

Law

JOURNAL
OF THE HIGHER
SCHOOL
OF ECONOMICS

Право

ЖУРНАЛ
ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ
ЭКОНОМИКИ



1/2024

Том 17

**Правовая мысль:
история
и современность**

Е.А. Фролова, Б.В. Лесив

Источники и формы права: современный взгляд на основные теоретические положения

**Российское право:
состояние,
перспективы,
комментарии**

Д.А. Мальбин

Характер выбытия имущества из владения в институте защиты добросовестного приобретателя

М.О. Буянова

Цели и задачи трудового законодательства как индикаторы публично-правовых начал современного трудового права

А.Н. Ляскало

Преступления на торгах

В.К. Андрианов

Социально-психологические закономерности в уголовном праве

**Дискуссионный
клуб**

**Право
в современном
мире**

И.Э. Мартыненко

Белорусский опыт систематизации законодательства об охране объектов культурного наследия посредством кодификации

А.Г. Быкова

Муниципалитет в турецком праве: понятие и содержание

Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Редакционная коллегия

А.И. Абдуллин (Казанский (Приволжский) федеральный университет, РФ)

Дж. Айджани (Туринский университет, Италия)

Ю. Базедов (Институт сравнительного и международного частного права Макса Планка, ФРГ)

С.В. Бахин (Санкт-Петербургский государственный университет, РФ)

Н.А. Богданова

(МГУ им. М.В. Ломоносова, РФ)

В.А. Виноградов (НИУ ВШЭ, РФ)

А.В. Габов (ИГП РАН, РФ)

Ю.В. Грачева (МГЮА

им. О.Е. Кутафина, РФ)

Г.А. Гаджиев (НИУ ВШЭ, РФ)

С.Ф. Дикин (Кембриджский университет, Великобритания)

Г.Б. Динвуди (Чикаго-Кент колледж, США)

И.А. Емелькина (РАНХиГС при Президенте РФ, РФ)

Н.Ю. Ерпылева (НИУ ВШЭ, РФ)

А.А. Иванов (НИУ ВШЭ, РФ)

В.Б. Исаков (НИУ ВШЭ, РФ)

А.А. Ларичев (НИУ ВШЭ, РФ)

Г.И. Муромцев (Российский университет дружбы народов, РФ)

А.В. Наумов (НИИ Университета прокуратуры, РФ)

Н.А. Поветкина (НИУ ВШЭ, РФ)

А.И. Парог (МГЮА

им. О.Е. Кутафина, РФ)

В.А. Сивицкий (Конституционный Суд Российской Федерации)

Е.А. Суханов (МГУ

им. М.Ю. Ломоносова, РФ)

Ю.А. Тихомиров (НИУ ВШЭ, РФ)

Г.Г. Шинкаревич (ИГП РАН, РФ)

Т. Эндикотт (Оксфордский университет, Великобритания)

Главный редактор

И.Ю. Богдановская (НИУ ВШЭ, РФ)

Адрес редакции

109028 Москва,
Б. Трехсвятительский пер, 3,
офис 113
Тел.: +7 (495) 220-99-87
<http://law-journal.hse.ru>
e-mail: lawjournal@hse.ru

Адрес издателя и распространителя

Фактический: 117418, Москва,
ул. Профсоюзная 33, к. 4
Издательский дом
Высшей школы экономики.
Почтовый: 101000,
Москва, ул. Мясницкая, 20
Тел./факс: +7 (495) 772-95-71
e-mail: ld.hse@mail.ru
www.hse.ru

© НИУ ВШЭ, 2024

Право

ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

1/2024



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Правовая мысль: история и современность

Е.А. Фролова, Б.В. Лесив

Источники и формы права: современный взгляд на основные теоретические положения 4

М.А. Лихачев

Универсальность международных стандартов прав человека: необходимая утопия 40

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

Д.А. Мальбин

Характер выбытия имущества из владения в институте защиты добросовестного приобретателя 68

М.О. Буянова

Цели и задачи трудового законодательства как индикаторы публично-правовых начал современного трудового права 93

А.Н. Ляскало

Преступления на торгах 112

В.К. Андрианов

Социально-психологические закономерности в уголовном праве 133

Дискуссионный клуб

Д.В. Бахарев

Фронт биологии и горизонты юриспруденции: влияние исследования природы человеческой агрессии на развитие уголовной юстиции 163

Право в современном мире

И.Э. Мартыненко

Белорусский опыт систематизации законодательства об охране объектов культурного наследия посредством кодификации 190

J. Hodermarsky

Copyright Owners, National Treatment and Current Developments in Private International Law 213

Zh. Guo

Influence of the Soviet (Russian) Law on the Chinese Criminal Procedure Laws 246

А.Г. Быкова

Муниципалитет в турецком праве: понятие и содержание 264

Publisher

National Research
University Higher School
of Economics

Editorial Board

A.I. Abdullin (Kazan (Volga Region) Federal University, RF)
G. Ajani (University of Turino, Italy)
J. Basedow (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Germany)
S.V. Bakhin (St. Petersburg State University, RF)
N.A. Bogdanova (Lomonosov Moscow State University, RF)
S. Deakin (University of Cambridge, UK)
G. Dinwoodie (Chicago-Kent College of Law, Chicago, USA)
I.A. Emelkina (the Russian Academy of National Economy under the President of the Russian Federation, RF)
T. Endicott (University of Oxford, UK)
A.V. Gabov (Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences, RF)
G.A. Gadjevi (HSE, RF)
Yu.V. Gracheva (Moscow State Juridical Kutafin University, RF)
A.A. Ivanov (HSE, RF)
V.B. Isakov (HSE, RF)
A.A. Larichev (HSE, RF)
G.I. Muromtsev (Peoples' Friendship University of Russia, RF)
A.V. Naumov (University of Procuracy, RF)
N.A. Povetkina (HSE, RF)
A.I. Rarog (Moscow State Juridical Kutafin University, RF)
G.G. Schinkaretskaya (IGP RAN, RF)
V.A. Sivitsky (the Constitutional Court, RF)
E.A. Sukhanov (Lomonosov Moscow State University, RF)
Y.A. Tikhomirov (HSE, RF)
V.A. Vinogradov (HSE, RF)
N.Y. Yerpyleva (HSE, RF)

Editor-in-Chief

I.Yu. Bogdanovskaya
(HSE, RF)

Address:

3 Bolshoy Triokhsviatitsky Per.,
Moscow 109028, Russia

Tel.: +7 (495) 220-99-87

<http://law-journal.hse.ru>

e-mail: lawjournal@hse.ru

Law

JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

1/2024



ISSUED QUARTERLY

Legal Thought: History and Modernity

E.A. Frolova, B.V. Lesiv

Sources and Forms of Law: a Modern View on Basic Theoretical Provisions . . . 4

M.A. Likhachev

Universality of International Human Rights Standards :

A Necessary Utopia 40

Russian Law: Conditions, Perspectives, Comments

D.A. Malbin

Nature of Disposal of Property from Possession
at the Institute for Protection of bona fide Acquirer 68

M.O. Buyanova

Labor Legislation Goals and Tasks as Indicators
of Modern Labor Law Origin in Public Law. 93

A.N. Lyaskalo

Crimes at Competition 112

V.K. Andrianov

Socio-Psychological Patterns in the Criminal Law 133

Discussion Club

D.V. Bakharev

Frontier of Biology and Horizons of Jurisprudence:
Influence of Studies in Nature of Human Aggression
on Development of Criminal Justice 163

Law in the Modern World

I.E. Martynenka

Belarusian Experience of Systematization of Legislation
on Protecting Cultural Heritage through Codification 190

J. Hodermarsky

Copyright Owners, National Treatment and Current Developments
in Private International Law. 213

Zh. Guo

Influence of the Soviet (Russian) Law on the Chinese Criminal
Procedure Laws. 246

A.G. Bykova

Municipality in the Turkish Law: Concept and Content 264

Law JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

ISSUED QUARTERLY

The journal is an edition of the National Research University Higher School of Economics (HSE) to broaden the involvement of the university in the dissemination of legal culture and legal education.

The objectives of the journal include:

- encouraging academic debates
- publishing materials on the most topical legal problems
- contributing to the legal education reform and developing education including the design of new educational courses
- cooperation between educational and academic departments of HSE
- involvement of young scholars and university professors in the academic activity and professional establishment
- arranging panels, conferences, symposiums and similar events

The following key issues are addressed:

legal thought (history and contemporaneity)
Russian law: reality, outlook, commentaries
law in the modern world
legal education reform
academic life

The target audience of the journal comprises university professors, post-graduates, research scholars, expert community, legal practitioners and others who are interested in modern law and its interaction with economics.

The journal is included in the List of peer-reviewed scientific publications recommended by the Higher Attestation Commission under the Ministry of Higher Education and Science of Russian Federation for the publication of the main research results for the degree of Candidate and Doctor of juridical sciences.

The journal is registered in **Web of Science Core Collection**, **Emerging Sources Citation Index**, **Russian Science Citation Index (RSCI)** on the base of **Web of Science**, Cyberleninka, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale

Научная статья

УДК: 340.1

DOI:10.17323/2072-8166.2024.1.4.39

Источники и формы права: современный взгляд на основные теоретические положения



**Елизавета Александровна Фролова¹,
Богдан Васильевич Лесив²**

¹ Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова, Россия 119991, Москва, Ленинские горы, 1, frolova.msu@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-3486-4865>

² Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Россия 101000, Москва, Мясницкая ул., 20, forbod@bk.ru, <https://orcid.org/0000-0001-8085-3983>



Аннотация

При позитивистском подходе к праву понятие источников права непосредственно связывается с формами правовой деятельности государства. В содержании последних ищут ответы на вопросы о должном и дозволенном, закономерно именуя их источниками права. Однако прагматичная привычка познавать право как готовый продукт, произведенный государством, приводит к упрощенному пониманию источников и форм права в качестве синонимов, оставляя за рамками вопрос, какие факторы побуждают и сопровождают процесс создания права, предшествуя санкции государства. Авторы настоящей статьи полагают что поскольку эти факторы приводят к созданию именно права, а не других социальных регуляторов, их исключение из поля зрения юридической науки нельзя признать обоснованным и способствующим всестороннему овладению предметом профессии. Значительная часть социального бытия, имеющая непосредственное отношение к вопросам формирования и содержания права, остается без внимания юристов. Российской юриспруденции известен и другой подход, который прослеживается в трудах авторитетных дореволюционных правоведов — Н.М. Коркунова, И.В. Михайловского, Г.Ф. Шершеневича. В настоящем исследовании их наработки о соотношении источников и форм права синтезированы со знаниями государственно-правовой

истории и сравнительного правоведения, сопоставлены с реалиями юридической практики. В результате достигнуты три основных цели: во-первых, предложено альтернативное решение вопроса о соотношении источников и форм права, не предполагающее их отождествление; во-вторых, показано, что упрощенное понимание источников права в качестве абстрактных категорий (например, общая воля) не всегда отражает процессы, происходящие в правовой системе; в-третьих, обобщены и обновлены с учетом современной эмпирики признаки и свойства основных форм права, их теоретические достоинства и недостатки. Один из основных выводов заключается в том, что формальная (исключительно по внешним признакам) квалификация того или иного правового акта в качестве определенной формы права (без содержательного анализа его сущностных признаков и свойств) является неэффективной.



Ключевые слова

источники права; формы права; правотворчество; правовая определенность; нормативные свойства; судебный прецедент; правовой обычай.

Для цитирования: Фролова Е.А., Лесив Б.В. Источники и формы права: современный взгляд на основные теоретические положения // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 1. С. 4–39. DOI:10.17323/2072-8166.2024.1.4.39

Legal Thought: History and Modernity

Research article

Sources and Forms of Law: a Modern View on Basic Theoretical Provisions



Elizaveta A. Frolova¹, Bogdan V. Lesiv²

¹ Moscow State Lomonosov University, Building 13, 1 Leninskie Gory, Moscow 119991, Russia, frolova.msu@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-3486-4865>

² National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitskaya Street, Moscow 101000, Russia, forbod@bk.ru, <https://orcid.org/0000-0001-8085-3983>



Abstract

The positivist tendency in the Russian legal theory influenced the ratio between sources and forms of law. When the law is viewed solely from the point of state law-making monopoly, then the concept of sources of law is directly depended on the forms of state legal activity. Person appeals to the content of the latter if he or she wants to know what is due and permissible, naturally calling such forms as sources of law. Thus, the tradition to study law just as the product given by the state has formed the habit of equating the meanings of sources and forms of law. However, this approach leaves out the question of what factors prompt and accompany the process of lawmaking, as they precede a state sanction to adopt the law. Given that such factors lead to the creation of law exactly, not

other social regulators, the authors propose a thesis that there is no sufficient ground to exclude them from the focus of jurisprudence as social science. This thesis is based on the observation that, as a result of mentioned exclusion, a significant part of social life, which is directly related to law-making and influences a content of legal norms, remains out of the lawyers' competent survey. Such restricted view does not contribute to comprehensive mastery of the subject of the legal profession. Noteworthy is the fact that there is another approach also known to Russian jurisprudence, which had been substantiated by authoritative pre-revolutionary jurists. Among them were professors of leading legal schools G.F. Shershenevich (Moscow University), N.M. Korkunov (Saint Petersburg University), I.V. Mikhailovsky (Tomsk University). The study synthesizes their achievements on the correlation of sources and forms of law with relevant experience of legal history and comparative law, as well collates them with the realities of legal practice. It has been assumed that sources of law are reason, experience, faith, as well as composite categories and principles of law. On the contrary, normative acts, precedents, legal customs, normative treaties, legal doctrine has been studied as the forms of law. As a result, three main objectives has been accomplished: first, an alternative *ratio* between the concepts of sources and forms of law, that does not imply their equation, has been substantiated; secondly, authors have demonstrated that simplified understanding of the sources of law as some abstract categories (i.e. general will) does not always reflect the processes in the legal system; thirdly, authors have generalized the features and qualities of the basic forms of law revealing their theoretical advantages and disadvantages and updating common theoretical provisions against modern legal practice. One of the major conclusions is that the formal qualification of a legal act as a form of law (solely by external trappings without a meaningful analysis of its substantive features and qualities) is ineffective.



Keywords

sources of law; forms of law; lawmaking; legal certainty; normative properties; judicial precedent; legal custom.

For citation: Frolova E.A., Lesiv B.V. (2024) Sources and Forms of Law: a Modern View on Basic Theoretical Provisions. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 17, no. 1, pp. 4–39 (in Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2024.1.4.39

Введение

На определенной стадии общественного развития и усложнения межчеловеческих отношений право стало важнейшим социальным регулятором, который используется для создания, изменения и применения правил, управляющих общественной жизнью. Понятие создания или изменения таких правил поднимает вопрос: откуда черпается их содержание? Разнообразие возможных вариантов поведения в той или иной жизненной ситуации заставляет задуматься: почему право предписывает поступать именно так, а не иначе? Как определяется вариант поведения, который должен стать правовой нормой? Есть множество примеров того, что при неизменности жизненных обстоятельств законодатель спустя время меняет для них норму (иногда в прямо проти-

воположную сторону). Кроме того, одни и те же жизненные ситуации часто регулируются по-разному законодателями различных государств. Все это неизбежно ставит вопрос об источнике права — содержательной материи, которая выступает его первоначалом и посредством обращения к которой субъект власти может сформировать понятие о правовом и противоправном.

Однако понятие о процессе создания права (правотворчества) не является полным и завершенным, если ограничиваться только стадией обращения к источнику права. Хотя такое обращение имеет место и допустим даже, что субъект правотворчества сформировал в своем сознании, исходя из этого источника, примененную к жизненной ситуации позицию, все же основная цель права — воздействие на общественные отношения, их регулирование. Как следствие, уяснение правила субъектом правотворчества не порождает право как объективное явление, чтобы достичь указанных целей, необходимо распространить понятия об этом правиле среди индивидуально-неопределенного круга лиц, обеспечить надлежащее восприятие ими содержания этого правила и его обязательности. Именно в связи с бесспорной необходимостью такого логического завершения процесса правообразования поднимается вопрос о форме права — его внешнем проявлении в объективной реальности, когда субъективное осознание нормы права ее создателем переводится в разряд материально-ощутимых (видимых) объектов. В таком объективированном (фиксированном) виде право может быть распространено, что прямо влияет на возможность требовать его единообразного исполнения.

Вопрос о связи формы права с его источником имеет для юриста не только теоретическое, но и практическое значение. Знание законодательных процедур, технических стадий законодательного процесса позволяет ответить лишь на вопрос, как появляется внешний результат правотворчества — форма права. Это по большей части знание о поверхностной реальности права, которую не только юристы, но и все граждане способны изучать по книгам. Вместе с тем за рамками данного знания остается понимание того, какие в действительности силы и факторы воздействуют на участников законодательного процесса в ходе разработки правовых норм — начиная от появления идеи (концепции) и до оформления окончательного законоположения, которое может существенно отличаться от изначального варианта. Юристу, претендующему на полноценное овладение искусством права, включающим не только навыки правоприменения, но и правотворчества, необходимо иметь четкое понятие о источниках права.

Внимательное отношение к вопросу источников и форм права традиционно для российских правоведов — отечественная юридическая нау-

ка занималась его разработкой уже на пике своего развития в XIX в. Теоретические основы были заложены в фундаментальных трудах деятелей московской, санкт-петербургской и ряда других юридических школ: А.Д. Градовским, Ф.Ф. Кокошкиным, Н.М. Коркуновым, И.В. Михайловским, С.А. Муромцевым, Г.Ф. Шершеневичем и др. После возобладания советского подхода, провозгласившего право возведенной в закон волей господствующего класса (пролетариата), отечественная юриспруденция встала на путь отождествления источников и форм права — единственным источником права была признана воля «трудового народа» и она же становилась нормативным актом, т.е. была одновременно и формой права. Распространенная с тех пор привычка познавать право в качестве готового продукта, произведенного государством, не задаваясь дополнительными вопросами о том, что было до его создания, привела к упрощенному пониманию источников и форм права в качестве синонимов.

Однако даже за абстрактной категорией воли трудового народа фактически по-прежнему стояли движущие силы и факторы, влиявшие на субъектов власти, которые в теории выражали эту волю, а фактически могли действовать по собственному усмотрению. Под углом проблемности и дихотомичности, обозначенной в начале настоящей статьи, заметной стала необходимость снова осмыслить вопрос об источниках и формах права. Стремительное развитие государственных и общественных институтов и практики на протяжении последних десятилетий, связанное, помимо прочего, с достижениями научно-технического прогресса, подсказывает новые векторы такого осмысления.

