информацию, полученную в ходе осуществления медицинской деятельности. По верному замечанию М.Н. Малеиной, «термин “врачебная тайна” сложился исторически»[7], устоялся в медицинской этике и в законодательстве, и его использование в законодательстве в значительной степени обусловлено сложившейся традицией.

Подобный подход к специальной терминологии для медицины и медицинского законодательства достаточно характерен. К примеру, судебные экспертизы медицинского профиля подразделяются на судебно-медицинские и судебно-психиатрические (ст. 62 Федерального закона № 323-ФЗ). Такое деление опирается исключительно на сложившуюся традицию и имеет очевидную логическую погрешность, ибо *психиатрия есть часть медицины*. Однако любая попытка отказаться от этой традиции вызвала бы необходимость внесения терминологических изменений в законодательные и многочисленные подзаконные нормативные правовые акты, методические материалы, учебники, пособия, наименования специальностей и должностей и т.п. Отсюда не удивительно, что сложившаяся в медицине судебно-экспертная таксономия, явно не безупречная в логическом плане, существует уже

[3] Утверждены Верховным Советом РФ 22.07.1993 г. № 5487-1 (в ред. от 07.12.2011 г.) (см.: Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 33, ст. 1318).

[4] См.: *Фарбер Е.В.* Врачебная тайна или медицинская тайна? // Медицинское право: теория и практика. 2017. Т. 3. № 2. С 140, 141.

[5] См.: СЗ РФ. 2011. № 48, ст. 6724.

[6] См. подр.: *Шибаев Д.В.* Правовой режим врачебной тайны как информационно-правового объекта // Право. Журнал ВШЭ. 2015. № 3. С. 68.

[7] *Малеина М.Н.* Человек и медицина в современном праве: учеб. и практ. пособие. М., 1995. С. 65.

долгие годы, не подвергаясь пересмотру. И такого рода примеров можно было бы привести немало.

В нормах Федерального закона № 323-ФЗ, относящихся к врачебной тайне, прослеживается преемственность с предшествующими ему Основами. Содержание понятия «врачебная тайна» фактически оставлено прежним (ч. 1 ст. 13). Сохранен запрет на ее разглашение для лиц, которым она стали известна «при обучении, исполнении трудовых, должностных, служебных и иных обязанностей», за исключением случаев, установленных в самом нормативном правовом акте (ч. 2). Подтверждено право гражданина и его законного представителя дать согласие на сообщение сведений о себе третьим лицам, правда, теперь для такого согласия требуется письменная форма (ч. 3). Вместе с тем существенно расширен перечень случаев, когда представление данных, составляющих врачебную тайну, допускается без согласия самого лица либо его законного представителя.

Так, доступ к врачебной тайне, помимо ранее наделенных таким правом органов дознания, следствия и суда, получили органы прокуратуры, уголовно-исполнительной системы и внутренних дел (п. 3, 3.1, 5 ч. 4 ст. 13). Для контроля в системе обязательного социального страхования, а также качества и безопасности медицинской деятельности, расследования несчастного случая на производстве и профессионального заболевания, несчастных случаев с обучающимися и лицами, проходящими спортивную подготовку (п. 7, 9, 10 ч. 4 ст. 13), врачебная тайна может теперь раскрываться ведомствам и организациям, уполномоченным осуществлять перечисленные выше виды деятельности.

Сохранена возможность представления сведений, составляющих врачебную тайну, если они необходимы для проведения военно-врачебной экспертизы. Действующий Федеральный закон уточнил перечень адресатов такой информации, отнеся к ним военные комиссариаты, кадровые службы и военно-врачебные (врачебно-летные) комиссии федеральных органов исполнительной власти и федеральных государственных органов, в которых федеральным законом предусмотрена военная и приравненная к ней служба (п. 6 ч. 4 ст. 13).

В соответствии с п. 8 ч. 4 ст. 13 Федерального закона № 323-ФЗ допускается сообщение сведений, составляющих врачебную тайну, при обмене информацией медицинскими организациями, в т.ч. размещенной в медицинских информационных системах, в целях оказания медицинской помощи. При этом требуется соблюдение законодательства о персональных данных.

Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ (в ред. от 30.12.2020 г.) «О персональных данных»[8] (далее – Федеральный закон № 152-ФЗ) рассматривает врачебную тайну как специальную категорию этих данных. В соответствии с п. 4 ч. 2 ст. 10 их обработка не требует согласия субъекта персональных данных, если она осуществляется:

лицом, профессионально занимающимся медицинской деятельностью и обязанным в соответствии с законодательством Российской Федерации сохранять врачебную тайну;

в медико-профилактических целях, в целях установления медицинского диагноза, оказания медицинских и медико-социальных услуг.

При этом Федеральный закон № 152-ФЗ вводит дополнительные гарантии законности обработки сведений, составляющих врачебную тайну, без согласия их субъекта. В соответствии с указанными гарантиями недопустима обработка сведений, несовместимая с целями их сбора (ч. 2 ст. 5), содержание и объем обрабатываемых данных должны соответствовать заявленным целям обработки, а обрабатываемые данные по отношению к упомянутым целям не должны быть избыточными (ч. 5 ст. 5).

Подводя краткий итог проведенному анализу изменений и тенденций в области регулирования вопросов врачебной тайны, можно отметить следующее. Тенденция к расширению в ч. 4 ст. 13 Федерального закона № 323-ФЗ круга лиц, которые вправе иметь доступ к сведениям, составляющим врачебную тайну, без согласия самого гражданина чревата негативными последствиями. Врачебная тайна из гарантированного федеральным законом права, допускающего лишь отдельные исключения, постепенно превращается в редкое исключение из правила, по которому доступ к ней по самым разнообразным поводам имеет большое число посторонних лиц. Понимая это, часть граждан, страдающих болезненными расстройствами, будет все чаще избегать обращения к врачам за медицинской помощью. Между тем лечение наиболее эффективно на начальных стадиях заболевания, в то время как его запущенные формы и своевременно не выявленные обострения могут привести к необратимым последствиям, опасным для здоровья и жизни больного.

Врачебная тайна в психиатрии. В этой области медицины, помимо Федерального закона № 323-ФЗ, действует Закон РФ от 2 июля 1992 г. № 3185-1 (в ред. от 08.12.2020 г.) «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании»[9] (далее – Закон о психиатрической помощи). Следует

[8] См.: СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. I), ст. 3451.

[9] См.: Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 33, ст. 1913.

сразу же оговориться, что данный Закон разрабатывался и был принят ранее Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан. Тем самым был нарушен принцип перехода от общего к частному, то есть от «общемедицинского» законодательства к «психиатрическому». Данное обстоятельство имеет существенное значение, так как, на наш взгляд, Закон о психиатрической помощи призван в первую очередь отразить юридически релевантную специфику психиатрии при одновременном сохранении принципов и норм «общемедицинского» законодательства там, где эта специфика отсутствует.

Поскольку в момент принятия Закона о психиатрической помощи рассмотренные нами положения «общемедицинского» законодательства в части, относящейся к врачебной тайне, еще не действовали[10], «общемедицинские» и «психиатрические» законодательные нормы не могли быть согласованы между собой. Закон о психиатрической помощи, оказавшийся первым в этом законодательном ряду, самостоятельно определил содержание охраняемой законом врачебной тайны, которую составляют: сведения о факте обращения гражданина за психиатрической помощью, состоянии его психического здоровья и диагнозе психического расстройства, иные сведения, полученные при оказании ему психиатрической помощи (ст. 9). Кроме того, этот Закон установил, что перечисленные сведения предоставляются лицу, страдающему психическим расстройством, в форме, доступной для его понимания, и *с учетом его психического состояния* (ч. 2 ст. 5).

Иными словами, психиатр не вправе отказать своему пациенту в информации, но может ограничить ее содержание, что объясняется присущим психическим расстройствам своеобразием. Особенности восприятия психически больным окружающего и своего психического состояния могут привести к обострению его болезни, спровоцировать совершение им действий, опасных для себя или окружающих, вызвать иные неблагоприятные последствия. Поэтому психиатру, сообщающему пациенту медицинскую информацию, необходимо принимать во внимание некоторые индивидуальные особенности его заболевания. В конечном счете «выбор доступной формы и учет психического состояния пациента при сообщении ему медицинской информации – вопрос врачебной этики и зависит от искусства врача»[11].

В Основах (принятых позже) был закреплен иной принцип. Вопросы собственно врачебной тайны регулировались ст. 61 Основ, а право граждан на информацию о состоянии их здоровья – ст. 31. В ч. 1 этой статьи говорилось, что каждый имеет право в доступной для него форме получить имеющуюся информацию о состоянии своего здоровья, «включая сведения о результатах обследования, наличии заболевания, его диагнозе и прогнозе, методах лечения, связанном с ними риске, возможных вариантах медицинского вмешательства, их последствиях и результатах проведенного лечения». Согласно ч. 3 ст. 31 Основ гражданин вправе непосредственно знакомиться со своей медицинской документацией и получать консультации по ней у других специалистов. По требованию гражданина ему должны предоставляться копии медицинских документов, отражающих состояние его здоровья, при одном ограничении – «если в них не затрагиваются интересы третьей стороны». Такого ограничительного фактора, как необходимость учета психического состояния пациента, ст. 31 Основ не предусматривала. Заслуживает внимания также положение ч. 3 ст. 31 Основ, согласно которому информация о состоянии здоровья не может предоставляться гражданину против его воли.

Как уже ранее отмечалось, сменивший Основы Федеральный закон № 323-ФЗ в целом сохранил преемственность в правовом регулировании рассматриваемых вопросов. Соблюдение врачебной тайны и предоставление сведений о состоянии здоровья по-прежнему регламентированы двумя разными статьями – ст. 13 и ст. 22 соответственно. Во многом аналогичным остается и содержание этих статей, хотя положение о том, что не предоставляются лицу для ознакомления документы, в которых «затрагиваются интересы третьей стороны», в Федеральный закон № 323-ФЗ не вошло.

Поскольку данный Федеральный закон в этой части не соответствует Закону о психиатрической помощи, требующему учитывать психическое состояние пациента при предоставлении ему медицинских сведений, закономерен вопрос: как следует относиться к расхождению содержания законодательных норм?

Закон о психиатрической помощи вопрос относительно сообщения пациенту медицинской информации, ее содержании и объеме оставляет на усмотрение психиатра. Какое-то время на практике преобладало мнение, что такой подход применим лишь к случаям, когда информация сообщается пациенту психиатром в устной форме. На случаи ознакомления пациента с медицинскими документами он распространяться не должен, ибо Закон о психиатрической помощи обходит проблематику ознакомления пациента с медицинской

[10] Закон РСФСР «О здравоохранении» прекратил свое действие уже в августе 1993 г. Кроме того, он базировался на иных принципах по сравнению с принципами медицинского законодательства постсоветского периода.

[11] Законодательство Российской Федерации в области психиатрии: Комментарий к Закону РФ «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании», ГК и УК РФ (в части, касающейся лиц с психическими расстройствами) / под общ. ред. Т.Б. Дмитриевой. М., 2002. С. 47.

документацией молчанием. Поэтому при возникновении подобных вопросов необходимо обращаться к Федеральному закону № 323-ФЗ, имеющему соответствующие нормы и не содержащему такого ограничительного условия, как учет психического состояния больного. В результате складывается странная ситуация, когда психиатр в интересах своего пациента в беседах с ним вправе не сообщать ему каких-то сведений. Однако если пациент дееспособен, то он при желании имеет возможность легко обойти указанное ограничение, потребовав ознакомить его со всеми своими медицинскими документами, в которых присутствуют данные, скрываемые врачом.

Обращает на себя внимание и то, что «усмотрение врача» в данном вопросе таит в себе угрозу врачебного произвола и неправомерного сокрытия информации. В этой связи конституционность ч. 2 ст. 5 Закона о психиатрической помощи стала предметом рассмотрения Конституционного Суда РФ[12]. Заявитель – А.В. Трофимов – полагал, что ч. 2 ст. 5 противоречит Конституции РФ, ибо «позволяет произвольно решать, в какой форме и в каком объеме лицу должна быть предоставлена информация о характере имеющегося у него психического заболевания и о применяемых методах лечения».

Конституционный Суд РФ признал, что условия доступа к медицинской информации, установленные Федеральным законом № 323-ФЗ, «распространяются и на отношения, связанные с оказанием и получением психиатрической помощи», однако позицию заявителя не поддержал[13]. Проанализировав положения Закона о психиатрической помощи, Конституционный Суд РФ пришел к выводу, что хотя Закон прямо не обязывает предоставлять медицинскую информацию «в точно установленной документальной форме», но «само по себе... это не предполагает и не предрешает отказа в предоставлении лицу, во всяком случае дееспособному, информации, в том числе документальной, о его психическом здоровье или о расстройстве, как и не устанавливает ограничений на содержание или на объем предоставляемой документации. Приведенные законоположения лишь ставят характеристики предоставляемой информации в зависимость от ее доступности и от интересов лица, получающего психиатрическую помощь, в первую очередь, от его состояния, о котором может судить, в частности, врач (комиссия врачей)» (п. 3.1. Определения). Конституционный Суд РФ отметил, что такой подход не расходится с ч. 2 и 3 ст. 22 Федерального закона № 323-ФЗ.

Указанное Определение Конституционного Суда РФ позволяет сформулировать следующие выводы:

1. Объем сообщаемой психиатрическому пациенту информации может быть ограничен с учетом его психического состояния, причем как в интересах самого пациента, так и в целях обеспечения безопасности третьих лиц.

2. Такое ограничение, непротиворечащее действующему законодательству, не может, однако, быть произвольным. Его необходимо каждый раз обосновывать.

3. Гарантиями от возможного произвола, помимо необходимости обоснования, выступает право пациента и его законного представителя на обжалование решения об ограничении сообщаемой информации, принятого врачом (комиссией врачей), в т.ч. и в судебном порядке.

Вместе с тем право на сообщение пациенту информации «с учетом его психического состояния» поднимает еще одну проблему. Если больной находится в медицинской организации, оказывающей психиатрическую помощь, под постоянным психиатрическим наблюдением (амбулаторным либо стационарным), то проблема учета его психического состояния, как правило, не составляет особых трудностей. Постоянно наблюдающие его врачи хорошо осведомлены о характере его болезни и актуальном психическом состоянии. Сложнее обстоит дело тогда, когда наблюдение за больным на какое-то время прерывается, а больной, общавшийся с психиатром в последний раз, к примеру, полгода или год назад, обращается в психиатрическое учреждение с просьбой ознакомить его с хранящейся в этом учреждении его медицинской документацией. Каково психическое состояние заявителя в момент такого обращения, сотрудникам психиатрического учреждения неизвестно. Для выяснения данного вопроса необходимо провести психиатрическое освидетельствование обратившегося,

[12] См.: Определение Конституционного Суда РФ от 02.07.2015 г. № 1544-О «По жалобе гражданина Трофимова Александра Владимировича на нарушение его конституционных прав положением части второй статьи 5 Закона Российской Федерации “О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании”» // В официальных источниках опубликовано не было.

[13] Суд пришел к выводу, что «оспариваемые законоположения – как сами по себе, так и в системной взаимосвязи с нормами действующего законодательства – не дают оснований к произвольному, не обусловленному прежде всего интересами пациента отказу в предоставлении ему медицинской документации, равно как и к немотивированному, безосновательному ограничению его права получить ее в таком объеме, в каком ему это действительно необходимо, если предоставление такой информации не причинит вреда ему самому или третьим лицам» (п. 3.2. Определения). При этом Суд отметил, что «психическое здоровье – особая составляющая здоровья человека, чем объясняются особенности психиатрической помощи и правил ее оказания в сравнении с общими правилами охраны здоровья граждан, в том числе с точки зрения врачебной тайны, доступности медицинской информации и документации» (п. 3.1. Определения).

однако действующее законодательство не предусматривает подобного вида освидетельствования (с целью решения вопроса о том, как следует сообщать заявителю данные, касающиеся его психического здоровья и оказания ему психиатрической помощи – в полном или ограниченном объеме). По жалобе заявителя решение о проведении такого психиатрического освидетельствования может быть признано незаконным. В то же время ознакомление с медицинскими документами больного, психическое состояние которого на данный момент неизвестно, таит в себе угрозу принятия врачами ошибочного решения со всеми вытекающими отсюда негативными последствиями.

Указанная проблема существует и при доступе самого пациента к своей электронной медицинской документации. Внедрение государственных информационных систем в сфере здравоохранения сделает электронные медицинские документы, как и другие услуги и сервисы здравоохранения, доступными гражданам на едином портале государственных и муниципальных услуг (ЕПГУ) к концу 2024 г.[14] Понятно, что обеспечить соблюдение требования ч. 2 ст. 5 Закона о психиатрической помощи при таком доступе не удастся.

Судебно-психиатрические экспертные заключения и судебно-экспертные истории болезни в свете проблем защиты врачебной тайны. Любое судебно-психиатрическое экспертное заключение содержит сведения, составляющие врачебную тайну. Но, поскольку оно является доказательством по уголовному делу, правила его использования и хранения, а также порядок ознакомления с его содержанием, регулируются не законодательством об охране здоровья или оказании психиатрической помощи, а процессуальным законодательством и законодательством о государственной судебно-экспертной деятельности. Так, по окончании судебной экспертизы экспертное заключение направляется назначившему экспертизу процессуальному органу, который приобщает его к материалам уголовного дела. В судебно-экспертном учреждении остаются на хранении лишь копии данного процессуального документа. Возможность направления экспертного заключения либо его копии непосредственно самим лицам, прошедшим экспертизу, процессуальным законодательством не предусмотрена. Их знакомит с заключением экспертов процессуальный орган.

Федеральный закон от 31 мая 2001 г. № 73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» (далее – Закон № 73-ФЗ)[15] возлагает на руководителя государственного судебно-экспертного учреждения и экспертов обязанности обеспечить условия, необходимые для сохранения конфиденциальности экспертных исследований и их результатов, не разглашать сведения, которые стали им известны в связи с производством экспертизы, в т.ч. сведения, составляющие охраняемую законом тайну. Ни руководитель учреждения, ни эксперты не вправе сообщать кому-либо о результатах судебной экспертизы, кроме органа или лица, ее назначивших (ст. 14, 16).

Помимо экспертного заключения к составляемым экспертами документам, относятся материалы, фиксирующие ход, условия и результаты проведенных исследований (т.н. экспертное производство), которые в судебно-психиатрических экспертных учреждениях именуются обычно «историей болезни»[16]. Общая для всех судебных экспертиз норма, регламентирующая порядок хранения и выдачи таких материалов, содержится в ст. 25 Закона № 73-ФЗ: «Материалы, иллюстрирующие заключение эксперта или комиссии экспертов, прилагаются к заключению и служат его составной частью. Документы, фиксирующие ход, условия и результаты исследований, хранятся в государственном судебно-экспертном учреждении. По требованию органа или лица, назначивших судебную экспертизу, указанные документы предоставляются для приобщения к делу».

Таким образом, судебно-психиатрическая история болезни должна храниться в судебно-экспертном учреждении, а выдавать ее можно лишь по требованию процессуального органа, назначившего экспертизу, а также тех органов, в производстве которых может затем оказаться соответствующее дело. Например, суду первой инстанции, если экспертиза проводилась в стадии предварительного расследования, суду вышестоящей инстанции и т.п.

Сам гражданин, подвергавшийся экспертизе, не значится в числе субъектов, правомочных

[14] См.: Паспорт национального проекта «Здравоохранение» (утв. президиумом Совета при Президенте РФ по стратегическому развитию и национальным проектам, протокол от 24.12.2018 г. № 16) // СПС «КонсультантПлюс»; постановление Правительства РФ от 05.05.2018 г. № 555 (в ред. от 19.12.2020 г.) «О единой государственной информационной системе в сфере здравоохранения» (вместе с «Положением о единой государственной информационной системе в сфере здравоохранения») // СЗ РФ. 2018. № 20, ст. 2849.

[15] См.: СЗ РФ. 2001. № 23, ст. 2291.

[16] Официальное наименование указанных документов – «Медицинская карта пациента, получающего медицинскую помощь в амбулаторных условиях» (см.: приказ Минздрава РФ от 15.12.2014 г. № 834н (в ред. от 02.11.2020 г.) «Об утверждении унифицированных форм медицинской документации, используемых в медицинских организациях, оказывающих медицинскую помощь в амбулаторных условиях, и порядков по их заполнению» // Официальный интернет-портал правовой информации // http://parvo.gov.ru, 26.02.2015) и «Медицинская карта стационарного больного» (см.: приказ Минздрава СССР от 04.10.1980 г. № 1030 (в ред. от 29.01.1985 г.) «Об утверждении форм первичной медицинской документации учреждений здравоохранения» // В официальных источниках опубликован не был).

обращаться в судебно-экспертное учреждение за ознакомлением с экспертным заключением и иными экспертными материалами. Если они необходимы подэкспертному для пересмотра дела или для достижения иных целей осуществления правосудия, то он вправе ходатайствовать об их истребовании из судебно-экспертного учреждения перед тем процессуальным органом, в который он обращается со своим ходатайством. Правда, Конституционный Суд РФ своим Определением от 24 марта 2015 г. № 457-О по жалобе Н.А. Замулы[17] внес существенные коррективы в эту сложившуюся к тому времени практику.

В 2014 г. судебным решением, оставленным без изменения вышестоящим судом, Н.А. Замуле было отказано в удовлетворении требования к судебно-психиатрическому учреждению об ознакомлении с заключением амбулаторной судебно-психиатрической экспертизы. Она проводилась в 1991 г. в рамках производства по уголовному делу, материалы которого не сохранились. В своей жалобе в Конституционный Суд РФ Н.А. Замула оспаривал конституционность положений статей 14 «Обязанности руководителя государственного судебно-экспертного учреждения» и 16 «Обязанности эксперта» Закона № 73-ФЗ. Заявитель утверждал, что оспариваемые законоположения исключают право гражданина, в отношении которого проводилась судебно-психиатрическая экспертиза, знакомиться с копиями медицинских документов, отражающих состояние его здоровья, и получать их в судебно-экспертном учреждении вне рамок уголовного дела и в условиях, когда иные возможности для получения данной информации отсутствуют. Тем самым оспариваемые законодательные нормы нарушают его конституционное право на доступ к информации. Однако Конституционный Суд РФ не нашел оснований для принятия жалобы к рассмотрению[18]. По мнению Суда, эти законоположения «не препятствуют гражданину, в отношении которого осуществлялась судебно-психиатрическая экспертиза, получить в доступной для него форме имеющуюся в медицинской организации информацию о состоянии своего здоровья, в том числе сведения о результатах медицинского обследования, наличии заболевания, об установленном диагнозе, как путем непосредственного ознакомления с медицинской документацией, так и путем получения отражающих состояние здоровья медицинских документов, их копий и выписок из медицинских документов» (п. 2 Определения).

Таким образом, Конституционный Суд РФ констатировал, что судебно-психиатрическое экспертное заключение является одним из доказательств, одновременно подтверждающим состояние здоровья обследованного судебными экспертами лица. И на эту сугубо медицинскую составляющую экспертного заключения и других судебно-экспертных материалов распространяются нормы законодательства, регулирующие вопросы получения пациентом информации о своем здоровье. Однако, на наш взгляд, Определение Конституционного Суда РФ по делу Н.А. Замулы не совершенно. Так, поскольку в экспертном заключении и иных экспертных материалах содержится не только сугубо медицинская информация, то встает вопрос о том, какие сведения судебно-экспертное учреждение обязано сообщать гражданину, а какие нет. Например, данные о наличии психического расстройства и его медицинском диагнозе к медицинским сведениям, безусловно, относятся, тогда как в отношении т.н. судебно-психиатрической оценки психического расстройства (например, исключало ли оно способность лица «понимать значение своих действий или руководить ими») возникают сомнения. Критерии судебно-психиатрической оценки предусмотрены не законодательством, используются они только в судебно-экспертной практике и исключительно в рамках производства по уголовному делу.

Полагаем, что указанное Определение Конституционного Суда РФ не учитывает в полной мере всей специфики судебно-психиатрического экспертного заключения как доказательства. Обратимся в этой связи к конкретному примеру из судебной практики. Подсудимому *Д.* суд назначил амбулаторную судебно-психиатрическую экспертизу. Поскольку в амбулаторных условиях экспертные вопросы не были решены, суд направил *Д.* на стационарную экспертизу. Эксперты пришли к выводу, что психическим расстройством подсудимый не страдает, а наблюдающиеся у него неадекватные высказывания и поступки являются проявлением симуляции. В судебном заседании *Д.* вновь вел себя неадекватно. Вызванный в суд один из членов стационарной экспертной комиссии, осмотрев *Д.*, дал заключение, что тот находится в состоянии временного психического расстройства, вызванного психотравмирующей ситуацией привлечения его к уголовной ответственности, после чего суд, приостановив производство по уголовному делу, направил заболевшего на лечение до

[17] См.: Определение Конституционного Суда РФ от 24.03.2015 № 457-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Замулы Николая Алексеевича на нарушение его конституционных прав положениями статей 14 и 16 Федерального закона “О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации”» // В официальных источниках опубликовано не было.

[18] В п. 2 Определения Конституционный Суд РФ указал, что оспариваемые законоположения «направлены на обеспечение конфиденциальности сведений, полученных при проведении судебной экспертизы, и соблюдение прав личности, гарантированных статьями 23 (часть 1) и 24 (часть 1) Конституции Российской Федерации».

выхода из болезненного состояния. Во время лечения, продолжавшегося несколько месяцев, врачи-психиатры обнаружили у *Д.* признаки хронического психического расстройства в форме шизофрении и направили в суд соответствующее врачебное заключение. Суд назначил в отношении *Д.* новую судебно-психиатрическую экспертизу, подтвердившую этот диагноз. Эксперты пришли к выводу, что *Д.* был болен шизофренией еще в период совершения инкриминируемого ему деяния, а глубина (степень) болезненных психических нарушений уже тогда подпадала под критерии психических расстройств, исключающих вменяемость. В итоге *Д.* был признан судом невменяемым и направлен на принудительное лечение.

Как видим, практически все заключения по поводу психического состояния одного и того же лица на протяжении относительно непродолжительного периода времени оказались различными. Если проанализировать каждое из них, то получается следующая картина. Экспертное заключение амбулаторной экспертной комиссии не содержало каких-либо определенных выводов о психическом состоянии *Д.* (кроме констатации того факта, что в амбулаторных условиях сформулировать подобные выводы не представляется возможным). Заключение стационарной экспертной комиссии свидетельствовало об отсутствии психического расстройства и симулятивном поведении. В заключении эксперта, данном в суде, констатировалось наличие временного психического расстройства. При этом следует отметить, что текст экспертного заключения в суде составлялся экспертом в одном экземпляре и был приобщен к материалам дела, но в судебно-психиатрическое экспертное учреждение он не направлялся. Во врачебном заключении, хранящемся в психиатрической больнице, где *Д.* проходил лечение, впервые был выставлен диагноз «шизофрения». В последнем судебно-экспертном заключении фигурировал этот же диагноз, и содержалась судебно-психиатрическая оценка, согласившись с которой суд признал *Д.* невменяемым. В этой связи надлежит иметь в виду следующие принципиально важные обстоятельства.

Любое экспертное заключение обретает правовое значение лишь после того, как оно оценено судом (на предварительном следствии – органом предварительного следствия), правомочным как согласиться с ним, положив его в основу своего процессуального решения, так и отвергнуть его полностью либо частично (ст. 87, 88 УПК РФ). Главенствующую роль играет в этом процессе оценка экспертного заключения тем процессуальным органом, который принимает итоговое решение по делу (приговор, постановление или определение). Такое процессуальное решение, вступив в законную силу, обретает юридическую силу для данного конкретного случая и подлежит неукоснительному исполнению всеми и на всей территории Российской Федерации (ч. 1 ст. 392 УПК РФ). До этого момента экспертное заключение – лишь часть материалов уголовного дела, исследуемых в ходе предварительного расследования и судебного разбирательства, причем в рамках доказывания все экспертные заключения «равноправны» по своей силе.

Отсюда следует, что если по одному уголовному делу проводится несколько экспертиз с несовпадающими выводами, то после его окончания каждое экспертное заключение уже нельзя рассматривать как абсолютно самостоятельное и «равноправное» по отношению к другим. По окончании дела приоритет должен отдаваться тому заключению, с которым согласился субъект, вынесший итоговое процессуальное решение, а не то заключение, которое этот субъект отверг.

Следовательно, тот, кто знакомится лишь с одним из нескольких судебно-психиатрических экспертных заключений, данных по одному делу, не зная содержания и выводов других, рискует прийти к ошибочному выводу относительно состояния психического здоровья подвергавшегося экспертизе лица. Для того чтобы иметь объективное и полное представление о его психическом состоянии, нужно ознакомиться не просто со всеми экспертными заключениями, но и знать, какие из них были приняты, а какие отвергнуты при принятии итогового процессуального решения. Такого рода знание можно получить лишь из материалов соответствующего уголовного дела, тогда как разрозненные заключения, хранящиеся в разных судебно-экспертных учреждениях, полной картины не дают. Эксперты, составляющие заключение, могут даже не знать (и нередко не знают), проводились или нет в ходе дальнейшего производства по данному уголовному делу другие экспертизы, к каким выводам пришли другие эксперты, какое именно заключение было положено в основу итогового решения. Некоторые экспертные заключения, например, данные по результатам экспертизы, проведенной в суде, могут вообще отсутствовать в судебно-экспертном учреждении, оставаясь лишь в материалах уголовного дела. Какие выводы можно сделать из всего сказанного?

По нашему мнению, хранящиеся в судебно-психиатрических учреждениях заключения судебно-психиатрической экспертизы должны фигурировать лишь в ходе производства по тому уголовному делу, по которому эти экспертизы проводились. Выдавать их следует, руководствуясь требованиями ст. 25 Закона № 73-ФЗ, исключительно по требованию процессуальных органов, осуществляющих уголовно-процессуальную деятельность. Аналогичные правила в силу той же ст. 25 должны

распространяться и на иные материалы, хранящихся в судебно-экспертных учреждениях (на судебно-экспертные истории болезни). Лицу, прошедшему экспертизу, само судебно-экспертное учреждение выдавать хранящиеся у него документы не должно. Это лицо вправе знакомиться с экспертными заключениями при ознакомлении с материалами уголовного дела. Оно может ходатайствовать о приобщении к делу в качестве доказательств также иных материалов судебно-психиатрического экспертного учреждения, прежде всего, судебно-экспертных историй болезни, если это необходимо для установления обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения уголовного дела.

Экспертное заключение, положенное в основу итогового процессуального решения, например, постановления суда о направлении лица на принудительное лечение или на «лечение на общих основаниях», должно направляться в медицинскую психиатрическую организацию, которая это лечение будет осуществлять. Данное заключение становится частью медицинской документации, хранящейся в лечебном учреждении, и к нему вправе иметь доступ само лицо, проходящее или прошедшее лечение, в соответствии с законодательством об охране здоровья и оказании психиатрической помощи. В таком заключении (в его анамнестической части) найдут отражение также и выводы иных экспертиз, если таковые проводились по данному делу[19].

К примеру, в упоминавшемся нами деле *Д.*, которого суд признал невменяемым и направил на принудительное лечение в психиатрическую больницу, в материалах хранящейся там истории болезни имеется и копия последнего экспертного заключения (положенного судом в основу своего постановления). Однако это «итоговое» экспертное заключение содержит не только выводы составивших его экспертов, но и данные обо всех экспертизах, проводившихся ранее по данному делу, их результатах и причинах их отклонения судом. Следовательно, пациент при ознакомлении со своей медицинской документацией будет иметь информацию обо всех судебных экспертизах, которым он подвергался. Правда, получить ее он сможет не из материалов тех судебно-психиатрических экспертных учреждений, где эти экспертизы проводились, а из истории болезни той больницы, куда он был направлен на принудительное лечение. Знакомиться с историей болезни он будет в соответствии с правилами, предусмотренными законодательством.

Разумеется, вопросы, связанные с правом лица, прошедшего судебно-психиатрическую экспертизу в судебно-экспертном учреждении, об ознакомлении с хранящимися там медицинскими материалами, следует решать, руководствуясь не изложенными нами доводами, а положениями, содержащимися в Определении Конституционного Суда РФ от 24 марта 2015 г. № 457-О по жалобе Н.А. Замулы. Но мы все же надеемся, что высказанные нами аргументы концептуального характера, которые не во всем согласуются с упомянутым Определением Конституционного Суда РФ, будут способствовать выработке иной и, как полагаем, обоснованной позиции.

Заключение. Законодательное регулирование врачебной тайны в медицине в целом, и в психиатрии в частности, имеет в нашей стране свою историю, сложившиеся традиции и ряд устойчивых тенденций развития.

Так, тенденция к постоянному увеличению числа субъектов, получающих право на доступ к сведениям, содержащим врачебную тайну, чревата тем, что врачебная тайна как одна из важнейших категорий медицинского права со временем рискует превратиться если не в фикцию, то по меньшей мере в редкое исключение из общего правила, по которому она перестает соблюдаться. Особую озабоченность в этой связи вызывают попытки ряда государственных органов и должностных лиц получить сведения о состоянии психического здоровья заранее не определенного круга лиц. К примеру, сведения о лицах, находящихся под наблюдением психиатра или психиатра-нарколога с конкретными психиатрическими либо наркологическими диагнозами. Подобные требования сами эти государственные органы и должностные лица объясняют различными причинами. Например, необходимостью соблюдать интересы несовершеннолетних (согласно ст. 69 Семейного кодекса РФ хронический алкоголизм и наркомания является достаточным основанием для лишения страдающих ими лиц родительских прав[20]), необходимостью обеспечивать безопасность дорожного движения (с целью выявления лиц, имеющих водительские удостоверения при наличии у них медицинских противопоказаний для управления

[19] Обязанность суда, назначающего принудительное лечение, направлять в психиатрическое учреждение копию заключения экспертов-психиатров должна быть предусмотрена федеральным законодательством об исполнении принудительных мер медицинского характера. К сожалению, до настоящего времени указанное законодательство отсутствует.

[20] По нашему мнению, такое законодательное решение ошибочно. Основанием для лишения родительских прав должно служить лишь виновное неправомерное поведение родителей, серьезно нарушающее права их детей. Алкоголизм и наркомания могут служить одним из обстоятельств, способствующих подобному поведению, но они не могут и не должны становиться единственными и самодостаточными основаниями для лишения указанных прав.

автотранспортом), необходимостью обеспечивать общественную безопасность в целом от посягательств со стороны лиц с психическими расстройствами, делающими их опасными для себя либо окружающих (особенно в тех случаях, когда эти лица получили доступ к владению оружием), и т.п. Очевидно, что подобного рода обращения могут затрагивать десятки и сотни граждан, которые не всегда извещаются о том, что в отношении них запрашивалась информация, составляющая врачебную тайну, и что в итоге они включены в некий чреватый ограничением их прав список, не имея возможности вовремя обжаловать принятые в отношении них решения.

На протяжении многих лет не может найти своего решения проблема, специфичная именно для психиатрии. Содержащееся в ч. 2 ст. 5 Закона о психиатрической помощи требование, согласно которому сообщать пациентам сведения о состоянии их психического здоровья необходимо с обязательным «учетом их психического состояния», во многом лишается смысла, поскольку те же пациенты вправе лично знакомиться со всеми своими медицинскими документами, как письменными, так и электронными. Указанное требование не было рассчитано на новые реалии «цифрового переосмысления традиционной модели здравоохранения»[21] и к тому же не получило отражения в Федеральном законе № 323-ФЗ. Его соблюдение станет возможным лишь тогда, когда на законодательном уровне будет разработан дополнительный механизм доступа к медицинской документации, учитывающий специфику пациентов.

Наконец, необходимо не упускать из виду и то, что при внедрении информационных систем в сферу здравоохранения доступ к сведениям, составляющим врачебную тайну, получает еще более широкий круг лиц, чем предусмотрено в ст. 13 Федерального закона № 323-ФЗ, что ставит вопрос о защите этих данных от несанкционированного доступа и утечек. К примеру, в декабре 2020 г. стало известно о попадании в Интернет персональных данных около 100 тыс. пациентов московских больниц, переболевших коронавирусом, в т.ч. их имен, номеров телефонов, паспортных данных, домашних адресов, как и информации, составляющей врачебную тайну[22]. Кроме того, хотя медицинская информация содержится в информационных системах в обезличенном виде, «вследствие поступательного роста производительности и доступности вычислительных мощностей можно осуществить реидентификацию лица путем совмещения баз данных, содержащих даже обезличенную информацию»[23].

Однако перечисленные кратко проблемы требуют углубленного анализа в рамках специальных исследований.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. *Акулин И.М.*, *Чеснокова Е.А.*, *Смирнова К.М.*, *Пресняков Р.А.* Трансформация института врачебной тайны в эпоху электронного здравоохранения // Закон. 2019. № 9. С. 181, 185.
2. В сети оказались личные данные 100 тыс. московских пациентов [Электронный ресурс]. – Режим доступа. URL: https://news.mail.ru/society/44491151/ (дата обращения: 27.04.2021).
3. Законодательство Российской Федерации в области психиатрии: Комментарий к Закону РФ «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании», ГК и УК РФ (в части, касающейся лиц с психическими расстройствами) / под общ. ред. Т.Б. Дмитриевой. М., 2002. С. 47.
4. *Малеина М.Н.* Человек и медицина в современном праве: учеб. и практ. пособие. М., 1995. С. 65.
5. *Савельев А.И.* Проблемы применения законодательства о персональных данных в эпоху «Больших данных» (Big Data) // Право. Журнал ВШЭ. 2015. № 1. С. 60.
6. *Фарбер Е.В.* Врачебная тайна или медицинская тайна? // Медицинское право: теория и практика. 2017. Т. 3. № 2. С 140, 141.
7. *Шибаев Д.В.* Правовой режим врачебной тайны как информационно-правового объекта // Право. Журнал ВШЭ. 2015. № 3. С. 68.

REFERENCES

1. *Akulin I.M., Chesnokova E.A., Smirnova K.M., Presnyakov R.A.* Transformation of medical privacy in the era of digital health // Zakon. 2019. No. 9. P. 179–189 (in Russ.).
2. The personal data of 100 thousand Moscow patients were found on the web [Electronic resource]. – Access mode. URL: https://news.mail.ru/society/44491151/ (accessed: 27.04.2021) (in Russ.).

[21] *Акулин И.М.*, *Чеснокова Е.А.*, *Смирнова К.М.*, *Пресняков Р.А.* Трансформация института врачебной тайны в эпоху электронного здравоохранения // Закон. 2019. № 9. С. 181.

[22] См.: В сети оказались личные данные 100 тыс. московских пациентов [Электронный ресурс]. – Режим доступа. URL: https://news.mail.ru/society/44491151/ (дата обращения: 27.04.2021).

[23] *Акулин И.М.*, *Чеснокова Е.А.*, *Смирнова К.М.*, *Пресняков Р.А.* Указ. соч. С. 185; см. также: *Савельев А.И.* Проблемы применения законодательства о персональных данных в эпоху «Больших данных» (Big Data) // Право. Журнал ВШЭ. 2015. № 1. С. 60.

3. Legislation of the Russian Federation in the field of psychiatry: Commentary to the RF Law "On Psychiatric Assistance and Guarantees of Citizens' Rights during its Provision", Civil Code and the RF Criminal Code (as it relates to persons with mental disorders) / under the general ed. of T.B. Dmitrieva. M., 2002 (in Russ.).
4. *Maleina M.N.* Man and medicine in the modern law: training and practical manual. M., 1995 (in Russ.).
5. *Savelyev A.I.* The issues of implementing legislation on personal data in the era of Big Data // Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki. 2015. No. 1. P. 43–66 (in Russ.).
6. *Farber E.V.* Doctoral secret or medical secret? // Medical Law: theory and practice. 2017. Vol. 3. No. 2. P. 139–144 (in Russ.).
7. *Shibaev D.V.* Legal mode of medical information privacy // Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki. 2015. No. 3. P. 66–77 (In Russ.).

Сведения об авторах

ПОЛУБИНСКАЯ Светлана Вениаминовна –
кандидат юридических наук, доцент,
ведущий научный сотрудник сектора
уголовного права, уголовного процесса
и криминологии Института государства
и права Российской академии наук;
119019 г. Москва, ул. Знаменка, д. 10

ШИШКОВ Сергей Николаевич –
кандидат юридических наук, доцент,
главный научный сотрудник Национального
медицинского исследовательского центра
психиатрии и наркологии им. В.П. Сербского
Министерства здравоохранения
Российской Федерации;
119991 г. Москва, Кропоткинский пер., д. 23

Authors' information

POLUBINSKAYA Svetlana V. –
PhD in Law, associate Professor, leading researcher,
Department of Criminal Law, Criminal Procedure
and Criminology, Institute of State and Law
of the Russian Academy of Sciences;
10 Znamenka str., 119019 Moscow, Russia

SHISHKOV Sergey N. –
PhD in Law, associate Professor, chief researcher,
Serbsky National Medical Research Centre
for Psychiatry and Narcology;
23 Kropotkinsky lane, 119991 Moscow, Russia

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 11, с. 123–136
STATE AND LAW, 2021, № 11, pp. 123–136

ПРАВО И МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОТНОШЕНИЯ

PROCEEDING ON CASES WITH THE PARTICIPATION OF FOREIGN PERSONS IN INTERNATIONAL PROCEDURE LAW OF RUSSIA AND BELARUS (The end)[1]

© 2021 W. E. Butler[1, *], N. Yu. Erpyleva[2, **]

[1]Pennsylvania State University, USA
[2]National Research University Higher School of Economics, Moscow

**E-mail: web15@psu.edu*
***E-mail: nerpyleva@hse.ru*

Received 16.02.2021

Abstract. This article is dedicated to one of the most interesting aspects of International Procedural Law – litigation with the participation of foreign persons. Authors focused on a comparative analysis of Russian and Belarus legislation concerning the regulation of international procedural relations. Article includes two parts: the first one considers international jurisdiction of Russian arbitrazh courts and Belarus economic courts on commercial matters; the second one examines the recognition and enforcement of foreign judgments in commercial matters on the territory of Russia and Belarus. Authors deeply scrutinized a wide range of legal documents including domestic legislation, bilateral and multilateral international treaties of regional character in order to show the convergences and divergences in Russian and Belarus procedural law concerning participation of foreign persons in international commercial litigation.

Key words: International Procedural Law, International Civil Procedure, international judicial jurisdiction, foreign persons, international commercial disputes.

For citation: *Butler, W.E., Erpyleva, N. Yu. (2021).* Proceeding on cases with the participation of foreign persons in International Procedure Law of Russia and Belarus (The end) // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 11, pp. 123–136.

This article is prepared with the support of legal information and reference system "ConsultantPlus". All international treaties of the Russian Federation, normative legal acts and judicial practice are cited in accordance with "ConsultantPlus".

DOI: 10.31857/S102694520017460-7

ПРОИЗВОДСТВО ПО ДЕЛАМ С УЧАСТИЕМ ИНОСТРАННЫХ ЛИЦ В МЕЖДУНАРОДНОМ ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ПРАВЕ РОССИИ И БЕЛАРУСИ (Окончание)[2]

© 2021 У. Э. Батлер[1, *], Н. Ю. Ерпылева[2, **]

[1]Пенсильванский государственный университет, США
[2]Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», г. Москва

**E-mail: web15@psu.edu*
***E-mail: nerpyleva@hse.ru*

Поступила в редакцию 16.02.2021 г.

[1] For the beginning, see: Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 10 (2021), pp. 173–185.

[2] Начало см.: Государство и право. 2021. № 10. С. 173–185.

Аннотация. Настоящая статья посвящена одному из наиболее интересных аспектов международного гражданского процесса – производству по делам с участием иностранных лиц. Авторы сконцентрировали свое внимание на сравнительном анализе российского и белорусского законодательства, касающегося регулирования международных процессуальных отношений. Статья включает две части: в первой – рассматриваются вопросы международной юрисдикции российских арбитражных судов и белорусских экономических судов по разрешению международных коммерческих споров; во второй части исследуются вопросы признания и принудительного исполнения иностранных судебных решений по коммерческим спорам на территории России и Беларуси. Авторы детально изучили широкий круг правовых источников, включая национальное законодательство и международные договоры регионального характера, для того чтобы выявить сходные черты и различия в российском и белорусском процессуальном праве применительно к производству по делам с участием иностранных лиц.

Ключевые слова: международное процессуальное право, международный гражданский процесс, международная судебная юрисдикция, иностранные лица, международные коммерческие споры.

Цитирование: *Butler, W.E., Erpyleva, N. Yu. (2021).* Proceeding on cases with the participation of foreign persons in International Procedure Law of Russia and Belarus (The end) // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 11, pp. 123–136.

Настоящая статья подготовлена при поддержке правовой информационно-справочной системы «КонсультантПлюс». Все международные договоры Российской Федерации, нормативные правовые акты и судебная практика приводятся по данным СПС «Консультант Плюс».

Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions on the Territory of Russia and Belarus

Whether a judicial decision will be recognized and enforced is a vital consideration in structuring contractual relations, for if that is impossible or unlikely, foreign economic and investment transactions are likely to involve additional costs reflecting the legal risks or to be avoided completely. A judicial decision, being an act of the public authority of one State must be recognized and enforced on the territory of another State to which the public authority of the first State does not extend. By virtue of generally-recognized principles of international law, namely territorial integrity and the sovereign equality of States, the recognition and enforcement of a foreign judicial decision is possible only on the basis of respective norms of national legislation or an international treaty[3]. Both are possibilities under the law of the Russian Federation and the Republic Belarus with certain peculiarities[4].

The norms of national legislation of Russia and Belarus on the recognition and enforcement of foreign judicial decisions are contained in Chapter 31 of the Code of Arbitrazh Procedure "Proceeding on Cases on Recognition and Enforcement of Decisions of Foreign Courts and Foreign Arbitrazh Decisions" and

[3] See: *Boiko K.S.* Роль и значение международного договора как инструмента регулирования признания и исполнения иностранных судебных решений [Role and Significance of International Treaty as an Instrument of Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions] // Пробелы в росс. законодательстве [Lacunas in Russian Legislation], No. 1 (2020), pp. 69–71; *Kostin A.A.* Международный договор как правовое основание признания и исполнения иностранных судебных решений: прошлое, настоящее, будущее [International Treaty as a Legal Ground for Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions: Past, Present, Future] // Закон [Law], No. 8 (2018), pp. 162–176.

[4] For details, see: *Boiko K.S.* Признание и исполнение иностранных судебных решений в России: реалии и перспективы [Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions in Russia: Realities and Prospects] // Право и образование [Law and Education], No. 12 (2018), pp. 205–213; *Fedorov R.V.* Теоретический анализ юридических оснований признания и исполнения иностранных судебных решений в Российской Федерации [Theoretical Analysis of Legal Grounds of Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions in the Russian Federation] // Вестник Екатерининского института [Herald of the Catherinian Institute], No. 2 (2017), pp. 129–133; *Shebanova N.A.* Признание и приведение в исполнение иностранных судебных решений в практике российских судов [Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions in the Practice of Russian Courts] // Труды ИГП РАН [Proceedings of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences], No. 1 (2017), pp. 22–43; *Vanisova A.O.* Правовое регулирование признания и исполнения иностранных судебных решений в Российской Федерации [Legal Regulation of Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions in the Russian Federation] // Актуальные вопросы экономики, управления и права: сб. науч. тр. [Topical Problems of the Economics, Management, and Law: Collection of Scientific Works], No. 2–3 (2018), pp. 87–166; *Voitovich E.P.* Признание и приведение в исполнение иностранных судебных решений в России: коллизии правоприменения [Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions in Russia: Conflicts of Law Application] // Росс. юрид. журнал [Russian Legal Journal], No. 2 (2019), pp. 126–134; *Silberman L., Ferrari F. (eds.)* Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (Private International Law Series, vol. 6) (2017). Deserving of special attention is the fact that in the nineteenth century special works appeared in Imperial Russia on this issue. See, for example: *Markov P.* О приведении в исполнение решений судебных мест иностранных государств [On Enforcing Judicial Decisions of Foreign States] // Журнал Министерства юстиции [Journal of the Ministry of Justice], XXII (1864), pp. 25–46, 211–224; *Engel'man I.E.* Об исполнении иностранных судебных решений в России [On the Enforcement of Foreign Judicial Decisions in Russia] // Журнал гражданского и уголовного права [Journal of Civil and Criminal Law], No. 1 (1884), pp. 75–121.

Chapter 28 of the Code of Economic Procedure with an identical title. According to Article 241 of the Code of Arbitrazh Procedure, the decisions of foreign courts adopted with regard to disputes and other cases arising when undertaking entrepreneurial and other economic activity are recognized and enforced in the Russian Federation by arbitrazh courts if the recognition and enforcement of such decisions is provided for by international treaties of the Russian Federation and a federal law[5].

The norms of Belarus legislation regulating the recognition and enforcement of foreign judicial decisions are set out in the Code of Economic Procedure (Article 245). They provide that decisions of foreign courts are recognized and enforced by courts of the Republic Belarus if recognition and enforcement has been provided by Belarus legislation and/or an international treaty of the Republic Belarus, or on the basis of reciprocity. It is worth mentioning that Decree of the Plenum of the Supreme Court of the Republic Belarus No. 18 "On the application by courts of legislation on the recognition and enforcement of foreign court decisions and foreign arbitral awards" of 23 December 2014, as amended by Decree No. 11 of 28 September 2017[6], says a little differently: decisions of foreign courts are recognized and enforced in the Republic Belarus, if this is provided for by an international treaty of the Republic Belarus or on the basis of the principle of reciprocity. Decisions of foreign courts that do not require enforcement are recognized both by virtue of international treaties to which the Republic Belarus is a party, and in cases where such recognition is provided for by its legislation.