1. Соотношение понятий «источник права» и «форма права»

Если исходить из объективных закономерностей формирования права в гуще движения различных социальных факторов, а не из формальных абстрагированных или сугубо идеологических категорий, то к бытию права применимо общее философское отношение формы к содержанию. Г. Гегель замечал, что при рассмотрении противоположности между формой и содержанием крайне важно помнить, что «содержание не бесформенно», а форма «представляет собой нечто 'внешнее' ему» [Гегель Г., 1975: 298]. Таким же образом форма права относится к источнику права (и к норме права в качестве содержательного продолжения источника) — как внешнее к внутреннему, как сосуд и его наполнение. В данном аспекте очевидно, что понятие источника отсылает к сущности, которая является по отношению к содержанию права первичной, базовой, исходящей — до нее нет права вообще, она является его пер-

воначалом, за счет обращения субъекта правотворчества к ней право начинает формироваться.

Форма права не может появиться сама по себе — ей всегда предшествует деятельность субъекта правотворчества, обращающегося к тому или иному источнику своего видения правовых явлений. Перед формой права стоит одна из основных задач, напрямую связанная с признаками права — обеспечить формальную определенность, т.е. необходимое условие формального равенства (форма → формальный). Что форма права является если не идеальным, то доступным и необходимым способом нейтрализовать негативный эффект субъективного восприятия межчеловеческих отношений, писал профессор Н.М. Коркунов: «Неизбежное несоответствие положительного права с субъективным правосознанием хотя и представляется злом, но с избытком выкупается тою определенностью и внешнею распознаваемостью, какою отличается положительное право. Нетрудно, действительно, убедиться в важном значении определенности и распознаваемости юридических норм... Всякому важно определить наперед, с возможною точностью, при соблюдении каких именно правил он может быть обеспечен от всякого притязания со стороны других и соблюдения чего он может требовать от них самих. А это возможно только относительно *объективировавшихся норм* и потому *учение о формах, в каких совершается это объективирование* (курсив здесь и далее наш. — Е.Ф., Б.Л.), получает для юриста весьма большое значение» [Коркунов Н.М., 1909: 282–283].

Таким образом, если одной из основных функций права является регулирование общественных отношений (обеспечение их стабильности и предсказуемости) и если право в связи с этим обладает признаком формальной определенности, то форма права является ключевым способом выполнения этих предназначений.

Иногда понятия источника и формы права используются без проведения грани между ними, а временами даже в качестве взаимозаменяемых синонимов. Нередко можно встретить мнение, что формы положительного права, такие как законодательный акт, и есть источники права, к которым обращается правоприменитель. Действительно, такая логика может иметь место, однако необходимо обратить внимание на возможную подмену понятий: одно дело, когда речь идет об источнике права вообще, к которому обращается правотворец для создания правовой нормы с нуля; совершенно другое — рассуждение о том, к чему обращается правоприменитель для поиска готового решения жизненной ситуации. В связи с этим актуально еще одно замечание Н.М. Коркунова: «законодательство не есть источник права в смысле силы, его творящей» [Коркунов Н.М., 1909: 284]. Проще говоря, правотворец об-

ращается к источнику права как к неиссякаемой и изначально неопределенной (требующей определения) материи, с помощью которой формирует правило, а правоприменитель — к объективному праву, которое уже нашло свое определение благодаря работе правотворца. Это своего рода вторичное или производное представление об источнике права.

Дело в том, что при рассмотрении данных вопросов внимание теории права сосредоточено в большей степени именно на объективном праве. Описываемые ею признаки, функции, структура права, понятие и классификация норм права относятся к феномену объективного, а не субъективного права. В равной степени это справедливо и по отношению к понятиям источника и формы права — они отражают то, как объективное право создается и как оно проявляется вовне. Что касается субъективных прав, точнее, принятия правоприменительных решений об их защите в той или иной ситуации, то формы объективного права действительно могут рассматриваться как источник указанных решений и, следовательно, как источник субъективных прав. Таким образом, если рассматривать право исключительно с естественнонаучной точки зрения как утвержденный государством объект действительности, регулирующий отношения и подлежащий применению в конкретных делах (источник права в так называемом «юридическом смысле»), то с этой целью источники и формы права действительно следует отождествлять (это более эффективно для правоприменения).

Такая логика, однако, неприменима к вопросу об источнике самого объективного права; она действует только при позитивистском подходе к пониманию права, поскольку как естественно-правовая школа, так и социологические концепции права в любом случае не допускают разрыва между субъектом права и изначальным источником права посредством форм, которые выполняют лишь технические функции. Поэтому при рассмотрении данной темы зачастую важно учитывать различные типы правопонимания.

Изложенное позволяет сделать вывод о том, что безапелляционное и бессистемное отождествление двух понятий вполне справедливо можно признать ошибочным. Даже использовавшие их в качестве синонимов известные правоведы делали это искусно и осознанно. Например, профессор Г.Ф. Шершеневич объяснял: «Различные формы, в которых выражается право, носят издавна название источников права. Термин этот представляется, однако, малопригодным ввиду своей многозначности. ... Разнообразие значений, придаваемых выражению «источники права»... вызывает необходимость обойти его и заменить другим выражением — «формы права»» [Шершеневич Г.Ф., 2016: 322–323]. Н.М. Коркунов также уделял внимание этой проблеме: «Другое смешение понятия,

имеющее более современное значение, есть смешение понятия источника права, как признака общеобязательности, с понятием [источника права], откуда черпается и чем определяется самое содержание юридических норм» [Коркунов Н.М., 1909: 284].

Существенное различие между факторами, влияющими на создание права с нуля, и особенностями процесса формального определения права проводил известный теоретик права, профессор И.В. Михайловский. Еще в начале XX в. он справедливо отмечал, что «неопределенность и растяжимость» таких сложносоставных категорий, как «общая воля», не позволяет судить о процессе «формального определения юридических норм» (т.е. непосредственно правотворчества), а опирающиеся на них теории «могут иметь научное значение только для вопроса о факторах правообразования» [Михайловский И.В., 1914: 74]. Сбалансированный подход к разграничению понятий разделяется и зарубежными правоведами: например, французский теоретик Ж.-Л. Бержель отмечает, что для преодоления конкуренции различных смыслов понятия «источник права», необходимо иметь в виду, что ими в таком случае «принято одновременно обозначать и *содержательные* и *формальные* источники права» [Бержель Ж.-Л., 2000: 97].

2. Источники права

Источники права — это предшествующие созданию права движущие силы и факторы, влияющие на субъекта правотворчества и определяющие материальное содержание правовых норм.

Составить закрытый перечень и ввести строгое понятие источников права затруднительно; факторы, влияющие на правотворчество в определенное время в определенном государстве, бывают такими же разнообразными, как общество в качестве живого социального организма. Поэтому подход к источникам права в том или ином государстве может в значительной степени зависеть от принятого (или фактически действующего) подхода к пониманию права как такового. Так, С.В. Бошно отмечает, что «система источников права испытывает на себе влияние правопонимания», раскрывая основную суть такого влияния на примере концепций позитивизма, естественного права, социологической юриспруденции [Бошно С.В., 2005: 17]. Вместе с тем нельзя забывать, что какой бы ни исповедовался подход к праву, целью правотворчества всегда является создание правовой нормы — это онтологическая характеристика самого понятия права. Норма может выражаться по-разному — путем принятия нормативных правовых актов, фиксации ее в результатах судебной деятельности, закрепления в обычно-правовой практике и т.д.

Но вопрос, который поставлен сейчас, заключается в том, при помощи чего может формироваться содержание норм права, в том числе в русле различных подходов к правопониманию.

Когда встает необходимость в праве — необходимость внести определенность в жизненную ситуацию, в межчеловеческие отношения — тогда речь заходит о выявлении позиции того или иного источника, который признается в обществе легитимным, в этой ситуации. В частности, в государстве с авторитарным режимом, особенно с де-юре или де-факто монархической формой правления, источником права может декларироваться разум опытного правителя, которому доверяют. Например, такое положение имело место в средневековом русском государстве, когда после освобождения от гнета Золотой орды истощенный физически и духовно народ полагался на князя как защитника русской земли. Другой подход можно наблюдать в разнообразных формах демократического режима с республиканской формой правления, в которых источником права провозглашается воля народа или воля большинства, хотя эти категории довольно абстрактны, и существуют разнообразные взгляды на механизмы, методики и проблемность «вычисления» такой воли.

Таким образом, источник права, в отличие от его формы, характеризуется как нечто имеющее универсальную сущность и стоящее над событиями, фактически происходящими в обществе. При неизменности источника право может приобретать различные формы. К примеру, даже если структура общественных отношений претерпевает изменения под влиянием научно-технического прогресса, такой источник права, как воля народа, не меняет своей внутренней природы, тогда как правовые нормы и закрепляющие их формы права, весьма вероятно, будут изменяться, формируя новую позицию этого источника по отношению к изменившимся обстоятельствам. Постоянное обращение к источнику права, как правило, не требуется, однако в ситуациях, еще не урегулированных (неопределенных), но требующих этого; субъект правотворчества обращается к источнику для его конкретизации в преломлении к определенной совокупности фактов, чтобы облечь в ту или иную доступную этому субъекту форму определенности (форму права).

Поэтому, развивая ранее цитированные наблюдения, И.В. Михайловский утверждал, что «в сущности, почти все ученые одинаково понимают «источники права» как «факторы, творящие право», а разногласия начинаются только при решении вопроса, что должно считаться правотворящими факторами» [Михайловский И.В., 1914: 237]. При этом, как пояснял правовед, «одни говорят, что это — объективные условия данной среды, другие — что это высший этический закон, третьи — что

это психические переживания личности...» [Михайловский И.В., 1914: 237]. В свою очередь Н.М. Коркунов указал более общий критерий, позволяющий классифицировать источники правовых норм: «Одни представляют юридические нормы как нормы, устанавливаемые органами государственной власти; другие более общим образом признают источником права общество в его целом» [Коркунов Н.М., 1909: 62].

От решения данного вопроса напрямую зависит понятие об источнике объективного права. Если право, следуя концепции жесткого позитивизма, отождествляется с решениями органов власти, то единственным источником права становится только разум лиц, осуществляющих власть; даже если мотивом к принятию тех или иных властных решений станут события, происходящие в самом обществе, то, прежде чем будет создано право, они будут «пропущены» через разум субъекта правотворчества. В других правопорядках, где источником права признается общество в целом, самодостаточными факторами, определяющими его содержание, могут стать закономерности общественной практики, отношений между людьми (накапливаемый жизненный опыт), результаты конкуренции интересов различных социальных групп или даже психологические потребности в праве, а деятельность государственных органов при этом направлена лишь на фиксацию и обеспечение формируемых самим обществом правовых норм.

Одной из особенностей источников права, отличающей их от форм права, является отделенность (или даже независимость) от государства — они предшествуют государственной деятельности по созданию права. Даже если речь идет о позитивистском подходе, то разум носителей государственной власти, очевидно, имеет отдельную сущность от самого государства. Разум влияет на их государственную деятельность, а не наоборот, и со сменой носителей власти меняется разум, влияющий на правотворчество. Разум, таким образом, существует вне государства. Еще более очевидна обособленность общественных факторов: сначала в процессе социальной практики складываются закономерности опыта и борьбы интересов, верования, психологические потребности лиц и лишь затем они объективируются в законодательной деятельности государства.

К наиболее распространенным источникам права (в понимании, которое представлено выше) могут быть отнесены разум (включающий в себя возможные его проявления — логику, доктрину, принципы права), опыт, вера, психологические переживания индивидов.

Разум как источник права представляет собой мыслительную деятельность субъекта правотворчества, который посредством анализа, абстрагирования или обобщения созерцаемых социальных явлений

(в том числе политических, экономических, культурных) вырабатывает способ разрешения (урегулирования, определения) той или иной жизненной ситуации, конкуренции интересов. Социальная среда, уровень и профиль образования, эрудиция и другие факторы формируют мнение (убеждения) человека по определенным вопросам, которое может быть положено в основу правовых решений. Если источником права является разум или, как его называл Н.М. Коркунов, «субъективное сознание», то справедливым будет его наблюдение, что «все другие факторы влияют на правообразование только через посредство нашего сознания. Божественные веления, природа вещей... соображения целесообразности, внушения нравственного долга — все это может вызвать образование соответствующих правовых норм лишь тогда, когда будет воспринято человеческим сознанием» [Коркунов Н.М., 1909: 284]. В связи с этим нельзя не отметить, что правовая доктрина, включающая не только труды ученых, но и глобальные учения о сущности права (в том числе доктрина естественного права), а также теория этики и доктрина веры (но не верования как таковые) являются, по сути своей, частными проявлениями разума в качестве источника права. Указанные результаты мыслительной деятельности человека не только сами по себе разрабатываются при помощи разума, но и перед облечением в правовую форму являются предметом их осмысления правотворцем.

Одним из самых влиятельных проявлений разума в качестве источника права является логика, ставшая одним из величайших результатов развития человеческой мысли. Хорошо известные и проверенные веками законы логики универсальны и могут быть применены в том числе к правовым явлениям. Это, отнюдь, не означает, что любая норма права является логичной. Но это значит, что при желании логику можно применить для создания права и, тем самым, создать логически взаимосвязанную систему правовых норм. По такому пути, в частности, пошла континентальная юриспруденция средних веков, когда глоссаторы и комментаторы, а затем ученые европейских университетов предприняли то, что часто именуют рецепцией римского права. Первоначально взяв за основу корпус Юстиниана, они путем применения различных логических приемов развивали когда-то сформулированные положения, подстраивая их под новые условия; выводя частное из общего или собирая общий вывод из частных умозаключений, создавали новые нормы, выстраивая тем самым логически связанные институты, структуры прав и так далее.

Основанная на таком принципе система частного права предполагает возможность логического выведения норм для конкретных ситуаций из более общих положений, при том, что первые выступают как логические

следствия последних. Данная концепция подверглась жесткой критике представителей социологической школы права за то, что предусматривает возможность появления «искусственных» норм, основанных исключительно на логике, даже если они не обусловлены потребностями и опытом отношений. Соответственно, этот источник права может встречаться чаще именно при восприятии обществом позитивистского или естественно-правового взгляда на право.

Опыт как источник права представляет собой закономерности повседневного взаимодействия людей (общественных отношений) и применяемых в обществе социальных практик по определенному вопросу. Создающиеся в процессе жизнедеятельности бессистемно и децентрализованно проблемные ситуации (столкновения интересов), вследствие их неоднократности, репрезентативности и поучительной значимости результатов способны проявить общую закономерность, которая может быть положена в основу законодательства. В политическом поле опыт нередко называют традициями общества или народа, хотя в научных целях эти понятия следует разделять, поскольку далеко не всегда традиции, декларируемые в политических целях, действительно отражают эмпирически подкрепленные социальные закономерности.

Закономерность (созвучно закону) в этом случае воплощает понятие определенности в противовес возможным нежелательным отклонениям. Такая точка зрения предполагает, что в ходе обычной жизни, не обремененной формальным регулированием, лица взаимодействуют друг с другом, накапливают опыт и у них складывается общее понятие о том, какое поведение необходимо для поддержания размеренной жизни без конфликтов. Преломление этого опыта к ситуации показывает, какой из множества возможных вариантов поведения ее участников безопасен для других и взаимовыгоден для них самих (балансирующим интересы). В отличие от морали, косвенно влияющей на участников отношений (причем на всех по-разному), под опытом понимаются именно фактически имеющиеся закономерности взаимодействия личностей и его последствий, позволяющие в дальнейшем предчувствовать правильность (безопасность, безвредность, отсутствие убытков) такого же (или обратного) поведения.

Такой ход мысли схож, но не идентичен, с доктриной экономического анализа права [Posner R., 1998]. Оказавшие решительное влияние на движение экономического анализа сторонники правового реализма Дж. Дьюи и О. Холмс отмечали изначальную всеобщую склонность следовать («подражать») паттернам поведения родителей, более глобально — предков, придерживаясь при этом максимы «проверенное — значит безопасное, а неизведанное — значит риск гибели» (раз они так

делали и жили нормально, то и мы должны делать так же). Сложившиеся опытным путем закономерности могут стать источником нормы не только конкретной жизненной ситуации, но и ситуаций смежных или аналогичных, поскольку суть именно в опыте как общем уроке, который можно экстраполировать на похожие случаи. Эта категория очень напоминает обычай в аутентичном значении этого слова. Однако с точки зрения теории права отличие правового обычая от опыта заключается в том, что правовой обычай есть публичное признание и защита узкой практики, тогда как опыт в качестве общей эмпирической базы, накопленной из отношений в обществе, используется субъектом правотворчества для выведения общих закономерностей правового и противоправного и как следствие — для создания самостоятельных норм права, в том числе не обязательно имеющих жесткую логическую связь следствия и причины с жизненными ситуациями.

Как видно из всего сказанного, опыт как источник права наиболее присущ системам, базирующимся на реалистическом (социологическом) подходе к праву.

Вера в Бога может выступать самостоятельным проявлением разума в качестве источника права, однако, в отличие от логики и других проявлений разума, претендующих на системную обоснованность, характеризуется иррациональностью, как и само понятие веры. Важно, что в данном случае имеются фактические верования, а также децентрализованно формируемые ими предрассудки и предубеждения (в научном смысле этих понятий). Именно они могут быть рассмотрены отвлеченно от деятельности формализованных структур как объективный социальный феномен — основанные на вере закономерности социального самосознания индивидов, их групп, оказывающие влияние на формирование понятия о должном и недозволительном.

Имея изначально иррациональную природу, верования масс объективируются в социальных практиках и открываются уже рациональному познанию. В таком понимании речь идет не об оправдании любого действия власти априорной категорией «божественного веления», а о научно постигаемом явлении — выраженных вовне результатах проявления веры людьми. На актуальность рассмотрения теократической теории права именно в таком ключе, а не в качестве архаичного обожествления власти, обращал внимание профессор Ф.Ф. Кокошкин уже в начале XX в.: «Возможно, не вводя в область исследования вопроса о воздействии воли Божией на общественные явления, тем не менее утверждать, что государственная власть рождается из религиозного авторитета и основание государственной власти коренится в религиозной вере, распространенной в массе населения. В таком виде [теократиче-

ская] теория делается независимой от веры и не включает в себе, а priori ничего неприемлемого, даже для неверующих» [Кокошкин Ф.Ф., 1912: 10–11].