Reciprocity. The Code of Economic Procedure separates out reciprocity as an autonomous ground for the recognition and enforcement of foreign judicial decisions on the territory of Belarus. It is, however, difficult to conclude that in the Russian Code of Arbitrazh Procedure the principle of reciprocity is an autonomous ground for the recognition and enforcement of foreign judicial decisions. The possibility of the recognition and enforcement of a foreign judicial decision on the basis of a federal law means that a new ground for such recognition and enforcement must be consolidated in separate federal laws[7].

However, the only example mentioned is the Federal Law "On Insolvency (or Bankruptcy)" of 26 October 2002, as amended[8], where Article 1(6) provides: Decisions of courts of foreign States with regard to cases concerning insolvency (or bankruptcy) shall be recognized on the territory of the Russian Federation in accordance with international treaties of the Russian Federation. In the absence of international treaties of the Russian Federation decisions of courts of foreign States with regard to cases concerning insolvency (or bankruptcy) shall be recognized on the territory of the Russian Federation on the principle of reciprocity unless provided otherwise by a federal law[9]. This provision of the bankruptcy legislation refers only to "recognition" of a foreign judicial decision, and not to enforcement. Moreover, the principle of reciprocity is applied only to a narrow group of foreign judicial decisions rendered in cases of insolvency or bankruptcy.

The procedure for the recognition and enforcement of a foreign judicial decision in Russia and Belarus is

[5] Arbitrazh court of the Ural District in Decree of 9 July 2018 № Ф09-2438/18, Case № А50-37421/2017 gave the following explanation: the actual content of the rule of Article 241(1), Code of Arbitrazh Procedure is as follows: judicial decisions of foreign states taken with regard to the essence of the dispute are subject to recognition and enforcement. The Code of Arbitrazh Procedure does not provide for enforcement of other decisions or acts of courts of foreign States taken by them prior or after consideration of the dispute on merits. The rules of the Code of Arbitrazh Procedure shall be applied only to final decisions taken upon consideration of the dispute on a concrete subject and on concrete grounds on the basis of analysis of all the evidence in the course of a full court procedure. Rulings of foreign courts on application of interim measures (both preliminary ones and protective) are not subject to recognition and enforcement on the territory of the Russian Federation as they are not final judicial acts. Available on "ConsultantPlus".

[6] See: National Legal Internet Portal of the Republic Belarus, 10.01.2015, item 6/1464; 05.10.2017, item 6/1616. According to point 4 of the Plenum Decree, international treaties on the recognition and enforcement of foreign court decisions apply only to the participating States. Priority is given to those international treaties that entered into force later, unless otherwise provided by the international treaty. If there are also bilateral treaties or special agreements between the parties to multilateral treaties on the recognition and enforcement of foreign court decisions, the relevant rules of bilateral treaties or special agreements should apply.

[7] See: *Litvinskii D.V.* «Исполнить нельзя отказать»: еще раз к вопросу о возможности приведения в исполнение решений иностранных судов на территории Российской Федерации в отсутствие международного договора ["Never Refuse Enforcement": Once More on the Question of Enforcing Decisions of Foreign Courts on the Territory of the Russian Federation in the Absence of an International Treaty] // Вестник ВАС РФ [Herald of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation], No. 4–5 (2006); *Malysheva V.G.* Признание и принудительное исполнение иностранных судебных решений на основе принципа взаимности. Подходы судебной практики [Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions on the Basis of Reciprocity: Approaches of Judicial Practice] // Финансовая экономика [Financial Economy], No. 6 (2018); *Nasonov V.S.* Взаимность как основание для признания и исполнения решений судов Российской Федерации в иностранных государствах [Reciprocity as a Ground for Recognition and Enforcement of Decisions of Courts of the Russian Federation in Foreign States] // Вестник исполнительного производства [Herald of Enforcement Proceeding], No. 2 (2019), pp. 38–43; *Ushakova K.A., Dadayan E.V., Storozheva A.N.* Принцип взаимности как основание исполнения иностранных судебных решений [The Principle of Reciprocity as a Ground for Enforcement of Foreign Judicial Decisions] // Научные исследования XXI века [Scientific Studies of the XXI Century], No. 1 (2020), pp. 275–279.

[8] See: Comp. (2002), No. 43, item 4190. As of 02.01.2021.

[9] This provision of the 2002 Law has not been subsequently amended. See: Russian company and commercial legislation / comp. a. ed., with transl. from Russian a. an introd., by W.E. Butler. Oxford, 2003, p. 367.

as follows. An application for recognition and enforcement of the decision of a foreign court is filed by the party to whose benefit the decision was rendered (hereinafter: recoverer) at the arbitrazh court of a subject of the Russian Federation or an economic court of the Republic Belarus at the location or place of residence of the debtor or, if the location or place of residence or location is unknown, at the location of property of the debtor. The application is filed in written form and must be signed by the recoverer or the representative thereof (Article 242(1–2), Code of Arbitrazh Procedure; Article 246(1–2), Code of Economic Procedure). The said application also may be filed by filling out the form placed on the official Internet site of the arbitrazh court in accordance with the Russian legislation.

To the application for recognition and enforcement of the decision of a foreign court are attached: duly certified copy of the decision of the foreign court whose recognition and enforcement is being sought; duly certified document confirming the entry of the foreign court decision into legal force if this is not indicated in the text of the decision itself (Article 242(3(2)), Code of Arbitrazh Procedure), or confirming that it is subject to enforcement prior to its entry into legal force, if it is not indicated in the text of the decision (Article 246(5(2)), Code of Economic Procedure); document duly certified confirming that the debtor was notified in a timely manner and in the proper form about the examination of the case in the foreign court whose recognition and enforcement is being sought; power of attorney or other document duly certified and confirming the powers of the person who signed the application for recognition and enforcement in the arbitrazh or economic court; and a document confirming the sending to the debtor of the copy of the application for recognition and enforcement of the decision of the foreign court; and a certified translation of the said documents into the Russian language or into one of the state languages of the Republic Belarus (Article 242(3), Code of Arbitrazh Procedure; Article 246(5), Code of Economic Procedure).

Consideration of Recognition and Enforcement. The application for recognition and enforcement of a foreign court decision is considered by a judge sitting alone within a period not exceeding one month from the day of receipt thereof in the arbitrazh court of a subject of the Russian Federation or an economic court of the Republic Belarus under the rules of the Code of Arbitrazh Procedure or the Code of Economic Procedure, unless provided otherwise by an international treaty of Russia and Belarus[10]. The court notifies the persons participating in the case about the time and place of the judicial session. The failure of the said persons to appear duly notified about the time and place of the judicial session is not an obstacle to consideration of the case. When considering a case, the court establishes in judicial session the presence or absence of grounds to recognize and enforce a foreign court decision by investigating the evidence submitted to the court, the grounds of the claims and objections, and also the explanations of the foreign court which rendered the decision if the court demands and obtains such explanations. When considering the case, the arbitrazh or economic court does not have the right to review the foreign court decision in substance (Article 243, Code of Arbitrazh Procedure; Article 247, Code of Economic Procedure).

The arbitrazh or economic court renders a ruling with regard to the results of consideration of the application concerning recognition and enforcement of the decision of the foreign court that must contain:

(1) the name and location of the foreign court which rendered the decision;

(2) the names of the recoverer and debtor;

(3) the information concerning the decision of the foreign court whose recognition and enforcement is being sought;

(4) an indication that the recognition and enforcement is granted or an indication that recognition and enforcement is refused (Article 245(1–2), Code of Arbitrazh Procedure; Article 249(1–2), Code of Economic Procedure).

The ruling of the arbitrazh court may be appealed by way of cassation to the arbitrazh court of a district within one month from the day of rendering the ruling (Article 245(3), Code of Arbitrazh Procedure). The ruling of the economic court enters into legal force from the moment of being rendered and may be appealed to a court of cassational or supervisory instance (Article 249(3), Code of Economic Procedure). The decision of the foreign court is enforced on the basis of a writ of execution issued by the arbitrazh court which rendered the ruling to recognize and enforce it in the procedure provided by the Code of Arbitrazh Procedure and the Federal Law "On an Execution Proceeding" of 2 October 2007, as amended[11] (Article 246, Code of Arbitrazh Procedure)[12] or on the basis of documents of execution issued by the economic court which rendered the ruling to recognize and enforce (Article 250, Code of Economic Procedure). The foreign court decision may be filed for enforcement within a period not exceeding three years from the day of entry into legal force. If the said period lapses, it may be renewed by an arbitrazh

[10] See: *Kostin A.A.* Вопросы действительности соглашения о международной подсудности на этапе признания и приведения в исполнение иностранного судебного решения [Questions on Validity of the Agreement on International Jurisdiction at the Stage of Recognition and Enforcement of a Foreign Judicial Decision] // Арбитражный и гражданский процесс [Arbitrazh and Civil Procedure], No. 5 (2014), pp. 49–53.

[11] See: Comp. (2007), No. 41, item 4849. As of 01.01.2021.

[12] Translated in W.E. Butler. Russian Public Law (3d ed.; 2013), pp. 456–526.

court or economic court upon the petition of the recoverer (Article 246(2), Code of Arbitrazh Procedure; Article 250(2), Code of Economic Procedure).

Refusal to Recognize or Enforce. A refusal to recognize and enforce a foreign judicial decision is permitted in the following instances, the list being exhaustive both in Russian[13] and Belarus legislation (Article 244, Code of Arbitrazh Procedure; Article 248, Code of Economic Procedure).

(1) the decision according to the law of the State on whose territory it was rendered has not entered into legal force (Article 244(1(1)), Code of Arbitrazh Procedure), yet an international treaty of Belarus not allowing recognition and enforcement until entry into force (Article 248(1(1)), Code of Economic Procedure);

(2) the party against whom the decision was adopted was not notified in a timely manner and duly about the time and place of consideration of the case or for other reason could not submit his explanations to the court[14];

(3) the consideration of the case in accordance with an international treaty of the Russian Federation or the Republic Belarus or federal law is relegated to the exclusive jurisdiction of an arbitrazh court in the Russian Federation or an economic court of the Republic Belarus;

(4) there is a decision of a court in the Russian Federation or the Republic Belarus which has entered into legal force and has been rendered with regard to the dispute between the same persons, on the same subject-matter, and on the same grounds;

(5) a case is under consideration of a court in the Russian Federation or the Republic Belarus with regard to a dispute between the same persons, concerning the same subject-matter, and on the same grounds, the proceedings regarding which were instituted before institution the proceedings regarding the case in a foreign court, or the court in the Russian Federation or the Republic Belarus first accepted for proceedings the application regarding the dispute between the same persons, the same subject-matter, and on the same grounds;

(6) the limitation period expired for bringing the decision of the foreign court for enforcement and this period is not reinstated by an arbitrazh court;

(7) the enforcement of the decision of the foreign court would be contrary to public policy of the Russian Federation or the Republic Belarus[15].

Public Policy. With regard to public policy, the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation issued Information Letter No. 156 "Survey of the Practice of Consideration by Arbitrazh Courts of Cases Concerning the Application of Public Policy as the Grounds for Refusal to Recognize and Enforce Foreign Judicial Decisions and Arbitral Awards" on 26 February 2013 (hereinafter: Information Letter No. 156). One important virtue of this document was the formulation of a concept of "public policy", understood as the "fundamental legal principles which possess the highest imperativeness, universality, and special social and public significance, and comprise the basis of the structure of the economic, political, and legal

[13] See: *Zakirova I.I.* О некоторых основаниях к отказу в признании и приведении в исполнение актов иностранных судов в Российской Федерации [On Certain Grounds for Refusal to Recognize and Enforce Acts of Foreign Courts in the Russian Federation] // Арбитражный и гражданский процесс [Arbitrazh and Civil Procedure], No. 11 (2017). The Arbitrazh Court of the Urals District in a Decree of 28 January 2019, No. Ф09-7920/18 re: A50-25299/2018 specially emphasized that Article 244(1) of the Code of Arbitrazh Procedure contains an exhaustive list of grounds for refusal to recognize and enforce a decision of a foreign court on the territory of Russia. Available on Consultant Plus. See also: *Abyshko A.O.* Отдельные вопросы признания и исполнения иностранных судебных решений в России [Certain Issues of Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions in Russia] // Вестник Университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА) [Herald of Kutafin University (MSLA)], No. 10 (2019), pp. 192–198.

[14] See: *Kostin A.A.* Надлежащее и своевременное извещение ответчика как условие признания и исполнения решения иностранного суда (анализ ч. 1 ст. 244 АПК РФ и ч. 1 ст. 412 ГПК РФ) [Due and Timely Notification of the Defendant as Condition of Recognition and Enforcement of Decision of Foreign Court (Analysis of Article 244(1) of the Code of Arbitrazh Procedure of the Russian Federation and Article 412(1) of the Code of Civil Procedure of the Russian Federation)] // Закон [Law], No. 4 (2017). According to the Survey of Judicial Practice of the Supreme Court of the Russian Federation No. 3 (2019), notification of litigation in a foreign court is proper, if the procedure of notification is complied with and if this procedure is established by norms of international treaties, or an evidence of effective (actual) notification of a party to court proceedings in a foreign court is provided (evidence is provided that the party knew about this trial) (point 55). Available on "ConsultantPlus".

[15] See: *Demirchian V.V.* Некоторые особенности применения оговорки о публичном порядке российскими судами [Some Peculiarities of Application of the Public Policy Clause by Russian Courts] // Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки [Humanities, Socio-Economic, and Social Sciences], No. 10 (2017), pp. 106–109; *Mukhametshin A.E., Sarvarov D.M.* Категория «публичный порядок» в контексте применения норм глав 30 и 31 АПК РФ в российской судебной практике [Category of "Public Order" in the Context of Application of Norms of Chapters 30 and 31 of the RF Code of Arbitrazh Procedure in Russian Judicial Practice] // Закон [Law], No. 7 (2019), pp. 92–103; *Osipov A.O.* О разграничении оговорки о публичном порядке и схожего основания для отказа в выдаче экзекватуры на решения иностранных судов в арбитражном процессе [On Differentiation of the Public Policy Clause and Similar Grounds for Refusal to Issue an Exequatur for Decisions of Foreign Courts in an Arbitrazh Proceeding] // Арбитражный и гражданский процесс [Arbitrazh and Civil Procedure], No. 10 (2017), pp. 33–37; *Salomov I.I.* Соотношение оговорки о публичном порядке и других категорий, ограничивающее применение норм иностранного права [Correlation of Public Policy Clause and Other Categories Limiting the Application of Norms of Foreign Law] // Правовая жизнь [Legal Life], No. 3 (2017), pp. 99–111; *Stepanenko E.K.* Обзор судебной практики: последствия применения иностранных санкционных норм [Survey of Judicial Practice: Consequences of Application of Foreign Sanctions Norms] // Вестник Арбитражного суда Московского округа [Herald of the Arbitrazh Court of the Moscow District], No. 2 (2019), pp. 74–81.

system of the State". Among such principles is prohibition to perform actions expressly prohibited by overriding mandatory norms of the legislation of Russia (Article 1192, Civil Code) if these actions prejudice the sovereignty or security of the State, affect the interests of large social groups, or violate the constitutional rights and freedoms of private persons.

An arbitrazh court refuses to recognize and enforce foreign judicial decision also on its own initiative, not only upon the petition of the defendant as an interested party. The party in declaring that recognition and enforcement of a foreign judicial decision would be contrary to the public policy of Russia must substantiate the existence of such a contradiction. In turn, the evaluation by the arbitrazh court of the consequences of enforcing a foreign judicial decision on the subject-matter of a violation of the public policy of Russia should not lead to a review of the foreign judicial decision in substance (points 1–3, Information Letter No. 156)[16]. The provisions of this document were analyzed and developed in Decree of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation No. 24 "On application of rules of private international law by the courts of the Russian Federation" of 9 July 2019[17]. With regard to the concept of "public policy" it confirmed that the absence in Russian law of certain private-law norms and/or institutes widely used in foreign legal systems cannot serve as a ground for application of the public policy clause.

Procedural practice relating to cases concerning the recognition and enforcement of foreign judicial decisions was generalized in Information Letter of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation No. 96 "Survey of Practice of Consideration by Arbitrazh Courts of Cases Concerning the Recognition and Enforcement of Decisions of Foreign Courts, Contesting Awards of Arbitration Courts, and Issuance of Writs of Execution for Awards of Arbitration Courts" of 22 December 2005 issued by the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation[18] (hereinafter: Information Letter of the Supreme Arbitrazh Court No. 96). The most important conclusions set out in this Information Letter were as follows:

(1) an arbitrazh court when considering an application to recognize and enforce the decision of a foreign court does not have the right to review the decision of the foreign court in substance (point 4);

(2) the arbitrazh court when considering the question of notifying the party against which the decision was rendered verifies whether the party was deprived of the possibility of defense in connection with the absence of actual and timely notification about the time and place of consideration of the case (point 6);

(3) the arbitrazh court renders a ruling to recognize and enforce the decision of a foreign court provided that this decision has entered into legal force in accordance with legislation of the State on whose territory it was adopted (point 7);

(4) the arbitrazh court has the right to refuse to recognize and enforce a foreign judicial decision if it establishes that this decision was rendered with regard to a dispute relegated to the exclusive competence of arbitrazh courts in the Russian Federation (point 8);

(5) the arbitrazh court renders a ruling to satisfy the application to enforce the decision of a foreign court if the means for enforcing the decision provided in the resolutive part is not contrary to the public policy of the Russian Federation (point 31).

The procedural practice of Belarus with regard to considering cases concerning the recognition and enforcement of a foreign court decision was summarized in the Decree of the Plenum of the Supreme Court of the Republic Belarus, No. 18, "On the Application by Courts of Legislation on the Recognition and Enforcement of Decisions of Foreign Courts and Foreign Arbitral Awards" of 23 December 2014, as amended (hereinafter: Plenum Decree No. 18)[19]. The most important conclusions of the Plenum were as follows:

(1) respective norms of bilateral treaties or special agreements must be applied when there are multilateral treaty provisions on recognition and enforcement of foreign courts as well as bilateral treaties and special agreements (point 4);

(2) when determining the court to whose jurisdiction the authorization of an application concerning recognition and enforcement of a foreign court decision is relegated, the character of the dispute and the participants should be taken into account. In particular, the recognition and enforcement of decisions of foreign courts with regard to disputes with the participation of juridical persons and individual entrepreneurs connected with economic activity are settled by courts which consider economic cases. When

[16] See: *Kurochkin S.A.* Комментарий к Обзору практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений [Commentary on the Survey of the Practice of Consideration by Arbitrazh Courts of Cases Concerning the Application of Public Policy as the Grounds for Refusal to Recognize and Enforce Foreign Judicial Decisions and Arbitral Awards] // Вестник ФАС Уральского округа [Herald of Federal Arbitrazh Court of the Urals District], No. 3 (2013), pp. 32–51.

[17] See: Bulletin of the Supreme Court of the Russian Federation, No. 10 (2019). See also: *Asoskov A.V.* Новое Постановление Пленума Верховного Суда РФ о применении норм международного частного права: ключевые разъяснения [The New Decree of the Plenum of the Supreme Court of the RF on Application of Norms of Private International Law: Key Explanations] // Судья [Judge], No. 11 (2019), pp. 12–19.

[18] See: Вестник ВАС РФ [Herald of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation], No. 3 (2006).

[19] See: National Legal Internet Portal of the Republic Belarus, 10 January 2015, 6/1464; 5 October 2017, No. 6/1616.

the debtor does not have a place of residence or location on the territory of Belarus or property belonging to him, the court has the right to return the application for recognition and enforcement of the foreign court decision without consideration (point 8);

(3) when considering an application, a Belarus court is confined to establishing that the conditions of an international treaty have been complied with. The Belarus court does not have the right to evaluate the legality and basis of the foreign court decision. The List of grounds for refusing to recognize and enforce foreign court decisions has been established by Article 248 of the Code of Economic Procedure and international treaties of Belarus. If the applicable international treaty contains rules which differ from procedural legislation as to grounds for refusing to recognize the foreign judicial decision, the court should be guided by the List in the international treaty (point 11);

(4) information concerning the timely and proper delivery to the debtor of the summons to court is submitted by the person who applies for recognition and enforcement of the foreign court decision or who objects to recognition. When necessary, the court considering the application or objection has the right to demand and obtain additional evidence of timely and due notification of the debtor. In discussing the question of the timely delivery to the debtor of the summons in a foreign court, it is necessary to verify whether he was informed so that he had sufficient time to prepare for the case as well as to appear in court (point 12);

(5) applications for recognition and enforcement of foreign court decisions, and also objections against such recognition, are considered in an open judicial session with notification of the time and place of the judicial examination to the debtor, and in instances provided by legislation – also to the recoverer. Their failure to appear at the judicial session without justifiable reasons is not an obstacle to consideration of the case. In the course of the judicial examination, the court establishes the presence or absence of grounds for a refusal to recognize the foreign court decision, including hearings of explanations of the debtor and investigation of the documents submitted. The duty to submit evidence lies with the debtor (point 15);

(6) a court shall render a reasoned ruling with regard to the substance of the application or objection received which satisfies the requirements of Articles 213 and 249 of the Code of Economic Procedure. The ruling on recognition and enforcement may not change the content of the foreign court decision (point 17).

Foreign Judicial Decisions Not Requiring Enforcement. An innovation in Russian procedural law is the provision that foreign judicial decisions not requiring enforcement may be recognized. According to Article 245[1] of the Code of Arbitrazh Procedure, decisions of foreign courts not requiring enforcement are recognized in the Russian Federation if their recognition is provided for by an international treaty of the Russian Federation or by a federal law[20]. Such decisions are recognized in the Russian Federation without any further proceedings if there are not objections on the part of an interested person. The interested person within one month after the decision of the foreign court became known to him may declare objections relating to recognition of this decision in an arbitrazh court of a subject of the Russian Federation at the location or place of residence of the interested person or the location of the property thereof, and if the interested person has not place of residence, location, or property in the Russian Federation, at the Arbitrazh Court of the City of Moscow. The application of an interested person concerning objections against a foreign judicial decision is filed in written form and must be signed by the interested person or representative thereof (hereinafter: application). The said application may be filed by filling in the form placed on the official Internet site of the arbitrazh court[21].

The application is considered within a period not exceeding one month from the day of receipt thereof in the arbitrazh court. When considering the application, the arbitrazh court has the right to enlist to participate in the case persons with respect to whose rights and duties the decision of the foreign court was rendered, with prolongation of the period for consideration of this application. The failure of the said persons to appear duly notified about the time and place of the judicial session, and also of an interested person, does not prevent consideration of the case. The arbitrazh court will refuse to recognize the decision of the foreign

[20] See: *Fokin E.A., Shaikhutdinova A.I.* Последующий судебный контроль иностранных судебных решений, не требующих принудительного исполнения [Further Judicial Control of Foreign Judicial Decisions Not Requiring Enforcement] // Вестник экономического правосудия РФ [Herald of Economic Justice of the Russian Federation], No. 10 (2020), pp. 4–16; *Kostin A.A.* К вопросу о признании иностранных судебных решений по экономическим спорам, не требующих принудительного исполнения (научно-практический комментарий к статье 245.1. АПК РФ [On the Question of Recognition of Foreign Judicial Decisions Relating to Economic Disputes Not Requiring Enforcement (Scientific-Practical Commentary to Article 245[1], the Code of Arbitrazh Procedure of the Russian Federation] // Журнал росс. права [Journal of Russian Law], No. 5 (2017), pp. 119–128; *Kostin A.A.* Признание и исполнение иностранных судебных решений (история вопроса и современные перспективы) [Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions (History of Question and Contemporary Prospects)] // Вестник гражданского процесса [Herald of Civil Procedure], No. 5 (2018), pp. 245–268.

[21] To the application are attached: duly certified copy of the decision of the foreign court objections against which are declared by an interested person; power of attorney or other document duly certified and confirming the powers of the person who signed the application to the arbitrazh court; a document confirming payment of the state fee for filing of the application in the amount provided for by the federal law for non-material statement of claim; and a certified translation of the said documents into the Russian language (Article 245[1](7), Code of Arbitrazh Procedure).

court on the grounds set out above and provided by Article 244(1(1–5),7) of the Code of Arbitrazh Procedure. The ruling of the arbitrazh court in a case concerning recognition of the decision of a foreign court not requiring enforcement may be appealed by way of cassation to the arbitrazh court of a district within one month from the day of rendering the ruling (Article 245[1], Code of Arbitrazh Procedure).

The procedure for recognition and enforcement of foreign judicial decisions apart from the Code of Arbitrazh Procedure and the Code of Economic Procedure is consolidated in international treaties of Russia and Belarus. The procedure for the recognition and enforcement of foreign judicial decisions is set out in multilateral and bilateral international treaties in addition to the procedural legislation of the countries concerned. The Minsk Convention, for example, contains Section III, "Recognition and Enforcement of Decisions"[22], and there are analogous provisions in the Kiev Agreement[23].

The term "decision" in international civil procedure the Minsk Convention understands to be the decision of "justice institutions" in civil and family cases, including amicable agreements confirmed by a court in such cases and notarial acts with respect to monetary obligations (hereinafter: decisions). Decisions rendered by justice institutions of each of the Contracting States and which have entered into legal force and by their nature not requiring enforcement are recognized on the territories of other Contracting States without a special proceeding provided that:

(1) justice institutions of the requested Contracting State have not previously rendered a decision with regard to this case which has entered into legal force;

(2) the case according to the Minsk Convention, or in instances not provided by it but according to the legislation of the Contracting State on whose territory the decision should be recognized, is not relegated to the exclusive jurisdiction of the justice institutions of that Contracting State (Article 52, Minsk Convention).

A petition to authorize enforcement of a foreign judicial decision is filed in a competent court of the Contracting State where the decision should be enforced. It may also be filed in a court which rendered the decision at first instance in the case. This court sends the petition to a court competent to render the decision with regard to the petition. There must be appended to the petition:

(a) the decision or attested copy thereof, and also an official document concerning the fact that the decision has entered into legal force and is subject to enforcement, or that it is subject to enforcement before entry into legal force if this does not follow from the decision itself;

(b) a document from which it follows that the party against which the decision was rendered and did not take part in the proceedings was duly and timely summoned to court, and in the event of lacking procedural dispositive legal capacity, was duly represented;

(c) the document confirming partial enforcement of the decision at the moment of sending thereof;

(d) the document confirming agreement of the parties in cases of contractual jurisdiction.

A petition to authorize enforcement of a foreign judicial decision and the appended documents must be accompanied by an attested translation into the language of the requested Contracting State or into the Russian language (Article 53, Minsk Convention). Petitions concerning the recognition and authorization for enforcement are considered by courts of the Contracting State on whose territory the enforcement is to be undertaken. The court considering the petition to recognize and authorize enforcement of a foreign judicial decision is limited to establishing that the conditions provided by the Minsk Convention have been complied with. If the conditions have been observed, the court renders a decision to enforce[24].

The procedure for enforcement is determined by the legislation of the Contracting State on whose territory enforcement should be undertaken (Article 54, Minsk

[22] See: *Egorov A.A.* Признание и исполнение судебных решений стран – участниц Минской конвенции СНГ [Recognition and Enforcement of Judicial Decisions of States – participants of the Minsk Convention of the CIS] // Законодательство и экономика [Legislation and Economics], No. 12 (1998), pp. 37, 38.

[23] At present, multilateral agreements in the sphere of civil procedure continue to operate within the Eurasian Economic Union, including those concluded within the Commonwealth of Independent States. So far no trend is in evidence to simplify proceedings for the recognition and enforcement of foreign court decisions or to move to an "open" model, which one might expect against the background of Eurasian integration. See: *Branovitskii K.L., Alenkina N.V.* Правовой режим признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений в Евразийском экономическом союзе [Legal Regime of the Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions in the Eurasian Economic Union] // Вестник гражданского процесса [Herald of Civil Procedure], No. 6 (2018), pp. 168–192.

[24] The Supreme Court of the Russian Federation in a Ruling of 4 October 2011, Re: Case No. 13-Г11-12, pointed out that in accordance with Articles 53 and 54 of the Minsk Convention a court considering a petition to recognize and authorize enforcement of a foreign judicial decision is confined to establishing that the conditions provided by the Minsk Convention have been complied with. In the event of compliance with the conditions, the court renders a decision for enforcement of the decision of the foreign court. Such judicial practice was formed long ago and is stable: for example, the Novosibirsk Regional Court in a cassational ruling of 7 August 2018 Re: Case No. 33-7749/2018, pointed out that Article 54(2) of the Minsk Convention established as the following: a court considering a petition concerning the recognition and authorization of enforcement of a decision is confined to the establishment that the conditions provided by the present Minsk Convention have been observed. If the conditions have been observed, the court renders a decision concerning enforcement of the foreign judicial decision. Available on "ConsultantPlus".

Convention)[25]. Refusal to recognize or authorize the enforcement of a foreign judicial decision may occur if:

(a) in accordance with legislation of the Contracting State on whose territory the foreign judicial decision was rendered, it has not entered into legal force and is not subject to enforcement, except for instances when the decision is subject to enforcement before entry into legal force;

(b) the defendant did not take part in the proceedings because he or an empowered person was not duly and timely summoned to court[26];

(c) with regard to a case between the same parties, on the same subject-matter, and on the same grounds on the territory of the Contracting State where the decision should be recognized and enforced, a decision already rendered which has entered into legal force or has been recognized by a judicial decision of a third State, or if proceedings with regard to the case were previously instituted by an justice institution of this Contracting State;

(d) according to the Minsk Convention and also in instances not provided by it, according to legislation of the Contracting State on whose territory the decision was recognized and enforced, the case is relegated to the exclusive jurisdiction of its institution;

(e) the document confirming the agreement of the parties to the case to contractual jurisdiction is absent;

(f) the limitation period for enforcement provided by legislation of the Contracting State whose court enforces the decision has expired (Article 55, Minsk Convention).

Under the Kiev Agreement (Article 7), the parties assumed the obligation to reciprocally recognize and enforce decisions of competent courts which have entered into legal force. The Kiev Agreement refers to "decisions rendered by competent courts of one Contracting State – Party to the Commonwealth of Independent States subject to enforcement on the territory of other Contracting States – Parties to the Commonwealth of Independent States". This formulation means that the Kiev Agreement does not provide for a judicial proceeding concerning the authorization of enforcement. In this connection a petition to enforce the decision by an interested party may not be regarded as a petition for authorization of enforcement.

Therefore, among the documents to be appended to a petition (duly attested copy of the decision concerning whose enforcement the petition was initiated; official document that the decision has entered into legal force if this is not evident from the text of the decision itself; evidence of notification of the other party about the proceedings) also is a writ of execution (Article 8)[27]. The Kiev Agreement merely provides for a judicial proceeding with regard to a refusal to enforce a decision at the request of the party against whom it was rendered and consolidates the list of evidence which must be submitted to the competent court at the place where enforcement is requested. Among such evidence is:

(a) a court of the requested State has previously rendered a decision with regard to a case between the same parties, on the same subject-matter, and on the same grounds and it has entered into legal force;

(b) there is a recognized decision of a competent court of a third State which is or is not a member of the Commonwealth of Independent States concerning a dispute between the same parties, the same subject-matter, and on the same grounds;

(c) the dispute was resolved by a court which did not have jurisdiction[28];

(d) the other party was not notified about the proceedings[29];

[25] The norm means that if enforcement is authorized in Russia or Belarus, the provisions of Chapter 31 (the Code of Arbitrazh Procedure) or Chapter 28 (the Code of Economic Procedure) shall apply.

[26] The Arbitrazh Court of Moscow District in a Decree of 12 October 2017, Re: Case No. A40-11868/2017, noted that by virtue of Article 53(2) (b) of the Minsk Convention a document shall be attached to a petition to authorize enforcement of a decision from which it follows that the party against which the decision was rendered did not take part in the proceedings, was duly and timely summoned to court, and in the event of lack of procedural dispositive legal capacity was duly represented. Proceeding from a literal interpretation of the Minsk Convention, the court of first instance in this case concluded that Article 53(2)(b) of the Minsk Convention imperatively indicated the need to provide an autonomous document concerning due notification. Available on "ConsultantPlus".

[27] According to point 1 of the Information Letter of the Supreme Arbitrazh Court No. 96, in the event of the consideration by a Russian arbitrazh court of an application submitted by a recoverer for enforcement of a court decision rendered on the territory of a Contracting State – Party to the Kiev Agreement, in Russia – in the absence of an execution document mentioned in Article 8 of the Kiev Agreement, the court of first instance should leave the application without movement and establish a period during which the applicant should submit the execution document. In the event of his failure to submit within the established period, the court should return the application to the recoverer on the basis of Article 128(4) of the Code of Arbitrazh Procedure.

[28] The Arbitrazh Court of Moscow District in a Decree of 10 May 2018, Re: case No. A40-59275/2017, pointed out that the participation of a foreign person in a judicial examination and the absence of objections on his part relating to the competence of the arbitrazh court of the Russian Federation before the first application regarding the substance of the dispute confirms by his will consideration of the dispute by the said court. Consequently, a foreign person loses the right to refer to the absence of competence of the particular court (the rule of loss of the right to object) thereafter. Available on "ConsultantPlus".

[29] An Advisory Opinion of the Economic Court of the Commonwealth of Independent States, No. 01–1/4–13, of 26 April 2014, said that, in the opinion of the Court, in the context of this norm "notified about the proceedings" should be understood as actions directed towards informing (or notifying) a party about the judicial proceeding. Such actions within the framework of the Kiev Agreement are undertaken by competent courts and other agencies of Contracting States at the stage of considering the case in essence, including

(e) the three-year limitation period for submitting the decision for enforcement has expired (Article 9, Kiev Agreement).

The Kiev Agreement thus does not provide for a mandatory judicial proceeding with regard to the recognition and enforcement of a foreign judicial decision rendered by a competent court of a Contracting State, which means recognition and enforcement without a judicial proceeding[30]. In this context, a petition by a recoverer to enforce a judicial decision is equal to an application to institute an execution proceeding[31]. It should be noted that the Kiev Agreement provides for the possibility of executing judicial decisions not only by bailiffs, but also by other agencies designated by a court or by legislation of the place of enforcement. These agencies may be credit institutions possessing certain powers with respect to the property of the defendant against which execution may be levied by decision of a court.

The question naturally arises as to the correlation of the Minsk Convention and the Kiev Agreement. Both treaties regulate the recognition and enforcement of foreign judicial decisions on the territories of the CIS. In the view of T.N.ºNeshataeva, the Minsk Convention does not extend to the enforcement of decisions of economic or arbitrazh courts with regard to disputes connected with undertaking economic activity[32]. She came to that conclusion on the basis of Article 82 of the Minsk Convention, which provides that it does not concern provisions of other international treaties to which the Contracting States are parties. The Kiev Agreement is such an international treaty, being of a special character and regulating the settlement of only economic cases (cases arising from contractual and other civil-law relations between economic subjects or from their relations with State and other agencies) (Article 1)[33]. It should be emphasized once more, however, that reference here is made to decisions rendered or subject to enforcement on the territories of Georgia or Moldova, which are not parties to the Kiev Agreement, and in this event the Minsk Convention is applicable.

The same approach can be used in determining the correlation of the Kiev Agreement and the Moscow Agreement concluded between Russia and Belarus on 17 January 2001 on the Procedure for the Reciprocal Enforcement of Judicial Acts of Arbitrazh Courts of the Russian Federation and Economic Courts of the Republic Belarus[34] (hereinafter: Moscow Agreement).

within the framework of mutual rendering of legal assistance. The burden of proof of improper notification lies on the party objecting to enforcement of the decision. However, the party petitioning for enforcement of the decision also by virtue of Article 8 of the Kiev Agreement is obliged to append evidence of proper notification of the other party concerning the proceedings to the petition for enforcement of the judicial decision (available online). The Arbitrazh Court of Moscow District in a Decree of 12 March 2020, Re: Case No. A40–165305/2018, noted that according to article 9 of the Kiev Agreement, enforcement of a decision of a competent court of a State party of the CIS may be refused at the request of the party against whom it is directed, only if it provides evidence to the competent court at the place where enforcement is sought that it was not notified of the process. Available on "ConsultantPlus".

[30] A Decree of the Federal Arbitrazh Court of the Northwestern District of 12 May 1997, No. A56-15024/96 emphasized that in accordance with Article 7 of the Kiev Agreement, Contracting States – Parties to the said Agreement mutually recognize and enforce decisions of competent courts which have entered into legal force. Decisions rendered by competent courts of one Contracting State are subject to enforcement on the territory of other Contracting States. Norms regulating the procedure for petitioning for recognition and enforcement of decisions of competent courts of one Contracting State in the courts of another Contracting State of the Kiev Agreement do not exist. Available on "ConsultantPlus".

[31] It should be noted that by a Decision of the Economic Court of the CIS, No. 1-1/1-16, "On Interpretation of Article 8 of the Agreement on the Procedure for the Settlement of Disputes Connected with the Effectuation of Economic Activity of 20 March 1992 in the Part of Recognition and Enforcement of Judicial Acts of Foreign States Adopted with Regard to Cases of an Order Proceeding", of 17 June 2016, judicial acts of Contracting States of the Kiev Agreement adopted with regard to the results of the consideration by way of an order proceeding (proceedings in cases concerning the rendering of an order for recovery) are not subject to recognition and enforcement within the framework of Article 8 of the said Agreement (available online).

[32] See: *Neshataeva T.N.* О признании и исполнении решений по хозяйственным спорам судов государств – участников СНГ на территории Российской Федерации [On the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Economic Disputes of Courts of States-Participants to the Commonwealth of Independent States on the Territory of the Russian Federation] // Журнал междунар. частного права [Journal of Private International Law], No. 2 (1997), p. 9.

[33] One should have in view that the Kiev Agreement regulates the recognition and enforcement of decisions only of courts having jurisdiction; that is, courts whose jurisdiction with regard to the settlement of a dispute in substance meets the criteria of Article 4 of the Agreement. Thus, a court considering a dispute in substance and rendering a decision subject to enforcement which is beyond the limits of its jurisdiction should possess dual jurisdiction: first, be competent according to procedural norms of its own national legislation, and second, be competent according to the requirements of Article 4 of the Kiev Agreement.

[34] See: Бюллетень международных договоров [Bulletin of International Treaties], No. 3 (2003), pp. 65–67. The Agreement entered into force on 29 July 2002. The Agreement is analyzed in, *Muranov A.I.* Новый порядок взаимного исполнения актов арбитражных судов России и хозяйственных судов Белоруссии. Соглашение от 17 января 2001 г.: значение и проблемы [New Procedure for Reciprocal Enforcement of Acts of Arbitrazh Courts of Russia and Economic Courts of Belorussia. Agreement of 17 January 2001: Significance and Problems] // Московский журнал междунар. права [Moscow Journal of International Law], No. 4 (2002), pp. 180–198; see also: *Dolgachev N.G., Sinyova N.A.* Роль международных договоров в системе признания и приведения в исполнение иностранных судебных актов на примере соглашения между Российской Федерацией и Республикой Беларусь о порядке взаимного исполнения судебных актов арбитражных судов Российской Федерации и хозяйственных судов Республики Беларусь от 17 января 2001 г. [The Role of International Treaties in the System of Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Acts on the Example of the Agreement between the Russian Federation and the Republic of Belarus on the Procedure of Mutual

The provisions of the Moscow Agreement operate as *lex specialis* with respect to the Minsk Convention and the Kiev Agreement. It follows that judicial acts of competent courts of Russia and Belarus do not require a special procedure for recognition and are enforced in the same procedure as judicial acts of their own domestic courts on the basis of documents of execution issued by the courts which adopted the decision[35]. Competent courts are understood to be arbitrazh courts of the Russian Federation and courts of general jurisdiction considering economic cases of the Republic Belarus, the competence of which corresponds to the requirements of the Kiev Agreement (Article 4) and of the Moscow Agreement (Article 1).

It should be noted that, in elaboration of the Kiev Agreement and Minsk Convention, another treaty was concluded and it was especially devoted to the recognition and enforcement of judicial decisions with regard to economic disputes on the territory of the Commonwealth: the Moscow Agreement of the CIS on the Procedure for the Mutual Enforcement of Decisions of Arbitrazh and Economic Courts on the Territories of States – Participants of the Commonwealth, of 6 March 1998[36] (hereinafter: Moscow Agreement of the CIS). The Moscow Agreement of the CIS basically excludes a judicial proceeding with regard to a case concerning authorization of enforcement of a foreign judicial decision, which means that such a decision will be enforced equally with decisions of own courts by way of an execution proceeding in accordance with national legislation. The decision of a competent court of one Contracting State that has entered into legal force is enforced on the territory of another Contracting State in an uncontested proceeding (Article 3, Moscow Agreement of the CIS)[37].

In conclusion, we would like to stress again that in Russia and Belarus, three regimes operate and interact with regard to the recognition and enforcement of foreign judicial decisions: first, within the framework of bilateral treaties – as a rule, treaties on legal assistance with regard to civil, family, and criminal cases (Moscow Agreement); second, multilateral treaties (Kiev Agreement and Minsk Convention), applied to proceeding on cases with participation of natural and juridical persons from the States – members of the CIS or Georgia and Moldova; and third, the national legislation of each State (Code of Arbitrazh Procedure and Code of Economic Procedure), applied to proceeding on cases with participation of natural and juridical persons from the third States.

REFERENCES

1. *Abyshko A.O.* Отдельные вопросы признания и исполнения иностранных судебных решений в России [Certain Issues of Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions in Russia] // Вестник Университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА) [Herald of Kutafin University (MSLA)], No. 10 (2019), pp. 192–198 (in Russ.).
2. *Asoskov A.V.* Новое Постановление Пленума Верховного Суда РФ о применении норм международного частного права: ключевые разъяснения [The New Decree of the Plenum of the Supreme Court of the RF on Application of Norms of Private International Law: Key Explanations] // Судья [Judge], No. 11 (2019), pp. 12–19 (in Russ.).
3. *Boiko K.S.* Признание и исполнение иностранных судебных решений в России: реалии и перспективы [Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions in Russia: Realities and Prospects] // Право и образование [Law and Education], No. 12 (2018), pp. 205–213 (in Russ.) (in Russ.).
4. *Boiko K.S.* Роль и значение международного договора как инструмента регулирования признания и исполнения иностранных судебных решений [Role and Significance of International Treaty as an Instrument of Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions] // Пробелы в росс. законодательстве [Lacunas in Russian Legislation], No. 1 (2020), pp. 69–71 (in Russ.) (in Russ.).
5. *Branovitskii K.L., Alenkina N.V.* Правовой режим признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений в Евразийском экономическом

Enforcement of Judicial Acts of Arbitrazh Courts of the Russian Federation and Economic Courts of the Republic of Belarus of 17 January 2001] // Право и проблемы функционирования современного государства: сб. материалов XXVII Междунар. науч.-практ. конф. Апробация [Law and the Problems of Functioning of a Contemporary State. Collection of Materials of the XXVII International Scientific-Practice Conference. Approbation], (2017), pp. 66–69.

[35] Plenum Decree No. 18 emphasized that courts need to take into account that in accordance with the Moscow Agreement, judicial acts of competent courts of the parties do not need a special procedure for recognition and are enforced in the same procedure as judicial acts of courts of their own State on the basis of documents of execution of courts which adopted the decision (point 6).

[36] See: The Moscow Agreement of the CIS entered into force on 9 January 2001. Neither Russia, nor Belarus has acceded to it. Информационный вестник Совета глав государств и Совета глав правительств СНГ «Содружество» [Information Herald of the Council of the Heads of States and the Council of the Heads of Governments of the CIS "The Commonwealth"].

[37] If Contracting States of a bilateral international treaty on mutual assistance are also parties to a multilateral treaty on mutual legal assistance, the court when considering a case to recognize and enforce the decision of a foreign court will apply the bilateral treaty, and with respect to legal relations not regulated by it – the multilateral treaty on mutual legal assistance. See: *Slabospitskii A.S.* Трансграничное исполнение судебных решений в сфере предпринимательской деятельности на территории Евразийского экономического союза [Cross-border Execution of Judicial Decisions in the Sphere of Entrepreneurial Activity on the Territory of the Eurasian Economic Union] // Росс. правосудие [Russian Justice], No. 9 (2017), pp. 72–75.

союзе [Legal Regime of the Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions in the Eurasian Economic Union] // Вестник гражданского процесса [Herald of Civil Procedure], No. 6 (2018), pp. 168–192 (in Russ.).

6. Russian company and commercial legislation / comp. a. ed., with transl. from Russian a. an introd., by W.E. Butler. Oxford, 2003, p. 367.

7. *Demirchian V.V.* Некоторые особенности применения оговорки о публичном порядке российскими судами [Some Peculiarities of Application of the Public Policy Clause by Russian Courts] // Гуманитарные, социально-экономические и общественные науки [Humanities, Socio-Economic, and Social Sciences], No. 10 (2017), pp. 106–109 (in Russ.).

8. *Dolgachev N.G., Sinyova N.A.* Роль международных договоров в системе признания и приведения в исполнение иностранных судебных актов на примере соглашения между Российской Федерацией и Республикой Беларусь о порядке взаимного исполнения судебных актов арбитражных судов Российской Федерации и хозяйственных судов Республики Беларусь от 17 января 2001 г. [The Role of International Treaties in the System of Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Acts on the Example of the Agreement between the Russian Federation and the Republic of Belarus on the Procedure of Mutual Enforcement of Judicial Acts of Arbitrazh Courts of the Russian Federation and Economic Courts of the Republic of Belarus of 17 January 2001] // Право и проблемы функционирования современного государства: сб. материалов XXVII Междунар. науч.-практ. конф. Апробация [Law and the Problems of Functioning of a Contemporary State. Collection of Materials of the XXVII International Scientific-Practice Conference. Approbation], (2017), pp. 66–69 (in Russ.).

9. *Egorov A.A.* Признание и исполнение судебных решений стран – участниц Минской конвенции СНГ [Recognition and Enforcement of Judicial Decisions of States-participants of the Minsk Convention of the CIS] // Законодательство и экономика [Legislation and Economics], No. 12 (1998), pp. 37, 38 (in Russ.).

10. *Engel'man I.E.* Об исполнении иностранных судебных решений в России [On the Enforcement of Foreign Judicial Decisions in Russia] // Журнал гражданского и уголовного права [Journal of Civil and Criminal Law], No. 1 (1884), pp. 75–121 (in Russ.).

11. *Fedorov R.V.* Теоретический анализ юридических оснований признания и исполнения иностранных судебных решений в Российской Федерации [Theoretical Analysis of Legal Grounds of Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions in the Russian Federation] // Вестник Екатерининского института [Herald of the Catherinian Institute], No. 2 (2017), pp. 129–133 (in Russ.).

12. *Fokin E.A., Shaikhutdinova A.I.* Последующий судебный контроль иностранных судебных решений, не требующих принудительного исполнения [Further Judicial Control of Foreign Judicial Decisions Not Requiring Enforcement] // Вестник экономического правосудия РФ [Herald of Economic Justice of the Russian Federation], No. 10 (2020), pp. 4–16 (in Russ.).

13. *Kostin A.A.* Вопросы действительности соглашения о международной подсудности на этапе признания и приведения в исполнение иностранного судебного решения [Questions on Validity of the Agreement on International Jurisdiction at the Stage of Recognition and Enforcement of a Foreign Judicial Decision] // Арбитражный и гражданский процесс [Arbitrazh and Civil Procedure], No. 5 (2014), pp. 49–53 (in Russ.).

14. *Kostin A.A.* К вопросу о признании иностранных судебных решений по экономическим спорам, не требующих принудительного исполнения (научно-практический комментарий к статье 245.1. АПК РФ [On the Question of Recognition of Foreign Judicial Decisions Relating to Economic Disputes Not Requiring Enforcement (Scientific-Practical Commentary to Article 245^{1}, the Code of Arbitrazh Procedure of the Russian Federation] // Журнал росс. права [Journal of Russian Law], No. 5 (2017), pp. 119–128 (in Russ.).

15. *Kostin A.A.* Международный договор как правовое основание признания и исполнения иностранных судебных решений: прошлое, настоящее, будущее [International Treaty as a Legal Ground for Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions: Past, Present, Future] // Закон [Law], No. 8 (2018), pp. 162–176 (in Russ.).

16. *Kostin A.A.* Надлежащее и своевременное извещение ответчика как условие признания и исполнения решения иностранного суда (анализ ч. 1 ст. 244 АПК РФ и ч. 1 ст. 412 ГПК РФ) [Due and Timely Notification of the Defendant as Condition of Recognition and Enforcement of Decision of Foreign Court (Analysis of Article 244(1) of the Code of Arbitrazh Procedure of the Russian Federation and Article 412(1) of the Code of Civil Procedure of the Russian Federation)] // Закон [Law], No. 4 (2017) (in Russ.).

17. *Kostin A.A.* Признание и исполнение иностранных судебных решений (история вопроса и современные перспективы) [Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions (History of Question and Contemporary Prospects)] // Вестник гражданского процесса [Herald of Civil Procedure], No. 5 (2018), pp. 245–268 (in Russ.).

18. *Kurochkin S.A.* Комментарий к Обзору практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений [Commentary on the Survey of the Practice of

Consideration by Arbitrazh Courts of Cases Concerning the Application of Public Policy as the Grounds for Refusal to Recognize and Enforce Foreign Judicial Decisions and Arbitral Awards] // Вестник ФАС Уральского округа [Herald of Federal Arbitrazh Court of the Urals District], No. 3 (2013), pp. 32–51 (in Russ.).