В современном обществе с его сложной структурой, ослаблением границ между государствами, культурами, рынками, фактической невозможностью постоянного непосредственного контакта между верховной властью и всеми гражданами усложнились и подходы к определению источников права. В их качестве принимаются сложносоставные категории, претендующие на сочетание признаков и свойств всех упомянутых источников, дабы усилить легитимность создаваемого права. К примеру, уже в XIX в. историческая школа права (Савиньи, Пухта) видела источник права в «народном духе», сочетающем как опыт, верования нации, так и ее коллективный разум. Теория «общей воли» (Руссо), близкая к сегодняшнему понятию воли народа, предполагает своего рода сложение разума всех дееспособных граждан.

Разум, опыт, вера являются довольно труднодостижимыми категориями, поэтому дополнительное их усложнение порождает множество спорных и зачастую неразрешимых вопросов. Например, отдаляя категорию разума от субъекта правотворчества в сторону «сложения» разума множества лиц, сторонники теории «общей воли» упрощают понятие демократии и реальность процессов, сопровождающих принятие законов. В частности, если речь заходит о воле народа, то встают следующие вариации теоретических дилемм: равна ли воля депутатов воле народа? Влияет ли на решение этого вопроса характер мандата — он императивный или свободный? Становится законом воля всего народа или его части? Как в действительности на решение этого теоретического вопроса влияет возможность принятия законов при несогласии почти половины депутатов (49%)? В контексте этих вопросов примечателен искренностью марксистско-ленинский подход, прямо провозглашавший источником права не волю народа, выражаемую через депутатов, а волю (интересы) господствующего рабочего класса, которые диктуются его авангардом — партией.

По отдельности проявления разума, опыта и веры в качестве источников права могут быть, если приложить необходимые эвристические усилия, ассоциированы с законодательными решениями. Они поэтому являются своего рода первичными или прямыми источниками правовых норм. В то же время сложносоставные категории по сути являются, во-первых, производными или вторичными источниками права и, во-вторых, представляют собой искусственно созданные человеком концепции (продукт вторичной мыслительной деятельности, напрямую не связанной с созданием конкретных правовых норм), неизбежно на-

кладывающие на первичные источники отпечаток дополнительных концептуальных установок. Искусственно созданные концепции, в отличие от первичных источников, непременно влекут необходимость интерпретационной деятельности, во многом ставя вопросы правотворчества в зависимость от субъективного разума интерпретатора: но не разума как непосредственного источника конкретных норм, а разума, интерпретирующего концепцию, и лишь затем — формулирующего конкретные нормы.

Как видно из рассмотренных понятий о возможных источниках права, они могут отличаться объективностью или субъективностью. Например, опыт как эмпирически обусловленный источник права претендует на свою объективность, тогда как разум, как правило, субъективен, поскольку имеет четкую связь с мыслящим субъектом. Даже в случае с логикой разум субъективен в том плане, что существует риск зависимости создаваемого объективного права и его действенности (качества регулирования отношений) от когнитивных способностей субъекта — мастерства применения логических приемов и потенциальных логических ошибок. Кроме того, требуется немало усилий, чтобы в целях права отличать и отделять разум и логику от их отрицательных двойников — популизма и демагогии, суть которых как раз в деконструкции логики под видом ее соблюдения, чему имеется множество исторических подтверждений.

В данном аспекте актуальным является также исследование вопроса о реальных (истинных) и мнимых источниках права. Одним из самых ярких исторических примеров этой дихотомии стала идеология и практика якобинской диктатуры на исходе XVIII в.: при провозглашении суверенитета французской нации, связывая источник права именно с ней и режимом свободы, якобинцы жестоко преследовали всех несогласных как с самой этой концепцией в целом, так и с их личными взглядами. Истинным источником правовых решений стал разум немногих лиц (якобинской верхушки), а главным символом «демократической» республики стала гильотина — «брита нации», под которую без всякой оглядки на права, за которые боролись идеологи якобинства, попали не только члены королевской семьи, политические конкуренты, но и деятели науки и искусств (например, знаменитый химик А. Лавуазье).

Актуальность проблемы истинных и мнимых источников права созвучна актуальной проблеме истинных и мнимых юридических целей, напрямую связанных с процессом правотворчества. В одном из последних исследований на эту тему отмечается, что манипулирование юридическими целями (равно как и понятием об источниках права) «чревато изменением самого отношения к праву, выражающемуся в симулятиза-

ции, при которой право не воспринимается как что-то серьезное, наполненное содержанием, а область юридического превращается «в систему нормативных знаков, не имеющих связи с жизнью» [Куликов М.А., 2023: 235–236].

Нельзя обойти стороной вопрос о влиянии принципов права на деятельность субъектов правотворчества. По своему определению принципы — идейные образы и ценностные установки, которые признаются значимыми и устремляют мышление и поведение людей в определенном направлении. В таком же смысле принципы существуют и в правовой реальности [Стоилов Я., 2023: 116]. Если говорить о принципах права, то они направляют поведение всех субъектов, имеющих отношение к праву — не только правоприменителей, но и правотворцев, и поэтому соотносятся с понятием источников права в рассмотренном ранее смысле. Другое означало бы, что принципы права как наиболее обобщенные ценности с нормативным содержанием могут устанавливаться и произвольно изменяться самими правотворческими органами во всем их многообразии.

Однако принципы права, в отличие от юридических норм, содержащих обычные (конкретные) правила, характеризуются наивысшей степенью нормативной обобщенности, максимально охватывающей все сферы общественной жизни и все возможные жизненные ситуации. Следовательно, если та или иная идея, широко воспринимаемая в обществе, ядро содержания которой не зависит от усмотрения властей, применима ко всем жизненным ситуациям, то она должна быть в равной степени применима (учтена) в процессе разработки норм, регулирующих данные ситуации. В данном случае, как объясняет К. Ларенц, речь идет о том, что принципы права выступают в качестве методов нахождения правил [Avila H., 2007: 8–9].

В современном мире данный феномен нашел выражение, в частности, в принципах международного и конституционного права, которые имеют самостоятельное нормативное содержание, не зависящее от воли ординарных законодателей, и которыми последние обязаны руководствоваться при разработке законов. К таким принципам относятся: уважение человеческого достоинства, высшая ценность прав человека, равноправие и равенство всех перед законом, запрет пыток и бесчеловечного обращения и др. В этом плане уместно говорить о получении «права из принципов», понятие которого судья Конституционного Суда России Г.А. Гаджиев использовал для обозначения правовых позиций и норм, выводимых из абстрактных конституционных положений. Он отметил, что поскольку принципы права отличаются неконкретным юридическим содержанием, они обладают высоким потенциалом раз-

ностороннего развития посредством формирования развивающихся представлений о них [Гаджиев Г.А., 2008: 22] .

Есть основания сделать вывод, что существует целая совокупность факторов, появляющихся и развивающихся в жизни общества автономно от государства (по крайней мере, неподконтрольно ему), которые относятся к созданию именно права, а не другого социального регулятора. Следовательно, нет оснований исключать их из внимания юриспруденции как социальной науки. Упрощенное понимание источников права и сведение юриспруденции к изучению внешних форм объективного права, оставляющее юриста за рамками вопроса о создании этого права, вряд ли способствует утверждению о высоком предназначении юридической профессии именно в качестве профессии, а не в качестве технической работы, с которой способен справиться усердный представитель любой специальности. Если игнорировать указанные факторы, то значительная часть социального бытия, непосредственно связанная с правотворчеством и содержанием правовых норм, остается вне поля зрения юристов.

3. Формы права

Форма права — внешний его облик, способ выражения его содержания в объективной реальности, т.е. способ объективирования правовых норм, обеспечивающий возможность доведения их до сведения субъектов права и служащий подтверждением их общеобязательности.

Логическим результатом работы субъекта правотворчества с первичным источником права становится облечение принятого им решения в надлежащую форму, иначе это решение не вышло бы за пределы его собственного сознания. В свете давно устоявшегося в теории государства понятия о монополии государства на осуществление государственной власти, в том числе на правовое регулирование общественных отношений [Еллинек Г., 1903: 236–238], форма права, в отличие от его источников, всегда зависит от государства и четко связана с органом государственной власти, который «оформляет» право. Отличительной чертой формы права, таким образом, является то, что ей предшествует не только источник права в рассмотренном ранее смысле, но и санкция государства, которое утверждает право в определенной форме.

Истории государства и права, как и современной сравнительно-правовой науке, известно множество форм права, разнообразие которых обусловлено богатством форм государства, конструктивных особенностей правовых систем, подходами к разделению (распределению) государственной власти и так далее. Благодаря обобщениям, предпринима-

тым наукой теории государства и права, понятия об этих разрозненных способах выражения права приведены в систему, предусматривающую следующие основные (типичные) формы права: нормативные правовые акты, судебные прецеденты, правовые обычаи, нормативные договоры, правовая доктрина, формы религиозного права.

Фактические формы права могут сочетать в себе признаки сразу нескольких типичных моделей. Так, международные договоры часто рассматриваются как классический нормативный акт, применяемый в суде (в Европе — Конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г.). Поэтому требуется всесторонний анализ признаков, рассмотренных ниже, чтобы понять истинные свойства того или иного правового акта в качестве формы права.

3.1. Нормативный правовой акт

Обращаясь к его рассмотрению как формы права, следует прежде всего иметь в виду встречающееся в литературе и на практике непонимание смысла термина «нормативность». Иногда утверждается, что отличительной чертой нормативного правового акта является нормативность. Однако нормативность в качестве одного из ключевых признаков права вообще не только характерна, но обязательна для всех без исключения форм права. Норма права, с которой связывается само понятие нормативности, имеется как в нормативных правовых актах, так и в любой другой форме права. Следовательно, все формы права в той или иной степени являются нормативными актами в широком смысле. Однако во всем разнообразии форм права выделяется категория, отличающаяся от других своими специфическим устойчивым признаками и свойствами, которую благодаря этому стали именовать нормативным актом в узком смысле.

Официального определения нормативного правового акта нет. Многие правоведы, стремясь подкрепить свои взгляды авторитетом государства, ссылаются на Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации, которая однажды констатировала, что «в юридической доктрине принято исходить из того, что нормативный правовой акт — это письменный официальный документ, принятый (изданный) в определенной форме правотворческим органом в пределах его компетенции и направленный на установление, изменение или отмену правовых норм. В свою очередь, под правовой нормой принято понимать общеобязательное государственное предписание постоянного или временного характера, рассчитанное на многократное применение» (постановление от 11.11. 1996 № 781-ІІ ГД). Но, во-первых, поиск исчерпы-

вающего понятия нормативного правового акта не являлся предметом указанного постановления, а во-вторых, парламент по своим составу и функциям вряд ли претендует на первенство в юридической экспертизе.

При этом зачастую упускается из виду посвященное непосредственно этому вопросу юридико-экспертное и доктринально-правовое исследование, предпринятое Конституционным Судом России. В Постановлении от 31.03.2015 № 6-П Суд сформулировал собственную позицию о том, что представляет собой нормативный правовой акт и по каким признакам его можно отличить от других форм правовой деятельности государства. Суть рассмотренного Судом вопроса была связана с тем, что зачастую внешне не похожие на законы и подзаконные акты документы государственных органов фактически являются нормативными правовыми актами. Следуя принципу «от обратного», можно заметить, что далеко не все положения законов и подзаконных актов имеют нормативный характер и, следовательно, могут быть названы нормативными правовыми актами лишь формально. Поэтому в указанном постановлении отражены результаты глубокого осмысления феномена нормативных свойств и указано, что такие свойства в отношении нормативного правового акта обусловлены не одними только его внешними, формальными атрибутами, а должны выявляться прежде всего на основе содержательных критериев, которые сводятся к выяснению следующих вопросов:

оказывает ли правовой акт общерегулирующее воздействие на общественные отношения;

содержатся ли в нем предписания о правах и обязанностях персонально не определенного круга лиц — участников соответствующих правоотношений;

рассчитан ли он на многократное применение.

Таким образом, ключевыми признаками нормативного акта по сравнению с другими формами права, также содержащими нормы права, является, во-первых, то, что он имеет целью прямое и ясно сформулированное выражение норм права (тогда как, например, судебный прецедент или правовой обычай обуславливают свое содержание, прежде всего, анализом ситуативно-фактического контекста, из которого выводится и с которым непосредственно связано содержание правовой нормы). Во-вторых, нормативный акт, как правило, содержит только правовые нормы, являет собой концентрированное их изложение, часто — системную группировку по родовым категориям, в то время как существенный объем других форм права может занимать сопутствующая информация, проясняющая содержание права, а норма иногда даже не обособляется в тексте.

Методологически, следовательно, нормативный акт — набор абстракций, включающих все возможные жизненные ситуации и применяемых дедуктивным путем. Это и отличает их от других форм права — например, судебные прецеденты воплощают не абстрактное, а казуальное регулирование, а общие понятия о норме выводятся индуктивным методом. Нормативные акты поэтому являются основным способом, при помощи которого органы государства прямо и недвусмысленно направляют всем субъектам права свою волю регулирования общественных отношений.

Одной из главных задач и одновременно преимуществом нормативного правового акта в качестве формы права постулируется его способность обеспечить правовую определенность и формальное равенство. Предполагается, что наглядно зафиксированные в опубликованном тексте нормативного акта формулировки, одинаковые для всех субъектов права на территории государства, должны обеспечивать равное ко всем отношение государства и единообразное правоприменение. Не удивительно поэтому, что началом эпохи нормативных актов в качестве доминирующей формы права стало время буржуазных революций, провозгласивших всеобщее формальное равенство и стремившихся найти способ его воплощения. Суть данного подхода символизировали идеологи Великой Французской революции, которые высекли основные положения Декларации прав человека и гражданина на каменной стене в центре города (прообраз официального опубликования), чтобы любой и каждый мог ознакомиться со своими правами, быть уверенным в их публичности и неприкосновенности, а при необходимости — апеллировать к этому источнику для защиты личности, свободы, имущества. Таким образом, нормативный правовой акт вытеснил излюбленную монархами и другими феодалами практику обычного права, не имевшую столь прочной содержательной основы с ясным механизмом доведения ее до всеобщего сведения и внесения в нее изменений.

Этим обусловлено одно из главных требований, предъявляемых к процессу издания нормативных актов, которое закономерно приобрело значение его признака в качестве формы права — доведение до всеобщего сведения (обнародование). Нормативный акт может достичь поставленных перед ним целей только если его текст распространен надлежащим образом среди всех потенциальных субъектов его действия и если к тексту обеспечен беспрепятственный доступ. Это напрямую влияет не только на возможность обеспечить правовую определенность в обозначенном смысле, но и на легитимность последующего применения презумпции знания закона органами правоприменения. В современном мире одним из основных способов доведения нормативных актов

до всеобщего сведения является официальное опубликование, которое, как отметил Верховный Суд России, призвано обеспечить неотъемлемую возможность ознакомиться с его содержанием тем лицам, права и свободы которых он затрагивает¹.

Для квалификации правового акта в качестве нормативного решающее значение имеют не формальные признаки, а содержательное наличие нормативных свойств. К примеру, далеко не все указы Президента Российской Федерации или постановления ЦИК являются нормативными актами, поскольку они фактически содержат не нормы права, а индивидуальные распорядительные предписания (например, указы о награждении, поощрении, назначении федеральных судей, об отставке высших должностных лиц субъектов федерации и т.п.). Более того, даже законы не всегда состоят полностью из норм права, отвечающих всем признакам права. Например, ч. 2 ст. 20 Федерального закона от 17.05.2007 № 82-ФЗ предусматривает, по сути, распорядительное предписание конкретным лицам, которые должны предпринять указанные действия в указанный период времени.

Существуют и противоположные примеры, когда акты органов, привычно не относящиеся к нормативным, фактически ими являются. Например, зачастую в разъяснениях законодательства, которые дают органы исполнительной власти или высшие судебные инстанции, можно встретить фактически самостоятельные нормы, не отраженные в законе. В таком случае ориентиром служит обозначенная выше позиция Конституционного Суда России: если правовой акт обладает свойствами, позволяющими применять его в качестве обязывающего предписания общего характера, то его облечение в форму разъяснения само по себе не может быть достаточным основанием признания его ненормативным правовым актом.

Таким образом, нормативный правовой акт — формально определенный (документарный) акт, принятый компетентным государственным органом или иным субъектом, наделенным правотворческими полномочиями, который содержит предписания общего характера (нормы права), адресованные индивидуально-неопределенному кругу лиц и рассчитанные на неоднократное применение.

3.2. Правовой прецедент

Понятие правового прецедента непосредственно связано с общим понятием прецедента в качестве междисциплинарного феномена. Во-пер-

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 25.11.2018 № 50 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2019. № 2.

вых, прецедент — всегда случай, произошедший в определенный момент. Из этого следует, что прецедент как внешнее объективное явление имеет непосредственное выражение в материальной действительности и представляет собой целую совокупность (комбинацию) жизненных обстоятельств. Важной чертой прецедента является его реальность в прошлом, а не предположительность наступления в будущем. Это отличает прецедент от абстрактных рассуждений, мнений, убеждений и теорий. Во-вторых, случай приобретает прецедентный характер лишь тогда, когда он был разрешен (ему было придано определенное значение) в прошлом. Это отличает прецедент от любых других жизненных ситуаций, которые имеют место каждый день. В-третьих, разрешение прецедента в прошлом должно завершиться с такой степенью значимости для субъекта, чтобы сохранять последующее влияние в качестве примера действий, которые следует предпринять в будущем при наступлении аналогичных обстоятельств.

Можно утверждать, что любой правовой прецедент обладает названными признаками, а правовым он становится благодаря введению дополнительных условий — собственно, юридических. С одной стороны, речь идет уже не о любой жизненной ситуации, а о такой, которая требует именно правового вмешательства (урегулирования). С другой стороны, решение по этой ситуации принимается не любым авторитетным лицом (старшим товарищем, мудрецом, медиатором), а уполномоченным органом государственной власти, что связывается опять же с монополией государства на создание права.

Не вызывает сомнений, что именно судебная власть по характеру ее полномочий и ее средствам (механизмам, процедурам) способна осуществлять полное и всестороннее рассмотрение конфликтных ситуаций. Поэтому в отдельных правовых системах принимаемые судебной властью решения по конкретным делам исторически предназначены не только для изолированного разрешения текущего спора без осмысления глобального значения применяемого подхода и его последствий, но для разрешения проблемного вопроса в целом, понимая, что подобные ситуации могут впоследствии повторяться с другими лицами, в других местах, при других, но схожих обстоятельствах. Такие решения сформировали устойчивое понятие судебного прецедента. Главный признак судебного прецедента, отличающий его от обычных судебных решений в романо-германских (континентальных) системах — это нацеленность на урегулирование отношения как такового, а не действие по принципу «решить и забыть».