19. *Litvinskii D.V.* «Исполнить нельзя отказать»: еще раз к вопросу о возможности приведения в исполнение решений иностранных судов на территории Российской Федерации в отсутствие международного договора ["Never Refuse Enforcement": Once More on the Question of Enforcing Decisions of Foreign Courts on the Territory of the Russian Federation in the Absence of an International Treaty] // Вестник ВАС РФ [Herald of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation], No. 4–5 (2006) (in Russ.).
20. *Malysheva V.G.* Признание и принудительное исполнение иностранных судебных решений на основе принципа взаимности. Подходы судебной практики [Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions on the Basis of Reciprocity: Approaches of Judicial Practice] // Финансовая экономика [Financial Economy], No. 6 (2018) (in Russ.).
21. *Markov P.* О приведении в исполнение решений судебных мест иностранных государств [On Enforcing Judicial Decisions of Foreign States] // Журнал Министерства юстиции [Journal of the Ministry of Justice], XXII (1864), pp. 25–46, 211–224 (in Russ.).
22. *Mukhametshin A.E., Sarvarov D.M.* Категория «публичный порядок» в контексте применения норм глав 30 и 31 АПК РФ в российской судебной практике [Category of "Public Order" in the Context of Application of Norms of Chapters 30 and 31 of the RF Code of Arbitrazh Procedure in Russian Judicial Practice] // Закон [Law], No. 7 (2019), pp. 92–103 (in Russ.).
23. *Muranov A.I.* Новый порядок взаимного исполнения актов арбитражных судов России и хозяйственных судов Белоруссии. Соглашение от 17 января 2001 г.: значение и проблемы [New Procedure for Reciprocal Enforcement of Acts of Arbitrazh Courts of Russia and Economic Courts of Belorussia. Agreement of 17 January 2001: Significance and Problems] // Московский журнал междунар. права [Moscow Journal of International Law], No. 4 (2002), pp. 180–198 (in Russ.).
24. *Nasonov V.S.* Взаимность как основание для признания и исполнения решений судов Российской Федерации в иностранных государствах [Reciprocity as a Ground for Recognition and Enforcement of Decisions of Courts of the Russian Federation in Foreign States] // Вестник исполнительного производства [Herald of Enforcement Proceeding], No. 2 (2019), pp. 38–43 (in Russ.).
25. *Neshataeva T.N.* О признании и исполнении решений по хозяйственным спорам судов государств – участников СНГ на территории Российской Федерации [On the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Economic Disputes of Courts of States-Participants to the Commonwealth of Independent States on the Territory of the Russian Federation] // Журнал междунар. частного права [Journal of Private International Law], No. 2 (1997), p. 9 (in Russ.).
26. *Osipov A.O.* О разграничении оговорки о публичном порядке и схожего основания для отказа в выдаче экзекватуры на решения иностранных судов в арбитражном процессе [On Differentiation of the Public Policy Clause and Similar Grounds for Refusal to Issue an Exequatur for Decisions of Foreign Courts in an Arbitrazh Proceeding] // Арбитражный и гражданский процесс [Arbitrazh and Civil Procedure], No. 10 (2017), pp. 33–37 (in Russ.).
27. *Salomov I.I.* Соотношение оговорки о публичном порядке и других категорий, ограничивающее применение норм иностранного права [Correlation of Public Policy Clause and Other Categories Limiting the Application of Norms of Foreign Law] // Правовая жизнь [Legal Life], No. 3 (2017), pp. 99–111 (in Russ.).
28. *Shebanova N.A.* Признание и приведение в исполнение иностранных судебных решений в практике российских судов [Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions in the Practice of Russian Courts] // Труды ИГП РАН [Proceedings of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences], No. 1 (2017), pp. 22–43 (in Russ.).
29. *Silberman L, Ferrari F. (eds.)* Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (Private International Law Series, vol. 6) (2017).
30. *Slabospitskii A.S.* Трансграничное исполнение судебных решений в сфере предпринимательской деятельности на территории Евразийского экономического союза [Cross-border Execution of Judicial Decisions in the Sphere of Entrepreneurial Activity on the Territory of the Eurasian Economic Union] // Росс. правосудие [Russian Justice], No. 9 (2017), pp. 72–75 (in Russ.).
31. *Stepanenko E.K.* Обзор судебной практики: последствия применения иностранных санкционных норм [Survey of Judicial Practice: Consequences of Application of Foreign Sanctions Norms] // Вестник Арбитражного суда Московского округа [Herald of the Arbitrazh Court of the Moscow District], No. 2 (2019), pp. 74–81 (in Russ.).
32. *Ushakova K.A., Dadayan E.V., Storozheva A.N.* Принцип взаимности как основание исполнения иностранных судебных решений [The Principle of Reciprocity as a Ground for Enforcement of Foreign Judicial Decisions] // Научные исследования XXI века [Scientific Studies of the XXI Century], No. 1 (2020), pp. 275–279 (in Russ.).

33. *Vanisova A.O.* Правовое регулирование признания и исполнения иностранных судебных решений в Российской Федерации [Legal Regulation of Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions in the Russian Federation] // Актуальные вопросы экономики, управления и права: сб. науч. тр. [Topical Problems of the Economics, Management, and Law: Collection of Scientific Works], No. 2–3 (2018), pp. 87–166 (in Russ.).

34. *Voitovich E.P.* Признание и приведение в исполнение иностранных судебных решений в России: коллизии правоприменения [Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions in Russia: Conflicts of Law Application] // Росс. юрид. журнал [Russian Legal Journal], No. 2 (2019), pp. 126–134 (in Russ.).

35. *Zakirova I.I.* О некоторых основаниях к отказу в признании и приведении в исполнение актов иностранных судов в Российской Федерации [On Certain Grounds for Refusal to Recognize and Enforce Acts of Foreign Courts in the Russian Federation] // Арбитражный и гражданский процесс [Arbitrazh and Civil Procedure], No. 11 (2017) (in Russ.).

Authors' information

BUTLER William Elliott –
B.A. (The American University);
M.A. (John Hopkins University); J.D. (Harvard University); LL.M. (Academy University of Law, Russian Academy of Sciences); Ph.D. (Johns Hopkins University); LL.D. (London University); LL.D. honoris causa (Kiev University of Law); Foreign Member, National Academy of Sciences of Ukraine and National Academy of Legal Sciences of Ukraine; Corresponding Member, International Academy of Comparative Law; John Edward Fowler Distinguished Professor of Law and International Affairs, Dickinson Law School, Pennsylvania State University;
201 Old Main, University Park, PA 16802 USA

ERPYLEVA Natalia Yu. –
Doctor of Law, Professor, LL.M. (University of London), S.J.D. (Russian Academy of Civil Service), Head of the Department of Legal Regulation of Business, Faculty of Law, the National Research University Higher School of Economics;
20 Myasnitskaya str., 101000 Moscow, Russia

Сведения об авторах

БАТЛЕР Уильям Эллиот –
доктор права, академик РАЕН, действительный иностранный член Национальной академии наук Украины, профессор Пенсильванского государственного университета (США);
201 Old Main, University Park, PA 16802 USA

ЕРПЫЛЕВА Наталия Юрьевна –
доктор юридических наук, профессор, руководитель Департамента правового регулирования бизнеса факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»;
101000 г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 11, с. 137–144
STATE AND LAW, 2021, № 11, pp. 137–144

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОЙ СТАТУС ДЕТЕЙ-СОЛДАТ КАК УЧАСТНИКОВ ВООРУЖЕННЫХ КОНФЛИКТОВ

© 2021 г. С. Е. Смирных

Российская ассоциация международного права, г. Москва

E-mail: marya_babanova@inbox.ru

Поступила в редакцию 08.06.2020 г.

Аннотация. В статье рассматриваются вопросы международно-правового статуса детей-солдат как одного из пробелов в международном праве. Отмечается, что в ряде случаев дети вынуждены участвовать в вооруженных конфликтах вследствие применения к ним насилия. Возможно также добровольное зачисление детей в вооруженные силы в связи с тем, что они не видят никаких других альтернативных источников существования, кроме участия в войнах. Основной и универсальной гарантией осуществления прав детей в вооруженных конфликтах является международное право. Сотрудничество государств на основе Устава Организации Объединенных Наций может гарантировать осуществление и защиту прав детей в вооруженных конфликтах.
Одной из важных гарантий защиты прав детей во время вооруженных конфликтов должно быть право на мир, что подразумевает соблюдение государствами запрета на войны в международных отношениях.

Ключевые слова: дети-солдаты, вооруженные конфликты, международное право, Устав Организации Объединенных Наций.

Цитирование: *Смирных С.Е.* Международно-правовой статус детей-солдат как участников вооруженных конфликтов // Государство и право. 2021. № 11. С. 137–144.

DOI: 10.31857/S102694520017528-1

INTERNATIONAL LEGAL STATUS OF CHILD SOLDIERS AS PARTICIPANTS IN ARMED CONFLICTS

© 2021 S. E. Smirnykh

Russian Association of International Law, Moscow

E-mail: marya_babanova@inbox.ru

Received 08.06.2020

Abstract. The article deals with the international legal status of child soldiers as one of the gaps in International Law. It is noted that in a number of cases children are forced to participate in armed conflicts due to the use of violence against them. The voluntary recruitment of children into the armed forces is also possible due to the fact that they see no alternative sources of subsistence other than participation in wars. International Law was the basic and universal guarantee of the rights of children in armed conflicts. The most important guarantee of children's rights in armed conflicts is International Law. Cooperation among states on the basis of the Charter of the United Nations can guarantee the exercise and protection of the rights of children in armed conflicts.
One of the important guarantees for the protection of children's rights during armed conflicts must be the right to peace, which implies strict compliance by states with the prohibition of war in international relations.

Key words: child soldiers, armed conflicts, International Law, the Charter of the United Nations.

For citation: *Smirnykh, S.E. (2021).* International legal status of child soldiers as participants in armed conflicts // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 11, pp. 137–144.

В современном мире дети все чаще вовлекаются в конфликты, которые ведут негосударственные субъекты: партизаны, террористы, банды преступников. Эти группы, использующие детей-солдат, нарушают нормы международного права и отказались от существующих запретов на терроризм, нападения на гражданское население, пытки, репрессии и рабство. В связи с этим приобретает особую актуальность проблема международно-правового статуса детей-солдат в условиях вооруженных конфликтов.

Жизнь в условиях вооруженных конфликтов имеет негативные последствия для детей, которые становятся объектами нападений, а также для тех, кто является свидетелем или чувствует угрозу со стороны такого окружения. Вооруженные конфликты нарушают семейную жизнь, прерывают школьное обучение, наносят ущерб здравоохранению, подрывают экономическое развитие и порождают страх, который ограничивает возможности детей свободно передвигаться и развиваться в качестве полноправных граждан.

При этом понятие «ребенок-солдат» может показаться «неестественным сочетанием двух противоречивых и несовместимых терминов»[1]. И все же в истории существует множество примеров детей-солдат. В XIX в. К. Клаузевиц начал выдающуюся карьеру в армии Габсбургов в возрасте 12 лет в качестве младшего капрала. Сто лет спустя Дж. Оруэлл писал о гражданской войне в Испании, в которой «здесь и там, в ополчении, встречаются дети в возрасте одиннадцати лет, которые были зачислены в качестве ополченцев»[2].

Один из пробелов в международном праве – правовой статус детей-солдат. В связи с этим, приступая к изучению международно-правового статуса детей-солдат во время вооруженных конфликтов, следует отметить, что похищение и вербовка детей для участия в военных или вспомогательных операциях – явление, которое остается актуальным. При этом из-за незаконного характера участия детей в вооруженных конфликтах нет достоверных статистических данных об этом явлении.

В ситуациях нестабильности в некоторых государствах нарушения международного права в области прав детей и международного гуманитарного права не редкость среди всего гражданского населения, однако чаще всего они встречаются в отношении несовершеннолетних.

Вооруженные конфликты затрагивают права и интересы детей. Однако одной из основных проблем в области прав детей во время вооруженных конфликтов является отсутствие доказательств. Эта ситуация связана со многими обстоятельствами, включая тот факт, что дети часто не сообщают о преступлениях, совершенных против них[3].

Так, по данным Детского фонда Организации Объединенных Наций, в мире насчитывается около 300 тыс. детей-солдат. Вербовка несовершеннолетних происходит как в результате действий вооруженных сил некоторых государств, так и нерегулярных вооруженных групп. С момента появления новых типов конфликтов, с которыми сталкиваются регулярные армии и партизаны, дети играют роль в движениях сопротивления[4].

Следует иметь в виду, что комбатанты обязаны принимать меры для обеспечения того, чтобы их можно было отличить от гражданского населения во время участия в боевых действиях. Если они этого не делают, то в случае захвата они не получают права на статус военнопленных. Дети участвуют в вооруженных конфликтах по разным причинам. С одной стороны, они вынуждены участвовать в боевых действиях с помощью насилия. С другой – «добровольное» зачисление детей в вооруженные силы объясняется тем, что дети не видят альтернативных источников существования, кроме участия в войнах в связи с отсутствием у них перспектив найти работу, образование.

Феномен детей-солдат наблюдается в разных регионах мира. Ныне африканский континент, на котором происходят многочисленные вооруженные конфликты, наиболее подвержен этой нежелательной практике. Положение детей-солдат на Ближнем Востоке аналогично положению других детей, вовлеченных в вооруженные конфликты. Такая практика наблюдается в Пакистане, Афганистане, Ираке, Ливане, Сирии, Палестине и Израиле.

На международном уровне представляется возможным отметить два типа правовых норм, касающихся защиты детей в вооруженных конфликтах: международное право прав человека и международное гуманитарное право. Первый фокусируется на поощрении и защите прав детей в мирное время. Несмотря на то что международное гуманитарное право направлено на регулирование и ограничение методов и средств ведения войны, его главная цель – защита детей, которые не участвуют в военных действиях.

Во многих вооруженных конфликтах несовершеннолетние активно участвуют в столкновениях, обычно носят оружие, выполняют задачи военной разведки. Дети-солдаты выполняют различные

[1] *Rosen D.* Armies of the Young: Child Soldiers in War and Terrorism. Rutgers University Press, 2005. P. 8.

[2] *Orwell G.* Homage to Catalonia. New York, 1952. P. 26.

[3] См.: International Review of the Red Cross. Humanitarian Debate: Law, policy, action. Conflict in Iraq. V. I. 2007. P. 785.

[4] См.: *Ruiz C.* Niños soldados. Un abordaje a la problemática. Conflictos armados. X Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 2013. P. 1–13.

задачи по поддержке комбатантов, а также работают в качестве посыльных, поваров, перевозчиков тяжелого оружия и т.д.

В то же время дети остаются одной из главных жертв вооруженных конфликтов. Десятки тысяч из них становятся участниками военных действий. Дети часто превращаются в террористов-смертников.

Вооруженные конфликты, обострение военных ситуаций, новая динамика конфликтов и новая тактика ведения войн в сочетании с повсеместным несоблюдением норм международного гуманитарного права, включая неадекватное применение принципов избирательности, соразмерности и военной необходимости, имели катастрофические последствия для детей. Количество случаев убийства и нанесения увечий детям во время вооруженных конфликтов достигло рекордных уровней, причем беспрецедентное количество таких случаев приписывается государствам. Воздушные и наземные военные операции, особенно в городских и населенных пунктах, создали сложные проблемы с точки зрения защиты прав детей. Вооруженные группы продолжали иметь значительное число жертв среди детей, что было связано с обострением столкновений, активными военными операциями или перестрелками.

Дети часто становятся жертвами вербовки, сексуальных надругательств или принудительных браков и наказаний за принадлежность к сторонам конфликтов. Уязвимость и бедность остаются движущей силой вербовки и использования детей, причем подтвержденные нарушения совершаются в подавляющем большинстве случаев вооруженными группами, которые иногда даже вербуют детей восьмилетнего возраста.

Дети по-прежнему недостаточно защищены от вооруженных конфликтов, и насилие оставляет неизгладимый след в их жизни. У детей нет иного выбора, кроме как справиться самостоятельно и попытаться выжить без необходимых программ помощи, которые позволили бы им получить необходимое лечение.

Нарушения прав детей во время военных действий во многих случаях остаются скрытыми. Ограничения на доступ к этой информации значительно затрудняют документирование и проверку нарушений.

Одной из значительных проблем является высокая смертность детей в зонах военных действий. Во время вооруженных конфликтов дети часто вынуждены покидать свои места проживания для того, чтобы избежать нападений.

Следует отметить, что вопрос о правовой защите детей был поднят после Второй мировой войны. Международное сообщество стало свидетелем появления новых типов конфликтов. Методы и средства ведения войн становятся все более сложными. Чаще встречаются конфликты, в которых регулярные вооруженные силы выступают против комбатантов из нерегулярных подразделений. Теперь во время боевых действий значительные жертвы происходят среди гражданского населения, в т.ч. детей. Многие положения международного гуманитарного права устанавливают и развивают принцип специальной защиты прав детей во время вооруженных конфликтов[5].

Дети как наиболее уязвимая группа населения должны пользоваться особой защитой международного права, и сторонам конфликтов следует обеспечивать им защиту от любых злоупотреблений в связи с их возрастом и по любым другим причинам.

Во время вооруженных конфликтов государства должны сохранять культурные традиции и систему воспитания детей, а также способствовать сохранению семей. При арестах, задержаниях или интернировании дети должны содержаться отдельно от взрослых.

Следует отметить, что невозможно полностью исключить участие детей в боевых действиях. В связи с этим следует иметь в виду, что исследования в области защиты прав детей в международном гуманитарном праве были проведены после Второй мировой войны. Довольно сложно определить, до какого возраста лица остаются детьми, а когда становятся взрослыми. Международное гуманитарное право не предусматривает точного определения понятия ребенка, но в некоторых положениях установлено, что 15 лет – это возраст, до которого дети должны получать особую защиту и не вправе принимать участие в вооруженных конфликтах[6].

В силу ст. 38 Конвенции о правах ребенка 1989 г.[7] государства должны уважать и обеспечивать соблюдение норм международного гуманитарного права, применимого к ним в случае вооруженного конфликта и касающегося детей.

Государствам следует принять все возможные меры для обеспечения того, чтобы лица в возрасте до 15 лет не принимали непосредственного участия в военных действиях. Международное сообщество все чаще сталкивается с вербовкой и эксплуатацией детей различными террористическими и экстремистскими группами.

---

[5] См.: *Plattner D.* Protection of children in International Humanitarian Law. Protection of persons and objects in International Humanitarian Law. Articles and documents. International Committee of the Red Cross. M., 1995. P. 85–104.

[6] См.: *Дутли М.Т.* Дети-комбатанты, захваченные в плен // Дети и война: сб. ст. / пер. Б.м., 1995. С. 64–80.

[7] См.: Сборник международных договоров СССР. М., 1993. Вып. XLVI.

Так, в 2015 г. Организация Объединенных Наций установила 274 случая вербовки детей организацией «Исламское государство Ирака и Леванта» (ИГИЛ) в Сирийской Арабской Республике. ООН подтвердила существование центров в сельских районах Алеппо, Дайр-эз-Зауре и сельских районах Ракки, которые проводили военную подготовку по меньшей мере 124 мальчиков в возрасте 10–15 лет. Все чаще регистрируются случаи использования детей в качестве иностранных боевиков, при этом в 18 случаях это были дети в возрасте семи лет. В Ираке в двух инцидентах, в июне и сентябре 2015 г., более тысячи детей были похищены ИГИЛ из района Мосула[8]. Завербованных детей использовали в качестве шпионов и лазутчиков, для транспортировки военного снаряжения и техники, патрулирования, несения службы на контрольно-пропускных пунктах, видеозаписи нападений для последующего использования в пропагандистских целях и закладки взрывных устройств, а также для активного участия в нападениях или боевых действиях[9].

Вопросы определения правового статуса детей во время вооруженных конфликтов являются сложными и включают в себя несколько различных аспектов, связанных с детьми, которые стали участниками конфликтов.

Более 240 млн детей живут в странах, затронутых конфликтами. Многие сталкиваются с насилием, перемещением, голодом и эксплуатацией со стороны вооруженных групп.

Усилия по обеспечению защиты прав детей во время вооруженных конфликтов должны предприниматься на основе различных международно-правовых документов, касающихся положения детей в вооруженных конфликтах.

Так, согласно п. 4 Декларации о защите женщин и детей в чрезвычайных ситуациях и в период вооруженного конфликта 1974 г.[10] государства, участвующие в вооруженных конфликтах, должны предпринимать все возможные усилия для защиты детей от разрушительных последствий войн.

Детей-солдат определяют также как мальчиков и девочек в возрасте до 18 лет, которые в обязательном порядке и добровольно включаются в состав вооруженных сил, военизированных формирований, подразделений гражданской самообороны или других вооруженных групп[11].

В силу Факультативного протокола к Конвенции о правах ребенка, касающегося участия детей в вооруженных конфликтах 2000 г.[12], государства должны принимать все возможные меры для обеспечения того, чтобы военнослужащие их вооруженных сил, не достигшие 18-летнего возраста, не принимали прямого участия в военных действиях.

При этом государства, допускающие добровольный призыв в их национальные вооруженные силы лиц, не достигших 18-летнего возраста, должны предоставлять гарантии, как минимум обеспечивающие, чтобы такой призыв носил в действительности добровольный характер и производился с согласия родителей или законных опекунов данного лица; чтобы такие лица были информированы об обязанностях, связанных с несением такой военной службы; представляли достоверные свидетельства своего возраста до их принятия на национальную военную службу.

Преступления детей традиционно занимают особое место в науке международного права. Это связано с тем, что детская преступность есть будущее «взрослое» преступление. В связи с этим важно упреждать, выявлять и пресекать ненадлежащее поведение детей[13].

С.С. Алексеев писал, что в детстве человека нужно убедить в необходимости соблюдения социальных норм поведения[14]. Однако, принимая участие в вооруженных конфликтах, дети могут совершать военные преступления, зачастую даже не осознавая этого. Международные трибуналы имеют право привлекать детей-комбатантов к ответственности. Однако не существует практики привлечения детей к ответственности за военные преступления.

Общая позиция, сформулированная Международным трибуналом по бывшей Югославии, заключается в том, что дети могут преследоваться только в исключительных случаях.

В настоящее время действует Комиссия по установлению истины и примирению, которая выступает в качестве элемента постконфликтного правосудия. Дети как особые субъекты международного

[8] См.: Дети и вооруженные конфликты. Доклад Генерального секретаря, 20 апреля 2016, A/70/836-S/2016/360. URL: https://www.refworld.org.ru/docid/575536604.html (дата обращения: 08.06.2020).

[9] См.: Доклад Генерального секретаря по вопросу о детях и вооруженном конфликте в Ираке (S/2015/852), пункт 29. URL: https://undocs.org/ru/S/2015/852 (дата обращения: 08.06.2020).

[10] См.: Международная защита прав и свобод человека: сб. док. / сост. и авт. вступ. ст. Г.М. Мелков. М., 1990. С. 409, 410.

[11] См.: *Machel G.* The Impact of Armed Conflict on Children. A critical review of progress made and obstacles encountered in increasing protection of war-affected children. International conference on War-affected children. Winnipeg, 2000. P. 1–49.

[12] См.: СЗ РФ. 2009. № 6, ст. 679.

[13] См.: *Корсаков К.В.* Несовершеннолетние преступники: наказывать или воспитывать? // Вопросы ювенальной юстиции. 2019. № 2. С. 12–17.

[14] См.: *Алексеев С.С.* Право: время новых подходов // Сов. государство и право. 1991. № 2. С. 3–11.

права должны понимать, что они могут быть привлечены к ответственности за военные преступления. В силу ст. 4 Факультативного протокола к Конвенции о правах ребенка, касающегося участия детей в вооруженных конфликтах в 2000 г.[15], вооруженные группы, за исключением вооруженных сил государства, ни при каких обстоятельствах не должны вербовать или использовать детей в военных действиях.

В соответствии со ст. 17 Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны 1949 г.[16] стороны конфликта должны заключить соглашения об эвакуации детей из осажденных или окруженных районов.

Согласно ст. 23 этой Конвенции государства должны обеспечить бесплатный доступ ко всем посылкам с медицинскими и санитарными материалами, а также к предметам, необходимым для религиозных культов, предназначенных только для гражданских лиц.

Дети во время войн имеют право на различные виды помощи. Итак, в силу ст. 50 Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны 1949 г. оккупирующие державы должны с помощью национальных и местных органов власти оказывать помощь учреждениям, на которые возложены обязанности по уходу и воспитанию детей.

В случае, если местные учреждения не в состоянии выполнять эти функции, оккупирующие державы должны принять меры для содержания и обучения детей-сирот или детей, разлученных в результате войны с их родителями.

После Второй мировой войны появилось большое количество новых типов конфликтов, а также сложные методы и средства ведения войны, новые виды оружия. Растет число вооруженных конфликтов, в которых официальные вооруженные силы государств противостоят комбатантам нерегулярных формирований и частным военным компаниям.

Наибольшие потери во время вооруженных конфликтов несет гражданское население, особенно дети. В связи с этим в 1974–1977 гг. была проведена дипломатическая конференция, которая дополнила и разработала нормы международного гуманитарного права в области защиты прав детей во время вооруженных конфликтов.

Международное право закрепляет положения о защите прав детей как лиц, не участвующих в военных действиях, и их особой защите как наиболее уязвимой группы населения. Международное гуманитарное право также защищает права детей, вовлеченных в военные действия.

Во время вооруженных конфликтов дети попадают в категорию лиц, которые защищены положениями IV Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны. В связи с этим государства должны обеспечить уважение жизни детей, их физической и психической неприкосновенности, а также запрет на принуждение, телесные наказания, пытки и т.д.

Все нормы международного гуманитарного права, которые имеют отношение к ведению войн, должны распространяться на детей. В частности, во время вооруженных конфликтов дети имеют право на гуманное обращение. Посягательства на их жизнь и физическую неприкосновенность не должны допускаться.

Дети должны быть обеспечены необходимой заботой и помощью и получать образование, в том числе религиозно-нравственное воспитание, в соответствии с пожеланиями своих родителей.

Одной из важных проблем детей во время вооруженных конфликтов является сохранение целостности их семей. Стремление детей к приключениям помогает им преодолеть страх во время вооруженных действий. Дети не знают об угрозе военных действий, если рядом с ними есть родственники, которые олицетворяют безопасность.

В соответствии со ст. 82 Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны 1949 г. в периоды интернирования родители и их дети должны содержаться в одних и тех же местах интернирования, если только работа или состояние здоровья не требуют их временного разлучения. Родители могут потребовать, чтобы их дети были интернированы вместе с ними.

Во всех возможных случаях интернированные члены семьи должны содержаться в тех же помещениях и жить отдельно от других интернированных. Им также должны быть предоставлены необходимые возможности для ведения семейной жизни.

Должны быть приняты меры, необходимые для облегчения идентификации детей и регистрации их семейных связей. Стажеры должны предоставлять возможности для занятий спортом на открытом воздухе. Во всех интернатах для этих целей должно быть выделено свободное место для детей и подростков.

В соответствии со своими обязательствами по международному гуманитарному праву по защите гражданских лиц во время вооруженных конфликтов государства должны принимать возможные

[15] См.: СЗ РФ. 2009. № 6, ст. 679.

[16] См.: Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. М., 1957. Вып. XVI. С. 648.

меры для обеспечения защиты детей, затронутых вооруженными конфликтами, и ухода за ними.

Дети, которые живут в районах конфликтов со своими родителями или без них, являются потенциальными кандидатами для вербовки в качестве солдат. Лишенные родительской защиты, доступа к образованию и подготовки к самостоятельной взрослой жизни эти дети-солдаты практически не могут представить свою жизнь вне вооруженных конфликтов.

В ситуациях вооруженных конфликтов дети всячески помогают родителям сражаться с оружием в руках, и, как правило, направляют все свои детские усилия на то, чтобы быть похожими на них[17].

Дети, вовлеченные в военные действия, подвергаются риску, и их поведение, часто бездумное и импульсивное, представляет угрозу для всех, кто их окружает.

Многочисленные противоречия, которые существуют между положениями законодательства о вооруженных конфликтах и тем, что фактически происходит на войне, часто объясняются такими причинами, как повиновение приказам, злоупотребление алкоголем и наркотиками, а также юный возраст комбатантов.

Дети-солдаты часто не знают, как рассчитать свою силу, и, открывая огонь без причины, слишком часто не думают о последствиях своих действий и страданиях, причиненных жертвам.

Международное гуманитарное право и национальное право в области прав детей действуют в различных областях и являются независимыми правовыми системами, между которыми существует взаимодействие.

Вызывает интерес вопрос о степени и условиях доступа положений международного права о правах детей во время вооруженных конфликтов в национальные правовые системы.

В связи с этим С.В. Черниченко пишет о том, что в действительности «переадресуются не нормы международного права как таковые. На международном уровне они продолжают существовать и действовать. Просто во внутригосударственной сфере появляются в результате “переадресовки” правила, внешне повторяющие гипотезы и диспозиции международно-правовых норм, но уже применительно к субъектам внутригосударственного права»[18].

Многие нормы международного гуманитарного права о правах детей были инкорпорированы в российское национальное законодательство. Более того, трансформация международного гуманитарного права в отношении прав детей может быть общей, индивидуальной, прямой и косвенной.

Общая трансформация международного гуманитарного права в отношении прав детей подразумевает, что все или некоторые виды принятых международно-правовых норм являются частью законодательства страны.

Индивидуальная трансформация международного права предусматривает, что каждая норма или группа норм вводится в право государств специальными актами.

Прямая трансформация международного гуманитарного права в отношении прав детей заключается в том, что нормы международных договоров порождают идентичные нормы в национальном законодательстве в силу принятия договоров. Для того чтобы нормы о правах детей применялись как часть прав государства, они должны быть пригодны для непосредственного применения.

Косвенная трансформация норм международного права о правах ребенка означает, что на основе договоров издаются национальные нормативные акты, воспроизводящие содержание договоров.

Взаимодействие международного гуманитарного права и национального права в области прав детей осуществляется с целью удовлетворения социальных интересов.

В связи с этим представляется необходимым согласиться с мнением С.В. Черниченко о том, что международное и внутригосударственное право есть независимые системы права[19].

Международное гуманитарное право и национальное право в области прав детей взаимно влияют друг на друга. Осуществление положений о правах детей, закрепленных в международных соглашениях, также не может быть надлежащим образом обеспечено без участия внутреннего законодательства. Права детей, закрепленные в национальном законодательстве, также не могут быть полностью реализованы без помощи международного права.

Интерес представляет вопрос защиты прав детей. Никто не вправе решать, какие методы применения международно-правовых норм в сфере прав детей должны быть приняты государствами для эффективного осуществления международного гуманитарного права.

---

[17] См.: *Алешин В.В.* Правовое регулирование защиты детей во время вооруженных конфликтов // Московский журнал междунар. права. 1998. № 12. С. 132.

[18] Международное право / под ред. А.А. Ковалева, С.В. Черниченко. М., 2007. С. 102, 103.

[19] См.: *Черниченко С.В.* Теория международного права: в 2 т. М., 1999. Т. 1: Современные теоретические проблемы. С. 130, 131.

Следует отметить, что в силу ч. 2 ст. 61 Конституции РФ Российская Федерация гарантирует своим гражданам защиту и покровительство за ее пределами. Представляется возможным согласиться с утверждением о том, что это положение содержит международно-правовую норму о праве государств защищать своих граждан в других странах. Необходимо иметь в виду, что в XIX в. «законное применение силы широко использовалось для защиты жизни и имущества граждан»[20].

Одной из проблем в реализации и защите прав детей является необходимость активизации усилий по искоренению всех форм насилия. В связи с этим следует отметить, что до начала Первой мировой войны число детей, фактически участвовавших в военных действиях, было незначительным и в связи с этим не было необходимости в их международной правовой защите. Дети пользуются общей защитой международного гуманитарного права. При получении ранения дети пользуются защитой в соответствии с положениями Женевской конвенции 1864 г. об улучшении судьбы раненых и больных воинов во время сухопутной войны.

По количеству детей, участвующих в конфликтах, Африка является лидером – в центральной и западной частях которого – каждый 10-й ребенок является солдатом. Их средний возраст составляет 10–12 лет, часто в вооруженных формированиях можно встретить и лиц в восьмилетнем возрасте.

Международное гуманитарное право закрепляет положения о защите детей как лиц, не участвующих в военных действиях, и их особой защите как наиболее уязвимых лиц. Международное гуманитарное право также защищает детей, вовлеченных в военные действия.

* * *

Представляется, что для улучшения правового статуса детей в международном гуманитарном и национальном праве необходимо принять в рамках Организации Объединенных Наций Конвенцию «О защите прав детей в вооруженных конфликтах», которая обеспечила бы гарантии защиты прав и эффективную международную систему мониторинга и защиты их прав.

Конвенция «О защите прав детей в вооруженных конфликтах» может включать определения основных понятий, таких как торговля детьми, сексуальная и трудовая эксплуатация, ответственность за преступления, совершенные в области торговли детьми, меры по борьбе с торговлей детьми, международное сотрудничество в сфере торговли детьми, меры по предотвращению торговли детьми и т.д.

Основной и универсальной гарантией осуществления прав детей в вооруженных конфликтах должно быть международное право. Отдельные государства и их должностные лица не могут гарантировать права, поскольку они обязаны действовать в рамках национального законодательства. Сотрудничество государств на основе Устава ООН может гарантировать реализацию прав детей в вооруженных конфликтах.

Одной из важных гарантий защиты прав детей во время вооруженных конфликтов должно быть право на мир, что подразумевает соблюдение государствами запрета на войны в международных отношениях.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. *Алексеев С.С.* Право: время новых подходов // Сов. государство и право. 1991. № 2. С. 3–11.
2. *Алешин В.В.* Правовое регулирование защиты детей во время вооруженных конфликтов // Московский журнал междунар. права. 1998. № 12. С. 132.
3. *Дутли М.Т.* Дети-комбатанты, захваченные в плен // Дети и война: сб. ст. / пер. Б.м., 1995. С. 64–80.
4. *Корсаков К.В.* Несовершеннолетние преступники: наказывать или воспитывать? // Вопросы ювенальной юстиции. 2019. № 2. С. 12–17.
5. Международное право / под ред. А.А. Ковалева, С.В. Черниченко. М., 2007. С. 102, 103.
6. *Черниченко С.В.* Теория международного права: в 2 т. М., 1999. Т. 1: Современные теоретические проблемы. С. 130, 131.
7. *Brownlie I.* International Law and Human Rights. L., 1950. P. 121.
8. International Review of the Red Cross. Humanitarian Debate: Law, policy, action. Conflict in Iraq. V. I. 2007. P. 785.
9. *Machel G.* The Impact of Armed Conflict on Children. A critical review of progress made and obstacles encountered in increasing protection of war-affected children. International conference on War-affected children. Winnipeg, 2000. P. 1–49.
10. *Orwell G.* Homage to Catalonia. New York, 1952. P. 26.
11. *Plattner D.* Protection of children in International Humanitarian Law. Protection of persons and objects in International Humanitarian Law. Articles and documents. International Committee of the Red Cross. M., 1995. P. 85–104.
12. *Rosen D.* Armies of the Young: Child Soldiers in War and Terrorism. Rutgers University Press, 2005. P. 8.

[20] *Brownlie I.* International Law and Human Rights. L., 1950. P. 121.

13. *Ruiz C.* Niños soldados. Un abordaje a la problemática. Conflictos armados. X Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 2013. P. 1–13.

REFERENCES

1. *Alekseev S.S.* Law: time of new approaches // Soviet state and Law. 1991. No. 2. P. 3–11 (in Russ.).
2. *Aleshin V.V.* Legal regulation of child protection during armed conflicts // Moscow Journal of International Law. 1998. No. 12. P. 132 (in Russ.).
3. *Dutli M.T.* Child combatants captured // Children and war: collection of articles / transl. W.p., 1995. P. 64–80 (in Russ.).
4. *Korsakov K.V.* Juvenile delinquents: punish or educate? // Issues of juvenile justice. 2019. No. 2. P. 12–17 (in Russ.).
5. International Law / ed. by A.A. Kovalev, S.V. Chernichenko. M., 2007. P. 102, 103 (in Russ.).
6. *Chernichenko S.V.* Theory of international law: in 2 vols, 1999. Vol. 1: Modern theoretical problems. P. 130, 131 (in Russ.).
7. *Brownlie I.* International Law and Human Rights. L., 1950. P. 121.
8. International Review of the Red Cross. Humanitarian Debate: Law, policy, action. Conflict in Iraq. V. I. 2007. P. 785.
9. *Machel G.* The Impact of Armed Conflict on Children. A critical review of progress made and obstacles encountered in increasing protection of war-affected children. International conference on War-affected children. Winnipeg, 2000. P. 1–49.
10. *Orwell G.* Homage to Catalonia. New York, 1952. P. 26.
11. *Plattner D.* Protection of children in International Humanitarian Law. Protection of persons and objects in International Humanitarian Law. Articles and documents. International Committee of the Red Cross. M., 1995. P. 85–104.
12. *Rosen D.* Armies of the Young: Child Soldiers in War and Terrorism. Rutgers University Press, 2005. P. 8.
13. *Ruiz C.* Niños soldados. Un abordaje a la problemática. Conflictos armados. X Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 2013. P. 1–13.

Сведения об авторе

СМИРНЫХ Сергей Евгеньевич –
кандидат юридических наук, ученый секретарь Российской ассоциации международного права;
119019 г. Москва, ул. Знаменка, д. 10

Authors' information

SMIRNYKH Sergey E. –
PhD in Law, General Secretary of the Russian Association of International Law;
10 Znamenka str., 119019 Moscow, Russia

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 11, с. 145–163
STATE AND LAW, 2021, № 11, pp. 145–163

ЗА РУБЕЖОМ

«МОЛНИЕНОСНАЯ» КОДИФИКАЦИЯ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА В БЕЛЬГИИ: ГРАЖДАНСКИЙ КОДЕКС 2020 г.[1]

© 2021 г. Д. Хейрбаут[1, *], И. А. Котляр[1], О. Л. Лысенко[2, **]

[1]Институт истории права Гентского университета, Бельгия
[2]Московский государственный университет им М.В. Ломоносова

**E-mail: Dirk.Heirbaut@UGent.be*
***E-mail: ollysenko@mail.ru*

Поступила в редакцию 02.07.2021 г.

Аннотация. Статья посвящена кодификации гражданского права в Бельгии, результатом которой стало принятие за рекордно короткие сроки ряда Книг нового Гражданского кодекса в 2020 г. В статье раскрываются предыстория и план новой кодификации гражданского права в Бельгии, система и методы составления Гражданского кодекса Бельгии, а также его дальнейшие перспективы. Статья предлагает возможность увидеть пример того, как проходит процесс «рекодификации» в сфере частного права в западноевропейском государстве в начале XXI в.

Ключевые слова: гражданское право, Гражданский кодекс, Бельгия, кодификация, история права, обязательственное право, семейное право.

Цитирование: *Хейрбаут Д., Котляр И.А., Лысенко О.Л.* «Молниеносная» кодификация гражданского права в Бельгии: Гражданский кодекс 2020 г. // Государство и право. 2021. № 11. С. 145–163.

DOI: 10.31857/S102694520017461-8

"LIGHTNING-FAST" CODIFICATION OF CIVIL LAW IN BELGIUM: CIVIL CODE 2020[2]

© 2021 D. Heirbaut[1, *], I. A. Kotlyar[1], O. L. Lysenko[2, **]

[1]Institute for Legal History, University of Ghent, Belgium
[2]Lomonosov Moscow state University

**E-mail: Dirk.Heirbaut@UGent.be*
***E-mail: ollysenko@mail.ru*

Received 02.07.2021

Abstract. The present article covers the codification of Civil Law in Belgium, which has in record time led to the enactment of several books of the new 2020 Civil Code. The article expounds the background and the plan for the new Civil Law codification in Belgium, the system and drafting methods of the Civil Code, as well as its future perspectives. The article offers insight into the example of a "recodification" process in the private law domain of an early 21st century West European state.

Key words: Civil law, Civil Code, Belgium, codification, legal history, law of obligations, Family Law.

For citation: *Heirbaut, D., Kotlyar, I.A., Lysenko, O.L. (2021).* "Lightning-fast" codification of Civil Law in Belgium: Civil Code 2020 // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 11, pp. 145–163.

[1] Основу для настоящей статьи составила статья Д. Хейрбаута (Dirk Heirbaut) "Blitzkrieg codification: the 2020 Belgian Civil Code", готовящаяся к изданию в: *Graziadei M., Zhang L. (eds.)* The Writing of Civil Codes (Springer, ФРГ). Авторы статьи дополнили ее новыми сведениями и примечаниями и адаптировали для российского читателя.

[2] The basis for this article was the article by D. Heirbaut "Blitzkrieg codification: the 2020 Belgian Civil Code", forthcoming in: *Graziadei M., Zhang L. (eds.)* The Writing of Civil Code (Springer, Germany). The authors of the article supplemented it with new information and notes and adapted it for the Russian reader.

Пока писалась эта статья, Бельгия оказалась одним из государств, наиболее затронутых эпидемией COVID-19. Однако проблемы Бельгии в последние годы выражались также и в других ситуациях. Например, по итогам выборов 26 мая 2019 г. полноценное Федеральное правительство было сформировано лишь к 30 сентября 2020 г.

И тем не менее этому государству, «провалившему» испытание COVID-19 и имеющему слабое и недолговечное Федеральное правительство, удается работать над новым Гражданским кодексом. Невзирая на пандемию, одна из Книг Кодекса вступила в силу уже 1 ноября 2020 г.[3], и даже в худшие периоды пандемии в парламент вносились проекты и других частей Кодекса[4].

По сравнению с достижениями соседних стран это впечатляющий результат. Несмотря на то что Нидерланды с их Гражданским кодексом (Burgerlijk Wetboek) 1992 г.[5] добились большего, один голландский правовед, не колеблясь, называет темпы правовой реформы в Бельгии «захватывающими дух»[6].

Это удивительно даже с точки зрения самих бельгийцев. Многие подданные Бельгии в социологических опросах заявляют, что их правовая и судебная системы весьма «далеки от совершенства»[7]. И хотя историкам права, вероятно, не следует заходить так далеко, даже они могут признать, что до недавнего времени репутация Бельгии в вопросах кодификации была низкой.

В этом контексте Гражданский кодекс Бельгии 2020 г. являет собой «революционный» разрыв с прошлым. И это требует объяснений.

Кроме того, надо иметь в виду, что новый Гражданский кодекс является лишь одной, хотя и важной, частью более масштабной программы реформ и «рекодификации», которая также демонстрирует значительные успехи. И наконец, что не менее важно: все это «предприятие» официально началось лишь в конце 2016 г., а это означает, что результаты были достигнуты очень быстро.

Примеров государств, которые реформировали свое право еще быстрее, довольно много. Однако там более высокие темпы реформ были вызваны либо полным изменением общества (которое требовало пересмотра всего существующего законодательства, например, Восточная Европа), либо не демократически сформированным Правительством, которое могло провести реформы с помощью «диктата», т.е. без какого бы то ни было сопротивления (например, Франция во времена Наполеона Бонапарта). Бельгия же в последние годы не была потрясена революцией, и ее демократические институты «работают» в полной мере, в т.ч. и в деле кодификации. Таким образом, перед нами стоит определенная «загадка»: каким образом Бельгия смогла сделать столь резкий рывок и вдруг стать «отличницей» в деле кодификации?

В настоящей статье мы попытаемся прояснить эту «загадку»: в ч. 1 статьи будет представлен краткий обзор предыдущих «неудач» с принятием Гражданского кодекса Бельгии, затем в ч. 2 будет рассмотрена программа «рекодификации» 2016 г. и ее мотивы. В ч. 3 статьи – показан способ подготовки Гражданского кодекса Бельгии и его структура. В ч. 4 анализируются методы его составления. В ч. 5 мы предложим некоторые объяснения достигнутым «успехам» в ходе «рекодификации» частного права в Бельгии; а в ч. 6 рассмотрим возможности их продолжения в ближайшем будущем. Наконец, даже в случае успешного завершения работ в ближайшем будущем «юный Кодекс» может столкнуться с особой проблемой, которая, если ее не решить, поставит под угрозу весь его «успех» в долгосрочной перспективе (об этом будет сказано в ч. 7 статьи).

1. История кодификации частного права в Бельгии

Для историка права задача описать историю бельгийского частного права в той мере, в какой она будет актуальна для правовой действительности этого государства, не составляет особого труда. До 1795 г. в правовом «ландшафте» *Южных Нидерландов* – нынешней Бельгии – существовали сотни систем обычного права. Французская революция XVIII в., «перекинувшись» в Бельгию, объединила право государства, отменив старые системы обычного права и заменив их французским правом. Наполеон Бонапарт продолжил дело революции, опубликовав свои Кодексы: Гражданский кодекс (Code Civil) 1804 г., Гражданский процессуальный кодекс (Code de Procédure Civile) 1806 г., Торговый кодекс (Code de Commerce) 1807 г., Уголовно-процессуальный кодекс (Code de Procédure Pénale) 1808 г. и Уголовный кодекс (Code Pénal) 1810 г. Поскольку

[3] См.: Статья 75 § 1 Закона от 13 апреля 2019 о создании Гражданского кодекса и включении в него Книги 8 «Доказательства» (Moniteur belge. 14.05.2019).

[4] См.: Проект Закона о Книге 2 титуле 3 «Имущественные отношения супругов» и Книге 4 «Наследование, дарения и завещания» Гражданского кодекса (Chambre des Représentants de Belgique, Documents parlementaires, 20.05.2020, 1272/1).

[5] Принятый в Нидерландах в 1992 г. новый Гражданский кодекс, состоящий из 10 книг, является «Кодексом нового типа», отразившим наиболее важные тенденции в развитии современного частного права в рамках романо-германской правовой системы.

[6] *Wissink M.* Omzien en vooruitzien // Tijdschrift voor privaatrecht. 2017. P. 1147.

[7] Данные о мнениях бельгийцев о работе их системы юстиции можно найти на «барометрах юстиции». URL: http://www.csj.be/sites/default/files/press_publications/barometre_justice_2014.pdf

бельгийские территории в то время были всего лишь частью Франции, они, естественно, также восприняли эти наполеоновские Кодексы.

В 1815 г., после окончательного поражения Наполеона при Ватерлоо, сегодняшние Бельгия и Нидерланды образовали единое государство – *Объединенное Королевство Нидерландов*. Это Объединенное Королевство составило свои собственные кодексы в качестве символов своей политической независимости и планировало ввести их в силу в 1831 г.

Однако к этому времени бельгийцы решили уже отделиться от Объединенного Королевства Нидерландов. Бельгия пренебрегла указанными вновь созданными кодексами, поскольку намеревалась повторить исторический цикл и составить свои собственные тексты. *Конституция Бельгии 1831 г.* предписала в скорейшие сроки принять национальные бельгийские Кодексы. Однако статья Конституции о кодификации была впоследствии «проигнорирована», и в Бельгии продолжили свое действие французские Кодексы.

Фактически из пяти «великих» Кодексов Наполеона, введенных в действие в Бельгии, два – Гражданский и Уголовно-процессуальный – применялись до начала XXI в. Кроме того, хотя *Уголовный кодекс (Code Pénal) 1867 г.* и *Судебный кодекс 1967 г.*[8] *Бельгии* и заменили собой прежние наполеоновские тексты, им не хватало новизны, и они продолжали находиться под влиянием французских «образцов».

Единственным «оригинальным творением» независимой Бельгии в сфере права был ее *Торговый кодекс*. Поскольку бельгийский парламент хотел стимулировать рост экономики, он заменил старый наполеоновский Торговый кодекс по частям *во второй половине XIX в.*, отказавшись от следования в данной области французским «образцам», поскольку промышленное развитие Франции в то время отставало от Бельгии[9].

Это показывает, что в некоторых сферах права Бельгия все же сумела несколько отойти от сильного влияния французского права, однако это касалось лишь тех сфер, где это было необходимо для ее экономики. Таким образом, долгое время «мечта» о национальной бельгийской кодификации долгое время не могла стать реальностью. В 1970 г. парламент Бельгии окончательно признал такое положение дел, полностью исключив из Конституции статью о кодификации[10].

Отсутствие национальной кодификации в Бельгии ощущалось *в сфере гражданского права*. Поколение «основателей» независимой Бельгии смогло принять лишь *Закон о вещных способах обеспечения исполнения обязательств*[11], чтобы тем самым хоть как-то заменить самую «дефектную» часть Гражданского кодекса Наполеона.

Между тем история показывает, что Бельгия имела «шанс» «одарить» себя отличным Гражданским кодексом *в 1880-х годах*. В 1879–1885 гг. *Франсуа Лоран (François Laurent*), автор ведущей монографии о Кодексе Наполеона и крупнейший ученый-правовед того времени, написал *Проект нового Гражданского кодекса Бельгии.*

К сожалению, особенности взглядов и личности Ф. Лорана обрекли Проект ГК Бельгии на гибель в той же самой мере, в какой его широкая эрудиция гарантировала качество его содержания: Лоран был антикатолическим фанатиком, который рассматривал свой Проект ГК как «оружие» против католической церкви. Позиция Ф. Лорана устраивала «антиклерикальное» правительство во главе с Либеральной партией Бельгии, которое пригласило Лорана написать текст Проекта ГК; но к тому моменту, когда он закончил свою работу, к власти пришла Католическая партия, сохранявшая свою «монополию» на власть вплоть до начала Первой мировой войны.

Более того, даже с точки зрения большинства сторонников «жесткой линии» в самой Либеральной партии Бельгии, Ф. Лоран в своем тексте Проекта ГК зашел слишком «далеко», «революционизировав» семейное право, например, он уравнял права супругов в браке[12], что для того времени (времени господства патриархальной семьи) было невозможным.

После победы на выборах в парламент *в 1884 г.* Католическая партия назначила Комиссию для написания *еще одного Проекта Гражданского кодекса*, цель которого состояла главным образом в том, чтобы как можно скорее «похоронить» Проект Ф. Лорана, чем достичь реальных результатов[13]. И хотя

---

[8] *Судебный Кодекс Бельгии (Gerechtelijk wetboek / Code judiciaire)* состоит из 8 частей и регулирует судоустройство, гражданский процесс, третейское производство и медиацию, заменив, таким образом, ГПК.

[9] Большинство положений Торгового кодекса 1807 г. были по частям заменены *серией Законов, принятых с 1851 по 1891 г.*, которые стали официально именоваться *«Торговым кодексом Бельгии» (Code Belge de Commerce*). При этом многие титулы сохранили старую нумерацию Торгового кодекса 1807 г.

[10] См.: *Heirbaut D.* The Belgian legal tradition: does it exist? // *Kruithof M. & De Bondt W. (eds.)* Introduction to Belgian law. Mechelen, 2017. P. 1–24.

[11] Закон об ипотеках (Loi hypothécaire) от 16.12.1851 г.

[12] См. на тему Проекта Лорана: *Bruyère E.* Principes, esprit et controverses. L'Avant-projet de Code civil de François Laurent ou l'oeuvre séditieuse d'un libre penseur. Неопуб. дис. Ph D. Ghent, 2019.

[13] См.: *Stevens F.* Où est donc passé la commission de révision? La révision du Code civil en Belgique à la fin du XIXe et début du XXe siècle' // *Macours G. & Martinage R. (eds.)* Les démarches de codification du moyen âge à nos jours. Brussels, 2006. P. 213–221.

время от времени звучали призывы к принятию нового Гражданского кодекса Бельгии, все они оставались без результата: политики не показывали особого «энтузиазма» в решении данного вопроса[14].

Таким образом, к началу 2016 г. юристы Бельгии уже давно смирились с подобным положением дел. Статья, изданная Ф. Перар (F. Peeraer) и И. Самуа (I. Samoy), описывает тогдашние «настроения» в юридической среде: раз принятие нового ГК Бельгии невозможно, следует стремиться к *«мини-кодексам»*. Эти тексты, следуя по пути, проторенному *Кодексом международного частного права (Wetboek van internationaal privaatrecht / Code de droit international privé) 2004* г., призваны были реформировать отдельные разделы частного права Бельгии: без какой-либо всеобъемлющей системы или «философии»[15].

Тем не менее крупная кодификация все еще оставалась возможной в Бельгии. К 2007 г., когда праздновалось 200-летие Французского торгового кодекса 1807 г., вышеупомянутый *Торговый кодекс Бельгии* стал напоминать лишь свою «тень»: *Законы о банкротстве и соглашениях с кредиторами (Faillissementswet / Loi sur les faillites) 1997 г., Кодекс Компаний (Wetboek van vennootschappen / Code des societes) 1999 г.* и другие тексты, такие как *Кодекс международного частного права 2004 г.*, лишили его большей части своего содержания. Эти вновь принятые Законы привели к «декодификации» торгового права: группа небольших текстов заняла место большого Кодекса[16].

Поэтому в 2007 г. началась работа над *Кодексом экономического права*, который объединил в себе основы регулирования предпринимательской деятельности и защиту прав потребителей. Парламент принял этот Кодекс в *2013–2015 гг.*[17]

Разработкой данного *Кодекса* в сфере частного права занималось Министерство экономики. Примечательно, что Министерство юстиции в этом проекте не участвовало. Это объясняется тем, что Министерство экономики не хотело с ним сотрудничать, опасаясь, что участие Министерства юстиции сорвет весь проект[18].

Таким образом, консенсус, сложившийся к началу 2016 г., нужно понимать именно так. Даже если крупная кодификация в Бельгии все еще стояла бы в перспективе, реализация ее под руководством Министерства юстиции была бы едва ли возможной, главным образом из-за явной незаинтересованности последнего. А поскольку разработка Гражданского кодекса входит в компетенцию Министерства юстиции, судьба ГК Бельгии казалась «обреченной».

2. Программа «рекодификации» в Бельгии в 2016 г.

Тем не менее в конце 2016 г. ситуация, связанная с невозможностью принятия нового Гражданского кодекса Бельгии, внезапно резко изменилась. *6 декабря 2016 г.* тогдашний министр юстиции *Кун Хейнс (Koen Geens)* сообщил о своей *программе «рекодификации»*, она получила название *"Скачок к праву завтрашнего дня"*[19]. Министр высказал потребность в новом Уголовном кодексе; новом Уголовно-процессуальном кодексе; Кодексе исполнения судебных решений; новом Гражданском кодексе; пересмотре Кодекса экономического права и «демонтаже» Торгового кодекса; пересмотре Кодекса компаний.

Прежде чем дать оценку тому, соответствуют ли реальные достижения этим грандиозным «амбициям» после 2016 г., необходимо взглянуть на мотивы, стоящие за программой кодификации, различая при этом личные мотивы министра К. Хейнса и более общие мотивы всего процесса «рекодификации».

Поскольку ясно, что без министра *К. Хейнса* не было бы программы «рекодификации», уместен краткий *обзор его личной биографии*[20]. Хейнс вошел

---

[14] См.: *Heirbaut D.* Hebben/hadden onze ministers van justitie een 'civiel' beleid? Mechelen, 2005. P. 27, 28.

[15] *Peeraer F. & Samoy I.* The Belgian Civil Code: how to restore its central position in modern private law // European review of private law. 2016. P. 601–618.

[16] См.: *Heirbaut D.* Hebben/hadden onze ministers van justitie een 'civiel' beleid? P. 46, 47.

[17] *Бельгийский кодекс экономического права (Wetboek van economisch recht / Code de droit économique*) на настоящий момент включает 18 книг: «Определения» (I), «Общие принципы» (II, содержит всего пять статей), «Свобода начала экономической деятельности, оказания услуг и общие обязанности предприятий» (III), «Защита конкуренции» (IV), «Конкуренция и изменение цен» (V), «Рыночные практики и защита потребителей» (VI), «Платежные и кредитные услуги» (VII), «Качество товаров и услуг» (VIII), «Безопасность товаров и услуг» (IX), «Соглашения о торговом агентировании и коммерческой кооперации, коммерческие концессии и транспортные договоры» (X), «Интеллектуальная собственность и коммерческая тайна» (XI), «Право электронной экономики» (XII, в основном имплементирует акты ЕС), «Консультации» (XIII, посвящена работе Центрального совета по предпринимательству), «Применение закона» (XV), «Внесудебное разрешение потребительских споров» (XVI), «Отдельные виды судебных процедур» (XVII), «Подзаконные акты в чрезвычайных обстоятельствах» (XVIII), «Несостоятельность предприятий» (XX). Книги XIV и XIX отменены.

[18] См.: *Byttebier K. & Wera T.* De codificatie van het Belgisch economisch recht // *Alofs E., Casman H. & Van den Bossche A. (eds.)* Liber amicorum André Michielsens. Mechelen, 2013. P. 193–242.

[19] *Geens K.* Le saut vers le droit de demain. Recodification de la législation de base, 2016. URL: https://www.koengeens.be/fr/policy/recodification

[20] Биографическую информацию можно найти: URL: https://www.koengeens.be/over/biografie

в политику как т.н. «белый кролик» *("wit konijn")*. (Этот нидерландский термин означает «аутсайдера», который ранее не баллотировался на государственную должность, но внезапно был призван политической партией занять важную должность, если партия по какой-либо причине не может найти или договориться назначить на эту должность одного из «своих» людей.) В 2013 г. Федеральный министр финансов от Фламандской Христианско-демократической партии был вынужден уйти в отставку, и министром финансов стал К. Хейнс, который ранее появлялся в избирательных бюллетенях. Часто «белые кролики» исчезают так же быстро, как и появляются, однако Хейнсу удалось преуспеть как на своей должности, так и в избирательных «гонках». Его популярность на выборах 2014 г. привела его на должность (которой он действительно желал) министра юстиции Бельгии. Хейнс проявил себя как политик с конкретной «миссией», а именно содействовать тому, чтобы бельгийцы гордились своей правовой и судебной системой, и на первое место ставились интересы граждан, а не представителей юридических профессий[21].

Хейнс представил свои планы по «рекодификации» бельгийского права, образно сравнив их с «тройным прыжком» в легкой атлетике (сначала «скачок», затем «шаг» и, наконец, «прыжок»)[22]. «Скачок», в его понимании, затрагивал текущие заботы Министерства юстиции страны (например, был связан с тем, чтобы оно вовремя оплачивало свои счета, – печальная, но, к сожалению, повторяющаяся проблема). «Шаг» означал принятие быстрых решений для формирования эффективной системы правосудия. Наконец, «прыжок» должен был состоять из двух частей: создания «суда будущего» и «рекодификации».

Чтобы понять важность последней, нужно взглянуть *на личную историю министра*. К. Хейнс – успешный практикующий юрист, соучредитель одной из престижных юридических фирм Бельгии и профессор корпоративного права в Лёвенском университете. Он также выполнял несколько заданий для правительства и в правительстве. Несколько лет он возглавлял аппарат главы Фламандского регионального правительства, а также был автором *Кодекса компаний 1999 г.* (вместе со своей франкоязычной коллегой Анной Бенуа-Мури (Anne Benoît-Moury)).

Несмотря на то что парламент одобрил текст их Проекта, Хейнс остался недоволен результатом: политики разрешили Хейнсу и Бенуа-Мури писать Кодекс компаний лишь в виде консолидированного акта *("a droit constant")*[23], что означало, что Кодекс мог иметь новую структуру, но не мог менять содержания действовавшего права по существу. В силу этого с 2007 г. Хейнс начал критиковать Кодекс собственного авторства, потому что ему не разрешили внести в него фундаментальные изменения[24].

На этом история должна была закончиться, но события 2013–2014 гг. дали Хейнсу «рычаги» для начала воплощения его идей в реальность. Оглядываясь назад, удивляет не столько то, что он хотел изменить Кодекс компаний, сколько то, что он также хотел заново кодифицировать так много других отраслей права! В то же время нельзя отрицать тот факт, что министр, который сам разработал текст Кодекса, по всей видимости, – именно тот человек, которому можно доверить проведение крупной программы «рекодификации».

Помимо личных мотивов Хейнса есть много и других веских причин для новой кодификации бельгийского права. Социальная эволюция неизбежно опережает действующее законодательство, и обновление содержания правовых норм становится необходимым. Хорошие судьи могут несколько восполнить этот «пробел», используя новые подходы и вводя новые правовые установки, но любые судьи могут решать лишь те вопросы, которые время от времени возникают перед судами. Более того, многие судьи довольно консервативны и неохотно вводят изменения, поскольку это все еще противоречит старой идее о том, что судья должен применять, а не «устанавливать» норму права. (Обращает на себя внимание и то, что судебная практика по самой своей природе «хаотична»: судья может вынести решение по одному вопросу, но он не может превратить множество отдельных дел в единое целое. Даже если все судьи согласны с необходимостью решить определенную проблему, они не всегда могут достичь полного согласия в ее решении. И даже Кассационный суд Бельгии, рассматривающий в последней инстанции жалобы на решения нижестоящих судов и трибуналов, не может обеспечить единообразное решение всех дел.)

То же самое относится и к специальному законодательству парламента: парламент может вообще бездействовать, но даже в том случае, когда он издает нормативный правовой акт, этот акт может оставить много нерешенных вопросов или привести к еще большему «хаосу», если специальное

[21] См.: Пресс-релиз министра юстиции: *Het nieuwe goederenrecht helpt burenconflicten oplossen én voorkomen*, 2020. URL: https://www.koengeens.be/news/2020/01/30/het-nieuwe-goederenrecht-helpt-burenconflicten-oplossen-en-voorkomen

[22] См.: *Geens K.* Le saut vers le droit de demain. P. 1.

[23] Подробнее об этом французском понятии можно найти в: *Suel M.* Essai sur la codification à droit constant. Paris, 1995.

[24] См.: *Geens K.* 200 jaar vennootschapsrecht in perspectief: Quo vadis ius societatum // Tijdschrift voor privaatrecht. 2007. P. 75–90; *Geens K.* Tweehonderd jaar vennootschapsrecht in vogelvlucht // *Buyle J.-P. e.a. (eds.)* Tweehonderd jaar Wetboek van Koophandel. Brussels, 2007. P. 97–108.

законодательство не образует скоординированного «целого».

Как результат: в Бельгии уже испытывают «затруднения» в понимании закона и его реализации. Ныне даже профессора права не могут быть полностью уверены в знании права. В дополнение к этому национальные кодексы, такие как Гражданский кодекс 1804 г., первоначально были задуманы как «автономные тексты» (т.е. без учета конституционного, международного, европейского и регионального права); их негибкая структура не позволяет им справляться с такими помехами, не теряя своей внутренней последовательности и целостности[25].

Все эти мотивы указаны *в программе «рекодификации» К. Хейнса*. В ней можно найти и более подробные «детали»: например, обновление права предполагает в т.ч. и учет информационного и технического прогресса, в частности *цифровизации*[26]. Программа «рекодификации» также обеспечивает большую автономию и гибкость для участников правоотношений, не причиняя ущерба более «слабой» стороне[27].

Судебная практика и специальное законодательство должны быть приведены в соответствие и интегрированы в Кодекс, который предполагает «многослойный» характер норм частного права, представляя собой своеобразный «пирог» из положений регионального, общенационального, европейского и международного права[28].

Министр юстиции и составители Гражданского кодекса имеют также иной, *специфический частноправовой мотив*, а именно восстановить центральное положение Гражданского кодекса в системе частного права[29]. Это видно в определении статуса нового Гражданского кодекса по отношению к судебной практике и специальному законодательству. Создается даже впечатление, что некоторые правоведы-специалисты в области частного права все еще «тоскуют» по тем временам, когда Гражданский кодекс был «бесспорным королем», и не стали бы возражать против того, чтобы он вновь занял лидирующее положение среди других кодексов.

Кроме того, на содержании кодексов в сфере регулирования экономики (Кодекс экономического права и Кодекс компаний и ассоциаций) сказывается стремление бельгийского законодателя привлечь как можно больше *иностранных инвесторов* в Бельгию, и в силу этого их нормы должны быть четкими и лаконичными[30]. В некоторой (однако в меньшей) степени этот мотив характерен и для регулирования имущественных отношений в Гражданском кодексе[31].

Следует, однако, обратить внимание на отсутствие в программе «рекодификации» в Бельгии некоторых иных мотивов. В большинстве других государств важным посылом к кодификации является «национальная идея», но в программе «рекодификации» К. Хейнса она отсутствует. В данном случае «рекодификация» не рассматривается как способ подчеркнуть национальную независимость и способствовать формированию национальной правовой «самоидентификации» Бельгии. Кроме того, не делается акцент и на то, что Бельгия призвана служить в данной области «образцом» для других стран.

Похоже, указанный «феномен» – отсутствие ярко выраженного национального патриотизма как такового в бельгийской политике – проявляется и в правовой сфере.

Наконец, нигде не упомянут мотив, который должен был бы быть одним из важнейших: недавнее научное исследование Йохана Вандеворде (Johan Vandevoorde)[32] показало, что решение, принятое в 1830 г., не вводить в Бельгии в действие вновь созданные кодексы Объединенного Королевства Нидерландов, по существу, является недействительным – ни согласно праву государства Бельгии, ни согласно праву Объединенного Королевства Нидерландов. В результате чего независимая Бельгия многие десятилетия незаконно продолжала пользоваться французскими Кодексами. (Это, правда, не относится к Уголовно-процессуальному кодексу, к тому же для некоторых других кодексов эта проблема больше неактуальна, поскольку они были заменены последующим законодательством. Тем не менее для Гражданского кодекса указанная проблема все еще остается: начиная с 1830 г. действующее гражданское право было, по существу, нелегитимным.)

Примечательно, что указанное обстоятельство никого не волновало ни в 1830 г., ни в 1904 г., когда на это обратил внимание один голландский юрист. Никого оно не волнует и в наши дни, хотя Й. Вандеворде убедительно это показал в своем аргументированном научном исследовании. (Тем не менее нельзя отрицать тот факт, что в данном контексте

[25] См. *Geens K.* Le saut vers le droit de demain. P. 3–5.

[26] См., напр.: ibid. P. 32.

[27] См., напр.: ibid. P. 37, 38.

[28] См.: ibid. P. 28.

[29] См.: *Dirix E. & Wéry P.* Tijd voor een hercodificatie van het Burgerlijk Wetboek // Rechtskundig weekblad. 2015–2016. P. 2.

[30] См.: *Houben R. & Meeusen J.* The competition for corporate charters: Belgium wants a (bigger) piece of the pie // Zeitschrift für europäisches Privatrecht. 2020. P. 11–46.

[31] См.: *Stijns S.* Het aankomend verbintenissenrecht in de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie // Tijdschrift voor Belgisch burgerlijk recht. 2018. P. 410.

[32] Обобщение этой темы см.: *Vandevoorde J.* Le Code Napoléon est-il encore en vigueur en Belgique // Journal des tribunaux. 2018. P. 279, 280.

появление нового Гражданского кодекса в Бельгии было бы как нельзя кстати.)

Прежде чем приступить к *анализу нового Гражданского кодекса Бельгии*, укажем, что программа кодификации от простых «надежд» перешла к *фактической реализации*: к лету *2020 г.* бельгийский парламент утвердил Кодекс компаний и ассоциаций (Wetboek van vennootschappen en verenigingen / Code des sociétés et des associations); успешно прошла крупная ревизия Кодекса экономического права; прежний же Торговый кодекс был отменен[33]. Проекты Уголовного кодекса[34] и Уголовно-процессуального кодекса[35] обсуждаются в парламенте, а проект Кодекса исполнения наказаний уже подготовлен[36].

С 2019 г. Бельгия также имеет *Кодекс морского права (Scheepvaartwetboek / Code de la Navigation)*, но этот Кодекс – результат работы над Проектом, не связанным с работой Министерства юстиции[37].

Даже если учесть, что *«рекодификация»* частного права в Бельгии началась более чем за год до ее *официального объявления, 6 декабря 2016 г.* (в этот день министр К. Хейнс опубликовал ее программу)[38], срок достижения вышеперечисленных весьма впечатляющих результатов является удивительно коротким. (Эта скорость и вынудила нас сравнить ее в заголовке статьи с понятием «молниеносная война». Как будет показано ниже, этих сходств гораздо больше, чем кажется на первый взгляд.)

3. Структура нового Гражданского кодекса Бельгии

Чтобы оценить проделанную работу над Гражданским кодексом, следует иметь в виду, что метод его составления кардинально отличается от методов разработки других кодексов в рамках программы «рекодификации».

Вместо того, чтобы создать один орган, ответственный за текст Кодекса, Книги Гражданского кодекса были распределены по нескольким редакционным подразделениям. Нет единой комиссии или физического лица, руководящего всем процессом. Назначены два координатора, но они не были вовлечены в работу над Книгами о семейном праве (включая имущественные отношения супругов)[39]. Более того, нет не только общей редакционной коллегии, пишущей ГК Бельгии, но и отсутствует единый метод.

Для того чтобы понять последующее содержание этой статьи, необходимо ознакомиться со *структурой Гражданского кодекса Бельгии (Burgerlijk wetboek / Code civil)*. Как ожидается на момент написания этой статьи Кодекс будет состоять из *10 книг*[40]:

Книга 1. Общие положения (“Algemene bepalingen” / “Dispositions générales”).

Книга 2. Лица, семья и имущественные отношения супругов (“Personen, familie en relatievermogensrecht” / “Les personnes, la famille et les relations patrimoniales des couples”).

Книга 3. Вещи (“Goederen” / “Les biens”).

Книга 4. Наследование, дарения и завещания (“Nalatenschappen, schenkingen en testamenten” / “Les successions, donations et testaments”).

Книга 5. Обязательства (“Verbintenissen” / “Les obligations”) (Общие положения об обязательствах и договорах).

Книга 6. Внедоговорная ответственность (“Buitencontractuele aansprakelijkheid” / “Responsabilité extracontractuelle”).

Книга 7. Отдельные виды договоров (“Bijzondere overeenkomsten” / “Les contrats spéciaux”).

Книга 8. Доказательства (“Bewijs” / “La prevue”).

Книга 9. Обеспечение исполнения обязательств (“Zekerheden” / “Les sûretés”).

Книга 10. Сроки давности (“Verjaring” / “La prescription”).

Читателю необходимо иметь в виду, что подобная структура ГК Бельгии не основана на каких-то

---

[33] Обзор по этим реформам см.: *Heirbaut D.* De Blitzkrieg van Geens: en wat daarna? (готовится к публикации).

[34] В двух версиях: Проект закона о введении в действие нового Уголовного кодекса // Chambre des Représentants de Belgique, Documents parlementaires, 24 сентября 2019, 417/1 and 12 февраля 2020, 1011/1.

[35] См.: Проект Закона, содержащий новый Уголовно-процессуальный кодекс // Chambre des Représentants de Belgique, Documents parlementaires, 11 мая 2020, 1239/1.

[36] См.: Заметка об общей политике. Юстиция // Chambre des Représentants de Belgique, Documents parlementaires, 24.10.2018, 11–12.

[37] См.: Закон от 08.05.2019 о введении в действие Морского кодекса Бельгии // Moniteur belge. 01.08.2019.

[38] Министр К. Хейнс поручил экспертам составление текста Проекта уже летом 2015 г. путем простого письма. 30.09.2017 г. он назначил Комиссию по составлению нового Гражданского кодекса Бельгии (Министерский декрет от 30.09.2017 г. относительно создания комиссий по реформе гражданского права // Moniteur belge. 09.10.2017).

[39] Здесь можно было бы назвать самого министра К. Хейнса, но в сентябре 2020 г. он решил не продолжать работу в качестве министра в Федеральном правительстве. Один из сотрудников его аппарата первоначально служил связующим звеном между большинством составителей нового Гражданского кодекса, но позже и он уволился, так что даже здесь преемственность в значительной степени отсутствует (см.: *Geens K.* Le saut vers le droit de demain. P. 27 (n. 1), 43, 49, 52, 58).

[40] Ст. 2 Закона от 13 апреля 2019 о создании Гражданского Кодекса; ст. 51 Проекта Закона о книге 5 «Обязательства» Гражданского кодекса (см.: Chambre des Représentants de Belgique, Documents parlementaires. 24.02.2021, 1806/1. P. 295).

глубоких «теориях» о структуре частного права. Бесполезно также искать здесь влияние институционной, пандектной или любой другой системы в данной области.

Правовые институты, уже урегулированные в других кодексах, были исключены, и, по-видимому, главным критерием структурирования и разделения Кодекса на части был *чистый прагматизм*. Например, *Книга 7* об отдельных видах договоров была выделена потому, что с самого начала было решено, что работа над данной темой состоится лишь на поздних этапах[41].

Таким образом, Бельгия показывает, что она извлекла «уроки» из голландского опыта. *В Нидерландах Гражданский кодекс (Burgerlijk Wetboek)* официально вступил в силу в 1992 г. Однако для правового регулирования многих отдельных видов договоров текст Гражданского кодекса еще не был готов, и соответствующее законодательство было принято позднее. (Даже теперь, для некоторых отдельных договоров применимым правом в Нидерландах остается текст прежнего Гражданского кодекса, содержащийся в т.н. «*Книге 7a*», сохраняющей нумерацию прежнего Кодекса[42].)

Однако, если голландцы пришли к этому случайно, Бельгия с самого начала рассчитывала, что в течение некоторого времени статьи об отдельных видах договоров будут сохраняться с их нумерацией по прежнему Кодексу[43]. Напротив, новые Книги имеют собственную нумерацию, которая не является непрерывной, а начинается заново для каждой Книги. В целом работа над разными Книгами ГК Бельгии идет параллельно, а не последовательно. Это означает, что цель бельгийского законодателя состоит не в том, чтобы закончить весь текст одним усилием или закончить Книги в их определенной последовательности, а лишь в том, чтобы закончить каждую отдельную Книгу как можно скорее (за исключением *Книги 7 «Отдельные виды договоров» (“Bijzondere overeenkomsten” / “Les contrats spéciaux”)*, которая должна ждать принятия *Книги 5 «Обязательства» (“Verbintenissen” / “Les obligations”) (Общие положения об обязательствах и договорах)*).

Этот сугубо прагматичный подход в принятии ГК Бельгии можно увидеть даже в рамках одной Книги. Например, *Проект положений об имущественных отношениях супругов*[44] развивался быстрее, чем остальные части *Книги 2 Лица, семья и имущественные отношения супругов (“Personen, familie en relatievermogensrecht” / “Les personnes, la famille et les relations patrimoniales des couples”)*. В свою очередь, *Проект положений деликтного права*[45], напротив, развивался медленнее, чем Книга 5, в связи с чем было решено выделить его в отдельную *Книгу 6 «Внедоговорная ответственность»*[46].

Многим высокообразованным юристам подобные подходы могут показаться неприемлемыми, но за этим стоит определенная *логика*. Прежде всего *нидерландский опыт* показал, что единовременное создание крупного Кодекса – задача практически неосуществимая.

У голландцев Книга 1 Гражданского кодекса была принята уже в 1970 г., Книга 2 – в 1976 г.; большинство других Книг – в 1992 г.; но Книги 4 и 10 все равно пришлось ждать до 2003 и 2012 гг.; а выйдет ли когда-нибудь Книга 9, до сих пор остается неизвестным[47].

Кроме того, Бельгия имеет хороший опыт составления Кодекса по частям – с ее новым торговым правом во второй половине XIX в.[48] и с более поздним Кодексом экономического права[49].

Главным преимуществом и аргументом в пользу подобного на первый взгляд «хаотического» метода остается то, что он дает больше гарантий успеха[50].

На данный момент этот подход уже привел к принятию законов для *Книги 8* (апрель 2019 г.)[51] и *Книги 3* (январь 2020 г.)[52]; и парламент уже получил Проекты *Книги 1*[53], *Книги 4* и *Книги 5* и части *Книги 2*. Уже

---

[41] См.: *Geens K.* Le saut vers le droit de demain. P. 29.

[42] Около 70 старых статей, сохраняющих силу, можно найти здесь: URL: https://wetten.overheid.nl/BWBR0006000/2019-01-01

[43] См.: *Geens K.* Le saut vers le droit de demain. P. 29.

[44] См.: Проект Закона о Книге 2 титуле 3 и Книге 4 нового ГК Бельгии. P. 17.

[45] См.: Проект Закона о включении Книги 5 «Обязательства», в новый Гражданский кодекс (Chambre des Représentants de Belgique, Documents parlementaires, 16.07.2019, 6).

[46] Статья 51 Проекта Закона о Книге 5 «Обязательства» нового ГК Бельгии (Chambre des Représentants de Belgique, Documents parlementaires, 24.02.2021, 1806/1. P. 295).

[47] Об истории нидерладского Гражданского кодекса см.: *Florijn E.* Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Maastricht, 1996; *Veen T.* En voor berisping is hier ruime stof: over codificatie van het burgerlijk recht, legistische rechtsbeschouwing en herziening van het Nederlandse privaatrecht in de 19de en 20ste eeuw. Amsterdam, 2001.

[48] См.: *Heirbaut D.* Hebben/hadden onze ministers van justitie een ‘civiel’ beleid? P. 35–41.

[49] См.: *Byttebier K. & Wera T.* Op. cit. P. 206, 207.

[50] Здесь опять полезно сравнение с «молниеносной войной». Вместо того чтобы всем войскам наступать к линии фронта единым блоком, так что любое препятствие остановит продвижение всей группы, отдельные части устремляются вперед на максимальной скорости. Если кто-то из них наткнется на препятствие, остальные все равно смогут наступать дальше.

[51] См.: Закон от 13.04.2019 г. о создании Гражданского кодекса.

[52] Закон от 04.02.2020 г. о Книге 3 «Вещи» Гражданского кодекса // Moniteur belge. 17.03.2020).

[53] См.: Проект Закона о Книге 1 «Общие положения» Гражданского кодекса (Chambre des Représentants de Belgique, Documents parlementaires, 24.02.2021, 1805/1).

готов *Проект деликтного права* для *Книги 6*[54]. *Книги 9* и *10* в основном предназначены для *консолидации недавнего законодательства*[55] *(“à droit constant”)*[56], а *Книга 7* в любом случае появится позже.

Основной проблемой, судя по всему, остается составление *Книги 2* «*Лица, семья и имущественные отношения супругов» (“Personen, familie en relatievermogensrecht” / “Les personnes, la famille et les relations patrimoniales des couples”)*.

Таким образом, применяемый сейчас в Бельгии метод кодификации частного права, возможно, не особенно глубок и «элегантен», но он компенсирует это быстрым достижением результатов.

Существенное значение имеет и готовность оперативно изменить первоначальный план, если того потребуют обстоятельства. Так, например, первоначальная идея состояла в том, чтобы первой вступила в силу *Книга 5 «Обязательства» (“Verbintenissen” / “Les obligations”) (Общие положения об обязательствах и договорах)*[57]. По мнению многих бельгийских юристов, обязательственное право по-прежнему является наиболее важной частью, своеобразной «вершиной» гражданского права, поэтому казалось очевидным, что начинать следует именно с него. Однако, поскольку предложения изменений в сфере обязательственного права встретили «сопротивление»[58], этот вариант был исключен.

По этой же причине министр К. Хейнс дал «старт» Гражданскому кодексу Бельгии «малозначимой» *Книгой 8* «*Доказательства» (“Bewijs” / “La prevue”)*. (Хотя это и вызвало недовольство и непонимание того, почему «вагон» вдруг стал «локомотивом»[59], но «поезд» кодификации по крайней мере был уже на пути и продолжал двигаться вперед.)

Тем не менее наряду с достоинствами вышеуказанный специфический («прагматический») метод разработки и принятия ГК Бельгии имеет и свои *недостатки*. Один из них состоит в том, что продолжительное время бельгийским юристам придется работать одновременно и со старым (1804 г.), и с новым (2020 г.) Гражданским кодексом.

Кроме того, составители одной Книги нового Гражданского кодекса или ее части не всегда знакомы с остальными Книгами и частями Кодекса. Это видно на примере *Книги 1* «*Общие положения» (“Algemene bepalingen” / “Dispositions générales”)*: когда составители Книг 3 и 5 писали свой текст, работа над Книгой 1 еще даже не начиналась.

Это не представляло бы неудобства, если бы все Книги нового ГК Бельгии были независимы друг от друга, но это не так. Поэтому составителям других Книг приходилось заниматься определенными правовыми институтами, которые должны были бы принадлежать Книге 1. Один из способов решения этой проблемы – перенести эти институты позже в Книгу 1[60]; другой – просто оставить их в той Книге, в которой они оказались. Результатом последнего подхода стало то, что *Книга 1* оказалась «понижена в статусе». Если в первоначальной программе «рекодификации» она называлась «Общей частью»[61], то Закон 2019 г., обнародовавший Книгу 8, уже свел Книгу 1 к «Общим положениям»[62].

Другая проблема связана с *нумерацией статей* внутри Книг ГК Бельгии. Учитывая, что Книги 2, 5–7 не будут опубликованы целиком, имеет смысл вести нумерацию статей не по Книгам, а по титулам внутри Книг. Этот подход был избран для *Книги 2 «Лица, семья и имущественные отношения супругов» (“Personen, familie en relatievermogensrecht” / “Les personnes, la famille et les relations patrimoniales des couples”)*, но не для Книг 5–7.

Хотя способ нумерации статей не по Книгам, а по титулам внутри Книг был бы способен обеспечить «подключение» новых титулов, составители не сделали его всеобъемлющим, и теперь определенное количество статей должно быть «зарезервировано» для тех частей Кодекса, которые будут приняты позднее, независимо от того, насколько велики окажутся эти части Гражданского кодекса.

4. Методы составления нового Гражданского кодекса Бельгии

Как уже указывалось в предыдущей части статьи, не существует единого метода для редактирования различных частей ГК Бельгии. Подход состоит лишь

---

[54] См.: *Bocken H., Dubuisson B., Jocqué G., etc.* La réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle. Le projet de la Commission de réforme du droit de la responsabilité. Bruges, 2019. Существует также и новая редакция, еще не опубликованная.

[55] См., напр.: *Dirix E. & Sagaert V.* The new Belgian Act on security rights in movable property // European property law journal. 2014. P. 231–255.

[56] См.: *Geens K.* Le saut vers le droit de demain. P. 29.

[57] См.: Статья 2 предварительного проекта Закона от 30.03.2018 г. о создании Гражданского кодекса Бельгии и включении в него Книги 5 «Обязательства» (текст взят: URL: https://www.law.kuleuven.be/verbintenissenrecht/voorontwerp-van-wet-verbintenissenrecht.pdf).

[58] *Storme M.E.* Een nieuw verbintenissenrecht: oude wijn in nieuwe zakken // Juristenkrant. 2018. No. 372. P. 17.

[59] *George F.* Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive! // Journal des tribunaux. 2019. P. 637–657.

[60] Велика вероятность, что это случится с институтом *«злоупотребления гражданскими правами»* (ныне он закреплен в ст. 5.7 Проекта Книги 5), поскольку этот институт важен для всего частного права, а не только для обязательственного права.

[61] *Geens K.* Le saut vers le droit de demain. P. 30.

[62] См.: Статья 2 Закона о создании Гражданского кодекса.

в том, чтобы взять то, что «работает» в гражданском праве, и отбросить то, что «не работает».

Это становится понятным, если взглянуть на *составителей ГК Бельгии*.

Если для разработки Проектов кодексов в сфере уголовного права и процесса важную роль играли аппарат министра юстиции и должностные лица данного министерства, то в процессе кодификации (и «рекодификации») в сфере частного права преобладают *внешние эксперты*, поскольку Министерству юстиции не хватает квалификации в данной области.

У всех этих экспертов разнообразные названия должностей: «эксперт», «редактор», «координатор», «член рабочей группы» и др. Они могут работать над более чем одним текстом и в более чем одном качестве одновременно. Их число в группе может варьироваться от 1 до 14. Группы этих экспертов либо существовали ранее и были кооптированы министром К. Хейнсом в свой проект, либо же появились благодаря работе над конкретной частью Кодекса[63]. Причем все внешние эксперты работают бесплатно[64]. Как правило, они являются *профессорами права*, хотя во многих случаях это сочетается с юридической практикой – работой преимущественно в адвокатуре[65]. (Последнее обстоятельство привело к появлению жалоб на то, что составители ГК Бельгии в процессе его разработки могут «служить» интересам юридических фирм, хотя это касалось в основном работы над Кодексом компаний и ассоциаций, а не над Гражданским кодексом[66].)

Порядок работы по составлению Гражданского кодекса также отличается разнообразием.

Обычный процесс пересмотра права можно описать следующим образом. Вначале эксперты вместе с аппаратом министра и административным персоналом *Министерства юстиции* формулируют принципы, лежащие в основе реформы. Затем они обсуждаются в правительстве и компетентных комиссиях парламента. После этого эксперты, аппарат и администрация пишут Проект. Затем этот Проект обсуждается в группе, состоящей из представителей всех министров правительства, что может привести к внесению поправок. Затем министры сами обсуждают новую версию.

В случае одобрения Проект направляется в Законодательную секцию *Государственного совета*[67]. Его замечания о качестве Проекта обычно приводят к новому раунду обсуждений и поправок представителями министров и к окончательному утверждению министрами.

После этого текст, уже несколько раз пересмотренный, поступает в *парламент*. «Консультации» со всеми заинтересованными сторонами на предыдущих этапах должны обеспечить достижение к тому времени консенсуса[68].

Кроме того, для Проектов *Книг 3, 5 и 8* ГК Бельгии даже была проведена «*консультация с широкой общественностью*», которая также имела возможность высказать свои замечания[69]. (Это участие общественности в ходе разработки Гражданского кодекса впоследствии назвали «успешным», но это зависит от того, что понимать под словом «успех»: число участвовавших в обсуждении лиц и учреждений было небольшим, и большинство «отзывов» исходило от представителей юридического и финансового сообществ[70].)

Как видно из приведенного выше *modus operandi*, министр юстиции К. Хейнс хотел обеспечить, чтобы Проекты Книг Гражданского кодекса имели «шансы» получить одобрение парламента. В некоторых случаях он даже лично присоединялся и координировал законодательные инициативы депутатов парламента. (Это произошло, в частности, с *Законами о наследовании и об имущественных отношениях супругов 2017 и 2018 гг.* соответственно[71].) Министр также включил в эти Законы *кодификационную оговорку*, которая позволяла правительству «интегрировать» эти Законы в Гражданский кодекс, минуя парламент, поскольку в данном случае речь шла бы всего лишь о консолидации существующего законодательства[72].

---

[63] См.: *Heirbaut D.* The sleeping beauty awakens: Belgium's new law of inheritance as a first step in the greatest recent recodification program in Western Europe // Zeitschrift für europäisches Privatrecht. 2018. P. 407, 408.

[64] См.: 'U onderschat het primaat van de politiek' (интервью с министром юстиции Куном Хейнсом) // De Standaard. 20.03.2019.

[65] См., например, о составителе нового Проекта деликтного права: *Heirbaut D. & Jousten A.* Der belgische Vorentwurf zum neuen Deliktsrecht (в работе).

[66] См.: 'Maak de onzichtbare macht zichtbaar' // De Standaard. 23.03.2019; 'Beroep? Topadvocaat en ghostwriter van de Wetstraat' // De Standaard. 16.03.2019.

[67] *Государственный совет Бельгии (Raad van State / Conseil d'État)* выполняет функции *высшего административного суда Бельгии*, с полномочием приостанавливать и отменять незаконные административные акты. Его Законодательная секция обладает консультативными полномочиями, рассматривая законопроекты на соответствие действующим законам и юридическую технику.

[68] См.: *Geens K.* Le saut vers le droit de demain. P. 5.

[69] См.: *Dirix E. & Wéry P.* Consultatie Nieuw Burgerlijk Wetboek // Tijdschrift voor Belgisch burgerlijk recht. 2017. P. 531, 532.

[70] См.: *Keereman A.* Je schrijft niet om de vijf jaar een nieuw burgerlijk wetboek (Интервью с Эриком Дириксом) // Juristenkrant. 2018/364. P. 8.

[71] См.: *Heirbaut D.* Sleeping beauty... P. 409.

[72] См.: Статья 72 Закона от 31.07.2017 г. об изменениях Гражданского кодекса в отношении наследования и дарений // Moniteur belge. 01.09.2017); ст. 75 Закона от 22.07.2018 г. об изменениях Гражданского кодекса и иных различных положениях в отношении режимов брачного имущества // Moniteur belge. 27.07.2018).

Однако после рассмотрения *Проекта королевского Декрета*, нацеленного на реализацию этой кодификационной оговорки, *Законодательная секция Государственного совета* выразила возражение, поскольку, по ее мнению, Проект Гражданского кодекса в действительности изменял право по существу, что недопустимо для простой консолидации законодательства.

После этого министр юстиции К. Хейнс «сдался» и внес Проект на рассмотрение *парламента*[73]. (Как показывает этот пример, «быстрота» кодификации может быть важным аргументом, но она все равно должна уступить место соображениям демократического контроля со стороны парламента. В этом отношении Бельгия отличается от Франции, где, например, новое договорное право было введено в действие через ускоренный путь *Правительственного Ордонанса в 2016 г.*[74])

Сотрудничество между парламентом и министром юстиции в Бельгии не является односторонним. (Например, как до, так и после выборов 2019 г. члены парламента представляли министерские Проекты в качестве законопроектов членов парламента[75], поскольку никто не знал, сохранит ли министр К. Хейнс свою должность после формирования нового правительства Бельгии. И, поскольку он решил не вступать в правительство, сформированное 30 сентября 2020 г., это был действительно «мудрый» подход.)

5. Почему кодификация гражданского права в Бельгии удалась?

Учитывая, что Бельгия не смогла принять свой собственный Гражданский кодекс в прошлом, почему на этот раз все вышло по-другому?

Первое объяснение как раз и заключается именно *в различии между прошлым и настоящим*. Когда страна стала независимой в 1830 г., чувство «национального патриотизма» того времени, возможно, и требовало разработки и принятия новых кодексов, но очень скоро прагматичный подход «взял верх»: сохраняя в действии введенные ранее французские кодексы, Бельгия могла держаться за «французский фрак» и не тратить средства на развитие собственного законодательства[76].

На самом деле весьма сомнительно, чтобы в 1830 г. Бельгия обладала достаточной развитой собственной «юридической школой» для написания кодексов, которые действительно смогли бы уйти от французской «модели». В то время стране не хватало не только собственных ученых, но и сложившейся судебной практики, которая «проложила бы путь» к новому Кодексу. (Даже упомянутый выше Франсуа Лоран, известный бельгийский патриот, все еще рассматривал свой Проект ГК Бельгии в качестве «франко-бельгийского» текста, и в свой 33-томный трактат о Кодексе Наполеона он включил французскую судебную практику, поскольку бельгийского материала просто не хватало.)

В XX в. все изменилось. В 1930-е годы у другого выдающегося бельгийского правоведа, *Анри Де Пажа (Henri De Page)*, уже было достаточно бельгийских судебных дел, чтобы составить очередной большой трактат о частном праве в Бельгии. И если А. де Пажу все еще приходилось ссылаться на французскую юридическую доктрину[77], то после Второй мировой войны Бельгия догнала и ее[78].

Ныне Бельгия действительно приобрела достаточно опыта как в «юридических школах», так и в «судебных залах», чтобы суметь разработать свои кодексы. (В этом отношении интересно провести сравнение Бельгии с Люксембургом. Учитывая, что и Бельгия, и Франция реформируют свое частное право, перед Люксембургом стоят два варианта: либо продолжать следовать французскому примеру, либо идти своим собственным путем, как бельгийцы. Пока же, похоже, преобладает «прагматическое» отношение: поскольку люксембургское право не обладает достаточными научными разработками и опытом, чтобы идти «своей дорогой», ему предпочтительнее продолжать пожинать «плоды» правовых «усилий» Франции[79].)

Ключевым элементом в ответе на вопрос, почему именно нынешний Проект оказался успешным, является то, что впервые в истории Бельгия имеет *реальный план принятия Гражданского кодекса – программу «рекодификации» 2016 г.*

В прошлом министры юстиции, если они и бывали заинтересованы в принятии Кодекса, все время отвлекались на текущую политику или сразу же «сдавались», как только сталкивались с любым сопротивлением. Позицию министра К. Хейнса (которую, как надеемся, продолжат его преемники)

---

[73] См.: Проект Закона о Книге 2 титуле 3 и Книге 4 «Наследование, дарения и завещания» Гражданского кодекса. P. 4–6.

[74] См.: Ордонанс № 2016–131 от 10.02.2016 г. о реформе договорного права, общем режиме обязательств и их доказывании. URL: https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/2/10/JUSC1522466R/jo/texte

[75] Например, Servais Verherstraeten в случае с Проектом Закона о Книге 5 нового Гражданского кодекса.

[76] В Бельгии в XIX в. существовала целая индустрия незаконных («пиратских») изданий французской юридической литературы (см.: *Verbeke C.* Belgian law: an annotated bibliographic guide to reference materials. Brussels, 1994. P. 115–135).

[77] См.: *Heirbaut D.* Weg met De Page? Leve Laurent? Een pleidooi voor een andere kijk op de recente geschiedenis van het Belgische privaatrecht // Tijdschrift voor Privaatrecht. 2017. P. 293, 294.

[78] См.: *Heirbaut D.* The Belgian legal tradition... P. 14, 15, 17, 18.

[79] См.: *Ancel P. & Prüm A.* Introduction // *Ancel P. & Prüm A. (eds.)* Réformer le droit des contrats? Analyse comparée autour du droit luxembourgeois. Brussels, 2020. P. 26.

можно охарактеризовать следующим образом: «инциденты» все равно будут происходить, но «великий труд» должен продолжаться[80].

В этом ему помогло то обстоятельство, что для кодификации в области частного права К. Хейнс пригласил *внешних экспертов*[81]. Даже если его собственному аппарату и должностным лицам Министерства юстиции и приходится справляться с «кризисами», то эксперты все равно продолжают работать. Это объясняет, почему ни теракты в Брюсселе в марте 2016 г., ни пандемия коронавируса не остановили проект «рекодификации».

Как и любой хороший план, программа «рекодификации» расставила свои *приоритеты*[82].

Это более всего заметно в *Книге 2* «*Лица, семья и имущественные отношения супругов» ("Personen, familie en relatievermogensrecht" / "Les personnes, la famille et les relations patrimoniales des couples")*. Многие вопросы, такие как *однополые браки*, разрешены уже в течение некоторого времени[83] и не преподнесут никаких «сюрпризов». Труднее разрешить вопросы с *трансгендерами, усыновлением и родством*. Во всех этих правовых областях министр К. Хейнс «держал» реформы вне программы «рекодификации» с тем, чтобы если *Конституционный суд Бельгии* вдруг объявит часть Закона о реформе неконституционной, то это не помешало бы общему процессу кодификации[84].

Конституционный суд Бельгии действительно отверг некоторые части *Законов 2017 г. о трансгендерах и об усыновлении*[85], что доказывает «мудрость» подобного подхода Хейнса.

В регулировании *вопросов родства* ситуация остается «смутной». Конституционный суд Бельгии создал важный свод судебной практики на эту тему, но некоторые из его решений были спорными. Поэтому Закон 2018 г. изменил право родства, но только по тем вопросам, по которым решения Конституционного суда Бельгии не вызвали разногласий.

Что касается остального, то *Министерской комиссии по регулированию вопросов родства* все еще нужно найти собственную позицию, которая затем должна пережить проверку со стороны парламента и Конституционного суда Бельгии[86]. (В этих обстоятельствах правовое регулирование вопросов трансгендеров, усыновления и родства в Бельгии действительно лучше оставить вне сферы кодификации.)

Поскольку подобно плану «молниеносной войны» программа «рекодификации» частного права в Бельгии признает, что ни один план «сражения» не выдерживает контакта с «противником», и что побеждает «*гибкость*», а не жесткая приверженность плану, это может означать *необходимость изменения последовательности действий*. Как уже было указано, если первоначально центральная роль была запланирована для *Книги 5*, то ныне эту роль взяла на себя *Книга 8*.

И вновь *Книга 2 «Лица, семья и имущественные отношения супругов» ("Personen, familie en relatievermogensrecht" / "Les personnes, la famille et les relations patrimoniales des couples")* является в этом отношении лучшим примером. Программа кодификации 2016 г. не оставила сомнений в личных «пристрастиях» министра К. Хейнса, христианского демократа, в отношении семейных пар. Прежде всего он настаивал на том, чтобы Закон регулировал только отношения с «допустимым сексуальным элементом»[87]. Кроме того, для пар, состоящих в браке, он предложил лучше защищать новыми императивными нормами более «*слабую» сторону в браке при режиме «раздельной супружеской собственности»*. Для неженатых пар, состоящих в стабильных отношениях, он также предусмотрел минимальный режим императивных норм, опять же для защиты более «слабого» партнера[88].

Однако К. Хейнс не смог убедить представителей либеральных партий в правящей коалиции согласиться на все это и в итоге вынужден был отказаться от своих планов[89]. Парадоксально, но его

---

[80] См.: *Geens K.* Nieuwjaarstoespraak Orde van Vlaamse balies, 27.01.2015. URL: https://www.koengeens.be/news/2015/01/27/nieuwjaarstoespraak-orde-van-vlaamse-balies); "Koen Geens: "Als ik de verkiezingen moet winnen door mensen bang te maken, dan verlies ik ze liever" (интервью с Куном Хейнсом) // Het Laatste Nieuws. 30.03.2019.

[81] См.: 'U onderschat het primaat van de politiek' (интервью с министром юстиции Куном Хейнсом) // De Standaard. 20.03.2019.

[82] И вновь программа «рекодификации» в этом отношении выглядит как план «молниеносной войны». Если вы знаете, что ваши «танки» – в данном случае кодификационные Проекты – столкнутся с «препятствиями», просто «объезжайте» их и оставьте их «устранение» на потом.

[83] См.: Закон от 13.02.2003 г. об открытии возможности для браков лиц одного пола // Moniteur belge. 28.02.2003).

[84] См.: *Geens K.* Le saut vers le droit de demain. P. 29.

[85] См.: *Cannoot P.* Grondwettelijk Hof dwingt verdere hervorming geslachtsregistratie af // Tijdschrift voor familierecht. 2020. P. 17–26.

[86] См.: *Verschelden G.* Partiële reparatie van het afstammingsen naamrecht. Commentaar bij de titels 3 en 4 van de wet van 21 december 2018 // Tijdschrift voor familierecht. 2019. P. 61, 62, 69.

[87] Так, К. Хейнс настаивал на том, что нормы о *законном сожительстве* не должны применяться, например, к сожительству родных брата и сестры и др. Согласно же «восторжествовавшей» позиции, в современной Бельгии *законное сожительство* может охватывать даже эти ситуации.

[88] См.: *Geens K.* Le saut vers le droit de demain. P. 38–42.

[89] См.: *Keereman A.* "Een consequenter en meer solidair huwelijksvermogensrecht" (интервью с Аленом Вербеке (Alain Verbeke)) // Juristenkrant. 2018/371. P. 8.