Внешнее выражение прецедента — комбинация жизненных обстоятельств — придает ему свойство юридического состава (совокупности

юридических фактов). Поэтому, хотя на поверхности лежит факт издания судом властного решения, ключевое значение имеют именно сопутствующие и предшествующие ему факты самого жизненного случая. В системе прецедентного права они имеют особое значение, поскольку отличительной чертой прецедентного регулирования является свобода от закона в привычном формально-юридическом смысле. Если бы судьи для решения дел только применяли закон, а в последующих делах ориентировались на предыдущие решения, основанные на законе, то такая система ничем не отличалась бы от обычной правоприменительной деятельности судов в системах континентального нормативно-правового регулирования. В действительности системы общего права — Англии, США и др. — выделяют в самостоятельную правовую семью благодаря тому, что они создали нечто особенное и отличное от других стран, а именно, сочетание автономных правовых систем — прецедентного права и законодательного (статутного) регулирования. Судебные решения, имеющие целью только привести в исполнение букву писаного закона, не являются прецедентами.

В данном аспекте необходимо понимать, что деятельность судов англо-американских государств с самого начала имела характер и формы, отличавшиеся от континентальной Европе. В условиях разрозненности и разобщенности английского общества, особенно после анархии 1138–1153 гг., короли Англии нашли решение не в централизованной разработке и одностороннем утверждении статутов, действительный смысл которых зачастую не выходил из стен резиденции монарха, а в санкционировании справедливого механизма: с одной стороны, не произвольного (одобренного короной), с другой — позволяющего децентрализованно регулировать отношения, возникающие на местах, тщательно исследуя все обстоятельства и подбирая наиболее подходящее решение. Кларендонская, Великая (Виндзорская) и ряд «младших» королевских ассиз XII века учредили такой механизм, неотъемлемыми элементами которого стали не только королевские судьи, но также шериф и, что еще важнее, жюри «местных мужей» (jury of local man). Судебные прецеденты, таким образом, нашли легитимную опору в самом обществе — в институте жюри, который Глэнвилл назвал «благим даром», «проистекающим из наивысшего равенства». Со временем самостоятельное развитие такого автономного и децентрализованного правового механизма привело к возможности его противопоставления избыточной политической власти с целью защиты основных прав задолго до того, как буржуазные революции сделали это всеобщим явлением [Аубакирова И.У., Бережнов А.А., 2022: 359]. В том числе поэтому английским судам нередко приписывают не свойственную, на первый

взгляд, данному роду органов роль кардинального элемента демократии [Pound R., 1941: 133–134]; [Steilen M., 2011: 437–439].

Таким образом, при формировании правового решения судьи в рамках системы прецедентного права издавна прибегают не к дедуктивной обработке формальных предписаний и обобщенных родовых понятий, а к всестороннему анализу ситуации и к источникам права, лежащим за рамками законодательных текстов. В частности, труды одного из наиболее авторитетных в истории США судей и теоретиков права — О. Холмса показывают, что источником судебного общего права (*common law*) являются закономерности опыта, выявляемые эмпирическим путем в повседневной жизни общества применительно к конкретным ситуациям, в том числе при помощи жюри.

Судебные прецеденты, в отличие от судебных решений континентальных судов, имеют особую структуру. Классический судебный прецедент излагается на десятках и даже сотнях страниц, и лишь небольшая его часть является непосредственно правом (нормой права — *ratio decidendi*). *Ratio* — это общий смысл правовых суждений, непосредственно относящихся к предмету спора. Остальная часть относится к «попутно сказанному» (*obiter dictum*) и включает анализ фактологического и социально-правового контекстов, судебную аргументацию, в том числе описание опыта разрешения аналогичных или однородных вопросов прошлыми поколениями судей и жюри. Указанная структура не является жесткой и формально выраженной. Одним из главных навыков юриста в системе общего права считается как раз умение извлекать *ratio* из полного текста судебного рассуждения, отделяя от убеждающих аргументов ключевой факто-ориентированный смысл самого решения, к которому можно апеллировать для применения в последующих делах с аналогичными фактическими обстоятельствами.

Таким образом, отличительными чертами судебного прецедента являются: свобода от писаного законодательства, связь содержания правовой нормы с совокупностью фактических обстоятельств (казуальность), отсутствие процедуры целенаправленного проектирования правовой нормы.

Описанная сущность судебного прецедента как формы права имеет ряд теоретических достоинств и недостатков. Во-первых, прецедентная форма выражения права сводит к минимуму возможность малоэффективных предположений, презумпций и фикций в качестве регулятивных конструкций. Во-вторых, она предполагает исключительную целесообразность введения новых правил поведения. При разработке нормы закона одним из самых серьезных и дискуссионных является вопрос о ее целесообразности (общественной значимости). В случае с судебным прецедентом данный вопрос отпадает сам собой, ведь если социальное

противоречие (спор) проявило неспособность других социальных регуляторов разрешить его без суда, то создание прецедента несет неоспоримую значимость для общества и влечет релевантные последствия.

В то же время прецедентное регулирование издавна вызывает разной степени обоснованную озабоченность политиков и юристов, сомневающих в его демократизме из-за отсутствия очевидной связи с формами прямого народовластия. Помимо этого, в обращении с судебными прецедентами не обойтись без профессиональных навыков, получаемых только путем юридического образования и практики, в связи с чем непосредственная доступность рядовых граждан к этой форме права крайне мала. В совокупности с действием жесткого требования «стоять на решенном, даже если рухнет небосвод» (неукоснительно решать дела по образцу — доктрина *stare decisis*) указанные недостатки привели к тому, что с началом XX в. пальма первенства в английском правотворчестве перешла к парламенту, в распоряжении которого имеется более гибкая система норм, теоретически готовая к принципиальным правовым реформам политическими средствами.

На основе всего изложенного ответ на часто задаваемый вопрос, является ли судебный прецедент формой права в России, ясен — не является. Понятие судебного прецедента как самостоятельной формы права является общепринятым и устойчивым в юриспруденции, оно неразрывно связано с особенностями развития альтернативной системы правотворчества — англо-американской. Это понятие складывалось веками, его использовали задолго до настоящего времени для обозначения конкретного правового явления с описанными признаками и свойствами. В этом понимании судебного прецедента в России не существует. Нельзя в одночасье взять обычные судебные решения и объявить их особой версией судебного прецедента, будто он может пониматься по-своему каждым юристом. Это противоречит фундаментальным законам логики, из которых следует, что если у кого-то к любому уже устоявшемуся значению понятия имеется «свое понимание», то это означает, что у такого человека понятия о рассматриваемых явлениях в общепринятом смысле нет вообще [Мигунов А.И., 2023: 67–68]. Что касается элементов судебного правотворчества, таких как правовые позиции высших судов, то они присущи не только российской, но и любой другой континентальной правовой системе, однако, ни в одной из них юристам не пришлось в голову всерьез вести речь о судебных прецедентах. Вышеупомянутый член Верховного Суда США О. Холмс недвусмысленно предостерегал от понимания судебного правотворчества в качестве прямой «промульгации норм». Прецедентная норма подлежит выведению из множества дел [Holmes O., 1870: 3–4].

Правовые позиции континентальных судов являются противоположностью прецедента, поскольку имеют больше сходства с ранее рассмотренными признаками и свойствами нормативного правового акта, а отличаются, по сути, лишь принадлежностью издающего органа к той или иной ветви власти и, возможно, степенью конкретизации создаваемой нормативной формулировки. Одним из ярких примеров стал обзор Президиума Верховного Суда России от 21.04.2020², последовавший за введением властями беспрецедентных мер борьбы с COVID-19, когда, очевидно, никак не могла сложиться необходимая судебная практика ее обобщения и разъяснения. Судебный орган действовал фактически на опережение, дав обязательное толкование законодательства без привязки к каким-либо спорам и фактическим обстоятельствам, т.е. по сути, моделировал потенциально возможные ситуации в своем сознании, как это делает законодатель. Помимо прочего, нельзя забывать, что, по общему правилу, ни один суд в России не может принять решение, абсолютно свободное от закона, и обязательно подкрепляет свое суждение каким-либо положением нормативного акта, пусть даже самым абстрактным образом.

3.3. Правовой обычай

Одной из древнейших форм права является правовой обычай. Он появляется уже в первобытных государственных образованиях, а простота его применения коррелирует с простотой организации власти, еще не контрастно отделенной от общества. Поэтому отличительной чертой обычного права, как и прецедентного, является свобода от писаного законодательства, что понятно — и то, и другое формируется децентрализованно и черпает правовое содержание в жизненных ситуациях (общественной практике), а не в языке формально утвержденного текста.

Как справедливо отмечал профессор А.Д. Градовский, сила обычая заключается в том, что он является результатом «народного творчества», в преюбренности его развития, всеобщности убеждения в его достоинствах [Градовский А.В., 1880: 116]. Действительно, правовой обычай есть частный случай обычая как такового, поэтому разделяет его характеристики, положительно влияющие на его легитимность и действенность: в отличие от форм позитивного права, которые исходят сверху от государственной власти, обычаи как социальная практика зарождаются в самом обществе без давления извне, а их многократное применение, оттачивание и наглядный практический результат приводят к тому, что участники обычной практики сами заинтересованы в ее реализации.

² Бюллетень Верховного Суда РФ. 2020. № 5.

Вместе с тем не любой обычай может стать правовым, т.е. приобрести признаки общеобязательности в качестве формы объективного права. Если бы не был решен вопрос о том, как формализовать обычай в целях права, то невозможно было бы обеспечить правовую определенность. Так, любая в меру репрезентативная группа лиц могла бы утверждать, что сформировала правовой обычай, а сторона в споре при необходимости могла бы к нему апеллировать. Данный вопрос решается с позиции монополии государства в сфере создания права — обычай становится правовым, если официально признается (санкционируется) государством. При этом издание нормативного акта является далеко не самой распространенной формой признания правового обычая. Так, на основании ст. 5 Гражданского кодекса Российской Федерации и аналогичных положений других континентальных кодексов частного права обычай может быть признан обязательным в судебном порядке. При этом названное законоположение указывает на ключевые признаки правового обычая: это правило поведения, сложившееся на практике (в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности), широко применяемое, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе.

Один из современных примеров — суды ввиду развития и широкого применения цифровых технологий стали часто признавать соблюденными требования к направлению и доставке деловой переписки между предпринимателями по электронной почте, хотя раньше в этих целях применялись только официальные понятия юридического адреса или адреса местонахождения. Таким образом, правовой обычай может быть санкционирован любой из ветвей государственной власти, а судебное санкционирование ввиду самой природы судебной деятельности государства предполагает всестороннее исследование достаточного количества свидетельств широкого применения обычая в их совокупности.

Одним из наиболее распространенных видов правового обычая в современном мире является международно-правовой обычай. Субъектами международного права являются государства, реализующие свой суверенитет в отношениях друг с другом. Любая деятельность международных организаций, в первую очередь деятельность ООН, непосредственно связана с понятием государственного суверенитета, одновременное целенаправленное устремление которого каждым из государств в сторону международной организации наделяет ее международной (вненациональной) правосубъектностью и насыщает публично-правовыми полномочиями. Именно исходя из этого международное право, включая обычное, разделяет все признаки права вообще, включая общеобязательность для государств, признавших соответствующую международную юрисдикцию.

Комиссия международного права ООН систематизировала признаки международно-правового обычая³, которые весьма полезны в целях понимания правового обычая вообще. Так, во-первых, в качестве конститутивных элементов обычая выделены всеобщая практика и признание такой практики в качестве правовой нормы. Во-вторых, Комиссия обобщила возможные формы деятельности, которые могут рассматриваться как свидетельства наличия правового обычая (формы практики). Они включают как материальные акты (нормотворческая, судебная, договорная работа), так и вербальные (поведение, публичные заявления). Сказанное наглядным образом подтверждает давнее наблюдение, что одна из главных особенностей правового обычая в том, что это некодифицированная форма права, которая по крупницам собирается, обобщается и затем санкционируется уполномоченным публично-правовым образованием.

Описанная природа правового обычая обуславливает его достоинства и недостатки в качестве формы права. С одной стороны, естественность процесса формирования правового обычая и его неотделимость от общественной практики позволяют обеспечить достаточный уровень согласия между объективным правом и потребностями субъектов права (субъективным чувствованием взаимных прав и обязанностей), что считается одной из самых труднодостижимых задач для любой другой формы права. С другой стороны, отсутствие подробного текстуального описания и, как следствие, содержательных границ может вести к разночтениям и спорам о толковании правового обычая в той или иной ситуации. Это не может не оказывать негативного влияния на состояние правовой определенности.

Таким образом, правовой обычай — это сложившееся в результате естественного хода общественной жизнедеятельности и нашедшее широкое применение правило поведения, признанное публично-правовым образованием в качестве обязательного.

3.4. Правовая доктрина

Доктрина как источник права зародилась в римском праве и продолжила существование в системах общего права в качестве авторитетных комментариев и обобщений правовой практики. В таком смысле доктрина не предполагает преобладания субъективного мнения того или иного юриста в качестве источника права. Напротив, авторитетность

³ Генеральная Ассамблея ООН. Официальные отчеты. 73-я сессия. Дополнение №10 (A/73/10). Available at: URL: <https://legal.un.org/ilc/reports/2018/russian/cover.pdf> (дата обращения: 30.01.2024)

научных трудов достигается именно за счет того, что ими осмыслены результаты объективного исследования, основанного на практике историко-правового исследования с применением научных методов. Фактически речь идет об обращении к научному обобщению фактически действующего права, а не ко взглядам юриста на это право или на праве вообще и, тем более, не о его субъективном мнении о том, каким право должно быть. Влияние субъективного мнения на выводы о содержании права в трудах, которые могут стать правовой доктриной — формой права, минимально.

Историческим примером такой правовой формы общепринято считаются Институции Гая, а составленные по такому же принципу У. Блэкстоном Комментарии к законам Англии до сих пор применяются английскими и американскими судами. В США к таким авторитетным трактатам относятся Комментарии к американскому праву Дж. Кента, а также Комментарии к Конституции США и Комментарии к праву справедливости, составленные Дж. Стори. В отличие от этих примеров в России и странах континентальной Европы сочинения ученых-юристов, как правило, не признаются легитимным правовым источником, на который суд вправе непосредственно ссылаться при вынесении решения. Кроме того, не следует путать правовую доктрину в обозначенном смысле и судебные доктрины как обобщение смысла прецедентной практики — последняя является самостоятельной формой права в англо-американских системах. Помимо сказанного, доктрина признается источником права в арабских странах (так называемый фикх), однако ее принято рассматривать в качестве одной из форм религиозного права, поскольку она является результатом трудов не столько юристов, сколько богословов.

Таким образом, правовая доктрина — это труды наиболее опытных и авторитетных исследователей национального права, которые признаются государством в качестве достоверного источника объективных знаний о правовых нормах и которые могут применяться судами в качестве таковых.

3.5. Формы религиозного права

В отличие от религиозных норм как одного из видов социальных регуляторов, не являющихся правом, религиозные юридические нормы обладают всеми признаками права и порождают все соответствующие правовые последствия для субъектов, подпадающих под их действие. Религиозное право является результатом одной из разновидностей санкционированного правотворчества — государство остается силой, обеспечивающей юридическую силу этих норм, они становятся правом только и именно в результате придания им общеобязательной силы.

Религиозное право было широко распространено в средневековье, когда государство и церковь выступали равноценными соперниками в публичной политике. Государственные и церковные институты тесно взаимодействовали в вопросах осуществления власти, а иногда даже структурно переплетались. Научно-технический прогресс, Великая Французская революция и последующие демократические движения в странах континентальной Европы привели к секуляризации власти и практически повсеместному отделению церкви от государства, власть приобрела светский характер.

Вместе с тем в современном мире одной из самых распространенных форм религиозного права остается шариат: совокупность норм мусульманского права, источниками которого являются Коран — священная книга ислама, Сунна — традиции, связанные с посланием Бога, иджама — «единое соглашение мусульманского общества» (высказывания проповедников), и кияс — суждение по аналогии (толкование Корана и Сунны) [Давид Р., 1967: 388]. На территории исламских государств (Алжир, Афганистан, Египет, Катар, Ливия, Мальдивы, Марокко, Объединенные Арабские Эмираты, Саудовская Аравия, Палестина, Ирак, Иран и др.) шариат применяется как полноценный государственный закон, поскольку сама сущность этих государств неотделима от религии (они не являются светскими, а религиозная власть предшествует государственной).

Другим примером религиозного права сегодня являются сохраняющие ограниченное действие источники христианского канонического права. Суверенитет Святого престола подтвержден Латеранскими соглашениями 1929 г., он является политически нейтральным субъектом международных отношений. Римско-католическая церковь издавна имеет разветвленную административно-управленческую структуру, уровень развития которой не уступает ведущим государствам. В частности, одной из старейших дикастерий (конгрегаций) римской курии является Дикастерия доктрины веры, следящая за чистотой вероучения и разрабатывающая нормы канонического права. Эти нормы стали инструментом, регулирующим внутреннюю организацию Папского государства, отношения между церковными органами, верующих и государства, некоторые отношения в жизни верующих. Общеобязательными становятся нормы, содержащиеся в энцикликах, апостольских конституциях и других актах, провозглашаемых главой церкви *ex cathedra*, т.е. официальным образом, при исполнении им своих обязанностей учителя и пастыря всех католических христиан (буквально — с кафедры, в присутствии кардиналов и других епископов). В 1917 г. таким образом был принят Кодекс канонического права. Каноническое право сегодня

работает больше по персональному, нежели территориальному принципу. Святому престолу подчиняется только небольшая суверенная территория Ватикана, однако римско-католическая церковь имеет разветвленную сеть представительств (церквей) по всему миру, включая количество членов, признающих ее юрисдикцию, которое превышает численность населения многих государственных образований.

Как теоретические преимущества, так и теоретические недостатки форм религиозного права связаны с самим источником их уникальности и их ключевой конструктивной особенностью — неразделимостью вопросов права и вопросов религии. С одной стороны, действенность религиозного права растет за счет подкрепления легитимности его норм утверждением о наличии дополнительного сверх-авторитета, воля которого изложена в священных текстах (источниках права) и который неизбежно привлечет нарушителей к ответственности, даже если с этим не справится государство. С другой стороны, в отличие от светских форм права, религиозные юридические нормы создаются вне принципа научной обоснованности и в значительной степени опираются на непостижимые иррациональные категории, которые теоретически могут быть использованы недобросовестными проповедниками для подмены истинных правовых смыслов священного писания личными трактовками для достижения определенных целей.

Таким образом, религиозное право — это закрепленные в священном писании, других религиозных текстах и актах церкви (религиозных должностных лиц) юридические нормы — правила поведения, которым государство придает признак общеобязательности, обеспечивая их исполнение.