готовность признать свое «поражение» обеспечила общий успех кодификации. Проиграв «битву», он смог продолжать пытаться выиграть «войну»[90].

«Новации» в ходе разработки ГК Бельгии можно разделить на *две группы*.

Первая состоит из *чисто законодательных «новаций»*: норма уже некоторое время была сформулирована в рамках судебной практики, а кодификация лишь придает ей официальный знак одобрения парламентом.

Лучшим примером этого является *Проект деликтного права*. В то время как в Кодексе Наполеона 1804 г. для описания деликтного права было достаточно всего шести статей, Проект нового Гражданского кодекса расширил его до 71 статьи. (Как уже указывалось, большинство из них в основном пытаются закрепить в законодательстве сложившуюся судебную практику[91]. По этой причине, появление всяких «возражений» в данной области маловероятно.)

Вторая группа «новаций» может вызвать больше «проблем», поскольку она состоит из «*новшеств», защищаемых учеными-правоведами*[92].

С этими, по-настоящему «новаторскими» статьями ГК Бельгии не все могут согласиться. Составители предвидели возможное «сопротивление», поэтому главной «стратегией противодействия критике» в данной области является обращение к *сравнительному правоведению*.

В ссылках на *иностранные кодексы* и *европейские или международные тексты*, такие как *Проект Общей Системы Отсчета 2009 г.*,[93] невозможно усмотреть особой «закономерности», поскольку Редакционный орган для каждой части Кодекса просто цитирует то, что ему нравится.

Так, составители *Книги 3* «*Вещи*» *(“Goederen” / “Les biens”)* больше всего любят обращаться к *Гражданскому кодексу Квебека*, тогда как составители *Книги 5 «Обязательства» (“Verbintenissen” / “Les obligations”) (Общие положения об обязательствах и договорах)* игнорируют его.

Единственным «общим элементом» является то, что все составители ссылаются на сравнительное правоведение с целью поддержать собственные взгляды и в конечном счете свои решения. Цитаты из иностранных кодексов или европейских и международных текстов в основном являются лишь «инструментом» – они не вдохновляли решения составителей, но используются для их обоснования *ex post facto*[94]. Это означает, что ссылки на иностранное право – «внешний элемент» – приобретают тем большее значение, чем с большим внутренним «сопротивлением» опасаются столкнуться составители ГК Бельгии.

Программа кодификации 2016 г. иллюстрирует это, когда упоминает *фидуциарный договор* – своего рода «слабую» версию англо-американского траста (trust)[95]. Учитывая традиционное «отвращение» к трасту в Бельгии, «сопротивление» казалось неизбежным. Поэтому министр К. Хейнс перечислил другие страны континентальной Европы, которые уже имеют подобный правовой институт[96]. В конце концов это закончилось неудачей: Парламент Бельгии не принял *фидуциарный договор*, опасаясь, что он «откроет двери» для уклонения от уплаты налогов[97].

То что сравнительно-правовой аргумент – всего лишь «инструмент», становится ясным, если посмотреть на *использование истории права* в комментариях к Проектам ГК Бельгии: когда составителям не нравится действующее бельгийское право, они обращаются к сравнительному правоведению, однако когда сравнительно-правовые данные показывают, что изменение бельгийского права назрело, то составители предпочитают обращаться к «бельгийской национальной правовой традиции» как к «исключению из правил». Таким образом, в последнем случае внезапно история бельгийского частного права приводится в качестве главного аргумента для оправдания их выбора.

Обращает на себя внимание, что эта «бельгийская национальная правовая традиция» на самом деле имеет сугубо французское происхождение. В качестве примера можно привести *«каузу» – «дозволенное основание договора»* (одно из существенных условий действительности договора по ГК Франции 1804 г.). Даже Франция «уступила» в этом вопросе и в конце концов избавилась от нее[98], но составители *Книги 5* ГК Бельгии все еще «держатся»

---

[90] Больше об этой теме см.: *Heirbaut D.* Blitzkrieg van Geens...

[91] См.: *Bocken H., Dubuisson B. e.a.* Op. cit. P. 30.

[92] См., напр.: ibid. P. 33–35.

[93] *Проект Общей Системы Отсчета (Draft Common Frame of Reference*), опубликованный в 2009 г., был составлен Рабочей группой по Европейскому гражданскому кодексу и Исследовательской группой по частному праву ЕС, по заданию Европейской Комиссии. Он содержит принципы, определения и образцовые правила частного права для Евросоюза. Текст можно найти здесь: URL: https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf

[94] *Heirbaut D.* References to foreign law in the commentaries to the new Belgian Civil Code (в работе).

[95] См.: *Keereman A.* Je schrijft niet om de vijf jaar... P. 9.

[96] См.: *Geens K.* Le saut vers le droit de demain. P. 47.

[97] См.: Проект Закона о включении Книги 3 «Вещи» в новый Гражданский кодекс. Поправки (Chambre des Représentants de Belgique, Documents parlementaires, 10.12.2019, 173/2. P. 15).

[98] Речь идет о Правительственном Ордонансе 2016 г.

за «каузу», потому что для них «национальная традиция» сделала ее «священной»![99]

В юридической литературе Проекты ГК Бельгии не вызвали большой критики, за исключением *Книги 5 «Обязательства» ("Verbintenissen" / "Les obligations") (Общие положения об обязательствах и договорах)*. Одному автору совсем не нравится, что в Проекте *«обычный человек»* обозначается как *«предусмотрительный и разумный должник»*, и он предпочитает придерживаться старой формулы *«хорошего отца семейства»*[100], игнорируя при этом тот факт, что большинство населения Бельгии уже давно «распрощалось» с данным понятием.

Наиболее «развернутая» критика Проекта ГК Бельгии поступила лишь от *Матиаса Сторме (Matthias Storme)*, одного из ярчайших бельгийских ученых-юристов, который критикует «догматические основы» некоторых «нововведений» Проекта Гражданского кодекса и даже дошел до того, что вообще поставил под сомнение необходимость принятия нового Кодекса[101].

Два составителя Проекта ГК Бельгии ответили на эту критику, но при чтении их ответа аргументы содержательного характера кажутся менее значимыми, чем их основная идея: «модернизация» частного права необходима, и доктринальные дискуссии не должны ей препятствовать[102]. Иными словами, лучше как можно скорее получить новый Гражданский кодекс в Бельгии, чем стремиться к некоему «идеальному Кодексу», который никогда не станет «реальностью». Похоже, что большинство бельгийских ученых-юристов разделяют эту «прагматичную» позицию.

Более того, поскольку Проекты Книг ГК Бельгии были написаны ведущими специалистами, их «авторитет» ограждает их тексты от критики. Даже для Законодательной секции Государственного совета оказалось затруднительно найти недостатки в содержании Проектов.

Наконец, как Законодательной секции, так и другим внешним участникам обсуждения ГК Бельгии приходится иметь дело с таким огромным количеством Проектов не только в рамках программы «рекодификации» в сфере частного права, но и в связи со многими другими реформами министра К. Хейнса, что становится невозможным уделить им всем внимание, которое необходимо для критики[103].

«Благорасположение» профессоров права к новому ГК Бельгии также отражает *изменения в «природе» кодификации права*. Если для Наполеона Кодекс выражал волю законодателя; судьи должны были только применять его; а профессора права должны были лишь ограничиваться пересказом кодекса, то последующая история показала, что в действительности судьи развивали право так, как им было угодно[104]. Кодификация стала для правоведов-ученых способом взять у судей обратно «власть над правом». В конце концов даже если Проекты ГК Бельгии и следуют в основном сформировавшейся судебной практике, именно составителям-профессорам права решать, будет ли Проект делать это и в каком объеме.

Таким образом, именно *ученые-юристы – профессора права* в Бельгии, а не судьи, стали «окончательными авторитетами» в решении правовых вопросов. Кто будет лучше истолковывать Кодекс: парламент, который лишь проголосовал за его Проект, или профессора права, которые его написали? Кодекс – это «инструмент», посредством которого профессора права пытаются взять «верх» над практикующими юристами.

В этой связи неудивительно, что единственным «массовым протестом» против нового Кодекса стало *открытое письмо против Проекта деликтного права*, подписанное 150 практикующими юристами из франкоязычной части Бельгии[105]. Представляется, что, даже если они и добьются незначительных уступок, этот «протест» не станет «препятствием» на пути кодификации: некоторые изменения в материальном частном праве, по-видимому, не приведут к продолжительным «массовым дискуссиям»[106].

Примечательно, что совершенно иная ситуация складывается в ходе законодательных разработок в области *процессуального права и судебной системы* Бельгии. *Судебный* и *Уголовно-процессуальный*

---

[99] См. точку зрения составителя: *Stijns S.* La disparition de la cause du contrat. Rapport belge // *Ancel P. & Prüm A (eds)*. Op. cit. P. 225–238.

[100] См.: Письмо юриста *Boury J.* Réforme du Code civil: le droit en perte de valeurs // Le Soir. 18.04.2019.

[101] См.: *Storme M.*E. Op. cit. P. 17.

[102] См.: *Dirix E. & Wéry P.* Nieuw verbintenissenrecht: dogmatische discussies mogen noodzakelijke modernisering niet in de weg staan // Juristenkrant. 2018/373. P. 16, 17.

[103] См.: Raad van State: 'Toezicht op wetten schiet tekort'' // De Standaard. 19.03.2019. Если вновь провести аналогию с «молниеносной войной», то вперед рвется так много «танков», что попытка остановить один из них означает позволить остальным «наступать».

[104] См.: *Gläser M.* Lehre und Rechtsprechung im französischen Zivilrecht des 19. Jahrhunderts. Frankfurt, 1996.

[105] См.: *Lutte I.* (вместе со 150 подписавшими юристами) La réforme du droit de la responsabilité civile: un vrai débat de société // Journal des tribunaux. 2019. P. 682, 683.

[106] На указанный «протест» последовал ответ со стороны составителей нового ГК Бельгии (см.: *Dubuisson B. & Bocken H.* La réforme du droit de la responsabilité: "Un droit commun applicable à tous". Réponse à Me Isabelle Lutte // Journal des tribunaux. 2019. P. 729–731). Однако длительной дискуссии не возникло.

кодексы оказывают непосредственное влияние на «власть» юридических профессий, и любое предложение об изменениях в этих областях права вызывает «яростную» реакцию[107]. Кроме того, необходимо иметь в виду, что Гражданский кодекс разрабатывается не без участия практикующих юристов. Как уже указывалось, многие профессора права в Бельгии, преподавая в университетах, одновременно работают юристами-практиками[108]. Во время подготовки Проекта ГК Бельгии были также проведены консультации с практикующими юристами и создана возможность изменения текста после получения их одобрения[109]. Более того, те юристы, с которыми еще не проводились индивидуальные консультации, могли воспользоваться консультацией с «широкой общественностью» для того, чтобы высказать свои замечания.

6. Есть ли преграды на пути к завершению кодификации?

К моменту написания данной статьи через парламент прошли только две Книги ГК Бельгии, а остаются еще восемь. Предстоит еще много работы в данной сфере, между тем в сентябре 2020 г. «капитан» покинул свой «корабль»: К. Хейнс, начавший программу «рекодификации», решил не работать министром в новом правительстве. Означает ли это, что будущее «рекодификации» в Бельгии под угрозой?

По нашему мнению, нет никаких сомнений в том, что реформы Гражданского и других кодексов в Бельгии будут продолжены. (В своем коалиционном соглашении от 30 сентября 2020 г. правительство прямо обязалось продолжить программу «рекодификации»[110]. Не стоит забывать и о том, что министр юстиции Винсент Ван Квикенборне (Vincent Van Quickenborne) выступал за принятие «генерального плана» реформы Гражданского кодекса еще в 2004 г.[111])

Существуют также и другие факторы, гарантирующие продолжение усилий по «рекодификации» независимо от личных пожеланий министра юстиции Бельгии. Во-первых, в разработку Проекта Гражданского кодекса оказались вовлечены так много членов парламента и профессоров права, что Кодекс больше не является «мечтой» лишь одного человека[112].

Другой фактор заключается в том, что Книги 3 и 8 ГК Бельгии уже стали аналогом «Собора Св. Семейства» в Барселоне[113] для бельгийского права: как и первые части недостроенной церкви в Барселоне, Книги 3 и 8 Гражданского кодекса будут являться ярким «напоминанием» необходимости закончить работу.

Представляется, что для продолжения процесса «рекодификации» частного права в Бельгии сработает и психологический прием «фрейминга»[114]: когда Книга 8 Гражданского кодекса вступила в силу 1 ноября 2020 г., в Бельгии, по существу, *начали действовать два Гражданских кодекса одновременно*. Было бы логичным сохранить название «Гражданский кодекс» для Французского гражданского кодекса 1804 г., а его «преемника» обозначить как «Новый Гражданский кодекс». Однако Закон 2018 г. о создании ГК Бельгии и включающий в него Книгу 8, постановляет, что с 1 ноября 2020 г. Кодекс 1804 г. будет называться «Старым Гражданским кодексом», а «новичок» станет просто «Гражданским кодексом»[115]. (И это обстоятельство создает необходимую психологическую установку, поскольку-новый Гражданский кодекс будет рассматриваться как «Кодекс», а Кодекс 1804 г. – как явная «аномалия».)

И последнее, но немаловажное обстоятельство, которое поможет «защитить» *Книги 5* и *6* ГК Бельгии, несмотря на всю их критику. Проект-деликтного права еще не внесен в парламент, потому что Комиссия, написавшая его, не торопилась, и в результате получился сложный текст. Юрист, у которого есть этот Проект и комментарий к нему, может обойтись без чтения какой-либо литературы по деликтному праву. Поскольку действующий Кодекс 1804 г. содержит всего шесть (!) статей о деликтном праве, а Проект структурирует и вносит изменения в действующую судебную практику, бельгийские судьи неизбежно обратятся к этому удобному тексту и начнут его использовать еще до того, как за него проголосует парламент Бельгии.

---

[107] См.: *Heirbaut D.* Blitzkrieg van Geens...

[108] См., напр.: *Dubuisson B. & Bocken H.* Op. cit. P. 731.

[109] См.: *Geens K.* Le saut vers le droit de demain. P. 5.

[110] *Magnette P. & De Croo A.* Verslag van de formateurs. 2020. P. 62. URL: https://www.standaard.be/cnt/dmf20200930_94514804, 1.10.2020

[111] См.: *Heirbaut D.* Hebben/hadden onze ministers van justitie een 'civiel' beleid? P. 27, 28, n. 85.

[112] Список участников – профессоров права см.: *Geens K.* Le saut vers le droit de demain.

[113] Базилика Св. Семейства (*Basílica de la Sagrada Família*) – крупная церковь в Барселоне, спроектированная архитектором Антони Гауди. Ее строительство началось в 1882 г., из-за грандиозности замысла Гауди ее строительство продолжается до сих пор.

[114] Фрейминг – понятие из области психологии, обозначающее такую форму подачи информации, которая воздействует на восприятие информации человеком.

[115] См. последний параграф ст. 2 Закона о создании нового Гражданского кодекса.

Что касается *«Общих положений» обязательственного права в Книге 5* Гражданского кодекса, то некоторые ученые уже указывали на случаи, когда судьи использовали Проект в ожидании того, что он в ближайшее время станет законом (в частности, заимствовали терминологию)[116]. Несмотря на то что данные утверждения могут быть несколько преувеличены[117], нет никаких сомнений в том, что подобное «предвосхищение» в рамках судопроизводства также облегчает движение по «запланированному пути» к одобрению Проекта ГК Бельгии.

7. Перспективы ГК Бельгии

Самая большая, но в то же время самая распространенная ошибка кодификаторов – думать, что их работа завершена, как только Кодекс будет опубликован. На самом деле работа с этого момента только начинается, и в некоторых случаях «преимущества» Кодекса могут превратиться в его «недостатки».

Никто не станет отрицать, что быстрые темпы текущей кодификации в области частного права Бельгии – это хорошо. Но и более медленный темп продвижения также имеет свои «преимущества»: он дает юристам-практикам больше времени на подготовку «перехода» к новому законодательству[118].

Переходные периоды продолжительностью более года (намного более длительные, чем стандартные 10 дней после опубликования нового Закона), судя по всему, делали этот «переход» плавным[119].

Более проблематичной является «тактика» откладывания разрешения «проблемных» и «дискуссионных» вопросов, поскольку рано или поздно они все равно должны быть решены. Представляется, что сложной «задачей» в ГК Бельгии станет регулирование *«права родства»*. В 1987 г. страна, наконец, приняла *новое законодательство в соответствии с решением Европейского Суда по правам человека (ЕСПЧ) по делу Маркс 1979 г.* (Дело было инициировано Паулой Маркс[120] – матерью-одиночкой, которая была недовольна необходимостью прохождения *особой процедуры «признания материнства»*, а также тем, что даже прохождение этой процедуры не предоставляло бы ее дочери равных прав с «законными» родственниками. ЕСПЧ признал бельгийское законодательство в этой области дискриминационным, противоречащим ст. 8 (право на уважение личной и семейной жизни) и ст. 14 (запрет дискриминации) Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г.[121])

Годы после 1987 г. стали для бельгийского законодателя своеобразной «голгофой»: ни Закон 1987 г., ни какой-либо из последующих Законов в данной области не получили одобрения Конституционного суда Бельгии, который всегда находил, что покритиковать в новом законодательстве о родстве[122].

Можно задаться вопросом: удастся ли бельгийскому законодателю вообще когда-нибудь написать раздел «О родстве» для Книги 2 титула 2, который сможет пройти проверку Конституционного суда Бельгии?

Кроме того, в дополнение к тем темам, которые охватываются нормами действующего Гражданского кодекса 1804 г., существует множество специальных Законов за его пределами. В некоторых случаях новый ГК Бельгии включит их в себя[123], в других случаях составители не захотят этого сделать, поскольку это или потребует слишком много времени, или может привести к дебатам, «срывающим» их Проект.

Так, *в деликтном праве* почти все «специальные режимы» будут продолжать существовать и после утверждения парламентом Проекта Гражданского кодекса[124]. А это означает, что Кодекс не достигнет в полной мере одной из своих *целей* – объединить все частноправовое законодательство в одном тексте и тем самым сделать его доступным для понимания.

Разумеется, как всегда, изменения в обществе и в экономике в конечном счете «опередят» положения Кодекса, приводя тем самым к необходимости их «пересмотра».

---

[116] См.: *Stijns S.* Het aankomend verbintenissenrecht... P. 415–428; *Wéry P.* L'avant-projet de réforme du droit des obligations et ses premiers échos en jurisprudence // Tijdschrift voor Belgisch burgerlijk recht. 2018. P. 296; *Dirix E. & Wéry P.* Le nouveau Code civil: un état de la situation // Tijdschrift voor Belgisch burgerlijk recht. 2020. P. 322–324.

[117] Ученые, обнаружившие «влияние» Проекта на судебную практику в Бельгии, входят в число его авторов и не являются беспристрастными наблюдателями. О сомнениях в отношении того, повлиял ли Проект на одно конкретное судебное решение, см.: *Peeraer F.* Ook bij koop op plan moet nietigheid (of onwerkzaamheid) niet verder gaan dan nodig // Tijdschrift voor bouwrecht en onroerend goed. 2020. P. 47.

[118] См.: *Wissink M.* Op. cit. P. 1148.

[119] В частности, в отношении новых положений вещного права (ст. 39 Закона от 04.02.2020 г. о Книге 3 Гражданского кодекса) этот переход занял около 1.5 лет.

[120] Паула Маркс (Paula Marckx) ушла из жизни летом 2020 г. в возрасте 94 лет, успев за свою жизнь поработать фотомоделью, журналистом, пилотом вертолета и директором аэропорта (см.: De vrouw die ouderschap loskoppelde van het huwelijk // De Standaard. 30.06.2020).

[121] См.: *Marckx vs. Belgium*, No. 6833/74, 13.06.1979.

[122] См.: *Gallus N.* Filiation. Brussels, 2016; Verschelden G. Origineel ouderschap herdacht: pleidooi voor een globale hervorming van het afstammingsrecht. Bruges, 2005.

[123] Например, регулирование ответственности за качество товаров (см.: *Bocken H., Dubuisson B. e.a.* La Réforme... P. 17–22).

[124] См.: ibid. P. 36.

Если Кодекс Наполеона из «почтенного учреждения» уже превратился в «ветхое здание», то «Кодекс министра К. Хейнса» сводится к «строительству» «нового дома». Проблема, однако, состоит в том, что на данный момент «домовладелец» еще не «предвидит» того, что ему придется «вкладывать деньги» в поддержание своего «нового жилья». Следовательно, не пройдет много времени до того момента, когда новый Кодекс станет таким же «ветхим», как и его «предшественник».

В то же время другой недавно принятый бельгийский Кодекс показывает, как этого избежать. Министерство занятости и труда было движущей силой принятия *Социального уголовного кодекса 2010 г.*[125] За будущей «согласованностью» этого Кодекса следит специально созданный *Консультативный совет*, консультируя по вопросам его применения, а также по поводу «интеграции» в него существующего и нового законодательства[126]. Было бы неплохо создать такой же Консультативный совет и для ГК Бельгии.

И последняя, но важная «ремарка»: Гражданский кодекс Бельгии – это, возможно, еще не конец. К. Хейнс как-то признался, что его главной мечтой является создание *«уникального» Кодекса*[127] – такого Гражданского кодекса, который включал бы в себя всю материю, которая сейчас охватывается действующим Гражданским кодексом, Кодексом международного частного права, Кодексом экономического права и Кодексом компаний и ассоциаций.

Но примут ли когда-нибудь в Бельгии подобный *«Супер-кодекс»*, будет зависеть от совершенно *другого фактора*, который практически не упоминался в этой статье, но который неизбежно возникает в ходе любого обсуждения в Бельгии. Это – *языковой вопрос в специфической бельгийской федерации*[128]. В 2018 г. Фландрия (фламандская или «нидерландо-язычная» часть Бельгии) изменила небольшую часть действующего Гражданского кодекса, в отношении которой она была компетентна[129], и год спустя впервые в истории страны назначила собственного министра юстиции[130]. Указанные сами по себе незначительные события в то же время могут стать «предвестниками» возникновения новой «тенденции», когда сфера частного права с федерального уровня будет постепенно переходить на уровень субъектов федераций. Если это произойдет, то Гражданский кодекс Бельгии 2020 г. может стать последним Гражданским кодексом единого бельгийского государства.

[125] Социальный уголовный кодекс Бельгии (Sociaal Strafwetboek / Code pénal social) карает преступления в сфере труда и социального обеспечения.

[126] См.: Статьи 96–98 Социального уголовного кодекса // Moniteur belge. 01.07.2010.

[127] См.: Exposé d'orientation politique. Justice // Chambre des Représentants de Belgique, Documents parlementaires, 17.11.2014, 20/18. P. 33.

[128] Особенностью федерации в Бельгии является параллельное существование двух видов субъектов федерации – регионов и сообществ, обладающих собственными представительными и законодательными органами. Бельгия делится на три региона (Фландрию, Валлонию, Брюссель) и три культурных сообщества (франкоязычное, фламандское (нидерландоязычное) и германоязычное).

REFERENCES

1. *Ancel P. & Prüm A.* Introduction // *Ancel P. & Prüm A. (eds.)* Réformer le droit des contrats? Analyse comparée autour du droit luxembourgeois. Brussels, 2020. P. 26.
2. 'Beroep? Topadvocaat en ghostwriter van de Wetstraat' // De Standaard. 16.03.2019.
3. *Bocken H., Dubuisson B., Jocqué G., etc.* La réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle. Le projet de la Commission de réforme du droit de la responsabilité. Bruges, 2019. P. 17–22, 30, 33–36.
4. *Bruyère E.* Principes, esprit et controverses. L'Avant-projet de Code civil de François Laurent ou l'oeuvre séditieuse d'un libre penseur. Неопуб. дис. Ph D. Ghent, 2019.
5. *Byttebier K. & Wera T.* De codificatie van het Belgisch economisch recht // *Alofs E., Casman H. & Van den Bossche A. (eds.)* Liber amicorum André Michielsens. Mechelen, 2013. P. 193–242.
6. *Cannoot P.* Grondwettelijk Hof dwingt verdere hervorming geslachtsregistratie af // Tijdschrift voor familierecht. 2020. P. 17–26.
7. De vrouw die ouderschap loskoppelde van het huwelijk // De Standaard. 30.06.2020.
8. *Dirix E. & Sagaert V.* The new Belgian Act on security rights in movable property // European property law journal. 2014. P. 231–255.
9. *Dirix E. & Wéry P.* Consultatie Nieuw Burgerlijk Wetboek // Tijdschrift voor Belgisch burgerlijk recht. 2017. P. 531, 532.
10. *Dirix E. & Wéry P.* Le nouveau Code civil: un état de la situation // Tijdschrift voor Belgisch burgerlijk recht. 2020. P. 322–324.
11. *Dirix E. & Wéry P.* Nieuw verbintenissenrecht: dogmatische discussies mogen noodzakelijke modernise-

[129] См.: Декрет от 09.11.2018, содержащий положения о найме жилых помещений или частей таковых // Moniteur belge. 07.12.2018.

[130] См.: 'Vraagtekens bij plannen voor Vlaamse justitie' // De Tijd. 09.10.2019.

ring niet in de weg staan // Juristenkrant. 2018/373. P. 16, 17.

12. *Dirix E. & Wéry P.* Tijd voor een hercodificatie van het Burgerlijk Wetboek // Rechtskundig weekblad. 2015–2016. P. 2.
13. *Dubuisson B. & Bocken H.* La réforme du droit de la responsabilité: "Un droit commun applicable à tous". Réponse à Me Isabelle Lutte // Journal des tribunaux. 2019. P. 729–731.
14. *Florijn E.* Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Maastricht, 1996.
15. *Gallus N.* Filiation. Brussels, 2016; Verschelden G. Origineel ouderschap herdacht: pleidooi voor een globale hervorming van het afstammingsrecht. Bruges, 2005.
16. *Geens K.* 200 jaar vennootschapsrecht in perspectief: Quo vadis ius societatum // Tijdschrift voor privaatrecht. 2007. P. 75–90.
17. *Geens K.* Le saut vers le droit de demain. Recodification de la législation de base, 2016. P. 1, 3–5, 27 (n. 1) – 30, 32, 37–43, 49, 52, 58. URL: https://www.koengeens.be/fr/policy/recodification
18. *Geens K.* Nieuwjaarstoespraak Orde van Vlaamse balies, 27.01.2015. URL: https://www.koengeens.be/news/2015/01/27/nieuwjaarstoespraak-orde-van-vlaamse-balies
19. *Geens K.* Tweehonderd jaar vennootschapsrecht in vogelvlucht // *Buyle J.-P. e.a. (eds.)* Tweehonderd jaar Wetboek van Koophandel. Brussels, 2007. P. 97–108.
20. *George F.* Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive! // Journal des tribunaux. 2019. P. 637–657.
21. *Gläser M.* Lehre und Rechtsprechung im französischen Zivilrecht des 19. Jahrhunderts. Frankfurt, 1996.
22. *Heirbaut D.* De Blitzkrieg van Geens: en wat daarna? (being prepared for publication).
23. *Heirbaut D.* Hebben/hadden onze ministers van justitie een 'civiel' beleid? Mechelen, 2005. P. 27, 28 (n. 85), 35–41, 46, 47.
24. *Heirbaut D.* References to foreign law in the commentaries to the new Belgian Civil Code (at work).
25. *Heirbaut D.* The Belgian legal tradition: does it exist? // *Kruithof M. & De Bondt W. (eds.)* Introduction to Belgian law. Mechelen, 2017. P. 1–24.
26. *Heirbaut D.* The sleeping beauty awakens: Belgium's new law of inheritance as a first step in the greatest recent recodification program in Western Europe // Zeitschrift für europäisches Privatrecht. 2018. P. 407–409.
27. *Heirbaut D.* Weg met De Page? Leve Laurent? Een pleidooi voor een andere kijk op de recente geschiedenis van het Belgische privaatrecht // Tijdschrift voor Privaatrecht. 2017. P. 293, 294.
28. *Heirbaut D. & Jousten A.* Der belgische Vorentwurf zum neuen Deliktsrecht (at work).
29. *Houben R. & Meeusen J.* The competition for corporate charters: Belgium wants a (bigger) piece of the pie // Zeitschrift für europäisches Privatrecht. 2020. P. 11–46.
30. *Lutte I.* La réforme du droit de la responsabilité civile: un vrai débat de société // Journal des tribunaux. 2019. P. 682, 683.
31. 'Maak de onzichtbare macht zichtbaar' // De Standaard. 23.03.2019.
32. *Magnette P. & De Croo A.* Verslag van de formateurs. 2020. P. 62. URL: https://www.standaard.be/cnt/dmf20200930_94514804, 1.10.2020
33. *Peeraer F.* Ook bij koop op plan moet nietigheid (of onwerkzaamheid) niet verder gaan dan nodig // Tijdschrift voor bouwrecht en onroerend goed. 2020. P. 47.
34. *Peeraer F. & Samoy I.* The Belgian Civil Code: how to restore its central position in modern private law // European review of private law. 2016. P. 601–618.
35. *Stevens F.* Où est donc passé la commission de révision? La révision du Code civil en Belgique à la fin du XIXe et début du XXe siècle' // *Macours G. & Martinage R. (eds.)* Les démarches de codification du moyen âge à nos jours. Brussels, 2006. P. 213–221.
36. *Stijns S.* La disparition de la cause du contrat. Rapport belge // *Ancel P. & Prüm A (eds).* Introduction. P. 225–238.
37. *Stijns S.* Het aankomend verbintenissenrecht in de recente rechtspraak van het Hof van Cassatie // Tijdschrift voor Belgisch burgerlijk recht. 2018. P. 410, 415–428.
38. *Storme M.E.* Een nieuw verbintenissenrecht: oude wijn in nieuwe zakken // Juristenkrant. 2018. No. 372. P. 17.
39. *Suel M.* Essai sur la codification à droit constant. Paris, 1995.
40. *Vandevoorde J.* Le Code Napoléon est-il encore en vigueur en Belgique // Journal des tribunaux. 2018. P. 279, 280.
41. *Veen T.* En voor berisping is hier ruime stof: over codificatie van het burgerlijk recht, legistische rechtsbeschouwing en herziening van het Nederlandse privaatrecht in de 19de en 20ste eeuw. Amsterdam, 2001.
42. *Verbeke C.* Belgian law: an annotated bibliographic guide to reference materials. Brussels, 1994. P. 115–135.
43. *Verschelden G.* Partiële reparatie van het afstammingsen naamrecht. Commentaar bij de titels 3 en 4 van de wet van 21 december 2018 // Tijdschrift voor familierecht. 2019. P. 61, 62, 69.
44. 'Vraagtekens bij plannen voor Vlaamse justitie' // De Tijd. 09.10.2019.
45. *Wéry P.* L'avant-projet de réforme du droit des obligations et ses premiers échos en jurisprudence // Tijdschrift voor Belgisch burgerlijk recht. 2018. P. 296.
46. *Wissink M.* Omzien en vooruitzien // Tijdschrift voor privaatrecht. 2017. P. 1147, 1148.

Сведения об авторах

ХЕЙРБАУТ Дирк –
Ph.D. (Law), профессор истории права,
директор Института истории
права Гентского университета;
Sint-Pietersnieuwstraat 33, 9000 Гент, Бельгия

КОТЛЯР Илья Андреевич –
кандидат юридических наук,
научный сотрудник Института
истории права Гентского университета;
Sint-Pietersnieuwstraat 33, 9000 Гент, Бельгия

ЛЫСЕНКО Ольга Леоновна –
кандидат юридических наук, доцент кафедры
истории государства и права юридического
факультета Московского государственного
университета им. М.В. Ломоносова;
119991 г. Москва, Ленинские горы, д. 1,
стр. 13 (4-й учебный корпус)

Authors' information

HEIRBAUT Dirk –
Ph.D. (Law), Professor of Legal History,
Director of the Institute for Legal History,
University of Ghent;
Sint-Pietersnieuwstraat 33, 9000 Gent, Belgium

KOTLYAR Ilya A. –
PhD in Law, post-doctoral researcher, Institute
for Legal History, University of Ghent;
Sint-Pietersnieuwstraat 33, 9000 Gent, Belgium

LYSENKO Olga L. –
PhD in Law, associate Professor of the Department
of history of state and law, Faculty of Law at
Lomonosov Moscow state University;
1 Leninskie Gory, bld. 13 (4th academic building),
119991 Moscow, Russia

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 11, с. 164–167
STATE AND LAW, 2021, № 11, pp. 164–167

НАУЧНЫЕ СООБЩЕНИЯ

ТЕОРИЯ НАЛОГОВОЙ ОБЯЗАННОСТИ В ЦИФРОВУЮ ЭПОХУ: ПЕРСПЕКТИВЫ ИССЛЕДОВАНИЯ

© 2021 г. О. И. Лютова

НИУ ВШЭ, г. Москва

E-mail: olyutova@hse.ru

Поступила в редакцию 20.01.2021 г.

Аннотация. Статья посвящена раскрытию научного потенциала исследования налоговой обязанности как института налогового права. Делается акцент на необходимость трансформации понятия налоговой обязанности, а также на развитии элементов ее структуры и особенностей реализации под влиянием взаимообусловленных процессов цифровизации и глобализации, а также при учете тенденций изменения налоговой системы Российской Федерации в условиях пандемии коронавируса COVID-19. Указываются методологические подходы дальнейшего исследования и практические проблемы правового регулирования института налоговой обязанности в условиях развития цифровой экономики. Формулируется вывод о теоретической и практической ценности дальнейшего всестороннего изучения различных фискальных параметров налоговой обязанности.

Ключевые слова: налоговая обязанность, цифровизация, налоговое обязательство, метод сравнительного познания, наука налогового права, институт налогового права, научные проблемы, объект налогообложения, операторы электронных площадок, налоговый капитал.

Цитирование: *Лютова О.И.* Теория налоговой обязанности в цифровую эпоху: перспективы исследования // Государство и право. 2021. № 11. С. 164–167.

Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-16107 мк «Исследование и обоснование выбора модели налогообложения в эпоху цифровой трансформации».

DOI: 10.31857/S102694520017462-9

THEORY OF TAX DUTY IN THE DIGITAL AGE: RESEARCH PROSPECTS

© 2021 O. I. Lyutova

National Research University "Higher School of Economics", Moscow

E-mail: olyutova@hse.ru

Received 20.01.2021

Abstract. The article is devoted to the disclosure of the scientific potential of the study of tax liability as an institution of tax law. The emphasis is placed on the need to transform the concept of tax liability, as well as on the development of elements of its structure and implementation features under the influence of interdependent processes of digitalization and globalization, as well as taking into account the trends in the tax system in Russia in the context of the COVID-19 coronavirus pandemic. Methodological approaches to further research and practical problems of legal regulation of the institution of tax liability in the context of the development of the digital economy are indicated. A conclusion is made about the theoretical and practical value of further comprehensive study of various fiscal parameters of tax liability.

Key words: tax liability, digitalization, tax liability, method of comparative cognition, science of tax law, Institute of Tax Law, scientific problems, object of taxation, operators of electronic platforms, tax capital.

For citation: *Lyutova, O.I. (2021).* Theory of tax duty in the digital age: research prospects // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 11, pp. 164–167.

The study was financially supported by the Russian Foundation for Basic Research (RFBR) in the framework of the research project № 18-29-16107 mk "Research and justification of the choice of tax model in the era of digital transformation".

Теория налогового права, преимущественно сформировавшаяся в период становления современной налоговой системы России в индустриальный период 90-х годов прошлого века, несмотря на ее абстрактный характер, не должна быть излишне догматичной, неподвижной в развитии, а также ориентироваться исключительно на изученное и доказанное без учета реально меняющихся обстоятельств экономического, социального и политического характера.

Колоссальное воздействие на налоговое право оказывают различные факторы. На наш взгляд, в качестве обстоятельств, обуславливающих трансформацию в области налогово-правового регулирования и переориентацию вектора соответствующих научных исследований можно рассматривать процессы цифровизации и глобализации, повлекшие вступление человечества в новый этап своего развития, называемый Четвертой промышленной революцией[1].

Действительно, переход общества к новым формам преимущественно электронного взаимодействия формулирует новые вызовы и для налогового права, такие как: формулирование правил «взаимосвязи» («налоговой привязки»), решение вопроса распределения прибыли между юрисдикциями и вопросы двойного налогообложения (или отсутствия налогообложения), необходимость установления к уплате акциза на поставку определенных электронных услуг, определение возможности доступа к информации о пользователях онлайн-платформ и многом другом[2]. Это снижает возможности налогового права как регулятора системы налоговых отношений и приводит к тому, что ряд таких институтов как налоговый суверенитет, налоговое представительство, трансфертное ценообразование и т.д. требуют существенной корректировки.

Помимо этого, процесс перехода общества от индустриальной экономики к цифровой влечет необходимость определения правового статуса новых субъектов финансовых и налоговых обязательств, возникших в период цифровизации, их нетипичных объектов (например, реализация цифровых продуктов) и содержания, адекватного уровню технологического развития.

При этом безусловно влияние этих процессов не только на отдельные нормы налогового законодательства, но и на доктрину налогового права в целом, одним из ключевых понятий которой является институт налоговой обязанности. Например, ряд электронных сервисов, используемых налоговыми органами для обеспечения взаимодействия с налогоплательщиками, ориентированы прежде всего на стимулирование исполнения субъектами налоговой обязанности по уплате налога в силу высокой значимости налоговых платежей в доходной части бюджетов бюджетной системы Российской Федерации[3].

Обращение к исследованию теоретических основ структуры и элементов налоговой обязанности видится необходимым условием соблюдения баланса частных и публичных интересов при реализации налоговой политики государства по развитию национальной программы «Цифровая экономика». Новые переходные условия при этом будут использованы в качестве траектории научного исследования взаимоотношений налогоплательщика и государства в лице налоговых органов, направленного на выработку доктринальных положений и правового регулирования различных налоговых обязанностей, а также на повышение уровня правопорядка при реализации соответствующих норм.

Контент-анализ работ отечественных юристов-налоговедов показал, что вопросы влияния цифровизации экономики на налоговое законодательство в целом, а также на установление отдельных налоговых обязанностей вызывают исследовательский интерес. Однако в монографиях и научных статьях преимущественно рассмотрены отдельные практические вопросы, связанные с применением имеющихся цифровых технологий и инструментов, а также формулируются некоторые предложения по дальнейшему развитию правового регулирования в эпоху «цифры». При этом отсутствует фундаментальный доктринальный труд, посвященный обоснованию глобальной трансформации фундаментальных категорий налогового права, при том что суть отношений налогоплательщика и государства в лице налоговых органов существенно меняется, что объективно требует переосмысления соответствующих понятий и категорий. Таким образом, теоретико-правовое исследование института налоговой обязанности имеет принципиальную важность в условиях цифрового развития общества, поскольку от уяснения ее смысла в дальнейшем зависит понимание тенденций развития российской налоговой системы, а также создание и реализация механизмов уплаты налогов и сборов[4].

Нами выявлены: этапы формирования нормативной трактовки налоговых обязанностей и налоговых обязательств; проведен анализ правоприменительной практики высших судебных инстанций для определения значения терминов «налоговая обязанность», «налоговые обязанности» и «налоговые обязательства»; изучены современные подходы к понятию налоговой обязанности, налоговых обязанностей и налоговых обязательств, содержащиеся в научных правовых исследованиях и в юридической литературе; исследованы особенности применения не только понятия налоговой обязанности, но и смежного термина – «налоговое обязательство»; определено содержание понятия налоговых обязанностей; доказана ценность определения понятия налоговой обязанности с точки зрения развития доктрины

[1] См.: *Шваб К., Дэвис Н.* Технологии Четвертой промышленной революции / пер. с англ. М., 2018 (Top Business Awards). С. 29; *Шарма Р.* Взлеты и падения государств. Силы перемен в посткризисном мире / пер. с англ. Н. Шаховой. М., 2018.

[2] См.: *Левашенко А.Д., Коваль А.А.* Цифровое преображение налогообложения // Налоговед. 2019. № 5. С. 16–24.

[3] См.: *Бит-Шабо И.В.* Значение диджитализации налогообложения в процессе повышения эффективности исполнения обязанности по уплате налогов // Финансовое право. 2019. № 12. С. 33–36.

[4] См.: *Лютова О.И.* Налоговая обязанность как институт налогового права: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014.

налогового права; сформулированы конкретные направления совершенствования отечественного налогового законодательства путем его дальнейшей кодификации за счет имплементации в Налоговый кодекс РФ норм об обязанностях налогоплательщика использовать контрольно-кассовую технику и вести бухгалтерский учет.

Подобный опыт научно-исследовательской работы подтверждает перманентную актуальность теоретического исследования института налоговой обязанности, а также возможность решения ряда актуальных прикладных задач за счет ее дальнейшего изучения.

Вместе с тем обоснование того, что налоговая обязанность выступает в качестве технико-юридического приема познания тенденций развития российской налоговой системы, позволяет использовать ее в качестве той теоретической основы, которая поможет создать интегративную теоретическую конструкцию трансформации налогового права.

Укажем некоторые методологические, доктринальные и прикладные аспекты исследования феномена налоговой обязанности в цифровую эпоху.

Методологический аспект исследования налоговой обязанности в цифровую эпоху необходимо дополнить методом сравнительного познания. Цифровизация предпринимательской деятельности обусловила ее глобальный транснациональный характер. Результатом этого стала актуализация вопроса о распределении прав между государствами в отношении установления различных налоговых обязанностей для цифровых бизнес-моделей.

Безусловный исследовательский интерес приобретают вопросы определения связи с налоговой юрисдикцией того или иного государства (т.н. «налоговой привязки»), а также проблема распределения прибыли после установления такой связи между страной резидентства и страной – источником дохода.

Как известно, ныне отсутствует консенсус по этим вопросам как на уровне международных организаций (ОЭСР, ЕС и ООН), так и для отдельных государств. Это приводит к односторонним «краткосрочным» мерам, принимаемым в зарубежных странах (например, во Франции, Соединенном Королевстве, Индии), в виде установления налога у источника или уравнительного платежа на цифровые транзакции или на оборот цифровых компаний.

В Российской Федерации с 2017 г. ст. 174^1 НК РФ предусмотрен особый порядок уплаты НДС при оказании услуг в электронной форме, получивший название «налог на Google» (ст. 174^2). При этом правовое регулирование налоговых обязанностей таких компаний, возникшее в результате получения прибыли в российском экономическом пространстве, до сих пор не обеспечено.

Именно метод сравнительного познания позволит в сложившихся обстоятельствах провести межгосударственный сравнительный анализ правового регулирования установления налоговых обязанностей при осуществлении налогообложения прибыли от бизнес-моделей с высоким уровнем цифровизации. Результатом такого исследования нам видится обозначение перспектив реформирования налоговых обязанностей, регулируемых налоговым законодательством Российской Федерации, в сфере цифровой экономики.

Доктринальный аспект исследования налоговой обязанности считаем необходимым начать с рассмотрения теоретической проблемы изменения содержания понятия налога как исходной для налоговой обязанности категории, смысл и содержание которой деформировано цифровой трансформацией. По нашему мнению, от адекватного современным условиям теоретического определения понятия налога зависит направление развития науки налогового права и соответствующей отрасли законодательства. Нам видится верным в сложившихся обстоятельствах исследовать налог в качестве совокупности юридических инструментов, обеспечивающих функционирование механизма налогового администрирования.

Изменение содержания понятия налога также обосновывает преобразование налоговой обязанности в налоговое обязательство, которое предполагает активное участие обеих сторон налогового правоотношения, а не только налогоплательщика, что позволит преобразовать их взаимодействие в полностью транзакционное.

Отдельной концептуальной оценки при определении понятия налога заслуживает рассмотрение вопроса объекта налога, подвергшегося существенной трансформации под влиянием цифровизации. Развитие информационных технологий порождает следующие неизбежные проблемы, связанные с содержанием понятия объекта налогообложения, что позволяет возродить дискуссию о содержании этого налогово-правового понятия: невозможность оценки реализационных операций в качестве потенциальных объектов налогообложения с помощью классической триады «товар, работа, услуга»; признание в отдельных ситуациях (например, при расчете электронными деньгами) в качестве объекта налогообложения ни одного, а совокупности юридических фактов (юридического состава); необходимость установления объекта налогообложения через т.н. «налогообразующую связь» предмета и субъекта налога.

В связи с возникновением первой проблемы предлагаем однозначно определить в Налоговом кодексе РФ правовую природу реализационных операций цифровых продуктов для целей налогообложения, отнеся их к новому виду услуг. Исследование второй проблемы позволяет сформулировать вывод о необходимости уточнения нормы Налогового кодекса РФ при осуществлении контрагентами налогооблагаемых операций, расчеты по которым производятся с использованием электронных денег. В этом случае объектом налогообложения является не один, а несколько юридических фактов-действий потенциального налогоплательщика. По третьей проблеме предлагаем обсудить вопросы идентификации налогоплательщика в случае удостоверения им налогооблагаемой сделки аналогом цифровой подписи.

Другим немаловажным теоретическим аспектом исследования института налоговой обязанности, требующим разрешения, выступает вопрос о правовом статусе субъектов налоговой обязанности, функционирование которых обусловлено влиянием цифровизации на налоговые отношения. Речь идет, в частности, о так называемых операторах электронных площадок, обеспечивающих электронное взаимодействие между налогоплательщиками, кредитными организациями и налоговыми органами.

В этом направлении нами уже предприняты попытки обоснования необходимости этапности трансформации области налогового законодательства в отношении таких новых участников налоговых правоотношений[5]. Имеется в виду выявление закономерностей развития налогового

[5] См., напр.: *Лютова О.И.* Проблемы соотношения и взаимодействия частного и публичного права в сфере регулирования налоговых отношений в эпоху цифровизации // Современное общество и право. 2020. № 4 (47). С. 45–55.

законодательства, наличие которых обусловит универсальность статуса таких операторов для дальнейшего обеспечения возможности их участия в различных налоговых отношениях в качестве универсального технологического посредника, обеспечивающего транзакционность налогообложения.

Огромный пласт теоретических и практических проблем традиционно связан с исполнением налоговой обязанности, в частности, с точки зрения использования различных преференций (налоговых льгот, вычетов и т.п.) налогоплательщиками для снижения размера налоговых обязательств.

Как известно, период пандемии коронавируса COVID-19 показал отсутствие системного подхода к правовому регулированию и реализации соответствующих норм, что не позволяет обеспечить реальное равноправие налогоплательщиков, а также адекватный учет их добросовестности при исполнении налоговых обязанностей.

Полагаем, что новый этап исследования теоретической категории налоговой обязанности должен стать фактором, влияющим на смену парадигмы отношений налогоплательщиков и государства в этих вопросах, что может быть достигнуто, к примеру, за счет научного обоснования, а в дальнейшем – юридической позитивации в налоговом законодательстве – понятия налогового капитала как категории, позволяющей государственным органам принимать решения о поддержке налогоплательщика с учетом ранее исполненных налоговых обязанностей. Полагаем, что введение в налоговое законодательство понятия налогового капитала поможет адаптировать к цифровым условиям развития экономики применение стимулирующей функции налогообложения.

* * *

Таким образом, феномен налоговой обязанности, подвергающийся воздействию процесса цифровизации, обладает высоким исследовательским потенциалом как с точки зрения теории налогового права, так и для практики формирования и реализации налогового законодательства. Возможность всестороннего познания налоговой обязанности через призму доктрины налогового права, налогового законодательства и практику его применения способствует укреплению ее в качестве эффективного способа достижения баланса частных и публичных интересов в сфере налогообложения.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. *Бит-Шабо И.В.* Значение диджитализации налогообложения в процессе повышения эффективности исполнения обязанности по уплате налогов // Финансовое право. 2019. № 12. С. 33–36.
2. *Левашенко А.Д., Коваль А.А.* Цифровое преображение налогообложения // Налоговед. 2019. № 5. С. 16–24.
3. *Лютова О.И.* Налоговая обязанность как институт налогового права: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014.
4. *Лютова О.И.* Проблемы соотношения и взаимодействия частного и публичного права в сфере регулирования налоговых отношений в эпоху цифровизации // Современное общество и право. 2020. № 4 (47). С. 45–55.
5. *Шарма Р.* Взлеты и падения государств. Силы перемен в посткризисном мире / пер. с англ. Н. Шаховой. М., 2018.
6. *Швааб К., Дэвис Н.* Технологии Четвертой промышленной революции / пер. с англ. М., 2018 (Top Business Awards). С. 29.

REFERENCES

1. *Bit-Shabo I.V.* The importance of digitalization of taxation in the process of increasing the efficiency of the performance of the duty to pay taxes // Financial Law. 2019. No. 12. P. 33–36 (in Russ.).
2. *Levashenko A.D., Koval A.A.* Digital transformation of taxation // Tax Specialist. 2019. No. 5. P. 16–24 (in Russ.).
3. *Lyutova O.I.* Tax duty as an institute of Tax Law: dis. ... PhD in Law. M., 2014 (in Russ.).
4. *Lyutova O.I.* Problems of correlation and interaction of private and public law in the field of regulation of tax relations in the era of digitalization // Modern society and law. 2020. No. 4 (47). P. 45–55 (in Russ.).
5. *Sharma R.* The ups and downs of states. Forces of change in the post-crisis world / transl. from English by N. Shakhova. M., 2018 (in Russ.).
6. *Shvab K., Davis N.* Technologies of the Fourth Industrial Revolution / transl. from English. M., 2018 (Top Business Awards). P. 29 (in Russ.).

Сведения об авторе

ЛЮТОВА Ольга Игоревна –
кандидат юридических наук, ведущий научный сотрудник Института государственного и муниципального управления НИУ ВШЭ; 101000 г. Москва, ул. Мясницкая, д. 11

Authors' information

LYUTOVA Olga I. –
PhD in Law, leading researcher at the Institute of State and Municipal Administration of the National Research University "Higher School of Economics"; 11 Myasnitskaya str., 101000 Moscow, Russia

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 11, с. 168–172
STATE AND LAW, 2021, № 11, pp. 168–172

СООТНОШЕНИЕ ЧАСТНЫХ И ПУБЛИЧНЫХ НАЧАЛ В ТРУДОВОМ ПРАВЕ

© 2021 г. Л. А. Ломакина

Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, г. Москва

E-mail: labour@izak.ru

Поступила в редакцию 11.05.2021 г.

Аннотация. В статье освещаются некоторые вопросы решения приоритетных задач трудового законодательства – согласования интересов сторон трудовых отношений, интересов государства, которые определяются принципами правового регулирования трудовых отношений. Принципы как правовая категория составляют основы регулирования любой отрасли права, в том числе и трудового, определяют направления развития отрасли права. Одним из таких принципов является принцип сочетания частных и публичных интересов, который нашел отражение в трудовом праве как принцип сочетания государственного и договорного регулирования трудовых отношений. Он направлен на сбалансирование различных интересов сторон трудового договора и государства.

Ключевые слова: принцип сочетания частных и публичных интересов в трудовом праве, государство – гарант обеспечения баланса интересов сторон трудового договора.

Цитирование: *Ломакина Л.А.* Соотношение частных и публичных начал в трудовом праве // Государство и право. 2021. № 11. С. 168–172.

DOI: 10.31857/S102694520017464-1

THE RATIO OF PRIVATE AND PUBLIC BEGINNINGS IN LABOR LAW

© 2021 L. A. Lomakina

Institute of Leqislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Moscow

E-mail: labour@izak.ru

Received 11.05.2021

Abstract. The article highlights some issues of solving the priority tasks of labor legislation, coordination of the interests of the parties to labor relations, the interests of the state, which are determined by the principles of legal regulation of labor relations. Principles, as a legal category, form the basis for regulating any branch of law, including labor law, and determine the direction of development of the branch of law. One of these principles is the principle of combining private and public interests, which is reflected in Labor Law as the principle of combining state and contractual regulation of labor relations, it is aimed at balancing the various interests of the parties to the labor contract and the state.

Key words: the principle of combining private and public interests in Labor Law, the state-the guarantor of ensuring the balance of interests of the parties to the employment contract.

For citation: *Lomakina, L.A. (2021).* The ratio of private and public beginnings in Labor Law // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 11, pp. 168–172.

Развитие Российской Федерации как правового государства, ориентированного на обеспечение прав и свобод человека и гражданина, возможно лишь опираясь на надежные правовые инструменты. Модернизация экономики, инновационные процессы требуют более гибкого регулирования трудовых отношений при неукоснительном соблюдении общепризнанных принципов и норм отечественного и международного права. В этих условиях правовая политика государства выступает консолидирующим фактором, направленным на дальнейшее активное использование резервов права, механизмов его влияния на защиту прав и свобод личности[1].

Как известно, достижение оптимального согласования интересов сторон трудовых отношений, которое является одной из приоритетных задач трудового права, возможно лишь на основе правового регулирования трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений (ч. 2 ст. 1 ТК РФ).

Способы реализации задач трудового законодательства определяются основными принципами правового регулирования трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений, которые нашли законодательное закрепление в ст. 2 ТК РФ. Тем самым они приобрели свойство обязательности[2]. Между тем следует отметить, что отдельные принципы вытекают из общего смысла правовых норм. Так, например, запрет детского труда не закреплен в ст. 2 ТК РФ, но гл. 42 ТК РФ и другие статьи Кодекса содержат положения, регулирующие труд несовершеннолетних. При таких обстоятельствах сам правовой принцип формулируется юридической наукой[3]. Такая позиция законодателя не умаляет их значение, представляется обоснованной, и подтверждает правильность и актуальность точки зрения, высказанной С.Н. Братусем еще в 1963 г. По его мнению, основные принципы любой отрасли права должны обнаружиться в самих нормах отрасли, но если они там прямо не сформулированы, то они должны быть обнаружены из общего смысла правовых норм рассматриваемой отрасли[4].

Принципы как правовая категория составляют основы регулирования любой отрасли права, в т.ч. и трудового, являются основополагающими положениями, определяют направления развития отрасли права, ориентируют на дальнейшее развитие и совершенствование норм права, что позволяет говорить о них как о векторах развития не только науки, но и законодательства. Один из таких принципов – принцип сочетания частных и публичных интересов.

Представляется важным отметить, что принцип сочетания частных и публичных интересов не может рассматриваться исключительно как цивилистический. Ученые-цивилисты рассматривают его в качестве общеправового (межотраслевого) принципа[5]. С.Н. Братусь писал, что «широкие принципы» пронизывают различные виды общественных отношений, но «в этих случаях такой принцип преломляется через специфику данного вида отношений и становится, поэтому специфическим признаком данной группы социальных явлений»[6]. При этом он указывал, что нормы права регулируют наиболее важные, с точки зрения господствующего класса (всего народа – в развитом социалистическом обществе), отношения, которые обеспечиваются принудительной силой государства[7].

Принцип сочетания частных и публичных интересов нашел отражение в ст. 2 ТК РФ как принцип сочетания государственного и договорного регулирования трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений. Будучи одним из основополагающих принципов, он взаимодействует с другими принципами трудового права, в т.ч. такими как установление государственных гарантий по обеспечению прав работников и работодателей, осуществление государственного контроля (надзора) за их соблюдением, обеспечение права каждого на защиту государством его трудовых прав и свобод, включая судебную защиту и др.

Важно подчеркнуть, что Трудовой кодекс РФ содержит институты со значительной степенью договорной свободы (трудовой договор, рабочее время, время отдыха, оплата), так и институты, которым присуща публично-императивная форма регламентация прав и гарантий сторон трудового договора (охраны труда, материальной ответственности, форм и способов защиты трудовых прав, рассмотрения и разрешения трудовых споров, ответственности за нарушение норм трудового законодательства)[8].

Родоначальник отечественной науки трудового права Л.С. Таль указывал на наличие в трудовом праве публично-правовых и частноправовых средств воздействия, свойственных публичному и частному праву. Он выделял: публичное промышленное (трудовое) право, предмет которого составляют отношения, регламентированные законом, связанные с хозяйской властью и которые касаются условий охраны труда, организацией надзора за промышленностью, и частное промышленное (трудовое) право, предмет которого включает отношения, связанные с нормативными соглашениями и трудовым (рабочим) договором[9]. Хозяйскую власть работодатель осуществлял по своему

---

[1] См.: *Рыбаков О.Ю.* Российская правовая политика в сфере защиты прав и свобод личности: вопросы теории: дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 2005.

[2] См.: *Алексеев С.С.* Проблемы теории права. Свердловск, 1972. Т. 1. С. 103; *Грибанов В.П.* Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000. С. 223; *Чечина Н.А.* Принципы советского гражданского процессуального права и их нормативное закрепление // Правоведение. 1960. № 3. С. 78, 79.

[3] См.: Трудовое право: учеб.: в 2 т. / отв. ред. Е.М. Офман, Э.Л. Лещина. М., 2017. Т. 1. С. 60.

[4] См.: *Братусь С.Н.* Предмет и система советского гражданского права. М., 1963. С. 137.

[5] См.: *Кузнецова О.А.* Нормы-принципы российского гражданского права. М., 2006. С. 133–140; *Ее же.* Принципы гражданского права: современное состояние вопроса // Власть закона. 2011. № 4. С. 88, 89; *Романовский С.В.* Принцип сочетания частных и публичных интересов в гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 6; *Вавилин Е.В.* Осуществление и защита гражданских прав. М., 2016.

[6] *Братусь С.Н.* Принципы советского гражданского права // Правоведение. 1960. № 1.

[7] См.: *Братусь С.Н., Дробязко С.Г.* Выступление на заседании «круглого стола» «О понимании советского права» // Сов. государство и право. 1979. № 7. С. 66, 67.

[8] См.: *Андреев Ю.Н.* Договор в гражданском праве России: сравнительно-правовое исследование. М., 2017.

[9] См.: *Таль Л.С.* Очерки промышленного права. М., 1916. С. 1, 2; *Его же.* Очерки промышленного рабочего права. М., 1918. С. 2, 3.

усмотрению, без вмешательства в этот процесс государства[10]. Его позицию разделял другой известный советский исследователь К.М. Варшавский[11].

Необходимо отметить, что в постреволюционный период власти отрицательно относились к делению права на публичное и частное. Социалистическое хозяйство регулировалось исключительно государством. Так, В.И. Ленин в письме к наркому юстиции РСФСР Д.И. Курскому от 22 ноября 1922 г. писал: «Мы в области хозяйства ничего частного не признаем»[12].

На I Совещании научных работников в июле 1938 г. в ходе дискуссии по вопросу разработки системы советского социалистического права С.Н. Братусь внес предложение о делении советского права на публичное и частное[13], которое участниками было отвергнуто как принципиально не приемлемое, поскольку оно было основано на выводах о разделении права на публичное и частное, предложенных еще Ульпианом. Это была последняя попытка классификации советского права в системе «частное-публичное». Советские ученые-юристы, напуганные репрессиями, несколько десятилетий не обращались к разработке этой теории[14]. Следует отметить, что в Советской России на протяжении длительного времени в сфере труда преобладал именно публично-правовой аспект в регулировании трудовых отношений.

В этой связи нельзя не отметить, что право отражает итоги развития как экономических отношений, так и политической системы общества, оно меняется в ходе исторического процесса, и трудовое право не является исключением, ему присущи общие тенденции.

Современный метод правового регулирования трудовых и непосредственно связанных с ними отношений является частно-публичным (императивно-диспозитивным), что нашло отражение в принципах права.

Рассматривая трудовое право во временном аспекте, заметим, что принцип частного и публичного интереса менялся и развивался, не утрачивая своего основного предназначения – он направлен на сбалансирование различных интересов сторон трудового договора, государства, он имеет практический смысл и фактически пронизывает все институты трудового права.

Еще Р. Иеринг доказывал, что цель права заключается в уравновешивании интересов в обществе, в нахождении компромисса между ними[15], а Н.М. Коркунов считал, что «право необходимо предполагает противоположение нескольких самостоятельных интересов, друг другу противопоставляемых и друг друга ограничивающих»[16].

Принцип частно-публичного регулирования трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений направлен на обеспечение баланса прав и гарантий статуса работника с возможностями работодателя как субъекта трудового права, обладающего правомочиями собственника в сфере управления трудом. Государство в лице законодательных органов, действующих в рамках своих дискреционных полномочий при осуществлении соответствующего правового регулирования, должно защищать не только права работника, но и права работодателя на осуществление эффективной экономической деятельности и рациональное управление имуществом.

Ю.П. Орловский отмечает, что трудовое право с учетом того, что оно является социальным, его социальная функция «не должна быть ни чрезмерной, ни недостаточной. Чрезмерная социальная помощь снижает конкурентоспособность бизнеса, а недостаточная – порождает социальное недовольство, уменьшает трудовую активность работников»[17].

Участники трудового правоотношения обладают различными, часто противоречащими, противоположно направленными интересами. Так, при заключении трудового договора работодатель заинтересован использовать труд работника так, чтобы извлечь большую прибыль, а работник получить за свой труд большую заработную плату. Для достижения своих целей стороны трудового договора идут на компромиссы, и если трудовой договор заключен, то стороны достигают своих целей. Но при этом заметим, что такая ситуация реальна при условии большого спроса на рынке труда на ту или иную должность, профессию при недостатке предложения со стороны предполагаемых работников. Говоря об институте трудового договора, можно с уверенностью сказать, что он урегулирован на законодательном уровне в целях защиты интересов работника как наиболее незащищенной стороны трудового отношения.

С.Н. Братусь указывал, что уяснение того или иного принципа «поможет правильнее применять нормы... права и более глубоко понимать его сущность и социальное назначение»[18].

Государство, устанавливая на законодательном уровне правило о необходимости обеспечения баланса интересов работника и работодателя, взяло на себя право и обязанность вмешиваться в трудовые отношения, чтобы не допустить злоупотреблений со стороны работодателей. Оно определяло и будет определять параметры правового регулирования трудовых отношений в рамках публичного права.

Предоставляя работодателю как субъекту, организующему трудовую деятельность и использующему труд работников, правомочия в сфере управления трудом, законодатель предусматривает и правовые гарантии защиты прав работников в сфере труда. Следует подчеркнуть, что И.К. Дмитриева, М.В. Лушникова и А.М. Лушников, как и другие ученые-юристы, писали, что конституционные принципы являются основой для отраслевых принципов[19]. Поэтому

---

[10] См.: *Лушников А.М., Лушникова М.В.* Курс трудового права. М., 2009. Т. 2. С. 794.

[11] См.: *Варшавский К.М.* Трудовой договор по Кодексу законов о труде. Пг., 1923. С. 34.

[12] *Ленин В.И.* Полн. собр. соч. Т. 44.

[13] См.: *Братусь С.Н.* О предмете советского гражданского права // Сов. государство и право. 1940. № 1. С. 32.

[14] См.: *Иванова С.А., Грудцына Л.Ю.* Частное и публичное право: введение в проблему // Экономика и право. XXI век. 2015. № 4. С. 236–243.

[15] Цит. по: *Зорькин В.Д.* Конституционно-правовое развитие России. М., 2011. С. 533; см. также: *Тихомиров Ю.А.* Публичное право: учеб. для юрид. ф-тов и вузов. М., 1995. С. 54.

[16] *Коркунов Н.М.* Лекции по общей теории права. СПб., 2003.

[17] *Орловский Ю.П.* Баланс интересов сторон трудового правоотношения в условиях глобализации экономики // Право. 2008. № 1. С. 52–61.

[18] *Братусь С.Н.* Принципы советского гражданского права.

[19] См.: *Дмитриева И.К.* Принципы российского трудового права: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004. С. 55–72; *Лушникова М.В., Лушников А.М.* Очерки теории трудового права. СПб., 2006. С. 411.

следует отметить, что правовое регулирование трудовых отношений современной России базируется на основополагающих принципах Конституции РФ, в которой закреплены статутные права и свободы человека и гражданина государства (ст. 2, 7, ч. 1 ст. 8, ч. 3 ст. 17, ч. 1, 2 ст. 19, ч. 1 ст. 34, ч. 2 ст. 35, ст. 37 и ч. 3 ст. 55). Принципы не только определяют ориентиры развития трудового законодательства, но и способствуют эффективному применению правовых норм судебными органами, работниками, работодателями и иными субъектами трудового права.

Можно сказать, что проблема урегулирования баланса интересов сторон трудового договора актуальна не только с позиций науки, но и для правоприменителей.

Так, Конституционный Суд РФ в Определении от 29 ноября 2012 г. № 2214-О указал на необходимость обеспечения баланса конституционных прав и свобод работников и работодателей, являющегося необходимым условием гармонизации трудовых отношений в Российской Федерации как социальном правовом государстве и составляющего основу для справедливого согласования прав и интересов сторон трудового договора посредством соответствующего правового регулирования. Законодатель не вправе устанавливать для работодателя такие обязанности, исполнение которых предполагает несоразмерное конституционно значимым целям ограничение свободы его экономической (предпринимательской) деятельности[20]. Императивное регулирование трудовых отношений касается прежде всего вопросов дисциплинарной, материальной ответственности, охраны труда, трудовых споров и т.п. Государственное регулирование трудовых отношений направлено на воспрепятствование возможным злоупотреблениям со стороны работодателей. В институтах трудового права, основанных на соглашении сторон, таких как трудовой договор, коллективный договор, заработная плата, вмешательство государства имеет ограниченный характер, но значение этих ограничений столь велико, что обеспечивает сохранение баланса интересов сторон.

Таким образом, подобная позиция Конституционного Суда РФ позволяет ориентировать не только законодателя, но и стороны трудового отношения на обеспечение баланса интересов сторон трудового договора, который проявляется в содержании взаимных и встречных прав и обязанностей по отношению друг к другу, в особенностях динамики данного соглашения и ответственности его сторон, нашедших отражение в законодательстве. В идеале законодательство должно обеспечить разумное соотношение частных и публичных интересов, минимизировать дисбаланс, найти способы преодоления коллизий. Рассматривая принцип соотношения частных и публичных интересов, стоит отметить, что лишь при правильном соотношении частных и публичных интересов в трудовом праве можно говорить о надлежащей защите прав гражданина, работника в трудовых отношениях, обеспечить заботу о его благе со стороны общества и государства, при этом не нарушая права работодателя. По утверждению Ю.П. Орловского, «социальная функция трудового права должна быть ни чрезмерной, ни недостаточной. Чрезмерная социальная помощь снижает конкурентоспособность бизнеса, а недостаточная – порождает социальное недовольство, уменьшает трудовую активность работников»[21].

[20] См.: Вестник Конституционного Суда РФ. 2013. № 3.

[21] *Орловский Ю.П.* Указ. соч.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. *Алексеев С.С.* Проблемы теории права. Свердловск, 1972. Т. 1. С. 103.
2. *Андреев Ю.Н.* Договор в гражданском праве России: сравнительно-правовое исследование. М., 2017.
3. *Братусь С.Н.* О предмете советского гражданского права // Сов. государство и право. 1940. № 1. С. 32.
4. *Братусь С.Н.* Предмет и система советского гражданского права. М., 1963. С. 137.
5. *Братусь С.Н.* Принципы советского гражданского права // Правоведение. 1960. № 1.
6. *Братусь С.Н., Дробязко С.Г.* Выступление на заседании «круглого стола» «О понимании советского права» // Сов. государство и право. 1979. № 7. С. 66, 67.
7. *Вавилин Е.В.* Осуществление и защита гражданских прав. М., 2016.
8. *Варшавский К.М.* Трудовой договор по Кодексу законов о труде. Пг., 1923. С. 34.
9. *Грибанов В.П.* Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000. С. 223.
10. *Дмитриева И.К.* Принципы российского трудового права: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004. С. 55–72.
11. *Зорькин В.Д.* Конституционно-правовое развитие России. М., 2011. С. 533.
12. *Иванова С.А., Грудцына Л.Ю.* Частное и публичное право: введение в проблему// Экономика и право. XXI век. 2015. № 4. С. 236–243.
13. *Коркунов Н.М.* Лекции по общей теории права. СПб., 2003.
14. *Кузнецова О.А.* Нормы-принципы российского гражданского права. М., 2006. С. 133–140.
15. *Кузнецова О.А.* Принципы гражданского права: современное состояние вопроса // Власть закона. 2011. № 4. С. 88, 89.
16. *Ленин В.И.* Полн. собр. соч. Т. 44.
17. *Лушников А.М., Лушникова М.В.* Курс трудового права. М., 2009. Т. 2. С. 794.
18. *Лушникова М.В., Лушников А.М.* Очерки теории трудового права. СПб., 2006. С. 411.
19. *Орловский Ю.П.* Баланс интересов сторон трудового правоотношения в условиях глобализации экономики // Право. 2008. № 1. С. 52–61.
20. *Романовский С.В.* Принцип сочетания частных и публичных интересов в гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 6.
21. *Рыбаков О.Ю.* Российская правовая политика в сфере защиты прав и свобод личности: вопросы теории: дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 2005.
22. *Таль Л.С.* Очерки промышленного права. М., 1916. С. 1, 2.
23. *Таль Л.С.* Очерки промышленного рабочего права. М., 1918. С. 2, 3.
24. *Тихомиров Ю.А.* Публичное право: учеб. для юрид. ф-тов и вузов. М., 1995. С. 54.

25. Трудовое право: учеб.: в 2 т. / отв. ред. Е.М. Офман, Э.Л. Лещина. М., 2017. Т. 1. С. 60.

26. *Чечина Н.А.* Принципы советского гражданского процессуального права и их нормативное закрепление // Правоведение. 1960. № 3. С. 78, 79.

REFERENCES

1. *Alekseev S.S.* Problems of the theory of law. Sverdlovsk, 1972. Vol. 1. P. 103 (in Russ.).

2. *Andreev Yu. N.* Contract in the Civil Law of Russia: Comparative legal research. M., 2017 (in Russ.).

3. *Bratus S.N.* On the subject of Soviet Civil Law // Soviet State and Law. 1940. No. 1. P. 32 (in Russ.).

4. *Bratus S.N.* The subject and system of Soviet Civil Law. M., 1963. P. 137 (in Russ.).

5. *Bratus S.N.* Principles of Soviet Civil Law // Jurisprudence. 1960. No. 1 (in Russ.).

6. *Bratus S.N., Drobyazko S.G.* Speech at the meeting of the "Round Table" "On the understanding of Soviet law" // Soviet State and Law. 1979. No. 7. P. 66, 67 (in Russ.).

7. *Vavilin E.V.* Implementation and protection of civil rights. M., 2016 (in Russ.).

8. *Varshavsky K.M.* Labor contract under the Labor Code. Pg., 1923. P. 34 (in Russ.).

9. *Gribanov V.P.* Implementation and protection of civil rights. M., 2000. P. 223 (in Russ.).

10. *Dmitrieva I.K.* Principles of Russian Labor Law: abstract ... Doctor of Law. M., 2004. P. 55–72 (in Russ.).

11. *Zorkin V.D.* Constitutional and legal development of Russia. M., 2011. P. 533 (in Russ.).

12. *Ivanova S.A., Grudtsyna L. Yu.* Private and public law: introduction to the problem // Economics and law. XXI century. 2015. No. 4. P. 236–243 (in Russ.).

13. *Korkunov N.M.* Lectures on the General theory of law. SPb., 2003 (in Russ.).

14. *Kuznetsova O.A.* Rules-principles of Russian Civil Law. M., 2006. P. 133–140 (in Russ.).

15. *Kuznetsova O.A.* Principles of Civil Law: current state of the problem // Rule of Law. 2011. No. 4. P. 88, 89 (in Russ.).

16. *Lenin V.I.* The complete works. Vol. 44 (in Russ.).

17. *Lushnikov A.M., Lushnikova M.V.* Course of Labor Law. M., 2009. Vol. 2. P. 794 (in Russ.).

18. *Lushnikova M.V., Lushnikov A.M.* Essays on the theory of Labor Law. SPb., 2006. P. 411 (in Russ.).

19. *Orlovsky Yu. P.* Balance of interests of the parties to labor relations in the context of economic globalization // Law. 2008. No. 1. P. 52–61 (in Russ.).

20. *Romanovsky S.V.* The principle of combining private and public interests in Civil Law: abstract ... PhD in Law. M., 2008. P. 6 (in Russ.).

21. *Rybakov O. Yu.* Russian legal policy in the field of protection of individual rights and freedoms: questions of theory: dis. ... Doctor of Law. Saratov, 2005 (in Russ.).

22. *Tal' L.S.* Essays on Industrial Law. M., 1916. P. 1, 2 (in Russ.).

23. *Tal' L.S.* Essays on Industrial Workers' Law. M., 1918. P. 2, 3 (in Russ.).

24. *Tikhomirov Yu. A.* Public law: studies for legal faculties and universities. M., 1995. P. 54 (in Russ.).

25. Labor Law: textbook: in 2 vols / rev. ed. E.M. Ofman, E.L. Leshchina. M., 2017. Vol. 1. P. 60 (in Russ.).

26. *Chechina N.A.* Principles of Soviet Civil Procedural Law and the legal fixation // Jurisprudence. 1960. No. 3. P. 78, 79 (in Russ.).

Сведения об авторе

ЛОМАКИНА Любовь Александровна –
кандидат юридических наук, доцент, ведущий научный сотрудник отдела законодательства о труде и социальном обеспечении Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации; 117218 г. Москва, ул. Б. Черемушкинская, д. 34

Authors' information

LOMAKINA Lyubov A. –
PhD in Law, associate Professor, leading researcher of the Department of Labor and Social Security Legislation of the Institute of Leqislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation; 34 B. Cheremushkinskaya str., 117218 Moscow, Russia

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 11, с. 173–185
STATE AND LAW, 2021, № 11, pp. 173–185

НАУЧНАЯ ЖИЗНЬ

ПРАВОВАЯ ЭКСПЕРТИЗА: НАУКА, ПРАКТИЧЕСКОЕ ИСКУССТВО ИЛИ РЕМЕСЛО?

ОБЗОР XXIII МЕЖДУНАРОДНОГО НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКОГО ФОРУМА «ЮРТЕХНЕТИКА» НА ТЕМУ «ПРАВОТВОРЧЕСКАЯ ЭКСПЕРТОЛОГИЯ (ДОКТРИНА, ПРАКТИКА, ТЕХНИКА)»

© 2021 г. В. М. Баранов[1], *, М. В. Баранова[2], **, Н. В. Кроткова[3], *

[1]Нижегородская академия МВД России
[2]Нижегородский государственный университет им. Н.И. Лобачевского
[3]Институт государства и права Российской академии наук, г. Москва

**E-mail: baranov_prof@bk.ru*
***E-mail:qazxsw1232007@yandex.ru*
****E-mail: krotkova2012@yandex.ru*

Поступила в редакцию 18.10.2021 г.

Аннотация. XXIII Международный научно-практический форум «Юртехнетика» актуализировал и позволил подвергнуть системному анализу современные доктринальные подходы к пониманию правовой экспертизы. В настоящее время в правоведении назрела необходимость формирования целостного представления о феномене правотворческой экспертологии как инновационного, практико-ориентированного направления научных исследований. Рассмотрение комплекса проблем техники и технологии проведения правовой экспертизы, специфики системы экспертных государственных органов и общественных объединений позволило акцентировать внимание на дефектах нормативной правовой базы, регламентирующей экспертную деятельность, предложить действенные пути ее совершенствования.

Ключевые слова: правотворческая экспертология, правовая экспертиза, юридическая техника, технология, экспертные государственные органы, общественные объединения, законодательство, доктрина, экспертная деятельность, правовая регламентация, теория права, правоведение, юридическая практика.

Цитирование: *Баранов В.М., Баранова М.В., Кроткова Н.В.* Правовая экспертиза: наука, практическое искусство или ремесло?
Обзор XXIII Международного научно-практического форума «Юртехнетика» на тему «Правотворческая экспертология (доктрина, практика, техника)» // Государство и право. 2021. № 11. С. 173–185.

DOI: 10.31857/S102694520017530-4

LEGAL EXPERTISE: SCIENCE, PRACTICAL ART OR CRAFT?

REVIEW OF THE XXIII INTERNATIONAL SCIENTIFIC AND PRACTICAL FORUM “YURTECHNETICS” ON THE TOPIC “LAW-MAKING EXPERTISE (DOCTRINE, PRACTICE, TECHNIQUE)”

© 2021 V. M. Baranov[1], *, M. V. Baranova[2], **, N. V. Krotkova[3], *

[1]Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia
[2]National Research Lobachevsky state University of Nizhny Novgorod
[3]Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, Moscow

**E-mail: baranov_prof@bk.ru*
***E-mail:qazxsw1232007@yandex.ru*
****E-mail:krotkova2012@yandex.ru*

Received 18.10.2021

Abstract. The XXIII International Scientific and Practical Forum "Yurtechnetics" actualized and allowed to systematically analyze modern doctrinal approaches to understanding legal expertise. Currently, there is a need in jurisprudence to form a holistic view of the phenomenon of law-making expertise as an innovative, practice-oriented direction of scientific research. Consideration of the complex of problems of the technique and technology of legal expertise, the specifics of the system of expert state bodies and public associations allowed us to focus on the defects of the regulatory legal framework regulating expert activity, to suggest effective ways to improve it.

Key words: law-making expertise, legal expertise, legal technique, technology, expert state bodies, public associations, legislation, doctrine, expert activity, legal regulation, theory of law, jurisprudence, legal practice.

For citation: *Baranov, V.M., Baranova, M.V., Krotkova, N.V. (2021).* Legal expertise: Science, Practical Art or Craft? Review of the XXIII International Scientific and Practical Forum "Yurtechnetics" on the topic "Law-making expertise (doctrine, practice, technique)" // Gosudarstvo i parvo=State and Law, No.11, pp. 173–185.

22–25 сентября 2021 г. в Нижнем Новгороде прошел XXIII Международный научно-практический форум «Юртехнетика» на тему «Правотворческая экспертология (доктрина, практика, техника)». Мероприятие стало плодом творческого взаимодействия Нижегородской академии МВД России, Саратовской государственной юридической академии, Нижегородского исследовательского научно-прикладного центра «Юридическая техника» и московского издательства «Проспект».

Форум объединил 281 участника, среди которых 103 доктора наук, профессора; 126 кандидатов наук, доцентов; 20 преподавателей вузов без ученой степени и ученого звания; 50 практических работников; 114 исследователей из системы МВД России; 32 соискателя, аспиранта, адъюнкта; 12 магистров, студентов, курсантов, слушателей; 14 иностранных участников (Азербайджан, Армения, Беларусь, Казахстан, Кыргызстан, Литва, Молдова, Монголия, США, Узбекистан, Франция). Особо следует отметить участие 11 заслуженных деятелей науки РФ; 16 заслуженных юристов РФ; двух заслуженных работников высшей школы РФ; шести почетных работников высшего профессионального образования РФ.

Российская «география» форума была представлена 40 научными центрами: Архангельск, Белгород, Владимир, Волгоград, Воронеж, Екатеринбург, Иваново, Ижевск, Иркутск, Казань, Кострома, Красноярск, Курск, Москва, Нижний Новгород, Новокузнецк, Новороссийск, Омск, Орел, Пенза, Пермь, Пятигорск, Республика Дагестан, Ростов-на-Дону, Рязань, Самара, Санкт-Петербург, Саратов, Севастополь, Сочи, Ставрополь, Тамбов, Тверь, Тольятти, Тула, Ульяновск, Уфа, Хабаровск, Республика Хакасия, Ярославль.

Доминантными направлениями работы форума были избраны исследование подходов к определению понятия правотворческой экспертологии, рассмотрение доктринального и технико-юридического соотношения правотворческой экспертизы и экспертизы в правотворчестве, техника и технология проведения правовой экспертизы нормативных правовых актов, а также правовая экспертология как направление научных исследований и средство поиска истины.

Традиционно открыл форум д-р юрид. наук, проф., заслуженный деятель науки РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ, помощник начальника Нижегородской академии МВД России по инновационному развитию научной деятельности, президент Нижегородского исследовательского научно-прикладного центра «Юридическая техника» **В.М. Баранов**, представивший свое видение ***сущности и ценности правотворческой экспертологии, раскрывший ключевые проблемы функционирования этого феномена***. Он констатировал: постановка вопроса – относительно самостоятельная цельная «сжатая» форма знания, которая может быть истинной или ложной. Исходя из этого методологического посыла, им были сформулированы такие поисковые вопросы, которые не просто входят в проблемное исследовательское «поле» правотворческой экспертологии, а являются познавательными пробелами, практическими дефектами, узловыми «точками роста». По словам В.М. Баранова, предлагаемые проблемные вопросы – не стремление к оригинальности. Замысел преследует другую цель – разнообразить жанр правотворческой экспертологии, когда в ней «монтируются» самые разные экспертизы, обладающие юридической «окраской». Вот лишь некоторые из этих вопросов.

Почему целесообразнее избрать название «правотворческая экспертология», а не «правовая экспертика», «правовое экспертоведение», «общая экспертология», «общая теория правотворческой экспертизы»? Экспертиза рассматривается как междисциплинарный институт (Н.В. Мамитова). Не пора ли перейти к иному более высокому уровню анализа и характеризовать правотворческую экспертизу метаинститутом? Если есть «экспертное право» (А.В. Нестеров), существует потребность в Экспертном кодексе РФ (С.М. Плешаков, Ю.Б. Форис, Т.В. Ковалева, А.И. Бродский), то как эти юридические феномены должны соотноситься с правотворческой экспертологией? Классифицируя

разноплановые экспертизы, исследователи относят их к видам, классам, типам, родам. Единой системы экспертизы до сих пор не выстроено – можно ли и как это сделать? Мыслимо ли сформировать подсистему правотворческой экспертологии? Если истории неизвестны примеры прихода к власти экспертократов, если экспертократ открыто «превращает» свои знания в капитал, если недобросовестные государственные элиты с удовольствием используют их беспринципный труд, чуждый объективному исследованию, то почему нет юридических механизмов, препятствующих попаданию таких лиц во власть? Несет ли государственная власть репутационную и иную ответственность за демагогическое воздействие на общество приближенных ими экспертов? Каково соотношение понятий «экспертократия» и «элитология»? Надо ли в профессиональном плане отличать эксперта от аналитика? Может ли быть успешным эксперт без аналитических способностей и умений? Можно ли, нужно ли относить к правовой экспертологии вненаучное знание? Есть ли резон законодательно закрепить запрет частным коммерческим организациям проводить экспертизы для правотворчества и всех видов судопроизводства? Надо ли законодателю анализировать и оценивать экспертное заключение коммерческой организации проекта закона, достоверно зная о его «заказном» характере? Нужно ли формировать исчерпывающий перечень оснований, когда государственная экспертная структура может оказывать экспертные услуги на платной основе? Кто может и должен определять цену на услуги экспертных субъектов? Как различить экспертную услугу и экспертную помощь на общественных началах? Если лицо (либо организация) официально зарегистрировано (аккредитовано) экспертом, но длительное время не выполняет экспертных функций, следует ли и по каким основаниям, в каком порядке исключать его из реестра экспертов? Как полагает В.М. Баранов, назрела острая необходимость в создании единого федерального Государственного центра законотворческой экспертизы и формировании общероссийского «Корпуса экспертов по законотворчеству». Реален ли этот проект, и по каким критериям его можно реализовать? Способна ли правотворческая экспертология выполнять профилактическую роль? Есть ли резон применять в правотворческой экспертологии философское понятие «контекст технологий»? Правовая экспертная технология, вырванная из контекста развитого, экономически и культурно благополучного общества, перемещенная в развивающиеся (бедные) страны, непременно реализуется как негуманная или у нее есть шанс «прижиться»?

К участникам XXIII форума «Юртехнетика» с приветственными словами обратились председатель Законодательного собрания Нижегородской области **Е.Б. Люлин**, канд. юрид. наук, доц., акад. РАЮН, генерал-майор полиции, начальник Нижегородской академии МВД России **Д.Н. Архипов**, канд. юрид. наук, доц., ректор Саратовской государственной юридической академии (СГЮА) **Е.В. Ильгова**, д-р юрид. наук, проф., почетный работник сферы образования РФ, заместитель руководителя Секретариата Совета Межпарламентской Ассамблеи Государств – участников Содружества Независимых Государств, директор Международного института мониторинга развития демократии, парламентаризма и соблюдения избирательных прав граждан государств – участников Межпарламентской Ассамблеи Государств – участников СНГ **И.И. Мушкет**.

Серию докладов *пленарного заседания* открыла д-р юрид. наук, д-р филос. наук, проф., заслуженный юрист РФ **Т.Н. Москалькова**, раскрыв ***особенности экспертной деятельности Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации в области совершенствования законодательства о правах человека и гражданина***.

Ею была отмечена актуальность экспертологии как в общесоциальном плане, так и для различных субъектов права, а также значимость нижегородской юридической школы, которая является востребованной и постоянно развивающейся системой взглядов в области нормотворческих технологий. Ежегодно издаваемые сборники содержат необходимые рекомендации по решению самых актуальных проблем в области законотворчества.

По словам федерального омбудсмена, экспертология играет особую роль в деятельности Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации, поскольку вся она напрямую связана с экспертной оценкой различных правовых документов. Именно такие оценки составляют суть деятельности Уполномоченного, который по каждому обращению гражданина должен изучить документы, приведенные в них аргументы, чтобы ответить на главный вопрос: было ли допущено нарушение, и какие меры необходимо принять, чтобы восстановить нарушенные права и свободы?

В качестве иллюстрации были приведены статистические данные, в соответствии с которыми в 2020 г. к Уполномоченному поступило почти 45 тыс. обращений, из которых без малого 2 тыс. – коллективные, а за первое полугодие 2021 г. – 24 тыс., включая 1053 коллективных. По результатам рассмотрения жалоб адресную помощь в 2020 г. получили почти 6.5 тыс. граждан, а за шесть месяцев текущего года – около 3.5 тыс.

Особо отмечено, что Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации как никто иной чувствует существующие проблемы качества закона, его несовершенства, которые зачастую

становятся причиной нарушения прав человека. Благодаря его активной деятельности за пять лет (с 2016 по 2020 г.) предложения Уполномоченного были учтены в 62 принятых нормативных правовых актах, в т.ч. в 45 федеральных законах.

Далее подробно были раскрыты механизм, организация и основные формы деятельности Уполномоченного в области совершенствования законодательства о правах человека и гражданина, приведены положительные примеры, а также направления, по которым осуществляется работа в перспективе.

В заключение Т.Н. Москалькова особо подчеркнула, что только в условиях повышенного внимания к юридической технике процесс совершенствования законодательства в целом и о правах человека и гражданина, в частности, может быть эффективным.

Доктор юрид. наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ, президент Международного фонда поддержки правовых инициатив и руководитель лаборатории антикриминальных исследований в сфере энергетической безопасности РГУ нефти и газа им. И.М. Губкина, главный ученый секретарь ВАК при Министерстве науки и высшего образования РФ **И.М. Мацкевич** посвятил свое выступление ***юридическим проблемам экспертной деятельности ВАК Минобрнауки России в фокусе совершенствования законодательства***. Он акцентировал внимание на том, что эксперт в праве – фиксатор – идентификатор – интерпретатор. Эксперт в ВАК – нормативист – субъективист – гуманист. Аналитическая экспертная работа в праве (включая ВАК) практически отсутствует.

Как отметил И.М. Мацкевич, экспертиза в ВАК заведомо не справедлива – небольшое число людей решают судьбу не только соискателя ученой степени, но и огромного числа тех, кто принял участие в подготовке диссертационной работы: научного руководителя, членов кафедры (секции), оппонентов, и кто готовил отзыв ведущей организации, членов диссовета. Однако многолетний опыт свидетельствует, что при очень малом количестве отклоненных диссертаций эксперты ВАК еще ни разу не ошибались. Более того, если посмотреть востребованность защищенных диссертаций, то невольно возникает сомнение: не мало ли диссертационных работ экспертами ВАК отклоняется? В стране наблюдается кризис сильных научных руководителей. Представители старой классической школы уходят. На смену им пришли представители новой школы, но они совершенно не обладают элементарными навыками научного руководства.

Способствовал общему кризису научной аттестации перевод аспирантуры в систему потокового образования. Все это накладывается на общий кризис научных и педагогических кадров, причем начиная со школы. Остается проблема внедрения научных разработок в практику. Это проблема системная, правоприменитель не заинтересован в использовании достижений юридической науки. Решить ее можно, используя опыт других стран, хотя он тоже разный и не всегда исключительно позитивный.

В результате общее сокращение числа защит диссертаций: с 3079 в 2011 г. до 985 в 2020 г. – для докторских диссертаций, с 22 827 в 2011 г. до 6507 в 2020 г. – для кандидатских диссертаций. Из числа соискателей ученой степени кандидата наук, защитивших диссертации в 2020 г. по юридическим наукам, проходили подготовку в институте аспирантуры 74%, из них только 30% защитились в срок. Из общего количества соискателей ученой степени доктора наук, защитивших диссертации в 2020 г. по юридическим наукам, проходили подготовку в институте докторантуры 20%, из них только 25% защитились в срок[1].

Технико-юридические аспекты трансформации законодательства на современном этапе во многом обусловлены интенсивной технологизацией ключевых сфер жизни социума. В этой связи д-р юрид. наук, проф., профессор кафедры государствоведения Института государственной службы и управления РАНХиГС при Президенте РФ **Н.В. Мамитова** отметила, что одним из важнейших аспектов цифровой трансформации общества стала цифровая экспертиза. Чаще всего последнюю рассматривают как компьютерно-техническую экспертизу или как разновидность судебной экспертизы. В докладе была предложена авторская интерпретация этого понятия как для теории права в целом, так и для молодой, вновь формирующейся науки правотворческой экспертологии. Цифровая экспертиза это – правовое средство, поддерживающее использование цифровых процессов путем исследования специалистом (экспертом) круга вопросов, решение которых требует специальных познаний в области цифровых технологий для достижения социально полезных целей.

Цифровая экспертиза перспективно станет возможной для использования в большинстве сфер экспертной деятельности и может применяться к различным иным видам экспертиз: нормотворческой, антикоррупционной, научной и др. Для подтверждения данного тезиса в докладе были рассмотрены ключевые аспекты проблемы: сфера создания цифрового или информационного общества; законодательные новеллы в области правового регулирования персональных данных личности, включая «право на забвение»; разработка цифрового

[1] Данные предоставлены Департаментом аттестации научных и научно-педагогических работников Минобрнауки России.

профиля; экспериментальные правовые режимы для инновационных проектов в сфере цифровых инноваций, т.н. «регуляторные песочницы», позволяющие отказаться от некоторых нормативных требований, мешающих развитию инноваций; искусственный интеллект в экспертных системах, а также вновь введенное в правовой оборот машиночитаемое право, которое составит главную сферу применения цифровых экспертиз.

Кандидат юрид. наук, доц., заместитель директора Национального центра правовой информации РБ **В.А. Шаршун** обратил внимание в докладе ***на проблему применения информационных технологий, правового регулирования и практики осуществления обязательной юридической экспертизы технических нормативных правовых актов (ТНПА) в Республике Беларусь***. Данная экспертиза была введена с 2018 г. с целью обеспечения юридической «чистоты» ведомственных ТНПА, недопущения установления в них норм, которые должны содержаться в актах большей юридической силы, прежде всего административных процедур. Экспертизе подлежит 57 видов ТНПА, включая авиационные правила, нормы и правила пожарной безопасности, санитарные нормы и правила, экологические нормы и правила и др. К настоящему моменту экспертизе подверглись более 2600 ТНПА общим объемом свыше 190 тыс. страниц. За прошедшее время экспертиза показала свою эффективность и позволила повысить уровень ответственности разработчиков ТНПА. В то же время требуют своего совершенствования вопросы единообразия применения нормотворческой техники при подготовке различных видов ТНПА. Особое внимание докладчиком было уделено белорусскому опыту применения в процессе экспертизы информационных технологий, в т.ч. автоматизированной информационной системы, обеспечивающей формирование Национального реестра правовых актов РБ (АИС НРПА).

Доктор юрид. наук, проф., заслуженный юрист РФ, профессор кафедры теории государства и права СГЮА **И.Н. Сенякин** и д-р юрид. наук, доц., профессор кафедры государственно-правовых дисциплин Академии управления МВД России **А.Г. Репьев** рассмотрели ***инновационный феномен экспериментальной нормы российского права***. Авторы предприняли попытку углубления знаний о специальной правовой норме через призму юридической экспертологии. Анализ отечественного законодательства позволил им выдвинуть гипотезу о появлении и функционировании экспериментальной нормы российского права. На основе общетеоретического восприятия феномена экспериментальной правовой нормы, выделения ее отличительных качеств, установления функциональной характеристики показано ее экспертное значение в ракурсе повышения эффективности правотворческого процесса. Ученые предложили собственный взгляд на дефиницию экспериментальной правовой нормы, рассматривая ее в качестве нормативного предписания, сложившегося в результате специализации правового регулирования на основе учета особенностей определенного его вида, направленного на пробное установление властного веления, характеризующегося избирательной юридической силой в отношении конкретно установленных субъектов общественных отношений, временных и территориальных границ. Авторами выявлены риски, образующиеся вследствие бессистемного, хаотичного применения потенциала экспериментальных правовых норм. Аргументировано, что для устранения негативного восприятия экспериментальной правовой нормы и нивелирования ассоциаций с ней метаний государства по нахождению оптимальной модели регулирования необходим строго научный и профессиональный подход в ее формулировании. Этому может способствовать точное и логически непротиворечивое соответствие системе права; единство с общей и специальной правовой нормой, границы регулирования которых изменяются нормой экспериментальной; целостность и сбалансированность внутренней структуры за счет минимизации абстрактных, излишне казуистичных гипотезы и диспозиции; логическая завершенность в результате установленных критериев определения эффективности и признания возможности повсеместного применения.

Доктор юрид. наук, проф., заслуженный деятель науки РФ, почётный работник высшего профессионального образования РФ, зав. кафедрой теории и истории государства и права Ярославского государственного университета им. П.Г. Демидова **В.Н. Карташов**, отмечая существенное реформирование в 2020 г. Конституции РФ, обратил внимание ***на отдельные предписания, которые можно было бы изменить в ходе подготовки поправок, вынесенных на общероссийское голосование***. Так, Президент РФ может быть отрешён от должности в случае государственной измены или «совершения иного тяжкого преступления...» (ч. 1 ст. 93). Конституция РФ была принята в 1993 г., когда действовал УК РСФСР 1960 г., в котором не было категории «особо тяжкие преступления». Отсюда и досадная погрешность, которую следовало и следует устранить.

В России сложилась парадоксальная ситуация. Приняты Федеральные конституционные законы «О Конституционном Суде Российской Федерации», «О Правительстве Российской Федерации», «О Верховном Суде Российской Федерации» и др., но отсутствует федеральный конституционный закон «О Федеральном Собрании – парламенте Российской Федерации». Правовые статусы Совета Федерации и Государственной Думы закрепляются в их регламентах. Последние разрешают не только

внутриорганизационные вопросы, но и регулируют такие общественные отношения, которые по своей сути являются предметом федерального закона и даже федерального конституционного закона (например, взаимоотношения Государственной Думы и Уполномоченного по правам человека в России). Законы о парламентах в отдельных странах относятся к числу фундаментальных[2]. Как полагает В.Н. Карташов, в России также необходимо принять федеральный конституционный закон «О Федеральном Собрании – парламенте Российской Федерации».

Доктор юрид. наук, проф., заслуженный юрист РФ, профессор кафедры теории государства и права Уральского государственного юридического университета (УрГЮУ), член Экспертного совета ВАК при Министерстве науки и высшего образования РФ по праву **С.В. Кодан** в докладе ***«Источниковедческая экспертиза научного исследования в юриспруденции»*** остановился на проблемах оценки источниковой базы научной работы как системы носителей эмпирической информации и основы её теоретических положений, которые рассматриваются в контексте таких критериев, как новизна, доказанность, точность, обоснованность и аргументированность полученного знания. Предложенная авторская технологическая процедура данного вида экспертизы определяет этапы её проведения и конкретные качественные оценочные показатели, которые позволяют провести анализ отдельных научных работ различной жанровой направленности на предмет широты и методологической обоснованности использования источников при раскрытии предмета конкретного юридического исследования. Особое внимание уделено методике проведения источниковедческой экспертизы, требованиям к её оформлению и возможностям использования в рецензировании научных трудов и научно-аттестационных практиках защит диссертационных исследований.

Продолжая анализ специфики и состояния современной правовой доктрины, д-р юрид. наук, профессор кафедры теории права и государства Юридического института РУДН **Н.А. Власенко** рассмотрел ***метафоры как средство правовой экспертологии***. В современной юридической литературе существует многообразие идей и трактовок роли государства в обществе. Среди них преобладающее значение имеет идея *сильного* государства. Однако термин «сильное государство», как и его антипод – «слабое», «несостоятельное», «недееспособное» и т.п., – *метафоры*, с помощью которых явлению придается наглядность, образность, а также способ неизвестное выразить через известное.

Метафорическое выражение – технический прием, посредством которого достигаются точность и адекватность мысли, также они высвечивают дополнительные черты объектов исследования, позволяют понять их глубже. Метафоры весьма редко «перерастают» в ранг научных категорий. В этой связи попытка придать метафоре буквальный смысл ведет на путь ложных представлений или по крайней мере неубедительности вследствие аморфности аргументации.

Тем ни менее, по мнению Н.А. Власенко, метафорический подход в научных исследованиях следует поддержать, но с осторожностью. Он позволит более наглядно и образно отразить те или иные стороны важнейшего социального института. Между тем предложения возводить метафорические характеристики государственности, ее сторон до уровня научных концепций, как это происходит с идеей «сильного государства», ошибочны. Наиболее рациональным является подход к государству как целостному организму с работающими на самом высоком уровне элементами и главное – способному к манипуляциям, умеющему в зависимости от ситуации вмешиваться «видимой» и «невидимой» рукой в дела общества.

В завершение пленарного заседания к значимой для современного государства ***проблеме проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов, в т.ч. на этапе их проектирования***, уделили внимание проф. **В.М. Баранов** в тандеме с д-ром юрид. наук, доц., профессором кафедры криминологии Нижегородской академии МВД России **П.А. Кабановым**. Анализ правового регулирования антикоррупционной экспертизы в региональном законодательстве, регулирующем нормотворчество, позволил заключить, что в значительной доле законов субъектов Российской Федерации, регулирующих правотворческий процесс, предусмотрено проведение антикоррупционной экспертизы, сформулировано собственное понятие антикоррупционной экспертизы. При этом региональные законодатели довольно часто сужают предметные границы антикоррупционной экспертизы вопреки требованиям федерального антикоррупционного законодательства и лишь иногда расширяют её предметные границы, отражая региональную специфику.

Региональные законодатели в качестве повода проведения антикоррупционной экспертизы порой указывают письменные обращения о ее проведении в качестве оснований – распорядительные документы органов государственной власти субъектов Российской Федерации либо их должностных лиц, устанавливают основания для отказа от проведения антикоррупционной экспертизы при осуществлении правотворческой деятельности. Указанные законотворческие инновации позволяют

[2] См. работы В.Е. Чиркина.