Заключение

Тематика источников и форм права уже много лет считается достаточно исследованной и рассматривается большинством юристов с позиции теоретической догмы, сформулированной задолго до того, как социальная реальность претерпела кардинальные изменения под влиянием прогресса, политических событий и свободно развивающейся правовой мысли. Информационные технологии повлияли на подходы к официальному опубликованию нормативных актов и обусловили постепенное повышение требований к их системности, правовой определенности; они повлияли и на доступ к правосудию и систематизацию прецедентного права; официальное признание неотчуждаемости основных прав и развитие социолого-правовых исследований стимулируют познание права как целостного феномена, не замыкающегося только лишь в официальных актах — стандартных формах права. Эти глобаль-

ные социальные процессы и новации государственно-правовых практик, не подпадающие под догматические рамки и стереотипное правовое мышление, изучались юристами, как правило, от случая к случаю, в рамках узконаправленных исследований. Однако по-прежнему актуален вопрос о плавном обновлении обобщений в масштабах общей теории прав — в той части, которая касается форм правовой деятельности государства и движущих ее сил, в том числе за счет осмысления ранее обнаруженных закономерностей применительно к новым эмпирическим данным. Настоящее исследование показало, что многие теоретические категории, сформированные дореволюционными отечественными правоведами, сохраняют актуальность при условии гибкого их применения к нынешним реалиям, т.е. надлежащего определения их содержательной части, не имеющей нераздельной связи с временем их написания, но отражающей закономерности развития государства и права вообще.

В качестве вводных положений, предлагающих открыть дискуссию об обновлении теоретической базы, допустимо выделить следующие.

Бессистемное и неосознанное смешение понятий о форме права и об источнике права ограничивает юридическое знание только внешними и формальными явлениями, абсолютизируя роль государства и превознося его над правом даже если это не отражает процессов, происходящих в обществе не только под государственным руководством, но и под влиянием социальных, экономических, духовных, научно-технических и других факторов. Такой подход не всегда способен дать минимально необходимое понятие о силах, создающих право, изображая его как данность, как вещь-в-себе. В аспекте мастерства юридической профессии такое понимание выглядит чересчур упрощенным, оно доступно любому обывателю. Поэтому актуальной для современного юриста остается необходимость ясного понимания соотношения источников права и его форм, как оно зарождалось в классике отечественной юриспруденции.

Источники права могут быть классифицированы на объективные и субъективные, первичные и вторичные, реальные и мнимые. Сложно-составные категории (например, дух нации, общая воля), сочетающие в себе признаки первичных источников — разума, веры, опыта, усложняют и без того труднопостигаемые понятия, порождая дискуссии о возможности их «вычисления». Когда возможность такого вычисления не очевидна, встает вопрос: какой более простой фактор в действительности является источником права.

При квалификации правовых актов в качестве нормативных главное значение имеют нормативные свойства (содержание), а не внешнее выражение документа (даже если это закон). Этот принцип имеет и обратное действие: чтобы нормативный акт достиг своих целей (обеспечить

определенность, формальное равенство), его необходимо составить надлежащим образом, содержание его структурных единиц должно соответствовать критериям нормативности. Критерии, некогда считавшиеся лишь признаками нормативного акта, сегодня преобразовались в требования к его содержанию (например, правовая определенность). Без соблюдения этих требований акт, даже внешне оформленный как нормативный, в действительности им не станет, так как из-за объективной неопределенности его содержания точкой отсчета права будет не этот акт, а субъективное сознано разработчика или толкователя, из которого право фактически будет появляться. В таком случае содержание права черпается из субъективного источника, а не из формы объективного языка юридической коммуникации.

Понятие судебного прецедента как самостоятельной формы права является общепринятым и устойчивым в юриспруденции, оно неразрывно связано с особенностями развития альтернативной системы правотворчества — прецедентного права (англо-американской правовой семьи). Это понятие складывалось веками, его используют для обозначения конкретного правового явления с понятными признаками и свойствами. В этом понимании судебного прецедента в России не существует.

Обычай как самая древняя форма права до сих пор сохраняет свои признаки и свойства. Сегодня одной из самых распространенных форм обычного права стал международно-правовой обычай, применяемый государствами и международными судами. Они развили понимание о самых разнообразных формах социальной практики, которые могут восприниматься как свидетельства сложившегося правового обычая. Однако с ростом количества этих разнообразных форм, которым начинают придавать свойство легитимности, может постепенно утрачиваться прочная основа юридической определенности — субъекты, наделенные компетенцией признавать наличие обычая, могут манипулировать комбинациями различных свидетельств социальной практики для объяснения сложившегося обычая или, напротив, для его отрицания.

Правовая доктрина как форма права не предполагает преобладания субъективного мнения того или иного юриста. Фактически речь идет об обращении к научному (методологически обусловленному) обобщению фактически действующего права, а не ко взглядам юриста об этом праве или о праве в целом и, тем более, не о его субъективном мнении, каким право должно быть.

Хотя для большинства государств ныне характерны светская природа и методы осуществления власти, религиозные формы права сохраняют значительное влияние в исламских государствах (классическая территориальная юрисдикция) и в канонической практике римско-католической

церкви («персональная» юрисдикция). Неразрывная связь религиозных юридических норм с вопросами веры повышает их легитимность среди верующих, но также увеличивает вероятность субъективного влияния отдельных лиц на их содержание. Аналогичный вывод может следовать и в отношении других априорных иррациональных категорий, которые не связаны с верой, но к которым апеллируют законотворцы и правоприменители как к самой данности без достаточных и логически точных обоснований (в отличие от научного подхода к праву).

Дальнейшее исследование источников и форм права остается актуальным ввиду проблем, которые на практике порождает стереотипное понятие о них. Так, например, интересно наблюдение, что Конституция США во многих своих положениях фактически не является нормативным правовым актом, содержащим формальные предписания — нормы. Внешне это, конечно, такой же документ, как и любые другие законы. В действительности у ряда ее положений нет нормативных свойств в том понимании, которое присуще большинству английских статутов или европейских законов. О. Холмс объяснял, в том числе с опорой на практику Верховного Суда США, что фактически многие положения американской конституции отражают концепции, идеи и принципы, сложившиеся в практике общего права, и искать ее содержание следует именно в опыте, а не в логическом толковании текста. Как видно из данного примера, понимание сущности того или иного правового акта в качестве источника или формы права часто имеет далеко не теоретическое значение — без него невозможно определить действующий механизм поиска и применения правовых норм в отдельно взятой правовой системе.



Список источников

1. Аубакирова И.У., Бережнов А.А. и др. Право. Порядок. Ценности.: М.: Блок-Принт, 2022. 688 с.
2. Бергель Ж.-Л. Общая теория права. М.: NOTA BENE, 2000. 575 с.
3. Бошно С.В. Форма права: теоретико-правовое исследование. Автореф. дис. ... д. ю. н. М., 2005. 48 с.
4. Гаджиев Г.А. Принципы права и право из принципов. Конституционные суды и законодательные органы — друзья и соперники на арене конституционной политики // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. № 2. С. 22–45.
5. Гегель Г. Энциклопедия философских наук. Т. 1. М.: Мысль, 1974. 452 с.
6. Градовский А.Д. Государственное право: лекции, читанные в 1880–1881 академическом году. СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1880. 472 с.
7. Гусев С.С., Караваев Э.Ф. и др. Логика. М.: Проспект, 2023. 680 с.
8. Давид Р. Основные правовые системы современности. М.: Прогресс, 1967. 400 с.

9. Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб: Общественная польза, 1903. 532 с.
10. Кокошкин Ф.Ф. Лекции по общему государственному праву. М.: Изд. Бр. Башмаковых, 1912. 306 с.
11. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб.: Магазин Н.К. Мартынова, 1909. 364 с.
12. Куликов М.А. Манипулирование юридическими целями: понятие и признаки // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2023. Т. 16. № 2. С. 213–240.
13. Михайловский И.В. Очерки философии права. Т. 1. Томск: Изд. кн. маг. В.М. Посохина, 1914. 632 с.
14. Стоилов Я. Принципы права: понятие и применение. М: Проспект, 2023. 312 с.
15. Шершеневич Г.Ф. Избранное: В 6 т. Т. 4. М.: Статут, 2016. 496 с.
16. Avila H. *Theory of Legal Principles*. Berlin: Springer, 2007. 168 p.
17. Holmes O. Codes, and the Arrangement of the Law. *The American Law Review*, 1870, vol. 5, iss. 1, p. 1–13.
18. Posner R. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen, 1998. 802 p.
19. Pound R. The Place of the Judiciary In : A Democratic Polity. *American Bar Association Journal*, 1941, vol. 27, no. 3, pp. 133–139.
20. Steilen M. The Democratic Common Law. *The Journal of Jurisprudence*, 2011, no. 10, pp. 437–485.



References

1. Aubakirova I.U., Berezhnov A.A. et al. (2022) *Law, Order, Values*. Moscow: Block-Print, 688 p. (in Russ.)
2. Avila H. (2007) *Theory of legal principles*. Berlin: Springer, 168 p.
3. Berzhel' J.-L. (2000) *General theory of law*. Moscow: NOTA BENE, 576 p. (in Russ.)
4. Boshno S.V. (2005) *Form of law: a theoretical study*. Doctor of Juridical Sciences Summary. Moscow, 48 p. (in Russ.)
5. David R. (1967) *Basic contemporary legal systems*. Moscow: Progress, 400 p. (In Russ.).
6. Gadzhiev G.A. (2008) Principles of law and law of principles. *Sravnitel'noe konstitucionnoe obozrenie*=Comparative Constitutional Review, no. 2, pp. 22–45 (in Russ.)
7. Gradovskiy A.D. (1880) *Lectures on state law*. Saint Petersburg: Stasulevich, 472 p. (in Russ.)
8. Gusev S.S., Karavaev E. F. et al. *The Logic*. Moscow: Prospect, 680 p. (in Russ.)
9. Hegel G. (1974) *Encyclopedia of Philosophy*. Vol. 1. Moscow: My'sl', 452 p. (in Russ.)
10. Holmes O. (1870) Codes and the arrangement of the law. *The American Law Review*, vol. 5, issue 1, pp. 1–13.
11. Jellinek G. (1903) *General theory of the state*. Saint Petersburg: Obschestvennaya pol'za, 532 p. (in Russ.)
12. Kokoshkin F.F. (1912) *Lectures on the general theory of state law*. Moscow: Bashmakov, 306 p. (in Russ.)

13. Korkunov N.M. Lectures on the general theory of law. Saint Petersburg: Martynov Printing, 364 p. (in Russ.)
 14. Kulikov M.A. (2023) Manipulation by means of legal goals: concept and characteristics. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, vol. 16, no. 2, pp. 213–240 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2023.2.213.240.
 15. Mixailovskiy I.V. (1914) Essays on legal philosophy. Vol. 1. Tomsk: Posoknin Printing, 632 p. (in Russ.)
 16. Posner R. (1998) *Economic analysis of law*. New York: Aspen, 1998. 802 p.
 17. Pound R. (1941) The place of the judiciary. In: A Democratic Polity. *American Bar Association Journal*, vol. 27, no. 3, pp. 133–139.
 18. Shershenevich G.F. (2016) Selected works. Vol. 4. Moscow: Statute, 496 p. (in Russ.)
 19. Steilen M. (2011) The democratic common law. *The Journal of Jurisprudence*, no. 10, pp. 437–485.
 20. Stoilov Ya. (2023) *Principles of law: definition and implementation*. Moscow: Prospect, 312 p. (in Russ.)
-

Информация об авторах:

Е.А. Фролова — доктор юридических наук.

Б.В. Лесив — кандидат юридических наук.

Information about the authors:

E.A. Frolova — Doctor of Sciences (Law), Professor.

B.V. Lesiv — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor, Research Fellow.

Статья поступила в редакцию 31.07.2023; одобрена после рецензирования 10.01.2024; принята к публикации 03.02.2024.

The article was submitted to editorial office 31.07.2023; approved after reviewing 10.01.2024; accepted for publication 03.02.2024.

Научная статья

УДК: 341.9

DOI:10.17323/2072-8166.2024.1.40.67

Универсальность международных стандартов прав человека: необходимая утопия



Максим Александрович Лихачев

Тюменский государственный университет, Россия 625003, Тюмень, Володарского ул., 6, m.a.likhachev@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-7848-5007>



Аннотация

В настоящей статье обосновывается связь международной концепции прав человека в своем происхождении и содержании с европейской интеллектуальной традицией и историей. Доказывается, что эта особенность не должна препятствовать универсализации таких прав в качестве всеобщего стандарта для государств и обществ с разным социально-политическим и культурно-религиозным опытом. Вопрос об универсальности прав человека вышел за рамки отдельной теоретической проблемы: международные стандарты прав человека претендуют на прямое действие во внутригосударственной сфере, став одним из принципов международного права. В то же время разнообразие государственной политики в этой области ставит вопрос о возможности и уместности универсальных прав человека. При написании статьи использовались классические методы правовых исследований: сравнительного анализа, формально-логический, исторический, а также метод деконструкции (происхождение прав человека), критической школы (оценка характера правового релятивизма и путей его преодоления), постгуманистическая методология (обоснование идеи достоинства жизни и применения прав человека к не-человеческим сущностям). В статье обосновывается, что происхождение современных прав человека связано не только с принятием базовых правозащитных документов, но и опирается на осмысление трагических событий первой половины XX в. Во второй половине XX в. международные правозащитные стандарты стали доминантой эволюции международного права в целом, кардинально влияя на природу последнего и распространяясь как неотъемлемая часть международно-правового дискурса. Объясняется, почему универсальность прав человека — это не столько их описательная характеристика, сколько нормативное притязание, и как дальнейшая универсализация прав человека позволяет их применять для международно-правовой защиты не-человеческих сущностей (юридических лиц, фауны, флоры, природы в целом).



Ключевые слова

права человека; международные стандарты; универсальность; релятивизм; достоинство; права природы; постгуманизм.

Благодарности: Исследование выполнено за счет гранта Российского научного фонда № 23-28-00874, <https://rscf.ru/project/23-28-00874/>.

Статья опубликована в рамках проекта по поддержке публикаций авторов российских образовательных и научных организаций в научных изданиях НИУ ВШЭ.

Для цитирования: Лихачев М.А. Универсальность международных стандартов прав человека: необходимая утопия // Право. Журнал Высшей школы экономики. Том 17. № 1. С. 40–67. DOI:10.17323/2072-8166.2024.1.40.67

Research article

Universality of International Human Rights Standards: A Necessary Utopia



Maksim A. Likhachev

Tyumen State University, 6 Volodarskogo Str., Tyumen 625003, Russia, m.a.likhachev@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-7848-5007>



Abstract

The article expounds how the international doctrine of human rights originated historically and substantially from the European intellectual traditions; nonetheless the origins of the doctrine do not impede the universalization of human rights as worldwide general standards for states and societies of different social, political, cultural, and religious types. The problem of the universality of human rights goes far beyond doctrinal issues: international human rights pretend to regulate internal relations and interstate interactions as a principle of international law, but the variety of political systems question drastically the possibility and appropriateness of such a universality. For the research the following method were employed: comparative and formal legal analysis, historical studies, deconstruction, critical approaches in law, posthumanistic apparatus. The author argues that the invention and development of the universal human rights relate both to the adoption of the fundamental legal documents and the apprehension of the tragedies of the world wars and totalitarianism. During the UN period the international human rights standards dominated the dynamics of the international law and significantly influenced its stricture and substance. For conclusion the author puts that the universality of human rights is not their descriptive feature but a normative claim. The latter is strengthened by instrumentalization of human rights as a general form of international legal discourse. Being such a form human rights are attributed to non-human beings to ensure their international legal protection — to artificial legal persons, fauna, flora, nature as a whole.



Keywords

human rights; international standards; universality; relativism; dignity; rights of nature; posthumanism.

Acknowledgments: The research was funded by Russian Science Foundation, project number 23-28-00874, <https://rscf.ru/en/project/23-28-00874/>.

The paper is published within the project of supporting the publications of the authors of Russian educational and research organizations in the Higher School of Economics academic publications.

For citation: Likhachev M.A. (2024) Universality of International Human Rights Standards: A Necessary of Utopia. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 17, no. 1, pp. 40–67 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2024.1.40.67

Введение

Возможны ли универсальные права человека? По меньшей мере они необходимы. У глобализированного мира при всей неоднозначности этого феномена нет иного пути, кроме установления общих правозащитных стандартов и их компромиссного, но неуклонно-последовательного претворения. Как писал Г. Кельзен, «именно к человеку обращены нормы международного права, именно против человека направлены его запреты, именно ради человека право озабочено созданием порядка» [Kelsen H., 1932: 142–143].

Права человека, будучи исконно порождением европейской философской и правовой мысли и продуктом европейской политической практики, получили международно-правовое признание на универсальном уровне в XX в. Именно такие идеи заложены в основание правозащитной системы ООН и продолжают направлять ее деятельность. Такие стандарты послужили ориентиром для локальных систем прав человека в разных регионах планеты.

Процесс претворения правозащитных идеалов нелинейный, по-разному проходит в разных обществах, приводит к противоречивым результатам, но неотступно динамичен и целенаправлен. Связь международных норм о правах человека с европейской интеллектуальной традицией не исключает их адаптации к потребностям отдельных обществ и культур и не противоречит их претензии на универсальность.

Целесообразно сперва обратиться к истокам доктрины прав человека, воплощенной в современных правозащитных стандартах. Такая концепция прав человека берет начало в идеях эпохи европейского Ренессанса и Просвещения и прочно связана с зарождением государства, разложением феодализма и формированием капиталистического уклада. Трагедии первой половины XX в., вызванные событиями на Европейском континенте, обусловили нормативное воплощение правозащитных идей на универсальном уровне. Стало такое возможным и благодаря новым качествам международно-правовой системы, проявившимся во второй

половине XX в. Став частью международно-правовой практики, идеалы прав человека послужили в свою очередь важным фактором изменений в международном праве — прежде межгосударственном по природе. В результате проблема универсальности прав человека стала частью более широкой проблемы — универсального международного права вообще. Несмотря на противоречия, большинство государств демонстрируют готовность работать с международными правозащитными стандартами, а исторический опыт стран с непростым правозащитным опытом подтверждает универсалистский потенциал таких стандартов. Проблема же релятивизма обусловлена в основном отсутствием политической воли или дефицита общественной дискуссии о содержании и пределах прав человека.

В любом случае универсальность прав человека — это скорее не эмпирический факт, а нормативное притязание, диктующее направление развития национальных обществ и международного сообщества. Обретя характер дискурсивной формы, универсальные права человека (возможно, поспешно) вышли за антропоцентричные рамки и сегодня служат инструментом для защиты не-человеческих живых существ¹.

1. Рождение европейской идеи прав человека

Современная международно-правовая концепция прав человека берет начало с либерально-гуманистических идей эпохи Просвещения, хотя предпосылки модернистской правозащитной доктрины заложены мыслителями европейского Ренессанса [Толстых В.Л., 2016: 48]; [Haas M., 2014: 26–30]; [Koskeniemi M., 2018: 41–42]; [Shelton D., 2013: 2]. На XIV–XVI вв. пришлось также формирование современного государства [Cassese A., 2014: 50] на фоне перехода от феодального устройства к капиталистической системе.

Разложение феодализма, становление модернистского государства и формулирование правозащитной идеи — взаимозависимые процессы. Зарождение современного государства связано с эмансипацией человека в его отношениях с личной властью феодала (князя, императора) и вездесущим влиянием церкви. Государство, монополизировав насилие, избавляло вассала от произвола сюзерена, упорядочивало разрешение межличностных конфликтов [Russell F., 1975: 44–45] и, секуляризируя управления, рационализировало общественное устройство. Как отме-

¹ Не-человеческие живые существа — живые существа, не относящиеся к человеку: флора, фауна, природа в целом; использование термина «нечеловеческие» (слитно, а не через дефис) не позволяет исключить неуместные в этом случае оценочные коннотации.

чал В. Грэвэ, впредь «человек — исходный пункт любых правовых действий» [Grewe W., 2000: 167, 168].

К такому антропоцентризму подталкивала и капиталистическая модель хозяйствования, построенная на частной инициативе, свободном рынке и получении прибыли, в первую очередь частной. Рожденное разложением феодализма государство с необходимостью производило капиталистическую модель через ориентацию управленческого аппарата на эффективность, установление публичных монополий, создание и защиту государственных границ, формирование налоговой системы и утверждение гражданства как устойчивой связи человека с политией (вместо прежнего подчинения личности общине).

В этих условиях права человека рождаются как дискурсивный инструмент построения и структурирования отношений человека и государства или человека и государственно организованного общества. Наделенный суверенитетом Левиафан «легитимировал» свою новоявленную власть над людьми через язык безопасности, предполагающей противодействие угрозам жизни и здоровью гражданина. Этот общественный институт (государство) впредь — в оплату своего положения *legibus solutus* берет на себя ответственность за безопасность общества от рисков, чаще всего им же генерируемых [Koskenniemi M., 2011: 63–64]. Права человека оформляют такие отношения и определяют, что человеку можно (свободы), и что за такую свободу он должен заплатить (через ограничение прав и установление обязанностей человека).

Хотя было еще далеко до прямого противопоставления человека и государства — это стало решением второй половины XX в. под влиянием бедствий мировых войн и тоталитарных диктатур. Прежде же, права человека обрисовывали схему взаимовыгодного добровольного сотрудничества граждан и государства: они жертвовали частью свободы ради собственной безопасности, обеспечиваемой государственной машиной [Гоббс Т., 1991: 133]; [Локк Дж., 1988: 311, 334, 363]. Причем такое взаимодействие не во всем предполагало полное подчинение суверену — долгие столетия право на восстание (*right to rebellion*; *right to resist*) считалось неотъемлемой гарантией стабильности от злоупотреблений со стороны власти [Koskenniemi M., 2021: 60, 219, 271, 321, 343, 474].

Горизонтальный характер взаимодействия индивида и государства, в котором права человека выступали одним из средств такого диалога, выражен в теориях общественного договора. По замечанию В.Л. Толстых, «все три основные версии данной концепции [Т. Гоббса, Дж. Локка и Ж.-Ж. Руссо] исходят из того, что в естественном состоянии люди имели неограниченные права (естественную свободу), от которых при создании государства они добровольно отказались в интересах безопас-

ности» [Толстых В.Л., 2017: 11]. Отсюда исторически первыми на политическую авансцену вышли конституционные права, описывающие взаимодействия власти и человека и обеспечивающие участие последнего в управлении политически организованным обществом [Haas M., 2014: 6]. Причем такие гражданские свободы служили не столько индивидуальной пользе, сколько общим целям социального мира и публичного благополучия — *salus civitatis*². Историко-политические события на Европейском континенте и в Северной Америке придали философии прав человека практические очертания.

Другой важный фактор становления идеи прав человека — идеология христианства. Воля как предпосылка греховности человека и его ответственности перед Богом определяла агентность личности — способность действовать по своему усмотрению и в соответствии со своими интересами [Арановский К.В., Князев С.Д., 2016: 35–40]. Реформация избавила человека в его общении с Абсолютом от посредника в лице церкви, а «Возрождение связало богоподобие человека и вездесущность Бога» в идее человеческого достоинства [Толстых В.Л., 2016: 51–53]. В свою очередь, гуманизм Просвещения возвел человека на Олимп, обозначив его совершенство в прирожденном разуме и неотделимой свободе [Braidotti R., 2013: 13–14].

В XIX–начале XX вв. доктрина прав человека развивалась в условиях критики *ius naturale* при господстве юспозитивизма [Hall S., 2001: 277–279]³, германской исторической школы права, наследовавшей идеям Гегеля, а чуть позже — идей французских солидаристов [Portmann R., 2010: 59–60, 128–131] и конкуренции правого и левого коллективизма с индивидуалистскими направлениями [Хикс С., 2022: 140, 167]. Однако точками референции в дискуссии оставались понятия о месте человека в обществе, о роли государства и степени зависимости от него человека, границах человеческой свободы и допустимых пределах государственного вмешательства в нее, источниках субъективных прав.

² Например, Г. Гроций определял субъективное право — *ius* — как «моральное качество, присущее человеку, позволяющее ему обладать чем бы то ни было или совершать какие бы то ни было действия по справедливости». Гроцианские *facultas* и *aptitudo* (как разновидности *ius*) не столько давали возможность индивидуального действия, сколько описывали встроенность человека в социальную структуру (через имманентную склонность каждого к общественной жизни — *appetitus societatis*). В такой схеме субъективные права защищались через частную или публичную войну по четырем справедливым основаниям: защита личности, собственности, наказание зла и обеспечение исполнения принятого обязательства [Koskenniemi M., 2018: 46–48]; [Koskenniemi M., 2021: 301–302, 307].

³ И. Бентам писал: «Естественные права и неотъемлемые права суть риторическая чепуха; и притом чепуха вопиющая» [Bentham J., 1943: 501].

По происхождению доктрина прав человека связана с европейской интеллектуальной традицией. И сегодня она остается такой в своих основаниях и базовых положениях. Исторически не только европейская мысль, но и события на европейском континенте служили движущей силой развития этой доктрины. Те же факторы оказали решающее влияние на происхождение и развитие международного права в целом. Такова историческая данность, хотя с сегодняшних позиций очевидна несправедливость порядков прошлого. Однако такие идеологические искажения в основании и злоупотребления прошлого не предопределяют порочности доктрины о правах человека, взятой в ее динамике и пространственной экспансии, и не девальвируют с неизбежностью ее претензию на универсальность.

2. Нормативная универсализация европейской идеи

Вопрос об универсальности прав человека оказался связан с их утверждением в качестве нормативной реальности, когда уровень межгосударственного сотрудничества и международного права сделал возможным формулирование прав человека и их защиту международно-правовыми средствами. Такая возможность появилась не ранее середины XX в.

В числе первых нормативных документов в области правозащиты — конвенции по гуманитарному праву второй половины XIX в. Однако они касались не общих прав человека, а только защиты интересов участников и жертв вооруженного конфликта; кроме того, такие конвенции и развивающее их обычное право устанавливали лишь межгосударственные обязательства и организовывали отношения между сторонами вооруженного конфликта. Из зарождающегося гуманитарного права не вытекали индивидуальные притязания, обеспеченные международно-правовыми средствами защиты [Peters A., 2016: 194]. Таким международное гуманитарное право в своей логике применения остается и сегодня⁴.

Тем не менее оговорка Мартенса, сформулированная на Брюссельской конференции 1874 г. и закрепленная во второй Гаагской конвенции 1899 г., допускала существование некоторых моральных ценностей, разделяемых по меньшей мере «цивилизованными» нациями⁵. Клаузула от-

⁴ См., например, об отсутствии по международному гуманитарному праву прямого права у жертв военных преступлений на индивидуальную компенсацию: ICJ. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening). Judgment. 3 February 2012, para 26, 93. Available at: URL: <https://www.icj-cij.org/case/143> (дата обращения: 30.01.2024)

⁵ См.: Конвенция о законах и обычаях сухопутной войны 1907 г., преамбула. Об актуальном понимании концепции цивилизованных наций см. материалы Комиссии международного права по общим принципам права: International Law Commission.

сылала к «началам международного права, поскольку они вытекают из установившихся между образованными народами обычаев, из законов человечности и требований общественного сознания» в целях защиты «населения и воюющих» [Тайсхерт Р., 1997: 7].

По итогам Первой Мировой войны были заключены соглашения о защите национальных меньшинств Польши, Чехословакии, Румынии, Югославии и Греции. В рамках Лиги Наций создан отдельный комитет, уполномоченный рассматривать индивидуальные петиции. Тем не менее существенной роли этот механизм не сыграл, да речь и не шла об универсальных правозащитных стандартах [Parlette K., 2011: 285]⁶. Такие механизмы решали преимущественно две задачи: организации поствоенного мироустройства и предупреждение национальных конфликтов на фоне притеснения коренного населения переданных территорий; организации межгосударственного сотрудничества по указанным направлениям. Те же выводы применимы и к появившейся тогда системы мандатов [Wright Q., 1930: 203] и защиты прав беженцев [Hathaway J., 2005: 83–87]. Первой международной структурой, ориентированной на защиту прав человека на универсальном уровне, стала Международная организация труда, учрежденная в 1919 г. Однако и ее система изначально строилась на межгосударственных обязательствах, требующих имплементации на внутригосударственном уровне, без права частных лиц на индивидуальную петицию [Jenks W., 1960: 16–22].

Вехой в правозащитной доктрине стала трагедия Второй Мировой войны и создание глобальной структуры — Организации Объединенных Наций. Однако эти события не были переломными с точки зрения развития понятий о правах человека: многие идеи, воплотившиеся в правозащитной системе ООН, выкристаллизовывались уже в начале XX в. и во многом стали мейнстримом еще в 1919–1939 гг. Ревизионистские настроения в международно-правовой доктрине в ответ на засилье юспозитивизма проявились на общем фоне конкуренции коллективистских и индивидуалистских идей в социальных науках, культуре и политике⁷. О необходимости защиты отдельного человека от бю-

First report on general principles of law by M. Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur. 2019. A/CN.4/732, pp. 52–56.

⁶ К. Парлетт подсчитала, что с 1929 по 1939 гг. Комитет по меньшинствам Лиги Наций, учрежденный для контроля за исполнением указанных договоров, получил 642 петиции от индивидуальных заявителей, из которых 60% были рассмотрены. Однако материалы таких рассмотрений не сохранились. Да и сама система с выходом Германии из Лиги была свернута

⁷ О развитии правового позитивизма (в первую очередь, через внесение в него элементов социологической школы) см.: Oppenheim L, 1921: 58–63]; [Anzilotti D., 1929: 47]; [Cavaglieri A., 1929: 318–319.

рократии и агрессивных масс писали международники Дж. Брайерли, Н. Политис, Ж. Спиропулос, А. Альварез, Г. Крабб, Ж. Ссель, Г. Кельзен [Nijman J., 2004: 122–130]. Эмансипация человека виделась в «реабилитации» международного права и его освобождении от мифологизированной и сакрализованной субъектности государства [Brierly J., 1958: 68]. Ж. Спиропулос писал: «С тех пор, как догма абсолютного суверенитета опровергнута, государство лишено всякой мистической субъектности и стало очевидно, что государство не вещь в себе, а лишь средство для удовлетворения потребностей отдельных людей, мы вспомнили, что всякое право, а потому и международное право, существует исключительно для защиты человека» [Spiropoulos J., 1929: 195].

Вторая мировая война и бедствия, принесенные народам тоталитарными режимами, оправдали опасения идеалистов-ревизионистов. Ницшеанское «Бог умер... И мы его убили» обрело зловеще актуальное звучание. Порожденному таким разочарованием правовому реализму предстояло доказать свою состоятельность в конкуренции с идеями естественного права, переживавшего тогда ренессанс⁸. Как отметил К. Иглтон в 1947 г.: «Международное право сегодня переживает критически важный момент и его кризис касается каждого отдельного человека» [Eagleton C., 1947: 437]. Между условными реалистами и идеалистами того времени сформировался консенсус — человек нуждается в защите от повторения трагедий первой половины XX в.

Таким образом, правозащитная идея утвердилась уже к середине 1940-х гг., явившись результатом исторических процессов и осмысления военного и тоталитарного опыта. Идеи либерального индивидуализма конкурировали с левым коллективизмом и напиранием правовым реализмом. Успех каждого из направлений был переменным и неочевидным. Правозащитные идеи ООН в своих основаниях были продуктом компромисса таких противоречивых интеллектуальных течений и внутригосударственных практик.

Свидетельством такого переменного успеха и уступок стал Устав ООН. И хотя в Уставе права человека упоминаются семь раз, вопреки чаяниям романтиков в документе отсутствует перечень прав человека, да и базовое обязательство в этой области сформулировано не в терминах защиты, соблюдения и обеспечения, а «международн[ого] сотрудничества[a]... в поощрении и развитии уважения к правам человека и основным свободам» (ст. 1.3 Устава ООН)⁹.

⁸ О правовом реализме см., напр.: [Kennedy D., 1988: 1–47].

⁹ Права человека упоминаются в следующих фрагментах Устава: Преамбула, ст. 1 (цели ООН), 8 (равенство мужчин и женщин), ст. 13 (полномочия Генеральной Ассамб-

Отложенная задача формулирования универсального международного договора о правах человека была поручена учрежденной в 1946 г. при ЭКОСОС ООН Комиссии по правам человека, составленной из представителей не только западноевропейской либеральной традиции (Австралия, Бельгия, Франция, Соединенное Королевство, Соединенные Штаты), но и СССР (в том числе дополнительно Белорусской и Украинской республик), Чили, Китая, Египта, Индии, Ирана, Ливана, Панамы, Филиппин, Уругвая и Венесуэлы. Тогда же при работе над проектом Всеобщей декларации прав человека обозначились разногласия не только между условным западным и незападным блоками, но и внутри этих групп¹⁰. Разработка текста велась в дискуссии с участием национальных правительств, а составителями текста с разной степенью участия стали вдова американского президента Э. Рузвельт, индийская правозащитница Х. Мета, ливанец Ч. Малик, чилиец Х. Санта, китаец Пенг-чун Чанг, французский юрист Р. Кассен, канадец Дж. Хампфри. Можно спорить о глубине влияния каждого из них на итог работы Комиссии, однако очевиден факт — положения Всеобщей декларации явились результатом работы последователей различных культур и правовых традиций.

Именно по настоянию государств социалистического блока в Декларации появились ст. 22–27, гарантирующие социальные, экономические и культурные права [Humphrey J., 1984: 72–73]. Претензия на универсальность правозащитных стандартов отражена в ст. 28: «Каждый человек имеет право на социальный и международный порядок, при котором права и свободы, изложенные в настоящей Декларации, могут быть полностью осуществлены». Глобальный Юг и Китай добились включения в итоговой текст упоминания обязанностей человека перед обществом, «в котором только и возможно свободное и полное развитие его личности» (ст. 29) [Humphrey J., 1984: 72–73].

Показательны результаты голосования о Всеобщей декларации прав человека 10.12.1948 в Генеральной Ассамблее ООН. Ни один из 58 тогдашних членов Организации не решился проголосовать против: 48 государств поддержали резолюцию при 8 воздержавшихся и двух (Гондурас и Йемен) не принявших участие в голосовании. Среди воздержавшихся — государства социалистического блока, не столько возражавшие (по крайней мере открыто) против содержащихся в Декларации положений, сколько настаивавшие на не указанных в ней праве на самоопределение

леи ООН), ст. 55 (экономическое и социальное сотрудничество), 62 и 68 (полномочия Экономического и социального совета ООН), ст. 76 (система опеки ООН).

¹⁰ См.: Nowak M. Universal Declaration of Human Rights. Elgar Encyclopedia of Human Rights. 2022. Available at: URL: <https://www.elgaronline.com/display/book/9781789903621/9781789903621.xml> (дата обращения: 30.01.2024)

(в результате его закрепили позже — в обоих международных пактах по правам человека 1966 г.) и на защите национальных меньшинств¹¹.

Претензии Всеобщей декларации на универсальность подкрепляют четыре базовых правозащитных документа, принятых на региональном уровне, в преамбулах закрепляющих приверженность идеям Декларации (Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г., Американская конвенция о правах человека 1969 г., Африканская хартия прав человека и народов 1981 г. и Арабская хартия о правах человека 2004 г.¹².

Противоречия в понимании прав человека проявились в дальнейшей работе ООН в сфере нормативного закрепления стандартов: в разделении международных пактов о правах человека 1966 г. на два отдельных документа, в промедлении их вступления в силу. Все же оценка Международного билля о правах человека в качестве документа, огульно отражающего «западные либеральные ценности индивидуализма» и игнорирующего взгляды незападных обществ, — недобросовестное упрощение¹³.

¹¹ См.: Green C. 70 Years of Impact: Insights on the Universal Declaration of Human Rights / UN Foundation. 5.12. 2018. Available at: URL: <https://unfoundation.org/blog/post/70-years-of-impact-insights-on-the-universal-declaration-of-human-rights/> (дата обращения: 30.01.2024). Результаты голосования на заседании Генеральной Ассамблеи ожидаемы. Приблизительно такую же поддержку проект Всеобщей декларации прав человека получил в Комиссии по правам человека (12 — за, 4 — воздержавшихся) и в III комитете Генеральной Ассамблеи (29 — за, 7 — воздержавшихся). Во всех случаях проект принят без возражений. См.: Commission on Human Rights. Third Session. Summary Record of the Eighty-first Meeting. 18 June 1948. Available at: URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/GL9/903/17/PDF/GL990317.pdf?OpenElement> (дата обращения: 30.01.2024)

¹² Скептически описывает историю Всеобщей декларации прав человека А.С. Исполинов. Цитируемое А.С. Исполиновым мнение Х. Лаутерпахта: «декларация не является сама по себе великим достижением», важно оценивать с позиций либеральных взглядов Лаутерпахта — одного из самых последовательных сторонников субъектности человека в международном праве и антиэтатистов и его очевидного разочарования в рекомендательном характере Декларации вопреки ожиданиям юридически обязательного документа. Широкую поддержку Декларации на голосовании в Генеральной Ассамблее ООН А.С. Исполинов неоправданно связал лишь с ее юридической необязательностью [Исполинов А.С., 2018; 100–101]: однако практика определенно свидетельствует о готовности государств даже в таких случаях голосовать против документа, содержание которого расходится с их интересами (см., например, распределение голосов по резолюциям Генеральной Ассамблеи ООН об отмене смертной казни).