конкретизировать отдельные процедурные вопросы организации и проведения антикоррупционной экспертизы в процессе правотворческой деятельности. Региональными законодателями устанавливаются и закрепляются отличные от предусмотренных федеральным законодательством виды антикоррупционных экспертиз, выступающих как особые средства повышения качества регионального правотворчества. Они порой также вместо традиционного рассмотрения проекта нормативного правового акта и возвращения его разработчику для устранения коррупциогенных факторов возвращают проект без процедуры предварительного рассмотрения.

Для повышения эффективности института антикоррупционной экспертизы в процессе нормотворческой деятельности требуется разработка и закрепление в нормативных правовых актах количественных и качественных показателей мониторинга применения этого инструмента.

Проблематика антикоррупционной экспертизы была продолжена и за пределами пленарного заседания. Так, в рамках дискуссии в развитие данной темы прозвучало выступление д-ра юрид. наук, проф., заслуженного юриста РФ, профессора кафедры административного и финансового права ННГУ им. Н.И. Лобачевского **В.В. Черникова** и канд. юрид. наук, советника Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации, ведущего научного сотрудника Института государства и права РАН (ИГП РАН) **С.Р. Футо.** Они подчеркнули, что антикоррупционная экспертиза проектов нормативных правовых актов, будучи относительно новым институтом в современной юридической науке и технике, должной реализации в полной мере на практике так и не получила. Было отмечено, что при подготовке проекта федерального закона «О полиции» интерес к нему проявили некоторые общественные организации в сфере противодействия коррупции и независимые эксперты, уполномоченные на проведение экспертизы на коррупциогенность, включая Центр антикоррупционных исследований инициатив «Трансперенси Интернешнл–Р», региональную общественную организацию «Антикоррупционный комитет по Свердловской области», а также независимые эксперты М.М. Артамонов и Н.А. Мельникова.

Де-юре антикоррупционной экспертизой по данному проекту стало его общественное обсуждение, проводимое в период с 7 августа по 15 сентября 2010 г. на специально созданной сетевой площадке www.zakonoproekt2010.ru.

Процедура сетевого форума, а также количество принявших участие в обсуждении граждан (Интернет-ресурс посетило более 1.5 млн человек, получено 33 тыс. откликов, содержавших более 20 тыс. конкретных предложений по совершенствованию законопроекта) не только обеспечили достаточный уровень репрезентативности общественного мнения по законопроекту, но и способствовали его легитимации и поиску правильных решений по наиболее острым из обозначенных в ходе обсуждения вопросов. Детально все аспекты многогранной работы над законопроектом раскрыты в изданной авторской монографии «Федеральный закон “О полиции”: история подготовки и принятия».

Доктор юрид. наук, проф., заслуженный юрист РФ, профессор Департамента общих и межотраслевых юридических дисциплин факультета права НИУ «Высшая школа экономики», профессор-исследователь НИУ ВШЭ **В.Б. Исаков** в своем выступлении отметил ***ряд особенностей правовой экспертизы***. По его мнению, для правовой экспертизы характерны следующие признаки: урегулированность законом; специальный субъект – эксперт, уполномоченный государством; независимость эксперта при проведении экспертизы; формальная определенность заключения правовой экспертизы, объем которого определяется в запросе на ее проведение (вопросы эксперту); определенная законом форма представления итогов экспертизы – заключение; личная ответственность эксперта за результат экспертизы.

Несмотря на наличие указанных особенностей, правовая экспертиза имеет много общего с иными видами интеллектуальной деятельности в праве: аудитом, оценочной и аналитической деятельностью. Задача правовой экспертизы в правотворчестве – обеспечение высокого научного уровня правотворческих решений.

Заслуженный юрист РФ, профессор Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА); вице-президент Фонда конституционных реформ (Россия), член Научного совета и приглашенный профессор Международной антикоррупционной академии (Лаксенбург, Австрия), член-корр. Международной академии сравнительного права (Париж, Франция), замещающий член Венецианской комиссии Совета Европы (2013–2017 гг.) **В.И. Лафитский** раскрыл ***ключевые аспекты экспертного сопровождения законодательной и правоприменительной практики по вопросам межконфессиональных и межнациональных отношений***.

Он отметил, что в дореволюционной России был создан один из самых совершенных механизмов обеспечения экспертного сопровождения законодательной и правоприменительной практики в сфере межконфессиональных и межнациональных отношений. С этой целью проводились масштабные исследования национальных обычаев и религиозных норм народов Российской Империи. Вдохновителем таких исследований выступало Министерство внутренних дел, которое регулярно организовывало этнографические экспедиции в национальные

окраины России. Крупные научные проекты реализовывали Санкт-Петербургская императорская академия наук, Московский, Санкт-Петербургский, Новороссийский, Казанский университеты.

Эти традиции в Советской России и СССР были утрачены. Межнациональные и межконфессиональные вопросы решались в основном иным образом: на первом этапе (с 1917 до 1953 г.) – массовыми репрессиями; на следующем этапе (до распада СССР) – тотальным контролем за проявлениями религиозных и национальных чувств и при необходимости их пресечением с целью создания единой общности – советского народа.

Во многом те же ошибки повторяет современная Россия. Чтобы не допустить негативного развития событий, необходимо обратиться к практике изучения и правового регулирования религиозных и национальных отношений имперской России либо создать новые механизмы экспертного сопровождения законодательной и правоприменительной практики в сфере межконфессиональных и межнациональных отношений с целью их гармонизации, а также предупреждения и сдерживания негативных процессов.

В выступлении д-ра юрид. наук, проф., зав. кафедрой теории и истории государства и права Института международного права и экономики им. А.С. Грибоедова **В.В. Оксамытного** ***«Сравнительно-юридические основы осмысления правотворческой экспертизы законов»*** был сделан акцент на выводы из слов знаменитого Ф. Бэкона: «Собственное право не может служить критерием оценки самого себя». Действительно, оригинальность национального законодательства не означает его изолированность от процессов, происходящих в правовых системах цивилизованных государств. Становление и развитие специальной компаративистской науки – сравнительной социологии законодательства дает возможность практически использовать ее наработки в сфере предзаконодательных, собственно законодательных и постзаконодательных экспертиз, направленных в своей совокупности как на составление прогнозов потребностей в законах и процесс их принятия, так и на исследование результативности законодательных актов и их частей. В то же время остаются нерешенными ряд научно-практических проблем, связанных с данным феноменом, требующим четких рекомендаций и методик, соответствующей нормативной базы и исследования специфических особенностей проведения правотворческой экспертизы в различных сферах.

Связь правовых систем нашла отражение в докладе д-ра юрид. наук, проф., заслуженного юриста Республики Армения, зав. кафедрой теории и истории государства и права Российско-Армянского университета **А.С. Гамбаряна** и канд. юрид. наук, преподавателя кафедры гражданского и гражданского процессуального права Российско-Армянского (Славянского) университета **А.Г. Малхасяна**, посвященном ***рассмотрению и раскрытию законодательных и методологических аспектов правовой экспертизы в Республике Армения***.

Авторами представлен общий обзор законодательства в области проведения правовой экспертизы в Республике Армения, категории правовых актов, подлежащих экспертизе, порядок ее проведения, круг вопросов, рассматриваемых при проведении экспертизы, соотношение института экспертизы правовых актов со смежными институтами.

Рассмотрены соответствующие положения Конституции РА и Закона РА «О нормативно-правовых актах», действовавшего ранее Закона РА «О правовых актах», иных законов и нормативных актов, составляющих правовую базу для проведения правовой экспертизы. На основании анализа законодательства и практики правоприменения определен круг актов, подлежащих экспертизе, а также изложено видение вопросов и пределов анализа при проведении правовой экспертизы. Кроме того, авторами проведен анализ правового регулирования порядка проведения правовой экспертизы в Республике Армения, ее сроков и значения в практике правотворчества.

Авторами также рассмотрено соотношение института экспертизы правовых актов со смежными институтами, в частности с институтом оценки регуляторного воздействия. На основании проведенного анализа выдвинуты предложения по реформе законодательства и совершенствованию практики в сфере проведения правовой экспертизы в Республике Армения.

В докладе д-ра юрид. наук, проф., профессора РАНХиГС **И.В. Понкина** и канд. юрид. наук, доцента МГЮУ им. О.Е. Кутафина (МГЮА) **А.И. Лаптевой** были подняты ***вопросы понятий и онтологии экспертной деятельности вообще, и, в частности, в правотворчестве***.

В выступлении д-ра юрид. наук, доц., начальника кафедры теории государства и права Московского университета МВД России им. В.Я. Кикотя **А.И. Клименко** особое внимание было уделено ***роли экспертной оценки в определении легитимности законодательства, особенно в контексте проблемы совершенствования законотворчества***. Докладчик отметил, что демократическая процедура законотворчества не обязательно гарантирует легитимность законодательства, соответственно, имеет смысл ставить вопрос об экспертизе легитимности законодательства.

Доктор юрид. наук, доц., директор НИИ государственно-правовых исследований, профессор кафедры теории и истории государства и права Тамбовского государственного университета им. Г.Р. Державина, руководитель Научно-образовательного центра «Государственно-правовая политика современной России»

В.В. Трофимов указал, что ***одним из значимых элементов научных основ правотворческой политики следует считать правотворческую экспертологию***[3] как комплексную систему научных знаний о процессе организации и осуществления экспертной деятельности в сфере правотворчества, ее целях и задачах, требованиях к субъектам (экспертам), сроках и механизмах (методах) выполнения, критериях качества проведения экспертизы и ее результатов (критериях эффективности экспертных оценок), правилах подготовки экспертных (аналитических) заключений, на основе которой могут формироваться и функционировать квалифицированные экспертные кадры (службы), способные обеспечить глубокую и всестороннюю экспертизу предметов работы органов правотворчества, предполагая прежде всего профессиональную экспертную оценку содержания и формы правотворческих решений (проектов правотворческих решений).

Доктор юрид. наук, профессор кафедры государственно-правовых дисциплин Северо-Кавказского федерального университета **А.П. Мазуренко** в своем выступлении коснулся ***экспертизы нормативных правовых актов как средства правотворческой политики***. Благодаря экспертному опросу удается нейтрализовать ведомственный интерес, который неизменно присутствует в заключениях, данных органами государственного управления или их специалистами. Эта задача решается подбором независимых экспертов либо постановкой специально подобранных вопросов.

Экспертиза как инструмент повышения качества закона явилась предметом рассмотрения д-ра юрид. наук, профессора кафедры конституционного и муниципального права МГЮУ им. О.Е. Кутафина (МГЮА) **Н.Е. Таевой**, отметившей, что данный вид экспертизы – не просто способ повышения качества закона, но и важная форма общественного контроля, форма проявления гражданских инициатив.

Конституционное назначение религиоведческой экспертизы подверглось анализу в докладе д-ра юрид. наук, проф., зав. кафедрой теории права Тверского государственного университета **В.И. Крусса** и студента **Г.Д. Борисова**. Религиоведческая экспертиза конституционно призвана содействовать не «дисквалификации» объединений, номинально носящих религиозный статус и одновременно деятельно проявляющих антиконституционный, в т.ч. экстремистский, характер своих фактических установок, но правосудному предупреждению их легализации в национальной правовой системе России. Только подлинно религиозная организация воплощает идею коллективного пользования неотчуждаемой свободой совести и вероисповедания (ст. 28 Конституции РФ), а публично значимая экспертиза таких конституционно значимых притязаний актуально соотносится с идентификацией сущностного признака религиозности. Проводить ее должны представители традиционных конфессий, образование и авторитет которых исключают критичные сомнения в готовности к аналитической экспликации ментальных основ конкретных деклараций и практик, позиционируемых как конституционно допустимые и религиозно релевантные. По мнению докладчиков, основным же критерием оценки выводов эксперта для правоприменителя должна полагаться их экзистенциальная сопряженность с горизонтом национальной ментальности, включая позицию господствующей религиозной парадигмы (с учетом правовых позиций Конституционного Суда РФ).

Доктор юрид. наук, проф., профессор кафедры трудового и экологического права юридического факультета ННГУ им. Н.И. Лобачевского, вице-президент Нижегородского исследовательского научно-прикладного центра «Юридическая техника» **М.В. Баранова** обратилась ***к правовым проблемам подготовки и реализации результатов экспертизы ненадлежащей рекламы саморегулируемыми организациями***. Идея становления саморегулирования в России исходит не от рекламного сообщества, а от государства, что в целом нетипично, но оптимально, поскольку экспорт западной традиции управления изнутри сообщества в постсоветском пространстве нетрадиционен и нов.

Как отметила М.В. Баранова, исходя из ныне сложившейся ситуации, можно предположить, что вектор дальнейшего развития национального рекламного законодательства будет направлен на рецепцию типичной для западных демократий идеи минимизации вмешательства государства в отдельные, «нестратегические» аспекты рекламной деятельности. Действующее рекламное законодательство детерминировало разработку и принятие Проекта Концепции развития саморегулирования рекламной отрасли России 2017–2021 годов; прошла регистрацию и активно работает саморегулируемая организация «Ассоциация Медийной Индустрии “Рекламный совет”»; эксперты Экспертного совета этой организации успешно способствуют преодолению конфликтов внутри отрасли, создают стандарты качества, проводят оценку ОРВ проектов, вносящих изменения в рекламное законодательство.

Доктор юрид. наук, проф., зав. кафедрой конституционного и муниципального права Волгоградского государственного университета **М.Л. Давыдова** рассмотрела ***правотворческую экспертизу как один из основных инструментов умного регулирования***[4].

Умное регулирование подразумевает такое выстраивание регуляторной политики, которое

[3] Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 19-011-00726.

[4] Исследование выполнено за счет средств гранта Российского научного фонда № 21-18-00484, https://rscf.ru/project/21-18-00484/

позволяет достичь максимального эффекта минимальными средствами, включая как традиционные средства правового регулирования, так и нерегулятивные средства правового воздействия. Высокое качество формальной и содержательной проработки нормативно-правового акта есть обязательное условие достижения целей умного регулирования, что позволяет рассматривать экспертизу нормативно-правовых актов как один из важнейших его элементов.

В докладе со ссылкой на зарубежный опыт обосновывается необходимость возложения на разработчика акта ответственности за подготовку подробного отчета об ОРВ независимо от того, какое количество представителей бизнес-сообщества приняло участие в обсуждении. Проблема повышения социальной активности и привлечения большего количества участников к ОРВ, безусловно, должна решаться. Но ставить качество сводного отчета об ОРВ, глубину проработки концептуальных вопросов планируемого регулирования в зависимость внешних факторов (доброй воли и альтруизма независимых экспертов) в корне неверно, заключила М.Л. Давыдова.

Кандидат юрид. наук, врио губернатора Хабаровского края **М.В. Дегтярев** свой доклад посвятил ***месту и значению экспертизы в государственном управлении, сделав акцент на существующих и перспективных инновационных, в т.ч. экспериментальных, инструментах экспертной оценки качеств госуправления***. Докладчик предложил комплекс идей об актуализации инновационных, экспериментальных способов оценивания эффективности и иных качеств госуправления, в их числе указывая основанные на технологиях блокчейна, интеллектуальных (smart-) и искусственного интеллекта, машиночитаемого права, цифровых моделей-двойников, дополненной реальности, основанных на нейросетях и иных новейших вычислительных мощностях цифровые системы контроля, аудита и оценивания потоков издаваемых и реализуемых административно-распорядительных, административно-правовых, программно-проектировочных и планировочных актов и документов в госуправлении.

Доктор юрид. наук, доц., заслуженный работник высшей школы РФ, начальник кафедры теории и истории права и государства Омской академии МВД России **Т.Е. Грязнова** отметила, что ***основы современной правотворческой экспертизы заложены российскими юристами на рубеже XIX–XX вв.***: в научный оборот были введены понятия «правотворчество» (Б.А. Кистяковский, Н.И. Лазаревский) и «критика» положительного права (Н.М. Коркунов, Г.Ф. Шершеневич); в качестве критериев оценки законодательства стали выступать либеральные стандарты демократии, конституционные нормы, универсальные принципы права, правила законодательной техники. Широко обсуждалась проблема субъектов правотворческой экспертизы, в качестве которых рассматривались специальные органы конституционного надзора по типу Верховного суда США (С.А. Котляревский, М.М. Ковалевский, Ф.Ф. Кокошкин и др.), правоприменители (С.А. Муромцев), профессиональные ученые-юристы (Б.Н. Чичерин, Ф.Ф. Кокошкин, Л.И. Петражицкий, Г.Ф. Шершеневич, Б.А. Кистяковский).

Доктор юрид. наук, проф., профессор кафедры теории и истории государства и права юридического факультета ННГУ им. Н.И. Лобачевского **Н.И. Биюшкина** обратилась ***к спорным проблемам дефинирования и экспертным оценкам проектов образования СССР***[5]. Внутрипартийная дискуссия по вопросу выбора формы объединения советских республик носила многовариантный характер. В качестве экспертов к разработке проектов образования СССР привлекались ведущие ученые. Так, профессор МГУ М.А. Рейснер, поддержанный М.И. Лацисом и А.А. Шрейдером, отстаивал территориально-экономический принцип построения союзного государства. Вместе с тем Г.С. Гурвич, Д.А. Магеровский, П.И. Стучка настаивали на национальном принципе как основе нового социалистического государства. Среди спорных проблем ключевого характера отмечено дефинирование таких понятий, как суверенитет союзных республик, допустимость его ограничения, пределы республиканского, союзного и совместного ведения.

Доктор юрид. наук, проф., заслуженный деятель науки РФ, научный руководитель отдела экологического и аграрного законодательства Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ **С.А. Боголюбов** напомнил, что согласно Федеральному закону «Об экологической экспертизе» 1995 г. экологической оценке должны были подвергаться проекты правовых актов. За прошедшие десятилетия эта норма из Закона была исключена, и специализированную экологическую государственную, общественную экспертизу проходят в основном сложные проекты территориального развития, строек, иных ощутимых вторжений в окружающую среду, прежде всего в Арктике, на особо охраняемых природных территориях и т.п. Но решения об их утверждении, о вводе в действие построенных, перепрофилированных, рекультивированных и прочих подобных объектов оформляются правовыми актами, которые могут проходить экологическую экспертизу. Общество учитывает, что она наслаивается на градостроительные и иные экспертизы, в чем-то может их повторять, дублировать, но в чем-то предотвращать необратимые отрицательные, именно экологические последствия принятия правового акта, что на фоне ухудшающейся ситуации с природной средой может

[5] Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 21-011-43043.

оказаться полезным фильтром ухудшения природных ресурсов, препятствием деградации природы, предотвращением нарушений прав каждого гражданина на благоприятную окружающую среду. Предстоит законодательно решить вопрос: кто, в каких случаях, на какие средства и по чьему решению должен проводить экологическую экспертизу таких правовых актов, обладающих признаками нормативности?

Доктор юрид. наук, проф., профессор Московского университета МВД России им. В.Я. Кикотя **В.И. Червонюк** указал, что в новейших реалиях фундаментальный вопрос, своего рода sancta sanctorum, punctum saliens экспертизы проектируемого закона – это оценка нормативно выраженной в нем конструкции баланса интересов (оптимальная модель достигнутого между основными социальными акторами согласия по поводу структуры, содержания закрепляемых в законе интересов, средств и механизмов их признания и защиты государством), ее (конструкции) соответствия общественным ожиданиям – в реальной жизни, социогуманитарной идее права («право есть согласованный интерес») – в теории. В контексте потребностей развивающейся практики позитивированный баланс интересов есть общий критерий действительности законодательно устанавливаемых норм, индикатор и показатель конституционности и социальной адекватности (точности, приемлемости) закона. Концепт баланса интереса в данном случае выступает своеобразной идеей позитивного права, или правовой ценностью, легитимированной в структурной организации права.

В докладе д-ра юрид. наук, доц., старшего научного сотрудника сектора философии права, истории и теории государства и права ИГП РАН **К.В. Агамирова** ***прогнозные оценки развития законодательства рассматриваются как непременный этап на пути к планированию законодательной деятельности на долгосрочную перспективу***. Законодательство как система характеризуется сложным набором свойств и качеств, поэтому методология прогнозирования развития законодательства неодинакова на разных уровнях осуществления прогностических исследований. Прогнозирование на уровне всего законодательства, стратегии его развития имеет целью проанализировать состояние единых, целостных свойств правовой материи. Важным показателем общего свойства, присущего всему законодательству, является разумное сочетание расширения правовой регламентации в пользу большей централизации с законодательной самостоятельностью и инициативой республик, краев, областей, городов федерального значения. Данная тенденция будет и впредь сохраняться, отметил К.В. Агамиров.

Доктор юрид. наук, проф., главный научный сотрудник ВНИИ МВД России **П.Н. Кобец** обратил внимание на то, что ***проведение экспертной оценки законодательства становится важнейшей частью законотворческого процесса большинства государств – членов Европейского Союза***. Экспертное сопровождение законодательной деятельности в этих странах ложится на специальные правовые отделы, существующие, как правило, при представительных, законодательных органах или же при высших органах исполнительной власти. Государствами ЕС четко определена необходимость проведения экспертного анализа законопроектов, что в достаточной степени подтверждается закрепленными в их законодательстве основами проведения правовой экспертизы нормативных правовых актов.

Доктор юрид. наук, доц., профессор кафедры гражданского процессуального права Северо-Западного филиала Российского государственного университета правосудия (РГУП) (г. Санкт-Петербург) **М.Г. Смирнова** раскрыла ***свое видение взаимосвязи правовой экспертизы и социального притязания***. Она отметила, что если социальные притязания не получили своего отражения в проекте нормативного правового акта или получили отражение, но искаженно, то существует механизм правовой экспертизы, который может устранить данные несоответствия. Правовая экспертиза выступает одним из способов выявления социальных притязаний. Кроме официальной правовой экспертизы фактические элементы экспертной оценки проявляются в мониторинге правоприменения, оценке регулирующего воздействия, а также в судебной практике по делам непосредственного и опосредованного нормоконтроля, по которым суды вырабатывают соответствующие правоположения. В данном контексте судебную практику по данным категориям споров можно назвать высшей экспертной оценкой.

Доктор юрид. наук, доц., профессор кафедры правосудия Пензенского государственного университета **П.В. Гук** указал, что ***экспертиза в административном судопроизводстве – достаточно новый вид исследования, требующий специальных познаний в науке, технике, искусстве, ремесле***. Назначается экспертиза судом в ходе подготовки дела к слушанию или непосредственно в процессе рассмотрения административного дела как по ходатайству лица, участвующего в деле, так и по инициативе суда. В административном судопроизводстве существует более 13 видов производств, по которым при наличии законных оснований может быть назначена экспертиза. Назначаемая судом экспертиза может быть первичная, комиссионная или комплексная, две последние экспертизы назначаются только по обстоятельствам административного дела.

Кандидат юрид. наук, профессор кафедры конституционного и административного права юридического факультета Санкт-Петербургского филиала НИУ ВШЭ, руководитель Секретариата Конституционного

Суда РФ **В.А. Сивицкий** высказался ***по проблеме экспертизы в конституционно-судебном нормотворчестве, ее значении, формах, пределах применения***. Он отметил, что последний раз эксперт (т.е. как имеющий такой статус участник процесса) в заседании Конституционного Суда РФ заслушивался более 10 лет назад – в 2010 г. Раньше эксперты (в основном в сфере юридической науки и практики) приглашались чаще. Это говорит об определенной переоценке роли экспертизы в конституционном судопроизводстве.

Показательны в этом смысле изменения, внесенные в ст. 63 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» в ноябре 2020 г., согласно которым сферой специальных познаний вызываемого в заседание Конституционного Суда РФ эксперта не могут быть вопросы, непосредственно относящиеся к сфере российского права. Это представляется вполне обоснованным, поскольку правовые суждения в силу особенностей методов познания в общественных науках могут вне зависимости от качества исследования оставаться вероятностными. При этом, как заметил В.А. Сивицкий, речь не идет об отказе от использования экспертизы в конституционном судопроизводстве, поскольку экспертиза может использоваться Конституционным Судом РФ, например, в сфере международного и зарубежного права не исключены из той сферы экспертных компетенций, которая может представлять интерес для Конституционного Суда РФ.

Кандидат юрид. наук, доц., доцент кафедры прав человека Гуманитарного университета (г. Екатеринбург) **С.А. Денисов** представил новое направление научных исследований – ***«конституционная экспертология» как направление, изучающее конституционную экспертизу***.

Поиск качественных критериев экспертной оценки нашел отражение в докладах **Е.А. Петровой, П.В. Васильева, Н.Н. Ковтуна**.

Кандидат ист. наук, доц., доцент кафедры теории и истории права и государства Омской академии МВД России **Е.С. Зайцева** указала, что ***потенциал экспертизы может и должен быть задействован на более ранних стадиях правообразовательного процесса, связанного с формированием «идеи законопроекта»***, когда определяется потребность правового регулирования общественных отношений и законотворческая машина еще не заработала в полную мощь, расходуя материальные, человеческие и иные ресурсы.

Начальник Главного управления МВД России по вопросам миграции, генерал-лейтенант полиции, соискатель Московского университета МВД России им. В.Я. Кикотя **В.Л. Казакова**, обращаясь ***к вопросу методологии и технологии проведения экспертизы законодательства о гражданстве***, подчеркнула, что разработка, предварительное обсуждение и принятие нового закона о гражданстве предполагает проведение различных по своему назначению законотворческих экспертиз, направленных на построение оптимальной модели правового регулирования в сфере гражданства в соответствии с Концепцией государственной миграционной политики на 2019–2025 годы.

Доктор юрид. наук, проф., профессор Российской таможенной академии, главный научный сотрудник Российского федерального центра судебной экспертизы **А.В. Нестеров** отметил, что ***необходимо различать юридически значимую экспертную деятельность лиц, участвующих в ней, и деятельность эксперта***. Цифровая трансформация представляет собой очередной, четвертый, этап автоматизации жизнедеятельности людей. Ее особенностью является требование к алгоритмизации нормативных правовых актов, что подразумевает создание терминологических словарей, тезаурусов и информационных онтологий предметных областей, в частности, обсуждаемой области. Без устранения метафор и учета научно обоснованных рекомендаций здесь не обойтись. Более того, именно должностные лица государственных экспертных структур как носители научно-технических знаний могут помочь иным юристам создавать такие информационно-терминологические инструменты. Общая теория экспертизы станет признанной и будет развиваться вне зависимости от того, как будет обозначена наука, в рамках которой она будет находиться.

Кандидат юрид. наук, доц., доцент кафедры теории и истории права и государства Омской академии МВД России **А.В. Червяковский** провел ***сравнительно-правовое исследование законов о нормативных правовых актах 10 государств ближнего зарубежья*** и поделился с участниками конференции своим анализом того, как в таких законах закрепляются правовые предписания, посвященные организации и проведению правовой экспертизы и иных видов экспертиз проектов нормативных правовых актов.

Специфика субъектного ряда в рамках различных видов и форм экспертной деятельности нашла отражение в выступлениях **А.А. Ерыгина, Е.А. Брылевой, А.Р. Лаврентьева, Н.А. Лаврентьевой, Б.Е. Шахова, Г.С. Скачковой**.

Анализ проблем экспертирования на стыке права, медицины, криминалистики, психологии, психиатрии нашел отражение в креативных выступлениях **Т.Г. Погодиной, М.В. Соболевой, Д.Е. Иванова, Г.Р. Колоколова, Е.Е. Новикова, А.Г. Новиковой.**

Креативное видение проблематики правовой экспертизы в контексте уголовно-правовых аспектов прозвучало в докладах **В.В. Сверчкова, В.Б. Шевлюк, Г.В. Назаренко, А.И. Ситниковой, В.И. Гладких, И.В. Дворянскова, А.В. Спирина, А.А. Турышева.**

Яркими участниками дискуссии проявили себя **П.Н. Андреева, Л.А. Зубкевич, О.В. Костюнина, Е.В. Сальников, В.А. Кузьменков,**

О.Б. Купцова, М.И. Русаков, В.В. Цветков, С.В. Праскова, А.А. Строков, Ю.Г. Иванцова, А.И. Глинда.

На заседании *«Трибуны молодого ученого»* значительный интерес и оживленную дискуссию вызвали выступающие: **М. Веллмэн (США), Гэрэлд-Оч Ананд (Монголия), Б. Маратов (Кыргызская Республика), Б. Мактумов (Республика Узбекистан), К. Маулеткажин (Республика Казахстан), Ш. Тагизаде (Азербайджанская Республика), А. Космачев, В. Овчаров, К. Купцова, С. Румянцев, Ю. Бражин, А. Аверина, М. Власова, Д. Овчинников**.

Кроме докладов и яркой полемики на основе их значимых положений в рамках мероприятия состоялось подписание Нижегородской академией МВД России, Нижегородским исследовательским научно-прикладным центром «Юридическая техника» и Национальным центром правовой информации Республики Беларусь договора об открытии центра эталонной правовой информации в Нижнем Новгороде.

В *заключительной части* форума были подведены итоги конкурса дефиниций категории «Правотворческая экспертология», призванного привлечь внимание правоведов, юристов-практиков и представителей широкого спектра иных социальных наук к феномену «правотворческая экспертология» и дать ему адекватное определение, перспективно актуальное как для доктрины, так и для всей юридической практики. Конкурс позволил создать условия для самореализации правоведов, юристов-практиков и представителей широкого спектра иных социальных наук, повышения их научной, практической, творческой активности, способствовал решению практических задач развития понятийного технико-юридического аппарата.

* * *

Подводя итоги форума, **проф. В.М. Баранов** отметил продуктивность работы проведенного мероприятия и выразил надежду на дальнейшее глубокое осмысление феномена правотворческой экспертологии, воплощение ключевых аспектов доктринальных тематических исследований в юридической практике.

Сведения об авторах

БАРАНОВ Владимир Михайлович –
доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ, помощник начальника Нижегородской академии МВД России по инновационному развитию научной деятельности, Президент Нижегородского исследовательского научно-прикладного центра «Юридическая техника»;
603950 г. Нижний Новгород, Анкудиновское шоссе, д. 3

БАРАНОВА Марина Владимировна –
доктор юридических наук, кандидат культурологии, профессор, профессор кафедры трудового и экологического права юридического факультета Национального исследовательского Нижегородского государственного университета им. Н.И. Лобачевского; 603022 г. Нижний Новгород, пр-т Гагарина, д. 23

КРОТКОВА Наталья Викторовна –
кандидат юридических наук, ведущий научный сотрудник сектора конституционного права и конституционной юстиции Института государства и права Российской академии наук, заместитель главного редактора журнала «Государство и право» РАН; 119019 г. Москва, ул. Знаменка, д. 10

Authors' information

BARANOV Vladimir M. –
Doctor of Law, Professor, Honored Scientist of the Russian Federation, Assistant to the Head of the Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia for Innovative Development of Scientific Activity, President of the Nizhny Novgorod Research Scientific and Applied Center "Legal Technology";
3 Ankudinovskoe highway;
603950 Nizhny Novgorod, Russia

BARANOVA Marina V. –
Doctor of Law, PhD (Cultural Study), Professor, Professor of Department of Labor and Environmental Law of the Law Faculty, Lobachevsky National Research Nizhny Novgorod state University; 23 Gagarin Ave.,
603022 Nizhny Novgorod, Russia

KROTKOVA Natalya V. –
PhD of Law, leading researcher, Sector of Constitutional Law and constitutional justice, Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, Vice-Editor-in-Chief of journal "State and Law" of the Russian Academy of Sciences;
10 Znamenka str., 119019 Moscow, Russia

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 11, с. 186–195
STATE AND LAW, 2021, № 11, pp. 186–195

ИСТОРИЯ РОССИЙСКОЙ ИМПЕРИИ В КОНТЕКСТЕ ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВОГО АНАЛИЗА (К 300-летию Российской Империи)

© 2021 г. Н. С. Нижник[1, *], Л. А. Нудненко[2]**

[1]Санкт-Петербургский университет МВД России
[2]Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, г. Москва

**E-mail: n.nishnik@bk.ru*
***E-mail: nudnenko@ rambler.ru*

Поступила в редакцию 27.06.2021 г.

Аннотация. Дан обзор XVIII Международной научной конференции «Государство и право: эволюция, современное состояние, перспективы развития (К 300-летию Российской Империи)», которая состоялась 29–30 апреля 2021 г. в Санкт-Петербургском университете МВД России.

Российская Империя на политической карте мира просуществовала с 22 октября (2 ноября) 1721 г. до Февральской революции и свержения монархии 3 марта 1917 г. Российская Империя была третьим по площади из когда-либо существовавших государств (после Британской и Монгольской империй): простиралась до Северного Ледовитого океана на севере и Чёрного моря на юге, до Балтийского моря на западе и Тихого океана на востоке. Российская Империя относилась к числу великих держав наряду с Великобританией, Францией, Пруссией (Германией) и Австро-Венгрией, а со второй половины XIX в. – также Италией и США.

Столицей Российской Империи были г. Санкт-Петербург (1721–1728), г. Москва (1728–1732), затем вновь г. Санкт-Петербург (1732–1917), в 1914 г. переименованный в г. Петроград. Поэтому закономерно, что в г. Санкт-Петербурге, бывшей столице Российской Империи, была проведена конференция, посвященная 300-летию образования Российской Империи.

Конференция была посвящена проблемам, касающимся различных аспектов организации и функционирования государства и права, ретроспективному анализу деятельности государственных органов в Российской Империи. В центр обсуждения были поставлены различные вопросы: характеристика Российской Империи как социоюридического феномена и субъекта легитимного применения государственного принуждения, развитие политико-правовой мысли, нормативно-правовые основания организации и функционирования Российского государства в XVIII – начале XX в., характеристика государственных органов как элемента механизма имперского государства, организационно-правовые основания деятельности органов, осуществлявших управление внутренними делами Российской Империи, а также образ органов государственной власти и должностных лиц – представителей государственной власти.

Ключевые слова: Российская Империя, государство, государственные органы, должностные лица, механизм государства.

Цитирование: *Нижник Н.С., Нудненко Л.А.* История Российской Империи в контексте теоретико-правового анализа (К 300-летию Российской Империи) // Государство и право. 2021. № 11. С. 186–195.

DOI: 10.31857/S102694520017466-3

HISTORY OF THE RUSSIAN EMPIRE IN THE CONTEXT OF THEORETICAL AND LEGAL ANALYSIS (To the 300th anniversary of the Russian Empire)

© 2021 N. S. Nizhnik[1, *], L. A. Nudnenko[2, **]

[1]Saint-Petersburg University of MIA of Russia
[2]Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, Moscow

** E-mail: n.nishnik@bk.ru*
*** E-mail: nudnenko@ rambler.ru*

Received 27.06.2021

Abstract. The review of the XVIII International Scientific Conference "State and Law: evolution, current state, development prospects (to the 300th anniversary of the Russian Empire)" was held on April 29–30, 2021 at the St. Petersburg University of the Ministry of Internal Affairs.
The Russian Empire existed on the political map of the world from October 22 (November 2), 1721 until the February Revolution and the overthrow of the Monarchy on March 3, 1917. The Russian Empire was the third largest state that ever existed (after the British and Mongolian Empires): It extended to the Arctic Ocean in the north and the Black Sea in the south, to the Baltic Sea in the west and the Pacific Ocean in the east. The Russian Empire was one of the great powers along with Great Britain, France, Prussia (Germany) and Austria-Hungary, and since the second half of the XIX century – also Italy and the United States.
The capital of the Russian Empire was St. Petersburg (1721–1728), Moscow (1728–1732), then again St. Petersburg (1732–1917), renamed Petrograd in 1914. Therefore, it is natural that a conference dedicated to the 300th anniversary of the formation of the Russian Empire was held in St. Petersburg, the former imperial capital.
The conference was devoted to problems concerning various aspects of the organization and functioning of the state and law, a retrospective analysis of the activities of state bodies in the Russian Empire. The discussion focused on various issues: the character of the Russian Empire as a socio-legal phenomenon and the subject of the legitimate use of state coercion, the development of political and legal thought, the regulatory and legal foundations of the organization and functioning of the Russian state in the XVIII century – at the beginning of the XX century, the characteristics of state bodies as an element of the mechanism of the imperial state in Russia, the organizational and legal bases of the activities of bodies that manage the internal affairs of the Russian Empire, as well as the image of state authorities and officials-representatives of state power.

Key words: The Russian Empire, the state, state bodies, officials, the mechanism of the imperial state.

For citation: *Nizhnik, N.S., Nudnenko, L.A. (2021).* History of the Russian Empire in the context of theoretical and legal analysis (To the 300th anniversary of the Russian Empire) // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 11, pp. 186–195.

Для обсуждения проблемных вопросов ретроспективного и теоретико-правового анализа, касающихся Российской Империи, в рамках конференции «Государство и право: эволюция, современное состояние, перспективы развития (К 300-летию Российской Империи)» объединились исследователи Российской Федерации, Беларуси, Кыргызстана, Молдовы, Таджикистана. Широка география российских участников конференции (Барнаул, Белгород, Владивосток, Волгоград, Екатеринбург, Иркутск, Калининград, Краснодар, Москва, Мурино, Нижний Новгород, Новороссийск, Омск, Орел, Ростов-на-Дону, Санкт-Петербург, Усинск, Челябинск).

Л. В. Карнаушенко, начальник кафедры теории и истории права и государства Краснодарского университета МВД России, д-р ист. наук, проф., подчеркнул, что именно имперская форма организации государства за всю историю человечества показала себя в качестве одной из эффективных, причем не только в прошлом, но и в современную эпоху. Классический облик империи также претерпевает изменения по мере движения социальной системы к глобальному информационному миропорядку. Мнения о том, что империи постепенно «отживают свой век», уступая место другим формам государства, могут быть поставлены под сомнение. Гипотезы ученых о том, что по мере общественного, научно-технического, социокультурного прогресса будет меняться форма государства, в частности, появляться какие-то принципиально новые формы, по мнению докладчика, оказались несостоятельны. Вполне закономерным выглядит тот факт, что наблюдается некоторый ренессанс имперских традиций в социуме XXI в. Как развитие такого вывода Л. В. Карнаушенко рассматривает проекты образования мирового государства и мирового правительства, а также глобального правления без создания такого правительства на основе деятельности сетевых структур. В указанном направлении движется в последние десятилетия и развитие Европейского Союза. Глобальное информационное общество XXI в. – принципиально новая форма социальной системы. Новый уровень глобального управления был достигнут посредством биополитики (господства над субъективным) и нового политического механизма, способного координировать динамику капитализма. Политическая форма управления этим процессом выразилась в виде «мирового дисциплинарного квазигосударства», «аппарата глобального управления» – Империи. Империя концептуализировалась как новый «политический субъект», «новый вид суверенитета, который приходит на смену слабеющему национальному суверенитету государств. Глобальное информационное общество не только не способствовало генезису условий для исключения «ренессанса» имперского типа государства; более того, оно привело к тому, что возникли возможности для появления империй уже в социуме XXI в. В результате этого не был утрачен и ключевой стимул генезиса империй – экстенсивное развитие за счет привлечения новых территорий и финансовых ресурсов, а шире – факторов

производства. Именно этот парадокс глобального информационного общества XXI в. не только не снял риски ренессанса империй, но и лишь усилил их. Примером может быть осуществление в Европейском Союзе «мобилизационной» вакцинации с существенным ограничением гражданских прав и свобод от коронавируса (COVID-19) на фоне усилившейся пропагандисткой атаки на те вакцины, которые произведены «неродственными» для ЕС структурами. Введение существенных ограничений прав и свобод граждан, отказавшихся от процедуры вакцинации,– типичный пример попыток возрождения империи, но уже в новом «электронном» качестве (как и в аспекте принимаемых политических и экономических мероприятий).

М.Г. Чесовская, начальник кафедры гуманитарных и социально-экономических дисциплин Белгородского юридического института МВД России им. И.Д. Путилина, канд. ист. наук, доц., отметила, что создание Европейского Союза с его частичным отказом от принципа национального суверенитета и споры о возможности его нарушения во имя «гуманитарной интервенции» заставили многих усомниться в национальной государственности как принципе организации современного политического пространства. Термин «империя» использовался как символ репрессивной, дискриминационной политики, недемократического режима. Негативные интерпретации империи накапливались, начиная с эпохи Нового времени, и сложились в рамках модернового представления о национальной государственности как о нормативном политическом порядке. В то же время негативное представление об империи не стало препятствием для использования её государственных форм для утверждения колониального господства, которое оправдывалось «цивилизующей» ролью Запада в просвещении «отсталых» народов. Тем не менее усилившиеся в XX в. негативные представления об имперской государственности способствовали ужесточению критики её исторического опыта, который воспринимался как опыт преимущественно неевропейских народов. Однако отношение к концепции империи меняется в связи с бурными переменами эпохи глобализации и необходимостью борьбы с транснациональным монополизмом и новыми угрозами национальной безопасности. Трудности утверждения имперской парадигмы сопряжены с неэффективностью режима национального суверенитета и основанного на нем международного права перед лицом этих новых угроз. В этих условиях возникает возможность синтеза ревизионистских попыток обосновать категорию «империя» в качестве альтернативы категории «национальный суверенитет».

Р.Т. Москвина, доцент кафедры истории государства и права Уральского государственного юридического университета (г. Екатеринбург), канд. ист. наук, доц., обратила внимание на имперские традиции российской государственности. Проблема персоналистского характера российской власти, полагает Р.Т. Москвина, заключается в том, что личности фактически подменяют собой институты и органы власти, а межличностные связи заменяют элементарные управленческие отношения. Следствием преимущественно личностного характера функционирования политических институтов является то, что основной метод правления – произвол властителя. В государствах европейской цивилизации авторитарная природа власти ограничивается в ходе буржуазных революций, так как получают развитие механизмы, контролирующие власть в лице структур гражданского общества, независимых СМИ, взаимного контроля ветвей власти и т.д. В результате буржуазных революций власть смещается в политические институты. Процесс институционального оформления власти начинается с утверждения принципа разделения властей, формирования структур гражданского общества как безусловных гарантий основных прав и свобод граждан. Механизмы, сдерживающие произвол властителя, не получили развития ни в Российской Империи, ни в СССР. Единственной возможностью корректировки правительственного курса является влияние «теневой власти», в лице фаворитов и временщиков, ближайшего окружения первого лица. Проблема заключается в том, что такая корректировка правительственного курса производится, как правило, в интересах «теневиков». Мафия как разновидность теневой власти, означающая союз трех сил (организованной экономической преступности, организованной уголовной преступности и отдельных представителей государственных структур), получила развитие в СССР (1970–1980) с появлением теневой экономики. Таким образом, «теневая власть» как совокупность незаконных, нелегитимных структур, влияющих на процесс принятия и содержание, а также форму реализации властных решений, есть неизбежное следствие персоналистского характера российской власти. Насильственное, проводимое политической элитой одномоментно комплексное замещение одной правовой и в целом культурной системы другой, с совершенно иным содержанием элементов, замещающих прежние, дает основание говорить о своего рода культурной катастрофе. Поскольку процесс замещения шел не постепенно «снизу» данной культурной системы, а «сверху», именно право являлось инструментом проведения преобразований в обществе. Другим следствием преимущественно личностного характера функционирования политических институтов является опора на бюрократию и силовые структуры, которые получают в этих условиях гипертрофированное развитие. Собственно государство

это и есть организация профессиональных управленцев, имеющая своей целью сохранение общественной целостности. Особенность бюрократии в том, что она имеет свойство распускать существо вопроса в бюрократические формы и, как правило, старается ничего не решать, не берет на себя ответственность, что, в конечном счете, парализует функционирование властных структур. При этом формируется тип исполнительного распорядителя, происходит своеобразная отрицательная селекция в рамках бюрократической системы. Отрицательные качества уже новой российской бюрократии – логическое следствие ее положения во властных структурах. Продажность, преследование узких, своекорыстных, корпоративных интересов характеризуют бюрократию во все времена ее существования. Самое пагубное следствие и непременное условие доминирования бюрократии – нищета подвластных, обусловливающая их бесправие. Нищета и бесправие – две стороны одной медали. Нищий, а следовательно, и бесправный человек не способен к сопротивлению власти, склонен к патернализму, ориентации на персону властителя, а не на объективные элементы политической системы. Личности, подменяя институты или органы власти, деформируют или формируют их в соответствии с собственными потребностями.

Л.А. Костогрызова, доцент кафедры истории государства и права Уральского государственного юридического университета (г. Екатеринбург), канд. юрид. наук, доц., дала характеристику особенностей Византийской империи, подчеркнув, что последняя отличается от западноевропейских средневековых государств по многим параметрам: 1) спецификой образования: в отличие от европейских – варварских государств, слабо ощутивших влияние римской цивилизации, в Византии произошел континуитет – трансформация органов Римской империи и их приспособление к новым реалиям; 2) отсутствием феодализма в привычном западноевропейском понимании; 3) наличием систематизации норм права (Кодекс Феодосия конца IV в., Свод гражданского права Юстиниана середины VI в., Эклога VIII в., Эпанагога IX в., Василики начала X в.); 4) в Византии оформилась церковь как организация верующих, которыми являлась большая часть ромеев – граждан государства; церковь стала юридически значимой организацией, статус её главы (константинопольского патриарха) был закреплён законодательно в Эпанагоге, а церковные каноны являлись источником права; 5) в Восточной Римской империи существовало государственное право, которое регулировало сферу деятельности органов власти и которое было формально закреплено и базировалось на определенных принципах. Византия, полагает Л.А. Костогрызова, уникальное средневековое государство с ограниченной монархией – ограниченной не представительным органом, как это было в государствах Западной Европы, а особым образом. Власть василевса была ограничена: законом (регламентированы его полномочия); канонами (которые василевс не должен был нарушать); церковью (патриарх – фигура, по выполняемым компетенциям равная василевсу); различного рода формальностями, связанными с церемониалом; отсутствием закона о престолонаследии, что напрямую связано еще с одним ограничением – волей народа. Роль народа в политической сфере была большей, чем избрание и смещение императоров, так как император должен был культивировать общественное мнение и держать его на своей стороне, а стоило ему отвлечься, находилось множество конкурентов на трон. Поэтому политики в Византии всегда были народными, а чьё-то пребывание на троне было выражением общественного мнения. Ещё одной отличительной чертой Византии является наличие огромного бюрократического аппарата, но в его организации есть особенности: 1) обязанности высших чиновников были закреплены законодательно; 2) функции чиновников переплетались; 3) стабильная работа чиновников, т.к., несмотря на частую смену императоров, управленческого кризиса не было.

Т.А. Алексеева, профессор-исследователь факультета права НИУ «Высшая школа экономики» (г. Москва), канд. юрид. наук, доц., посвятила свое исследование статусу императора по Конституции Бразилии 1824 г. Основными признаками, характеризующими статус императора Бразилии по Конституции 1824 г., Т.А. Алексеева назвала: систему четырех властей (законодательная, «сдерживающая», исполнительная и судебная); положение императора как верховного главы нации; полномочия императора как обладателя «сдерживающей власти»; положение императора как главы исполнительной власти.

Я.Л. Салогуб, доцент кафедры государственно-правовых дисциплин Санкт-Петербургской академии Следственного комитета РФ, канд. ист. наук, сделала доклад о территориальной экспанции как формы существования империи. Территориальная экспансия, подчеркнула Я.Л. Салогуб, проявляется в динамичности пространства и подвижности границ. Возможность расширения территориальных пределов имеет объективную и субъективную составляющую, где объективным является комплекс причин, поставивший государство перед необходимостью приобретения новых территорий, субъективным – способы приобретений как мирными средствами, так и путем завоеваний. Легитимность или нелегитимность способа зависела от конкретной исторической эпохи. Главными способами строительства колониальных империй «Великих европейских держав» в XVII–XIX вв.

стали договорные и недоговорные способы приобретения территорий, ранее являвшихся составной частью другого государства. Договорной способ предполагал цессию (уступку, передачу) территории в различных формах (покупка, мена, безвозмездная уступка обычно по мирному договору) и аренду. Недоговорным способом приобретения признавалось завоевание, а также приобретение территориального суверенитета в результате длительного фактического владения – «давности». Конец XIX в. завершил колониальный раздел и положил начало новому периоду международных отношений, в которых «сольные партии», выражаясь языком периода «европейского концерта», играла небольшая группа держав. Изменился характер колониальных войн. Новые территории стали удерживаться не для придания им статуса «национальных», а для утверждения присутствия и расширения зоны своего геополитического влияния. По этой причине на смену открытой экспансии и аннексии, т.е. завоеванию, пришли правовые способы временного приобретения территории в форме «неравноправных договоров»: международного договора аренды территории и концессии – специального одностороннего акта государства в форме особого договора, предусматривавшего предоставление территории для осуществления определенных видов экономической деятельности (строительство железных дорог и каналов, освоение сырьевых ресурсов). Не оспаривая верховные суверенные права титульного государства, арендованные и концессионные территории имели особый статус и государственно-правовой режим регулирования, определявшийся международными договорами и политическими целями государств-арендаторов и концессионеров.

Характеристике органов государственной власти посвятил свое исследование **П.Д. Николаенко, профессор кафедры истории государства и права Санкт-Петербургского университета МВД России, д-р ист. наук, доц., заслуженный работник высшей школы РФ**, который на основе анализа многочисленных правовых актов и практики их реализации изучил проблемы функционирования государственных органов в условиях становления Российской Империи в целом и проблемы противодействия казнокрадству и взяточничеству в первой четверти XVIII в., в частности.

В Российской Империи в правление Государя Императора Петра I казнокрадство и взяточничество стали тотальным злом, считает П.Д. Николаенко. Петр I принимал всевозможные меры для беспощадной борьбы с расхитителями государственной казны. В 1713–1725 гг. верховная власть практически ежегодно принимала правовые акты, направленные на ужесточение ответственности государственных чиновников за казнокрадство и взяточничество. И хотя эти виды преступления оставались «непотопляемым социальным бедствием», Государь Император Петр I боролся с теми, кто стремился обогатиться за счет казны.

К характеристике правового статуса органов государственной власти Российской Империи обратился и **Д.В. Соколов, доцент кафедры профессиональной деятельности сотрудников подразделений охраны общественного порядка Нижегородской академии МВД России, канд. юрид. наук**, который подчеркнул, что Учреждение Правительствующего Сената от 26 декабря 1916 г. существенно изменило структуру Сената и организацию его работы: 1) Сенат был разделен на четыре номерных департамента (ст. 12); 2) были повышены квалификационные требования к сенаторам (требовалось наличие высшего образования при сохранении возможности назначения на сенаторские должности гражданских и военных чинов) (ст. 8); наличие юридического образования не требовалось, что вызывало нарекания современников; 3) были определены новые полномочия Первого департамента Сената по рассмотрению дел различных категорий, в частности, возникающих из отношений, связанных с выборами в Государственную думу и Государственный совет, проведением торгов и заключением договоров в интересах казны, а также общего надзора за законностью действий органов и должностных лиц, подчиненных Сенату (ст. 20) (что указывало на сохранение у Правительствующего Сената судебных, административных и некоторых надзорных полномочий); 4) состязательность сторон в процессе рассмотрения дел Правительствующим Сенатом закреплялась по-новому: частные лица получили разрешение принимать личное участие в судебных заседаниях и участие через поверенных (ст. 45) (это нововведение повышало статус Правительствующего Сената как судебного органа, но непосредственное участие частных лиц и их поверенных обеспечивалось через соответствующего делопроизводителя канцелярии Правительствующего Сената (ст. 68), что ограничивало равноправие сторон, участвовавших в процессе рассмотрения дел). Изменился порядок подсчета голосов сенаторов при рассмотрении дел и исключении мнений министров и главноуправляющих из числа голосов, влияющих на принятие решения (ст. 92, 104) (порядок подсчета голосов фактически требовал от сенаторов, выразивших особое мнение, присоединяться к мнению большинства). Урреждение Правительствующего Сената от 26 декабря 1916 г. закрепило предпосылки для разделения властей в государстве: влияние обер-прокуроров Сената на принятие решения сенаторами было минимизировано (ст. 84); министр юстиции сохранил возможность надзора за производством в Общем собрании Сената (ст. 33), а также распределял

финансирование на содержание канцелярии Сената и формировал ее состав (прим. к ст. 259). Решениям Сената была придана высшая сила (ст. 222), апелляция на его решения не производилась.

На формирование правовых традиций в Российской Империи обратил внимание **Я.Л. Алиев, профессор кафедры криминологии Санкт-Петербургского университета МВД России, д-р юрид. наук, проф.**, который подчеркнул, что в Российской Империи формировались традиции правового регулирования общественных отношений и традиции организации и функционирования органов государственной власти. Традиции организации и осуществления полицейской деятельности, полагает Я.Л. Алиев, есть составная часть государственных и национально-культурных традиций России как единого и одновременно множественного государственно-национального образования; в своем происхождении, формировании и развитии, а также в формах проявления и реализации в общественном сознании и социальной практике народов России они отражают все элементы их духовного мира, всю гамму социально-политических норм, правил и государственно-правовых установлений.

На традициях формирования правовой идеологии в Российской Империи сосредоточил внимание **М.В. Бавсун, заместитель начальника Санкт-Петербургского университета МВД России по научной работе, д-р юрид. наук, проф., заслуженный юрист РФ**. Как часть правовой идеологии М.В. Бавсун рассматривает уголовно-правовую идеологию, которая в теоретической юриспруденции должного осмысления не получила. В Российском государстве в зависимости от факторов политического, экономического, социального, психологического характера к сфере уголовно-правового регулирования относились по-разному. Идеи возмездия и устрашения, справедливости и исправления, а также компромисса и тотальной гуманизации наказания последовательно сменяли друг друга. Реализация каждой идеи отражала потребности государства в противодействии преступности и сопровождалась изменениями уголовного законодательства. Самостоятельное изучение понятия «уголовно-правовая идеология» и содержания уголовно-правовой идеологии имеет принципиально важное значение для определения концепции развития уголовного закона и тех средств, которые оказывали бы больший эффект на лиц, совершивших преступление в Российской Федерации.

А.Н. Самарский, доцент кафедры теории и истории права и государства Волгоградской академии МВД России, канд. пед. наук, обратился к важному правовому акту Российской Империи – Акту о престолонаследии 1797 г. А.Н. Самарский подчеркнул, что вышеназванный Акт имел существенные отличия от Указа Петра I и привносил изменения, определяющие порядок наследования. Основные отличия акта Павла I состояли прежде всего в том, что Государь Император не мог самостоятельно определять себе наследника, желание монарха не учитывалось даже при наличии завещания с его волеизъявлением. Данное положение было включено Павлом I как усвоенный урок правления Петра I, когда возможность выбора наследника, закрепленная в пунктах документа, породила череду дворцовых переворотов. Учитывая ошибки прошлого, Акт о престолонаследии 1797 г.: 1) определял право наследования только по закону; 2) закреплял гендерные приоритеты наследования и вступления на престол (приоритет наследников мужского пола был заимствован из австрийской «полусалической» примогенитуры, исключающей возможность вступления на престол женщин); 3) закреплял правила регентства (возрастом совершеннолетия наследника признавались 16 лет, до наступления которых наследник не мог претендовать на престол без наличия опекуна); 4) запрещал вступление на престол лицам, не принадлежавшим к Православной Церкви (наследник престола и его супруга должны быть крещены в православной вере); 5) закреплял невозможность вступления на российский престол того, кто царствует уже на престоле другого государства.

П.А. Астафичев, профессор кафедры конституционного и международного права Санкт-Петербургского университета МВД России, д-р юрид. наук, проф., обратился к анализу идеи ограничения самодержавия как традиции общественно-политической мысли в Российской Империи. П.А. Астафичев пришел к выводу, что российский конституционализм в своей ретроспективе может быть истолкован как внутрисистемный реформизм, имевший целью преобразование самодержавия в России в правовое государство. Обосновывая эту идею, ученый исследует «Русскую Правду, или Заповедную государственную грамоту великого народа российского, служащую заветом для усовершенствования России и содержащую верный наказ как для народа, так и для временного верховного правления» П.И. Пестеля (1823) – программный документ Южного общества декабристов.

М.О. Тяпкин, начальник кафедры теории и истории права и государства Барнаульского юридического института МВД России, д-р ист. наук, доц., сосредоточил интерес на проблемах нормативного регулирования системы лесоуправления в Российской Империи, генезис которой сопровождался постоянным поиском оптимальной модели функционирования нижнего звена лесоохраны – лесной стражи. В 1837 г. было образовано Министерство государственных имуществ, а спустя два года – Корпус лесничих, входивший в его структуру, который получил военное устройство. Милитаризация лесного ведомства,

полагает М.О. Тяпкин, затронула и лесную стражу. Военно-лесная стража получила право пользования служебными земельными наделами, домами (кордонами), «дарами леса», снабжалась форменным обмундированием и оружием, имела ряд других прав и преимуществ. Во второй половине XIX в. произошла демилитаризация лесного ведомства: после принятия в июне 1869 г. Положения о лесной страже в казенных лесах лесная стража была заменена постоянными лесниками и объездчиками, действовавшими на профессиональной основе.

А.В. Кащеев, ученый секретарь ученого совета Академии Министерства внутренних дел Республики Беларусь (г. Минск), канд. ист. наук, осуществил анализ конфессионального фактора развития Российского государства и общества в конце XIX – начале XX в. Конфессиональная принадлежность была одним из ключевых маркеров российского общества того периода. Законодательством определялась неразрывная связь национальной и конфессиональной принадлежности, поэтому мероприятия по распространению православия зачастую рассматривались как политика русификации, католичества – полонизации, лютеранства – онемечивания. Даже послабления в вероисповедной политике, вызванные революционными потрясениями 1905–1907 гг., привели не к свободе совести, а к свободе вероисповедания. Каждой конфессии, подчеркивает А.В. Кащеев**,** в Российской Империи отводилось свое место. Доминирующее положение занимало православие, которое являлось государственной религией. Переход неправославных подданных Российской Империи в православие поощрялся, а переход из православия в иную конфессию ограничивался на протяжении всего XIX в. и стал возможен только с 1905 г. При этом религиозная организация православия с 1721 г. находилась под контролем государства, а органы управления различных уровней во главе со Святейшим Синодом являлись частью государственного аппарата Российской Империи. Светское начало в Святейшем Синоде в лице Обер-прокурора было влиятельнее духовного, представленного высшим православным духовенством. Такой же контроль испытывали другие конфессии, однако они не имели равной православию поддержки, а в некоторых губерниях, где конкурировали с ним, подвергались различным ограничениям. Крупнейшими конфессиями Российской Империи помимо православной были католическая, лютеранская, мусульманская и иудейская. Контроль над неправославными конфессиями осуществляло специально созданное в 1832 г. государственное учреждение – Департамент духовных дел иностранных исповеданий Министерства внутренних дел Российской Империи. В целом действующие в Российской Империи религиозные организации и культы образовывали три группы: 1) православие как государственная религия и лояльная по отношению к правительству; 2) «терпимые» конфессии, за которыми признавалось право на существование, однако их деятельность находилась под контролем и зачастую ограничивалась; 3) запрещенные или непризнанные культы и секты, деятельность которых пресекалась, а последователи и «проповедники» подвергались преследованию (в XIX в. к ним относилось и старообрядчество). Такое деление обусловливалось представлениями о благонадежности и возможностью делегирования части государственных полномочий религиозным организациям, например, в сферах образования, семейно-брачных отношений, наследственного права, учета населения.

Важными вопросами для обсуждения стали проблемы межнациональных отношений в Российской Империи.

И.Б. Ломакина, профессор кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского юридического института (филиала) Университета прокуратуры РФ, д-р юрид. наук, проф., обратила внимание на то, что в составе Российской Империи проживали кочевые общества – общества сибирских аборигенов, ведущих кочевой и полукочевой образ жизни и подвергнувшихся российской аккультурации по мере включения их в Российскую Империю. Процесс включения сибирских коренных народов в социокультурное пространство Российской Империи в исторической литературе был обозначен как «российское завоевание», «российская колонизация». И.Б. Ломакина на конкретных примерах, используя статистические данные, доказывает, что «завоевания» сибирских народов было чаще мирным, в отличие от западноевропейской экспансии, в ходе которой большая часть коренного населения (например, индейцы) либо вымерли, либо их численность существенно сократилась. Численность сибирского аборигенного населения увеличилась. Сохраняя прежнюю систему родового управления, соционормативную систему сибирских аборигенов, российская бюрократия пыталась оградить местное население от русского торгового капитала. Эти мероприятия проводились с целью предотвращения разорения аборигенного населения. Нормативное закрепление получили важные правила: территория Сибирского края получила особый статус государственных земель; местное коренное население, ведущее традиционное хозяйство, наделялось юридическим статусом российских подданных (ясачных – плательщиков ясака (налогов, сборов и т.д.)), главная обязанность которых перед государством заключалась в уплате налогов, сборов, различных повинностей; ввиду возможного разорения сибирских аборигенов ограничивались юридические сделки с русскими купцами; легитимировалась этническая

нормативная система (обычное право); признавались родовые органы управления, в т.ч. и судебные. О вдумчивом и уважительном отношении властей к обычному праву сибирских аборигенов свидетельствует преподавание в Томском университете, одном из старейших учебных заведений Сибири, обычного права коренных народов Сибири, для чего привлекались кадры из местного аборигенного населения.

В 1812 г. в состав Российской Империи вошла Бессарабия, констатировала **Л.П. Заболотная, ведущий научный сотрудник Национального музея истории Молдовы (г. Кишинев), д-р ист. наук, доц.** Нормы российского права в начале XIX в. значительно отличались от автохтонного права Бессарабии. Такие отличия имели различные сферы регулирования общественных отношений, в частности, семейное право: молдавские женщины имели равные имущественные и наследственные права с мужчинами на движимое и недвижимое имущество, могли инициировать разводы и повторно вступать в брак, самостоятельно управлять своим приданным и собственными деньгами, супруг не имел право отчуждать и пользоваться имуществом супруги без ее ведома, имущество жены не подвергалось конфискации, в случае государственной измены супруга и полной конфискации его имущества, жены не обязаны были сопровождать своих мужей на каторгу. При включении Бессарабии в состав Российской Империи одним из направлений правовой аккультурации стало внесение изменений в национальное семейное процессуально-гражданское законодательство.

М.К. Тагаев, генеральный директор ООО «Централ Азия Транзит» (Кыргызстан, г. Бишкек), исследовал проблемы сохранения национальной идентичности окраин Российской Империи. Вхождение кыргызского народа в конце XIX в. в состав Российской Империи, полагает М.К. Тагаев, потребовало от кыргызов использования новых форм общественно-государственного уклада. Но традиции и обычаи самоорганизации кыргызского народа утрачены не были; они до сих пор не потеряли своего значения. Самоуправление кыргызов в Российской Империи было построено на принципах военно-народного управления, на сочетании жизни в полицейском государстве с сохранением национальных управленческих и культурных традиций. Обычное право продолжало сохраняться как важный социальный регулятор.

На особенности организации системы управления в Туркестанском крае, вошедшем в состав Российской Империи на основании договора между Российской Империей и Бухарой 1868 г., обратил внимание **А.Р. Абдулло**, **доцент кафедры государственно-правовых дисциплин факультета № 2 «Правоведение» Академии МВД Республики Таджикистан (г. Душанбе)**. Общее руководство управлением в крае осуществляли Туркестанский генерал-губернатор и военные губернаторы областей, назначаемые Государем Императором Российской Империи. При выполнении задач правоохранительного характера, в частности, пресечения совершения тяжких преступлений (убийств, разбоев, грабежей, сопротивления власти), генерал-губернатор мог использовать право предания виновных военному суду для осуждения по законам военного времени. Отдельные правоохранительные функции в Туркестанском крае выполняли органы общественного управления: аксакальство – у оседлых «туземцев», аульное общество – у кочевого населения. Основной структурой для управления и тех и других была волость, которой заведовал выборный волостной управитель. Представителями местного «туземного» населения были выборные сельские старшины, которые осуществляли полицейские функции, т.е. в сельской местности у оседлых и кочевых народов Туркестана действовали органы общественного управления, которые выполняли административно-полицейские функции под контролем государственных органов.

Г.А. Скипский, доцент кафедры теории и истории государства и права Уральского юридического института МВД России (г. Екатеринбург), канд. ист. наук, доц., охарактеризовал политику Российской Империи на Кавказе в конце XIX – начале XX в. Центральная власть во всех национальных окраинах Российской Империи традиционно стремилась избегать методов силового принуждения или жесткого администрирования. Как правило, чиновники всегда стояли перед дилеммой: с одной стороны, реализовывать политику в интересах центральной власти, с другой – учитывать сложившиеся вековые традиции и специфику правового сознания местного населения. В этом плане на Кавказе причудливо сочетались адаты, шариат и православное каноническое право (в Грузии) при сохранении обычаев кровной мести. В ходе полувекового кровопролитного противостояния Кавказской войны в крае сложилась своеобразная система военно-народного управления. Она символизировала наступление определенного межэтнического, межрелигиозного, и межцивилизационного перемирия. Совместное обеспечение социально-экономического и культурного процветания края при активном участии всех сторон (горцев, казачества, т.н. «иногородних», представителей администрации) являлось важнейшим условием предупреждения угроз возобновления крупномасштабного вооруженного конфликта.

Окончание Кавказской войны произошло не потому, что горцы потерпели военно-политическое поражение, а потому, что они сами признали себя побежденными. Этому способствовали и действия

администрации, нацеленные на разъяснение прав жителей горных районов Чечни и Дагестана, убеждали в неприкосновенности религиозных чувств и местных адатов. Тем не менее, судя по принципам комплектования органов местной власти на Кавказе, чиновники первоначально не выказывали по отношению к горцам полного доверия. Его было нужно заслужить годами беспорочной службы, чтобы продвинуться хотя бы на средний уровень административной иерархии края. Поэтому традиционная ранее практика выборов при занятии административных постов в местном управлении достаточно быстро сменилась на императивный принцип назначения. Но уже в 1880-х годах администрация Российской Империи посчитала, что период культурной ассимиляции местной родоплеменной и феодальной знати прошел в достаточной степени, поэтому, спустя срок смены всего лишь одного поколения горцев, на Северном Кавказе систематически стали предприниматься меры к созданию кадров чиновников из числа «образованных туземцев».

На особенностях международных отношений Российской Империи, дунайских княжеств и балканских государств сосредоточил интерес **В.И. Цвиркун, Чрезвычайный и Полномочный посол Республики Молдова в Государстве Катар, д-р ист. наук, д-р пед. наук, проф.** Наряду с Саввой Рагузинским-Владиславичем и Томой Кантакузино одной из ключевых фигур политики, проводимой правительством Российской Империи в Дунайских княжествах и на Балканах, констатировал В.И. Цвиркун, был Димитрий Кантемир. На протяжении длительного времени политическая и государственная деятельность Д. Кантемира в России не являлась предметом научного исследования ученых. Более того, ряд из них вообще отрицали факт участия бывшего молдавского господаря в политической и государственной деятельности. Вопреки этим утверждениям, В.И. Цвиркун на основе анализа широкого круга архивных документов пришел к иному выводу. Нужда в советах и консультациях Д. Кантемира по вопросам военного и политического состояния Турции, а также перспектив развития российско-турецких отношений убедила Государя Императора Петра I поторопить приезд князя из Харькова в Санкт-Петербург на «большой совет», куда были созваны все сенаторы и генерал-губернаторы. Д. Кантемир принимал участие в секретных совещаниях при монархе, он был введен в состав Правительствующего Сената и «пожалован тайным советником». Продолжавшееся военное и политическое противостояние Российской Империи и Османской империи, многолетнее балансирование на грани войны и мира, чреватое новым вооруженным конфликтом, выдвигали Д. Кантемира – глубокого знатока языка, традиций и политических настроений правящей элиты Порты, в число наиболее компетентных людей.

Российскую Империю как субъект международных отношений охарактеризовала **Е.А. Сорокина, старший научный сотрудник Института этнологии и антропологии им. Н.Н. Миклухо-Маклая РАН (г. Москва), канд. ист. наук**. Особое внимание Е.А. Сорокина уделила анализу российско-шведских отношений в XVIII в. В 60-е годы XVIII в. в Российской Империи возросло общее количество мануфактур, в т.ч. производящих полотно и сукно (важных статей экспорта для кораблестроения и снабжения армии), а также и чугуноплавильных мануфактур (поставки железа в то время – важная экспортная статья экономики Российской Империи). Становление и развитие европейского экономического рынка предполагало не только торговые взаимоотношения различных стран и возможное взаимное соперничество на этом рынке. Российская Империя и Швеция имели схожий ассортимент экспорта. Шведская меркантилистская политика, осуществляемая в том числе и с помощью принципов протекционизма, содействовала укреплению национальной экономики и государства и была отражением интересов торгового и ростовщического капитала. За время действия такой политики во второй половине XVIII в. в Швеции количественно вырос флот, возросла протяженность рейсов морских судов. Русская дипломатия, следуя своим политическим интересам и целям, действовала в направлении создания единой политической системы, включающей Российскую Империю, Швецию, Великобританию. И в то же время Российская Империя и Швеция все активнее конкурировали в продаже своего железа на английском рынке. Политические цели и интересы Российской Империи находили свое отражение в торгово-экономической политике, отражающей и общую экономическую конъюнктуру и процесс складывания европейского рынка, до настоящего времени опирающийся на традиции, сложившиеся в XVIII – начале XX в.

Характеризуя проблемы образования и науки, **Н.Н. Зипунникова, доцент кафедры истории государства и права Уральского государственного юридического университета (г. Екатеринбург), канд. юрид. наук, доц.**, отметила, что необходимость дисперсного размещения высших учебных заведений в Российской Империи в XVIII в. стала остро ощущаться: концентрация высших учебных заведений лишь в столичных городах могла оказать негативное влияние на освоение новых территорий и социально-экономическое развитие российской провинции. В 1803 г., помимо имевшихся университетов в Москве, Вильно, Дерпте и учреждаемых «в округе Санкт-Петербургском, в Казани и Харькове», планировалось создание университетов

в Киеве, Тобольске, Устюге Великом. Остроту приобретал вопрос об организации университета в Сибири, решившийся лишь к концу столетия поэтапным открытием Томского императорского университета. Значимым при рассмотрении образования и науки сквозь «имперскую оптику» видится опыт познания (как исследования, так и преподавания) местных узаконений Российской Империи, полагает Н.Н. Зипунникова. Одной из отличительных черт правовой системы стало формирование двух уровней в системе права Российской Империи – общегосударственного и местного. Российское правоведение в исследовании вопросов местного права развивалось преимущественно в связи с потребностями законодательной деятельности, юридической практики и образования. Помимо сформировавшегося научно-литературного домена, уходящего истоками в наследие М.М. Сперанского, характеристикой Российской Империи были образовательные стандарты преподавания с университетских кафедр местного права. Так, в Дерптском и Виленском университетах будущие юристы изучали лифляндское, эстляндское, финляндское, курляндское провинциальное право и практическое правоведение, гражданское и уголовное право в бывших польских областях, присоединенных к Российской Империи. Преподавание «гражданских законов, общих, особенных и местных» предусматривалось Общим уставом императорских российских университетов 1835 г.

* * *

Поставленные для обсуждения на конференции вопросы получили разностороннее освещение. Работа конференции может быть оценена как плодотворная и способствующая приращению научных знаний о становлении и развитии государственно-правовой системы России, об основных этапах истории Российской Империи, о закономерностях и особенностях организации и функционировании государственно-правовых институтов.

Сведения об авторах

НИЖНИК Надежда Степановна –
доктор юридических наук, профессор,
заслуженный работник высшей школы РФ,
начальник кафедры теории государства и права
Санкт-Петербургского университета МВД
России; 196602 г. Санкт-Петербург,
г. Пушкин, Софийский б-р., д. 1/2

НУДНЕНКО Лидия Алексеевна –
доктор юридических наук, профессор,
почетный работник высшей профессиональной
школы РФ, профессор Российской академии
народного хозяйства и государственной
службы при Президенте РФ;
119572 г. Москва, пр-т Вернадского, д. 82

Authors' information

NIZHNIK Nadezhda S. –
Doctor of Law, Professor,
Honored Worker of higher school of Russiaб
head of Department of theory of state and law of
Saint-Petersburg University of MIA of Russia;
1/2 Sofiysky bulvar, 196602 St. Petersburg,
Pushkin, Russia

NUDNENKO Lydia A. –
Doctor of Law, Professor, Honored Worker
of higher a professional school of the Russian
Federation, Professor of the Russian Presidential
Academy of National Economy
and Public Administration;
82 Vernadsky ave., 119572 Moscow, Russia

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 11, с. 196–198
STATE AND LAW, 2021, № 11, pp. 196–198

КРИТИКА И БИБЛИОГРАФИЯ

К.В. Агамиров. ЮРИДИЧЕСКОЕ ПРОГНОЗИРОВАНИЕ КАК ФАКТОР СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ РОССИЙСКОЙ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ. Москва: Проспект, 2021. – 528 с.

© 2021 г. О. Ю. Рыбаков

Московский государственный юридический университет им. О.Е. Кутафина (МГЮА)

E-mail: ryb.oleg13@yandex.ru

Поступила в редакцию 01.08.2021 г.

Аннотация. Дана рецензия на монографию д-ра юрид. наук К.В. Агамирова «Юридическое прогнозирование как фактор совершенствования российской правовой системы». В работе установлены теоретико-методологические основы юридического прогнозирования; выявлена его роль в стратегии развития правовой системы; исследованы прогностические направления совершенствования отраслевого законодательства; раскрыт механизм прогнозирования правового поведения; проанализирован организационно-институциональный аспект юридического прогнозирования. Монография предназначена для сотрудников научно-исследовательских учреждений, профессорско-преподавательского состава, аспирантов и учащихся юридических вузов и факультетов. Она может привлечь внимание представителей органов государственной власти, общественности и всех, кто интересуется проблемами юридической науки, правотворчества, правоприменительной практики и социологии права.

Ключевые слова: юридическое прогнозирование, право, правовая система, государство, отраслевое прогнозирование, план законодательных работ, прогностический этап законотворческого процесса, правовое поведение.

Цитирование: *Рыбаков О.Ю.* К.В. Агамиров. Юридическое прогнозирование как фактор совершенствования российской правовой системы // Государство и право. 2021. № 11. С. 196–198.

DOI: 10.31857/S102694520017467-4

K.V. Agamirov. LEGAL FORECASTING AS A FACTOR IN IMPROVING THE RUSSIAN LEGAL SYSTEM. Moscow: Prospekt, 2021. – 528 pp.

© 2021 O. Yu. Rybakov

Kutafin Moscow state Law University (MSLA)

E-mail: ryb.oleg13@yandex.ru

Received 01.08.2021

Abstract. A review of the monograph by Doctor of Law K.V. Agamirov “Legal forecasting as a factor in improving the Russian legal system”. The theoretical and methodological foundations of legal forecasting are established; its role in the development strategy of the legal system is revealed; the prognostic directions of improving sectoral legislation are investigated; the mechanism of forecasting legal behavior is disclosed; the organizational and institutional aspect of legal forecasting is analyzed. The monograph is intended for employees of research institutions, teaching staff, graduate students and students of law schools and faculties. It can attract the attention of representatives of state authorities, the public and everyone who is interested in the problems of legal science, law-making, law enforcement practice and sociology of law.

Key words: legal forecasting, law, legal system, state, industry forecasting, legislative work plan, prognostic stage of the legislative process, legal behavior.

For citation: *Rybakov, O. Yu. (2021).* K.V. Agamirov. Legal forecasting as a factor in improving the Russian legal system // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 11, pp. 196–198.

Исследование К.В. Агамирова посвящено актуальной теме юридического прогнозирования, которое автор рассматривает как деятельностный подход в органическом сочетании теоретических, методологических, организационно-институциональных, правотворческих, правоприменительных и практических аспектов.

В основе авторской концепции сквозная идея юридического прогнозирования как научно-практической деятельности, направленной на совершенствование правовой системы.

В соответствии с этой концепцией юридическое прогнозирование на основе целевой установки и специфических методов призвано обеспечить непрерывное реагирование на происходящие изменения в социально-правовой среде и, соответственно, исследовать правовые явления и процессы во всем их разнообразии с целью совершенствования правового регулирования и влияния на общественные отношения.

К.В. Агамиров разработал теоретико-методологические начала юридического прогнозирования, среди которых следует выделить определение объекта, сферы, видов, принципов, функций, элементов процесса юридического прогнозирования. Особо нужно отметить логическое обоснование пяти уровней осуществления юридического прогнозирования, которые состоят из анализа и оценки: а) стратегии развития законодательства и правовой системы в целом; б) совершенствования отраслей законодательства, его институтов и норм; в) функционирования правовых учреждений; г) процессов правообразования и законотворчества; д) закономерностей и причинно-следственных связей правового поведения.

К заслугам автора, свидетельствующих о междисциплинарном характере проведенного исследования, следует отнести включение в методологию юридического прогнозирования его философско-правовых положений – исследование онтологических, гносеологических и аксиологических оснований юридического прогнозирования, позволяющих получать стохастические характеристики будущего состояния государственно-правовых явлений и процессов.

Онтологический аспект (право в статике) связан с выявлением того, как объективно формируется будущее правовой системы; какие факторы определяют это будущее; какова наиболее вероятная картина будущего правовой системы с точки зрения заранее заданных параметров. Гносеологический аспект (право в динамике) характеризует отражение будущего правовой системы в человеческом познании и включает в себя формы отображения будущего правовой системы в массовом, профессионально-юридическом и научном сознании с точки зрения его достоверности. Аксиологический аспект (что должно быть – желательное право, или аксиология права с ценностно-позитивным началом; чего не должно быть – нежелательное право, или аксиология права с ценностно-негативным началом; изменения не требуются – нейтральное право, или аксиология права с промежуточным началом) призван определить ценность существующих и перспективных направлений развития правовой системы для личности, общества и государства, их способность служить реализации прав и свобод человека и гражданина, социальных потребностей и государственных интересов.

Автором выведены логическая структура юридического прогноза, структура решения проблемной ситуации и условия построения прогностической модели на основании соотношения профильных и фоновых данных юридического прогнозирования; определена совокупность методов юридического прогнозирования, позволяющих получать точные, достоверные прогнозы; предложен и обоснован метод использования географической информационной системы (ГИС) в качестве важного прогностического инструмента в деятельности правоохранительных органов.

Принципиально важным достижением представленного монографического исследования является обоснование необходимости внедрения в процесс законотворчества в качестве его научного фундамента прогностического этапа, без которого невозможно научное обоснование плана законодательных работ. Прогнозные оценки развития законодательства необходимо признать обязательным условием планирования законодательной деятельности, а само законотворчество подлежит расширительному толкованию и включает в себя как деятельность субъектов с компетенцией по принятию, изменению, дополнению и отмене нормативных правовых актов, так и предварительную прогностическую деятельность экспертов.

Значимым вкладом в развиваемое научное направление следует считать обоснование необходимости прогнозирования правовой политики в экономической сфере. В работе доказано, что координация стратегии экономической безопасности и прогноза долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации с планами законодательных работ предопределяет вектор регуляторной политики хозяйственной деятельности государства, а сами долгосрочные нормативные документы стратегического планирования являются моделью разработки хозяйствующими субъектами собственных прогнозов и стратегий.

К.В. Агамиров исследовал в прогностическом ключе влияние рисков глобализации на правовую систему Российской Федерации и выявил изменения в системе права и правовой идеологии, происходящие под влиянием глобализационных процессов.

Междисциплинарность представленной работы подтверждается глубоким прогностическим анализом ряда отраслей законодательства. Автор, используя методологию и методы юридического прогнозирования, исследовал прогностические направления совершенствования конституционного законодательства, законодательства о правах и свободах человека и гражданина, о предпринимательской деятельности, о правоохранительной деятельности, в информационной сфере.

Значимость проведенного исследования подкрепляется разработкой организационно-институциональной составляющей юридического прогнозирования – определена компетенция прогностических учреждений, среди которых ведущее место должно принадлежать Центру социально-правового прогнозирования Российской академии наук (проект Центра разработан и представлен автором в виде приложения к монографии).

В завершающей части монографии исследованы теоретические предпосылки и методологические основы прогнозирования правового поведения, что позволило К.В. Агамирову выявить: а) специфику прогнозирования и уровни правовой активности правомерного поведения, его причинно-следственные связи и движущие силы, учет которых служит основой для формирования, поддержания и развития позитивных жизненных стандартов; б) особенности отклоняющегося поведения и роль юридического прогнозирования в его профилактике.

Анализируя причинные связи и способы нейтрализации антиобщественных установок субъекта права, автор приходит к обоснованному выводу о том, что достойная жизнь,

сдерживающее воздействие угрозы и размера наказания и контроль за лицами с признаками девиантного поведения и повышенной виктимностью являются основой для профилактики отклоняющегося поведения и преодоления отчуждения личности от государства и права.

Следует отметить весомость для правовой науки и практики представленных автором приложений к монографии, включающие в себя конкретные предложения по совершенствованию отраслевого законодательства, направленные в Комитет Государственной Думы по государственному строительству и законодательству и принятые им к рассмотрению (ряд из них уже реализован), и самостоятельные социологические исследования, свидетельствующие о достоверности положений и выводов работы.

Таким образом, автором проведено фундаментальное монографическое исследование теоретико-методологических, законотворческих, институциональных, философских, социологических и практических аспектов юридического прогнозирования. Работа К.В. Агамирова имеет высокий уровень научной новизны, решает актуальную научную задачу и развивает важное научное направление.

Монография предназначена для сотрудников научно-исследовательских учреждений, профессорско-преподавательского состава, аспирантов и учащихся юридических вузов и факультетов. Она может привлечь внимание представителей органов государственной власти, общественности и всех, кто интересуется проблемами юридической науки, правотворчества, правоприменительной практики и социологии права.

Сведения об авторе

РЫБАКОВ Олег Юрьевич –
доктор юридических наук, доктор философских наук, профессор, заведующий кафедрой философии и социологии Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА);
125993 г. Москва, Садовая-Кудринская ул., д. 9

Authors' information

RYBAKOV Oleg Yu. –
Doctor of Law, Doctor of Philosophy, Professor, Head of the Department of Philosophy and Sociology of Kutafin Moscow state Law University (MSLA); 9 Sadovaya-Kudrinskaya str., 125993 Moscow, Russia

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 11, с. 199–201
STATE AND LAW, 2021, № 11, pp. 199–201

ПЕРСОНАЛИИ

К ЮБИЛЕЮ И.А. УМНОВОЙ-КОНЮХОВОЙ – УЧЕНОГО, ПЕДАГОГА, ОБЩЕСТВЕННОГО ДЕЯТЕЛЯ

В жизни многие события характеризуются, с одной стороны, закономерностью, с другой – уникальностью. Вместе с тем существенное влияние на исход происходящих событий оказывают принципы, от которых не отступают, которыми руководствуются люди при осуществлении своей деятельности, принятии решений и которые являются концентрированным выражением накопленного опыта. Жизненные принципы – это внутренние осознанные установки человека, его характерные качества, влияющие на результаты его активности. Принципиальный человек – это не просто личность с явно выраженной позицией, это весьма ответственный и мудрый человек, имеющий обоснованные твердые жизненные позиции. Практически все великие ученые являются принципиальными личностями. Они навсегда остаются в человеческой памяти, потому что не только обогащают культуру своим примером, но и создают созидательный потенциал для будущих поколений. Авторитетность созидательных и принципиальных людей уже давно доказана психологами. Проявляя себя как созидательные и принципиальные личности, они постоянно выступают ярким примером для подражания. Эти люди незримо сопровождают каждого из нас, целые поколения, преодолевая столетия, ибо они – часть культуры.

Ирина Анатольевна Умнова-Конюхова – доктор юридических наук, профессор, руководитель научного направления конституционно-правовых исследований Российского государственного университета правосудия, ведущий научный сотрудник ИНИОН РАН, руководитель магистерской программы кафедры земельного и экологического права РУДН, профессор Юридического института Севастопольского государственного университета, президент общественной организации «Центр содействия гуманитарному развитию общества “Право мира”» (Центр «Право мира»), президент Международного фонда «Дорога мира», эксперт федеральных и региональных органов государственной власти Российской Федерации, член Союза писателей России. Она международный эксперт и просветитель, активно выступающая с лекциями в государствах постсоветского пространства, а также в США, Франции, Швейцарии, Иране, Вьетнаме, Италии и других зарубежных странах. Ирина Анатольевна – человек, наследие которого можно охарактеризовать как часть не только российской, но и общецивилизационной культуры.

Сферу научных интересов И.А. Умновой-Конюховой составляют актуальные проблемы конституционного права и международного права; современные правовые механизмы противодействия угрозам и вызовам цивилизации; правовые основы обеспечения мира, безопасности и устойчивого развития; защита прав человека, духовно-нравственных и других гуманитарных ценностей; сохранение среды обитания и других составляющих экологии человека; совершенствование федерализма и местного самоуправления и др.

И.А. Умнова-Конюхова – автор более 400 научных публикаций, в т.ч. 18 монографий, 14 учебников и учебных пособий. Важный вклад в правовую науку связан с развитием И.А. Умновой-Конюховой новых научных направлений в науке конституционного права и международного публичного права – генерологии права и футурологии права. В 2009 г. ею была выдвинута идея формирования отраслей права нового поколения интегрированного типа, которая последовательно развивается в трудах ученого. Среди отраслей права нового поколения особое внимание уделено праву мира, праву безопасности и праву устойчивого развития. Ирину Анатольевну по праву можно считать основателем новой научной школы в юриспруденции – право мира – отрасли права нового поколения, направленной на регулирование и защиту высших ценностей: международного и гражданского мира, безопасности мира и формирования общества согласия между людьми. Она также является идеологом становления новой общественной науки – мирологии, проводящей исследования проблем мира как антипода войн и вооруженных конфликтов, социальных конфликтов и ссор, нарушающих мир и согласие в обществе.

В настоящее время И.А. Умнова-Конюхова занята формированием в России современной школы футурологии права, нацеленной на определение правовых прогнозов, стратегий и путей развития человеческой цивилизации. Она обладает удивительным пророческим даром, оценивая в своих научных работах действенность закрепленной в Конституции РФ либерально-демократической идеи и конституционных ценностей, соответствующих современным национальным интересам развития Российской Федерации. Оценка дается сквозь призму мирового и российского опыта конституционного развития. В ее трудах последовательно рассматриваются тенденции формирования конституционной аксиологии, гуманизации и социализации конституций, расширения конституционной нравственности; появления новых доктрин конституционного идеала, основанных на конституционном компромиссе в условиях кризиса либерально-демократической и других действующих парадигм конституционного развития; возникновения феномена глобального конституционализма, меняющего пространственные пределы конституции, усиливающего международное вмешательство в конституционный дизайн и формирующего универсальные конституционные стандарты.

В силу своей высочайшей интеллигентности, гражданственности и ответственности И.А. Умнова-Конюхова принципиально отстаивает позицию о том, что важно помнить об ответственности перед будущими поколениями. Ответственность перед будущими поколениями, по ее мнению, находится в дихотомической связи с обязанностями нынешних поколений. И это не просто теоретические высказывания ученого, она их последовательно и принципиально реализует в реальной жизни. Под научным руководством И.А. Умновой-Конюховой успешно защитили диссертации на соискание ученой степени кандидата наук 12 аспирантов.

Необходимо отметить еще один фактор, сыгравший немаловажную роль в становлении И.А. Умновой-Конюховой как ученого, – это ее семья. Родилась Ирина Анатольевна 18 ноября 1961 г. в г. Прокопьевске Кемеровской области в семье выдающихся людей. Ее отец, Анатолий Емельянович Умнов (1932–1993), – всемирно известный изобретатель (им запатентовано более 300 изобретений, треть из них были запатентованы и внедрены за рубежом).

Будучи генерал-полковником, доктором технических наук, он занимал сначала должность начальника ВГСЧ Сибири и Дальнего Востока, а в последующие годы возглавлял Управление, ведающее вопросами безопасности и охраны труда в Министерстве черной металлургии СССР. Награжден орденами Трудового Красного Знамени, Ленина и «Знак Почета». Мать, Зоя Ивановна Умнова, – бывший учитель физики и математики, заслуженный учитель СССР. В 1988 г. после окончания аспирантуры в Кемеровском государственном университете Ирина Анатольевна защитила в Ленинградском государственном университете им. А.А. Жданова кандидатскую диссертацию. В 1997 г. успешно защитила докторскую диссертацию на тему «Конституционные основы современного российского федерализма» в диссертационном Совете Московской государственной юридической академии (МГЮА). В 2000 г. присвоено звание профессора.

Будучи известным ученым, Ирина Анатольевна еще обладает статусом многодетной матери – родила и воспитала трех сыновей, старшие из которых подарили ей внука и четырех внучек.

В феномене И.А. Умновой-Конюховой большую роль сыграла и ее особая сопричастность искусству, художественной литературе и другим сферам общественной мысли. По этому поводу следует отметить, что ею изданы десятки художественных произведений и написана серия картин. С 2001 г. она член Союза писателей России. В 2006 г. за книги «Триста лет и три года жизни», «Дорога без дна – Дар» и «Гребец в океане» награждена литературной премией «Хрустальная Роза Виктора Розова». Ее любимый жанр – новеллы. Наиболее известные – «Корабль в песках» (2001; присуждена премия им. Бориса Полевого) и «Святой Себастьян» (2003). Среди публикаций за последнее 10-летие – философский роман «Трактат о мире» (2011) и роман-притча «Храм в песках» (2011), сборник новелл и рассказов «Там, где мы счастливы» (2010), «И в радости, и в печали» (2014), пьеса «Ноев Ковчег и животные» (2014), роман-аллегория «Сердце Господа» (2017), документальное повествование «Моя жизнь с путешественником» (2017), роман-притча «Сад Добродетель» (2018), сборник новелл и дневниковых записей «Ключ к замыслу Создателя» (2019), документальное повествование «На кончике верблюжьего волоса» (2019).

В свободное время Ирина Анатольевна участвует в экспедициях своего мужа – известного путешественника Федора Конюхова, а также организует и осуществляет собственные экспедиционные проекты. Она является участником международных экспедиций «По следам Великого Шелкового пути» (2002, 2009), дважды с Ф. Конюховым пересекала Атлантический океан (1999, 2004). Ирина Анатольевна – основатель концепции и руководитель ежегодных международных форумов и караванных верблюжьих экспедиций «Дорога мира» (с 2011 г.).

В формировании И.А. Умновой-Конюховой, по нашему мнению, определяющую роль также сыграли такие ее человеческие качества, как цельность натуры и наличие особого внутреннего стержня, благодаря которым она, внешне мягкая и доброжелательная, проявляет себя как внутренне сильная и высокоответственная личность. Научно-педагогическая и общественная деятельность И.А. Умновой-Конюховой отличается высоким профессионализмом, принципиальностью и честностью. О таких ученых и педагогах, как Ирина Анатольевна, можно сказать: это они с полной отдачей своих творческих сил и таланта формируют новое общественное сознание, создают условия для развития творчества и научной мысли.

В процессе своего творческого пути И.А. Умнова-Конюхова последовательно популяризирует науку, ее труды являются частью достижений российских ученых. Систематически организуемые ею научные мероприятия (форумы, симпозиумы, конференции, «круглые столы» и семинары) направлены на научно-информационную поддержку ученых, их взаимодействие и популяризацию научного труда, а также на формирование позитивного имиджа российской науки.

По инициативе и под руководством И.А. Умновой-Конюховой в Российском государственном университете правосудия была положена традиция проведения конституционных чтений, правовых форумов по конституционному и международному праву, ежегодной весенней и осенней Школы молодого ученого. Она организатор и постоянный куратор студенческого правового дискуссионного клуба «Открытое право», который создан по ее инициативе в 2010 г. и объединяет аспирантов и студентов разных вузов, обсуждающих актуальные проблемы правовой защиты человека, а также оказывающих юридическую помощь нуждающимся людям.

Ирина Анатольевна – человек с активной гражданской позицией, занимается широкой общественной и просветительской деятельностью. Являясь с 2008 г. президентом Центра «Право мира», а с 2017 г. – президентом Международного фонда «Дорога мира», она через их деятельность осуществляет активную пропаганду идей и ценностей права мира, согласия и добра. В 2017 г. И.А. Умнова-Конюхова была награждена Президентом Приднестровской Молдавской Республики медалью «За укрепление международного сотрудничества» за вклад в увековечивание подвига российского миротворца и реализацию авторской идеи возведения в Приднестровской Молдавской Республике «Арки мира “Блаженны миротворцы”». В 2019 г. ей была вручена медаль Ассоциации юристов Вьетнама за правовую просветительскую деятельность во Вьетнаме, расширяющую знания о российской правовой системе и правовой культуре, за развитие правового сотрудничества, мира и дружбы России и Вьетнама.

Более 30 лет И.А. Умнова-Конюхова участвует в апробации и внедрении собственных научных выводов и предложений по укреплению конституционных и законодательных основ государственности российской модели разделения власти на федеральном и региональном уровнях. В качестве эксперта она активно сотрудничает с федеральными и региональными органами государственной власти. В частности, с 2004 по 2007 г. она была председателем Экспертного совета Комиссии по регламенту и организации парламентской деятельности Совета Федерации, на экспертном уровне участвовала в разработке и совершенствовании многих федеральных законов, в т.ч. «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации», «О принципах и порядке разграничения предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации», «О статусе члена Совета Федерации и статусе депутата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации»; была вовлечена в создание и доработку более 30 региональных законодательных актов, включая конституции (уставы) субъектов Российской Федерации.

За многолетний добросовестный труд, большой вклад в государственное строительство и развитие парламентаризма в Российской Федерации в 2006 г. И.А. Умнова-Конюхова была награждена Почетной грамотой Совета Федерации. В 2010 г. за вклад в развитие правовой системы Кемеровской области награждена высшей наградой области – орденом «Доблесть Кузбасса». Ирина Анатольевна – обладатель многочисленных почетных грамот и благодарностей органов государственной власти и вузов республик Калмыкия, Северная Осетия – Алания, Крым, Татарстан, Брянской, Мурманской, Челябинской областей, Красноярского края, г. Севастополя и других регионов за вклад в гуманитарное и правовое развитие субъектов Российской Федерации.

В юбилей Ирины Анатольевны Умновой-Конюховой – человека, обладающего такими ценными качествами, как принципиальность, доброта, созидательность и трудолюбие, желаем ей творческих успехов, благополучия и здоровья.

АЛФЕРОВА Елена Васильевна,
кандидат юридических наук,
заведующая отделом правоведения,
ведущий научный сотрудник ИНИОН РАН

АЛЕШКОВА Ирина Александровна,
кандидат юридических наук,
заведующая сектором НБИ по социальным наукам,
старший научный сотрудник
отдела правоведения ИНИОН РАН;
доцент кафедры земельного и экологического права
Российского университета дружбы народов

* * *

Редакция журнала «Государство и право» Российской академии наук поздравляет Ирину Анатольевну Умнову-Конюхову с юбилеем и желает крепкого здоровья, семейного счастья, всяческих благ, творческих сил и энергии!

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО, 2021, № 11, с. 202
STATE AND LAW, 2021, № 11, pp. 202

ПОПРАВКИ

В 2021 г. в номере 10 была опубликована статья члена-корр. РАН А.Н. Савенкова «Хабаровский процесс как важнейший этап реализации Нюрнбергских принципов и формирования международного уголовного правосудия» (с. 7–40).

На с. 12 (левая колонка, 6-я строка снизу) вместо фразы «С 4 по 12 декабря 1948 г. оглашался обвинительный приговор» следует читать: «С 4 по 12 ноября 1948 г. оглашался обвинительный приговор».

ГОСУДАРСТВЕННЫЙ АКАДЕМИЧЕСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ ГУМАНИТАРНЫХ НАУК

НА БАЗЕ РОССИЙСКОЙ АКАДЕМИИ НАУК

с 1994 года

Преподаватели – ведущие российские ученые

- более 30% – доктора наук
- более 45% - кандидаты наук

Стажировки в:

- ведущих научно-исследовательских организациях
- органах государственной власти
- крупнейших общественных организациях
- бизнес-структурах

Интеграция науки и образования

Бюджетные места

Насыщенная студенческая жизнь

Отсрочка от армии

БАКАЛАВРИАТ

МАГИСТРАТУРА

АСПИРАНТУРА

НАПРАВЛЕНИЯ ПОДГОТОВКИ:

- История
- Философия
- Политология
- Социология
- Международные отношения
- Зарубежное регионоведение
- Востоковедение и африканистика
- Психология
- Культурология
- Археология
- Менеджмент
- Юриспруденция
- Экономика

КОНТАКТНАЯ ИНФОРМАЦИЯ

Горячая линия: +7 (499) 238-04-12

E-mail: info@gaugn.ru

facebook.com/gaugn

instagram.com/gaugn_/

vk.com/gaugn

gaugn.ru

Лицензия 90Л01 № 0009385 регистр. № 2323 от 9 августа 2016 г.
Свидетельство о государственной аккредитации № 3207 от 24 июля 2019 г.

ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

ГАУГН

БАКАЛАВРИАТ
40.03.01
Юриспруденция (гражданско-правовой профиль)

МАГИСТРАТУРА
40.04.01
Правовое обеспечение предпринимательской деятельности

АСПИРАНТУРА
40.06.01
Теория и история права и государства; история правовых учений

Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право

Юридический факультет ГАУГН осуществляет подготовку юристов на классической академической основе с ориентацией на практическое обучение. Студенты изучают базовые и специальные дисциплины, отражающие современный уровень теоретической и практической юриспруденции в России и в мире.

Изучение обширного комплекса правовых дисциплин в совокупности со стажировкой в юридической клинике факультета и овладением современными информационными технологиями готовит выпускника к правоприменительной деятельности во всех сферах бизнеса, гражданского общества и государства, позволяет быть конкурентоспособным юристом-профессионалом.

Занятия на юридическом факультете проходят в самом центре Москвы, у метро Октябрьская, рядом с парком «Музеон».

5 ПРИЧИН ПОСТУПИТЬ В ГАУГН

ВЫДАЮЩИЕСЯ ПРЕПОДАВАТЕЛИ

Костяк преподавателей составляют ученые научно-исследовательских институтов РАН, включая академиков, членов-корреспондентов, докторов и кандидатов наук.

ИНДИВИДУАЛЬНЫЙ ПОДХОД

На каждом курсе учится не более 60 студентов. Преподаватель общается с каждым индивидуально, помогает в выборе вектора профессионального развития.

МЕЖДУНАРОДНОЕ СОТРУДНИЧЕСТВО

Отдельные лекции читают приглашенные специалисты из других ведущих вузов России и зарубежных стран. Большое внимание уделяется языковой подготовке.

УДОБСТВО

Факультеты находятся в Москве в непосредственной близости от метро. Обучение в магистратуре и аспирантуре в основном проходит в вечернее время. Подать документы можно онлайн.

СТУДЕНЧЕСКАЯ ЖИЗНЬ

Студенты ГАУГН участвуют в многочисленных студенческих клубах («Что? Где? Когда?», Клуб политического анализа, Китайский разговорный клуб и др.).