¹³ За пределами предмета настоящего исследования остается вопрос о природе и содержании «международных стандартов прав человека» и характере вытекающих из них межгосударственных обязательств. Здесь международные стандарты по меньшей мере включают установления указанного Международного билля о правах человека в трактовке универсальных правозащитных органов ООН (например, комитетов по правам человека). Универсальность стандартов предполагает их юридическую обязательность на общей, общечеловеческой ценностной основе (ценностей международного сообще-

3. Международное право и права человека

Права человека в нормативном воплощении стали возможны на определенном этапе развития международного права — во второй половине XX в. В то же время и международное право под влиянием правозащитной идеи претерпевало коренные метаморфозы, продолжающиеся и сегодня.

Прежде международное право Вестфalia сводилось к системе, создаваемой государствами для регулирования их отношений [Hall S., 2001: 274–276, 279–284]; [Portmann R., 2010: 57–62]¹⁴. Во второй половине XIX в. международное право обратилось к человеку. Хотя применительно к первым конвенциям о защите жертв вооруженных конфликтов рано говорить о международных индивидуальных правах, было значимо признание необходимости ограничения государств в их отношениях с человеком на основании претендующих на универсальность правил. Последующая практика в части регулирования статуса иностранцев и меньшинств наметила неуклонный тренд на сужение *domaine réservé* [Jouzier B., 2020: 75]. Отсылка в Статуте Лиги Наций к вопросам, составляющим предмет международной озабоченности или озабоченности всей Лиги, только усилило понимание того, что есть вопросы, требующие согласованных действий государств на основе общих решений (ст. 11 и 23 Статута).

Значительный вклад в интрузивное (связанное с вмешательством в национальный правопорядок) понимание международно-правового регулирования внес Международный военный трибунал в Нюрнберге (далее — МВТ), особенно в части приговора по преступлениям против человечности. Криминализация преступлений государства против собственного народа бесповоротно разрушила герметичность национального правопорядка: «жестокости, совершенные в отношении гражданского населения» влекут индивидуальную ответственность вне зависимости от положений внутреннего права (ст. 6 «с» Устава МВТ). Англиязычный эквивалент таких «жестокостей» — «inhumane acts» четче выражает преступность посягательства на презюмируемые в своей универсальности общечеловеческие ценности¹⁵.

ства). Источники обязательств государств в таком случае — не только международные договоры, но и международный обычай и общие принципы права (ст. 38 Статута Международного Суда).

¹⁴ У истоков международно-правового позитивизма (его консенсуалистского извода) стояли Э. де Ваттель, Г. Трипель и Г. Еллинек [Portmann R., 2010: 35–43].

¹⁵ Версальский договор 1919 г., предусматривавший учреждение международного суда над Вильгельмом II, вменял императору «высшее оскорбление *международной мо-*

Комиссия международного права (далее — КМП), в 2014–2019 гг. исследовавшая преступления против человечности, также связала их интернационализацию с посягательством на общечеловеческие, универсальные ценности. В первом докладе Ш. Мерфи указывал: «[П]реступление [против человечности] настолько отвратительно, что оно рассматривается как посягательство на само качество быть человеком», и направлено «не только против прямых жертв, но и против всего человечества, а потому и против всего сообщества людей»¹⁶.

Международное право к моменту создания ООН вплотную подошло к своему правозащитному этапу эволюции. Идея прав человека, в свою очередь, также определила ход международно-правового развития. На уровне позитивного конституционного и международного права утвердился принцип уважения прав человека, диктующий характер взаимоотношений человека и общества, человека и государства. Первоочередная цель — ограничить действия государственной власти и защитить человека от главной угрозы в лице государства [Cogan J., 2021: 333]. Как отмечал У. Райзман, признание прав человека «сместило ценностный фокус системы с защиты суверенитета на защиту людей» [Reisman W., 1990: 866, 872].

рали и священной силы договоров» [Верле Г., 2011: 6–8]. На Нюрнбергском процессе обвинитель от Соединенного Королевства Х. Шоукросс, обосновывая криминализацию преступлений против человечности вне зависимости от правомерности поведения по национальному праву, ссылаясь на «основы цивилизованного порядка» (*canons of the civilized procedure*), интересы цивилизации (*interests of civilization*) и международного сообщества: «Существуют границы всевластия государства, и человек — конечная цель правопорядка — не лишен защиты со стороны человечества, когда государство попирает его права возмущающим сознание человечества способом». См.: The Charter and Judgment of the Nürnberg Tribunal. History and Analysis: Memorandum submitted by the Secretary-General // International Law Commission. A/CN.4/5. 1949. P. 71. В итоговых материалах Комиссии международного права по Нюрнбергским принципам отмечалось: «Это — попытка гарантировать минимум фундаментальных прав каждого человека. Такие [преступления], таким образом, вызывают международную озабоченность» (курсив везде мой. — М.Л.). Ibid. P. 72. Статут Международного уголовного суда (1998) фундирует идею международного преступления в «общих узах», объединяющих народы, «взаимопереплетении культур», образующих «совместное наследие» при ценности сохранения их «хрупкой мозаики», в «совести человечества», «озабоченности всего международного сообщества» (обратите внимание: нет типичного указания на «сообщество государств»; ср. ст. 53 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г.). См.: Преамбулу к Римскому статуту.

¹⁶ См.: Crimes against Humanity. International Law Commission. First report on crimes against humanity, by Mr. Sean D. Murphy, Special Rapporteur. 2015. A/CN.4/680. Para 27. В цитируемом там же приговоре Международного трибунала по бывшей Югославии такие преступления охарактеризованы как «посягательства на идею человечности как таковую». См. также: ICTY. Appeals Chamber. Prosecutor v. Erdemović. Case No. IT-96-22-A. Judgment of 7 October 1997. Para 21.

На вторую половину XX в. пришлось переосмысление суверенитета. М. Коскенниemi пишет о его редуцировании — функциональном сведении к необходимым целям, вне которых суверенитет «не имеет ценностного значения» (*intrinsic sense*)¹⁷. В таком случае эффективность и ценность суверенитета государства рассматривается через призму «удовлетворения чаяний, желаний и предпочтений людей» — их права жить счастливо [Koskenniemi M., 2011: 64–66].

В таком понимании государство, будучи «самым серьезным нарушителем конституционных прав», выступает в качестве носителя обязательств (*obligor*) в международном праве прав человека [Bassiouni M., 1982: 193–194]. В этом состоит одно из объяснений, почему универсальные правозащитные документы формулируют обязательства государства, игнорируя обязанности человека¹⁸. Парадоксально, что, рассматривая государство как главную угрозу правам человека, создатели правозащитных механизмов одновременно возлагали на него главную ответственность в такой защите [Cogan J., 2021: 336–337, 342–344]. В.Л. Толстых замечает: «Еще одним следствием экспансии прав человека является расширение пределов государственной компетенции и оснований обращения к насилию: так права человека неожиданно становятся проводником тоталитаризма» [Толстых В.Л., 2016: 56–57].

Во второй половине XX в. права человека вышли за рамки отдельной, пусть и важной предметной сферы межгосударственного сотрудничества, став дискурсивным средством, пригодным для применения и необходимым в любой международно-правовой области. Сегодня права человека — это элемент глобальной повестки в сфере безопасности¹⁹,

¹⁷ М. Коскенниemi начинает свой анализ с категорического высказывания: «Мы более не видим в суверенитете никакой магии» [Koskenniemi M., 2011: 64].

¹⁸ В таком понимании ключевой риск, скрытый за риторикой обязанностей человека — установление априорных условий обладания правами, когда права человека нужно «заслужить». Один из авторов Декларации при обсуждении ее проекта ливанец Ч. Малик указывал: «Мир столкнулся с угрозами этатизма, государство определяет все отношения и идеи, подавляя иные источники мнений. Государство настаивало на индивидуальных обязанностях и долге... Это представляло огромную опасность, поскольку человек — не раб государству и не существует, чтоб лишь ему служить» [Morsink J., 1999: 242].

¹⁹ См., напр.: Указ Президента РФ от 02.07.2021 № 400 «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс; концепцию *Responsibility to Protect* (UN Secretary-General. Annual Report. 20.09.1999. SG/SM/7136. GA/9596); практику Совета Безопасности ООН по включению в «угрозы миру и его нарушения» «массовое нарушение прав человека» (см.: Pellet A., Miron A. Sanctions. Max Planck Encyclopedia of Public International Law. 2013. Available at: URL: <https://opil.ouplaw.com/home/mpi> (дата обращения: 30.01.2024)); концепцию гуманитарной интервенции (так, Великобритания — последовательный сторонник этой концепции): Syria action. United Kingdom government legal position. 14.04.2018. Available at: URL: <https://www.gov>.

фактор благоприятной окружающей среды и борьбы с экологическим кризисом (через экологические права и экологизацию общепризнанных прав человека), направление региональной интеграции, цель и инструмент международного уголовного правосудия (три из четырех международных преступлений связаны с нарушением прав человека), непререкаемый пункт межгосударственного политического диалога²⁰. Правозащитная идея послужила драйвером развития концепций *jus cogens*²¹ и *erga omnes*²², основанных на признании универсальных ценностей и общечеловеческой морали. Экспансия правозащитной риторики лежит в основании идей международно-правовой эмансипации человека [Hafner G., 2011: 437–441], индивидуализации международного права [Peters A., 2016: 1–10], глобального права [Domingo R., 2010: 133] и права человечества и человечности [Teitel R., 2011: 31]; [Trindade A., 2005: 9].

Такая эволюция правозащитной идеи в форму общего международно-правового дискурса, ее инструментализация и генерализация как системы координат укрепляет ее встроенность в систему международного права и в то же время сама по себе служит инструментом универсализации международного права как его морально-этический ориентир и ценностный базис.

4. Культурный релятивизм и права человека

Однако распространены мнения, локализирующие идею прав человека, отказывающие ей в универсальности ввиду разнообразия социокуль-

uk/government/publications/syria-action-uk-government-legal-position/syria-action-uk-government-legal-position) (дата обращения: 30.01.2024)

²⁰ Вокруг идеи защиты прав человека построены некоторые региональные межправительственные организации — Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе, Совет Европы.

²¹ Комиссия международного права признает естественно-правовые основания концепции *jus cogens* (не отметая при этом позитивистские): в числе ее элементов — универсальная применимость императивных норм общего международного права, признание их международным сообществом государств в целом и защита основополагающих ценностей международного сообщества. Последнее свойство докладчик КМП Д. Тлади раскрывает через отсылку к «сути цивилизованности» (*toutes d'essence civilisatrice*), «базовым соображениям человечности», «необходимым ценностям человечности», «элементарным принципам морали». International Law Commission. First report on *jus cogens* by Dire Tladi, Special Rapporteur. 2016. A/CN.4/693. Para 71–72.

²² Так, идея обязательств *erga omnes* артикулирована Международным Судом ООН в деле *Barcelona Traction* в связи с установлением оснований и пределов дипломатической защиты субъективных прав акционеров хозяйствующего общества. ICJ. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*. Judgment. 5 1970. Available at: URL: <https://www.icj-cij.org/case/50> (дата обращения: 30.01.2024)

турного и политико-правового ландшафта [Raz J., 2010]. Настолько ли культурный релятивизм — значимое препятствие на пути универсализации прав человека?

Исторический опыт изобилует примерами признания и применения условно либеральных стандартов прав человека в незападных обществах. Афганистан 1960-х гг. при короле Мухаммеде Захир-шахе, вестернизация и деисламизация Ирана при шахе Мохаммеде Резе (1941–1979 гг.), горбачевские реформы в Советском Союзе 1980-х гг., события «арабской весны» 2011 г. — при всей их неоднозначности официальный дискурс выстраивался вокруг идей демократизации, прав человека и свободы при осязаемой (пусть и не безраздельной) популярности и общественной поддержке инициатив²³.

Вне зависимости от намерений участников процесса и их политических мотивов права человека в их либеральной интерпретации использовались и продолжают использоваться в качестве референтной точки для начала дискуссии или продвижения позиции. В 1975 г. Советский Союз подписал Хельсинский акт Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе, который содержал обязательства о защите прав человека²⁴. В 1985 г. ЦК КПСС по поручению М.С. Горбачева обсуждал «советскую концепцию прав человека»; даже предлагалось учредить Советский комитет по правам человека [Беленкин Б., 2023: 27]²⁵. Правозащитная риторика, как минимум *verbatim*, присутствует в деятельности большинства региональных организаций — Юго-Восточной Азии, арабского и исламского сотрудничества²⁶. Эти организации приняли правозащитные документы, прямо ссылающиеся на Международный билль о правах человека и воспроизводящие базовые универсальные документы. Незападные государства добиваются членства в Совете

²³ В числе других примеров — общественная кампания против запрета на вождение автомобиля женщинами в Саудовской Аравии в 2013–2018 гг., завершившаяся успехом; антиправительственные протесты в Иране в 2022–2023 гг., поводом для которых послужил инцидент, связанный с задержанием девушки за неправильное ношение хиджаба.

²⁴ У СССР отсутствовало намерение соблюдать правозащитный компонент Хельсинского акта, что не помешало развитию диссидентского движения и появлению республиканских и региональных так называемых «хельсинских» правозащитных групп.

²⁵ На предложение учредить правозащитный комитет секретарь ЦК КПСС Б. Пономарев возразил: «Как это так? В СССР комитет по правам? У нас что — права нарушаются? Нет, нет, я против» [Черняев А., 2008: 630].

²⁶ Ассоциация государств Юго-Восточной Азии (АСЕАН): Декларация прав человека 2012 г. и Межправительственная комиссия АСЕАН по правам человека, учрежденная в 2009 г.; Организация исламского сотрудничества: Каирская декларация о правах человека в исламе 1990 г. и Независимая постоянная комиссия по правам человека, работающая с 2011 г.; Лига арабских государств: Арабская хартия прав человека 2004 г.

по правам человека ООН и критически подходят к его инициативам и резолюциям; демонстрируют готовность использовать универсальные правозащитные механизмы для продвижения своей повестки²⁷. Острую реакцию в академическом сообществе вызвало присоединение Катара в 2018 г. к Международному пакту о гражданских и политических правах 1966 г. со множеством оговорок²⁸.

Подготовленный читатель уверенно сможет противопоставить приведенным примерам немало случаев прямого пренебрежения международными правозащитными стандартами разными государствами. Однако здесь важно не единообразное добросовестное и уверенное следование либеральным идеалам, а готовность государств участвовать в диалоге, основанном на таких принципах, не отметая их категорически как несостоятельные или навязанные. На практике позиции государств, конечно, различаются в их понимании и готовности следовать международным правозащитным стандартам. Безраздельной поддержки таких стандартов нет и среди государств западного мира²⁹.

²⁷ Leach P. The Continuing Utility of International Human Rights Mechanisms? 01.11.2017. Available at: URL: <https://www.ejiltalk.org/the-continuing-utility-of-international-human-rights-mechanisms/> (дата обращения: 30.01.2024). См. также о применении Советом по правам человека «интерактивного диалога» в отношении проблемных стран: Human Rights Council. Available at: URL: <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/03/human-rights-council-holds-interactive-dialogue-iran-and-starts-interactive> (дата обращения: 30.01.2024); а также: Из первых уст. РФ готовится к докладу в ООН о «прогрессе в защите прав человека» // Коммерсант. 09.02.2023. Available at: URL: https://www.kommersant.ru/doc/5812574?from=top_main_7 (дата обращения: 30.01.2024)

²⁸ Çali B. Qatar's Reservations to the ICCPR: Anything new under the VCLT Sun? 19.09.2019. Available at: URL: <https://www.ejiltalk.org/qatars-reservations-to-the-iccpr-anything-new-under-the-vclt-sun> (дата обращения: 30.01.2024). См. также о деле Катара против Саудовской Аравии и Объединенных Арабских Эмиратов в Комитете против расовой дискриминации: Eiken J., Keane D. Appointment of the Ad Hoc Conciliation Commissions under ICERD. 13 December 2021. Available at: URL: <https://www.ejiltalk.org/appointment-of-the-ad-hoc-conciliation-commissions-under-icerd/> (дата обращения: 30.01.2024); Палестины против Израиля: Eiken J., Keane D. New Rules of Procedure of the ad hoc Conciliation Commission in Palestine v Israel. 23 May 2022. Available at: <https://www.ejiltalk.org/new-rules-of-procedure-of-the-ad-hoc-conciliation-commission-in-palestine-v-israel/> (дата обращения: 30.01.2024)

²⁹ См., например, о Комиссии по неотъемлемым правам, созданной по инициативе президента Д. Трампа, итоговый доклад которой 2020 г. был критически встречен либеральной общественностью. Available at: URL: <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/08/Report-of-the-Commission-on-Unalienable-Rights.pdf> (дата обращения: 30.01.2024); критику доклада см.: Trump Administration Commission on Unalienable Rights Politicises Human Rights for Hate. Available at: URL: <https://www.amnestyusa.org/press-releases/trump-administration-commission-on-unalienable-rights-politicizes-human-rights-for-hate/> (дата обращения: 30.01.2024). В январе 2022 г. правительство Соединенного Королевства предложило заменить Акт о правах человека 1988 г., имплементирующий Европейскую конвенцию о правах человека 1950 г., новым Биллем о правах. Среди

Потенциал универсальности прав человека зависит не столько от преодоления культурно-исторического и политико-правового плюрализма (который очевиден, неизбежен и глубок), сколько от успехов в выявлении и, скорее, формулировании общих оснований правозащитной идеи. На уровне обоснования (нормативного, идеологического, политического) такая универсальность зависит от эпистемологической доступности объясняющих подтверждений прав человека³⁰.

Остается открытым вопрос, насколько велики расхождения в понятиях о месте человека в обществе, оформляющих правозащитный дискурс. Немало полагающих, что суть концепции прав человека имманентно близка большинству известных религий и идеологий [Толстых В.Л., 2017: 10]; [Haas M., 2014: 15]. Сторонники универсальности прав человека оспаривают культурный релятивизм, ссылаясь на несколько эмпирических факторов: 1) ощущение неразрешимых разногласий в понимании прав человека зачастую замыкается на производных проблемах правозащиты: такие расхождения могут быть нейтрализованы смещением фокуса дискуссии к менее проблемным, этически острым аспектам (например, свободу слова можно обсуждать с позиций необходимости высказывания для поддержания необходимой политической дискуссии в логике «громче словесные споры — безопаснее на улицах», а можно сместить фокус на последствия непонимания или оскорбление чувствительных социальных групп и важности видимости всеобщего единения); 2) внешнее неприятие правозащитного дискурса зачастую обусловлено неблагоприятными социально-политическими или экономическими факторами, а не нетерпимостью к либеральным ценностям как таковым; в таких случаях корень проблемы кроется в неудачном контексте, а не в подходах к сути вопроса³¹.

Другая причина наблюдаемого релятивизма: права человека — инструмент политической риторики. Так, в энциклопедии Макса Планка

предложений: смещение акцента с прав человека на его ответственность; устранение угрозы публичным интересам чрезмерной экспансией прав человека; искоренение чрезмерного обращения к практике Европейского Суда по правам человека; продвижение британских традиций в области свободы и прав человека. См.: O'Cinneide C. Having its (Strasbourg) Cake, and Eating It // Voelkerrechtsblog. 26 January 2022. Available at: URL: <https://voelkerrechtsblog.org/having-its-strasbourg-cake-and-eating-it/> (дата обращения: 30.01.2024)

³⁰ Binderup L. Universalism and (Cultural) Relativism. Elgar Encyclopedia of Human Rights. 2022. Available at: URL: <https://www.elgaronline.com/display/book/9781789903621/9781789903621.xml> (дата обращения: 30.01.2024)

³¹ Binderup L. Universalism and (Cultural) Relativism. 2022. Available at: URL: <https://www.elgaronline.com/display/book/9781789903621/9781789903621.xml> (дата обращения: 30.01.2024)

сопоставлены права человека и индивидуальные права по международному праву вооруженных конфликтов: принципиальные отличия в их защите и соблюдении исключают их совмещение в рамках одного правового режима — в отличие от первых вторые требуют технического исполнения, исключающего политическую оценку³². Такая имманентная политизированность прав человека предопределяет их высокую гибкость и зависимость от места и времени, в которых встает вопрос об их защите. Отсюда и применяемые техники: баланс частного и публично-го интересов, баланс частных интересов, поле усмотрения государства (*margin of appreciation*), межгосударственный консенсус, эволютивное (динамичное) толкование, пропорциональность ограничения, субсидиарность [Харрис Д., О'Бойл М., Уорбрик К., 2021: 8–27]; [Shany Y., 2018: 14–19].

Даже на уровне академических исследований, и уж тем более на практике правозащитный дискурс остается ценностно нагруженным и активистки заряженным. Уместно замечание А. де Бенуа: «Теоретически основанная на принципе терпимости идеология прав человека на деле является носителем наиболее оголтелой нетерпимости, наиболее абсолютного вызова. Декларации прав являются декларациями войны в той же мере, в какой и декларациями любви» [Бенуа А., 2009: 339]. Сторонники разных течений склонны к политически мотивированным и этически обусловленным спекуляциям, впадая в крайности в оценке универсальности стандартов прав человека или социокультурного релятивизма³³.

³² По такой же линии водораздел между правами человека (*human rights*) и индивидуальными правами (*individual rights*) по международному праву проводит А. Петерс, сопоставляя права человека *stricto sensu* с субъективными трудовыми правами и правами беженцев [Peters A., 2016: 456–457, 467–469].

³³ Такой заряд либеральной риторики связывают с основателем идеологии Дж. Локком — одним из первых перенесших принципы свободы из плоскости исследовательской в область государственного управления. Дж. Локк был вигом, ратовавшим за расширение власти парламента в противовес монархическому абсолютизму: «Целью закона является не уничтожение и не ограничение, а сохранение и расширение свободы» [Locke J., 1988: 306]. По мнению историка С. Пинкуса, придя к власти в Англии в конце XVII в., виги создали первое «активистское правительство», которое сознательно и последовательно пыталось реформировать не законы, а общество и считало себя агентом экономического и социального прогресса [Pincus S., 2009: 474–487]. Примечательно, что к недостижимости универсальности и необходимости формулирования национального (местного) подхода к правам человека склонны апеллировать режимы с сомнительным правозащитным наследием. Такая риторика редко связана с желанием расширить свободу человека и общества, а зачастую замыкается на консервативном, коллективистском или традиционалистском нарративе, в разных вариациях нередко предлагающих *Sonderweg* («Особый путь» — идеологема, объясняющая германский реформизм конца XIX в.) [Велижев М.Б., Атнашев Т.М., Зорин А.Л., 2018: 9–10].

Универсальность не призвана опровергнуть сомнительную эмпирическую посылку о непримиримых расхождениях в ценностях разных культур. Универсальность не дескриптивная характеристика, не эмпирический факт, а нормативное притязание (*normative claim*)³⁴. Именно потому Всеобщая декларация прав человека вслед за Уставом ООН утверждает «веру в основные права человека, в достоинство и ценность человеческой личности и в равноправие мужчин и женщин» (курсив мой. — М.Л.). Правозащитный дискурс на нормативном уровне призван не отразить осязаемые наблюдения (*observe*), а обнаружить (*discover*) права человека в качестве эпистемологически доступных оправданий-объяснений³⁵. Правда, В.Л. Толстых в такой природе прав человека видит их порочную слабость: когда «через легализацию отклоняющихся форм поведения» обеспечивается «насыщение бытийного пространства», а ординарные решения, «[не расширяющие] горизонт [человека]», теряют интерес для активистов правозащиты [Толстых В.Л., 2016: 56], или же когда возможность пользования правами становится важнее, чем обладание благом, а правозащитный дискурс смещается в сторону иллюзорного планирования безотносительно действительного³⁶.

В качестве эпистемологически доступного основания международной концепции прав человека предложена идея человеческого достоинства (Преамбула и ст. 1 Всеобщей декларации). И хотя эта идея своими корнями уходит в античность, а взята на вооружение мыслителями эпохи Просвещения, она не без оснований претендует на универсальность и религиозную нейтральность [Толстых В.Л., 2016: 48–49]³⁷.

Идея человеческого достоинства — не только абстрактная ценность и идеал, на котором строится все правовое и к которому все правовое стремится, а конкретно-правовая категория, правоприменительный принцип. Достоинство человеческой личности не только неотчуждаемо от нее, но и конструирует человека как правовую реальность, фактор

³⁴ Таковую логику целей позитивного регулирования хорошо описывает кельзеновская оппозиция должного/сущего (*is/ought*), где право озабочено областью долженствования вне зависимости от реального состояния отношений [Kelsen H., 1929: 615, 617].

³⁵ Available at: URL: <https://www.elgaronline.com/display/book/9781789903621/9781789903621.xml> (дата обращения: 30.01.2024)

³⁶ В.Л. Толстых уточняет: «[ч]еловек [в таких ситуациях] является идеальной единицей представительной демократии, пунктом чистой референции, на который можно ссылаться для оправдания любой политической программы и который никогда не спросит, выполнено ли данное ему обещание, — просто потому, что единственное, что его интересует, — это обещания» [Толстых В.Л., 2016: 58].

³⁷ В античном Риме понятия о *dignitas* связывались с местом человека в социальной иерархии. Потому «степень достоинства» (*gradus dignitatis*) у разных категорий граждан (от обывателя до гражданина) различалась [Bauman R., 2003: 21–23].

его жизнедеятельности и даже существования. Достоинство личности устанавливает абсолютную и безусловную «ценность человеческого существования не абстрактно, а внутри правовой системы»³⁸.

Верховенство человеческого достоинства в качестве неотъемлемой и безусловной формулы ставит надежные препятствия на пути превращения человека в объект. В таком случае человек не может стать объектом даже собственных волюнтаристских манипуляций, направленных на подавление его достоинства. Провозглашенное в ст. 6 Всеобщей декларации прав человека право каждого на сохранение и защиту его правосубъектности исключает собственные действия индивида, лишаящие его своего самоопределения³⁹.

Заявленное в качестве источника нормативной (позитивистской) силы прав человека достоинство выходит за антропоцентричные, заданные гуманизмом Просвещения [Braidotti R., 2013: 13–15] рамки и предпосылает инструментализацию прав человека. Они генерализируются до универсальной эпистемологической оптики, используемой для выстраивания отношений не только в социуме, но и в континуумах природа — общество и человек — не-человеческие сущности. Такой подход основывается на презюмируемой универсальности прав человека, позволяющей применить ценности и логику доктрины к любым формам жизни. Тогда достоинство человека сменяется достоинством жизни как таковой, а «права человека» становятся доступными животным, рекам, лесам, природе вообще [Kaufman C., Martin P., 2018: 46–47]; [Jones E., 2021: 84–85, 87, 90].

Такая генерализация правозащитного дискурса и выведение его за рамки антропоцентризма — эпистемологический прыжок, когда проблема универсальности прав человека, будучи в реальности не закрытой, как минимум презюмируется в качестве решенной. «Доступ» к «правам человека» для не-человеческих живых сущностей основывается на иррелевантности (пусть и преждевременно заявляемой) проблемы доступа к правам человека для самих людей в логике — права человека аксиоматичны, так дадим же их всем остальным. Пусть и смелое, и поспешное допущение, но уж точно не бесполезное⁴⁰.

³⁸ Плотников Н.С. Достоинство как правовая категория // Постнаука. 2013. Available at: URL: <https://postnauka.ru/video/12371> (дата обращения: 30.01.2024)

³⁹ Показательна история с «метанием карликов» В 1980-х гг. в пабах Австралии было популярно в качестве «развлечения» бросать на дальность людей аномально низкого роста. Такая игра была запрещена местными судами, несмотря на возражения и игроков, и оказывавших услуги, по соображениям защиты человеческого достоинства, попирая которое не вправе даже по своей воле сам его носитель. Available at: URL: <https://www.sports.ru/tribuna/blogs/nitkina/2760801.html> (дата обращения: 30.01.2024)

⁴⁰ Мало ли других фикций в праве, куда более основательных и искажающих правовую картину реальности — например, правосубъектность государства [Barbara C., 2007: 23].

Заключение

Значение прав человека как дискурсивного средства выходит далеко за рамки ценностей либеральной демократии. Идея прав человека исторически утверждается в качестве инструмента организации государственного порядка и построения отношений между сувереном и его подданными. По мере изменения представлений о таких отношениях, менялись и взгляды на права человека, их природу. Неизменным остается роль прав человека как конститутивного, неотъемлемого элемента концепции современного государства и государственности (как минимум, в европейской интерпретации).

Такое же положение правозащитная идея снискала в сегодняшней теории международного права и его практике. Устав ООН — важный рубеж в этой сфере. Однако не учреждение всемирной организации и принятие Всеобщей декларации прав человека создали правозащитное измерение международного права. Гуманитарные идеи распространились в теории еще в на рубеже XIX–XX вв. в рамках критики правового позитивизма и на фоне призывов к пересмотру привилегированного положения государства в международно-правовой системе, а на практике — в рамках первых систем защиты национальных меньшинств, гарантий трудовых прав, защиты жертв войны и реализации индивидуальной уголовной ответственности по международному праву.

Международная концепция прав человека презюмирует существование общечеловеческих ценностей, а ссылки критиков и скептиков на релятивизм в большинстве служат аргументом в дискуссии о содержании таких ценностей в отдельном контексте, а не непреодолимым препятствием к диалогу. Тем временем идея прав человека уверенно выходит за рамки сугубо антропоцентричной сферы.

Вопрос об универсальности прав человека — частный случай проблемы универсальности международного права. Пресловутый «конец истории» Ф. Фукуямы, очевидно оказался преувеличением; глобальный консенсус в понимании прав человека едва ли достижим. Однако они давно вышли за пределы отдельной, пусть и важной области международного права, став эпистемологической оптикой (возможно, эпистемой по Фуко, используемой для анализа и конструирования всего международно-правового, да и внеправового — связанного с человеком и даже с природой).

Строгая локализация правозащитного дискурса сегодня, по меньшей мере, затруднительна — как по ценностным, так и по методологическим соображениям. Критика универсальности прав человека — это крити-

ка универсального международного права вообще. Насколько уместно последнее, настолько возможно и первое: международное право ругают за его недостаточную эффективность, однополярность, европоцентричность, ригидность, но едва кто-либо усомнится в его необходимости. Точно так же и с правами человека — других нет. И пока не предвидится.



Список источников

1. Арановский К.В., Князев С.Д. Правление права и правовое государство в соотношении знаков и значений. М.: Проспект, 2016. 208 с.
2. Беленкин Б. и др. Объект наблюдения: сборники документов. М.: АСТ, 2023. 640 с.
3. Бенуа А. де. Против либерализма: к Четвертой политической теории. СПб.: Амфора, 2009. 476 с.
4. Велижев М.Б., Атнашев Т.М., Зорин А.Л. «Особый путь»: от идеологии к методу. М.: Новое литературное обозрение, 2018. 488 с.
5. Верле Г. Принципы международного уголовного права. М.: Транслит, 2011. 910 с.
6. Исполинов А.С. Правовой статус Всеобщей декларации прав человека (К 70-летию принятия) // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 4. С. 100–107.
7. Тайсхерст Р. Оговорка Мартенса и право вооруженных конфликтов // Международный журнал Красного Креста. 1997. № 317. С. 7–15.
8. Толстых В.Л. Развитие идеи прав человека и ее критика // Российский юридический журнал. 2017. № 3. С. 9–18.
9. Толстых В.Л. Ренессансное понимание достоинства и его влияние на современную концепцию прав человека // Правоведение. 2016. № 2. С. 48–61.
10. Харрис Д., О'Бойл М., Уорбрик К. Право Европейской конвенции по правам человека. М.: Развитие правовых систем. 2021. 1432 с.
11. Хикс С. Объясняя постмодернизм. М.: РИПОЛ классик, 2022. 230 с.
12. Черняев А. Совместный исход. Дневник двух эпох. 1972–1991. М.: РОССПЭН, 2008. 1047 с.
13. Anzilotti D. Cours de Droit International. Vol. I. Paris: Recueil Sirey, 1929. 534 p.
14. Barbara C. International Legal Personality: Panacea or Pandemonium? Theorizing About the Individual and the State in the Era of Globalization. Austrian Review of International and European Law, 2007, vol. 12, no. 17, pp. 17–57.
15. Bassiouni M. The Proscribing Function of International Criminal Law in the Processes of International Protection of Human Rights. Yale Journal World Public Order, 1982, vol. 9, issue 1, pp. 193–216.
16. Bauman R. Human Rights in Ancient Rome. London, New York: Routledge, 2003, 208 p.
17. Bentham J. Anarchical Fallacies. The Works of Jeremy Bentham. Vol. 2. Edinburgh: William Tait, 1843, 600 p.
18. Braidotti R. The Posthuman. Cambridge: Polity Press, 2013, 229 p.

19. Brierly J. The Shortcomings of International Law. In: The Basis of Obligation in International Law and other papers. Lauterpacht and Waldock (eds.). Oxford: Clarendon Press, 1958, 375 p.
20. Cassese A. States: Rise and Decline of the Primary Subject of International Community. In: Oxford Handbook of the History of International Law. B. Fassbender, A. Peters (eds.). Oxford: University Press, 2014, 1280 p.
21. Cavaglieri A. Règles Générales du Droit de la Paix. Recueil des cours de l'académie de droit international, 1929, vol. 26, pp. 311–586.
22. Cogan J. Regulatory Turn in International Law. Harvard International Law Journal, 2021, vol. 52, no. 2, pp. 322–372.
23. Domingo R. The New Global Law. Cambridge: University Press, 2010, 201 p.
24. Eagleton C. The Task of the International Lawyer. American Journal of International Law, 1947, vol. 41, issue 2, pp. 435–439.
25. Foucault M. Power. In: Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972–1977. New York: Pantheon, 1980, 282 p.
26. Fukuyama F. The End of History? The National Interest, 1989, no. 16, pp. 3–18.
27. Grewe W. Epochs of International Law. Berlin: De Gruyter, 2000, 804 p.
28. Haas M. International Human Rights. A Comprehensive Introduction. London: Routledge, 2014, 663 p.
29. Hafner G. The Emancipation of the Individual from the State under International Law. Recueil des cours de l'académie de droit international, 2011, vol. 358, pp. 263–453.
30. Hall S. The Persistent Spectre: Natural Law, International Order and the Limits of Legal Positivism. European Journal of International Law, 2001, vol. 12, no. 2, pp. 269–307.
31. Hathaway J. The Rights of Refugees under International Law. Cambridge: University Press, 2005, 1184 p.
32. Humphrey J. Human Rights and the United Nations: A Great Adventure. Dobbs Ferry: Transnational Publishers, 1984, 350 p.
33. Jenks W. Human Rights and International Labor Standards. London: Stevens, 1960, 159 p.
34. Jones E. Posthuman international law and the rights of nature. Journal of Human Rights and the Environment, 2021, vol. 12, special issue, pp. 76–102.
35. Jouzier B. Déclin et persistance de la théorie du domaine réservé: le constat d'un rôle de «transition» du domaine reserve. Revue québécoise de droit international, 2020, vol. 33.2, pp. 53–75.
36. Kauffman C., Martin P. Constructing Rights of Nature Norms in the US, Ecuador, and New Zealand. Global Environmental Politics, 2018, vol. 18 (4), pp. 43–62.
37. Kelsen H. La Naissance de l'État et la Formation de sa Nationalité: Les Principes et leur Application au Cas de la Tchécoslovaquie. Revue de Droit International, 1929, no. 4, pp. 613–641.
38. Kelsen H. Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1932, vol. 42, 655 p.
39. Kennedy D.A New Stream of International Law Scholarship. Wisconsin International Law Journal, 1988, vol. 7, no. 1, pp. 1–47.
40. Koskeniemi M. Rights, History, Critique. In: Human Rights: Moral or Political? A. Stinson (ed.). Oxford: University Press, 2018, 508 p.

41. Koskenniemi M. To the Uttermost Parts of the Earth. Legal Imagination and International Power, 1300–1870. Cambridge: University Press, 2021, 1107 p.
42. Koskenniemi M. What Use for Sovereignty Today? Asian Journal of International Law, 2011, no. 1, pp. 61–70.
43. Locke J. The Second Treatise of Government. Two Treatises of Government. P. Laslett (ed.). Cambridge: University Press, 1988, 464 p.
44. Morsink J. The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1999, 396 p.
45. Nijman J. The Concept of International Legal Personality: an Inquiry into the History and Theory of International Law. The Hague: Asser Press, 2004, 494 p.
46. Oppenheim L. The Future of International Law. Oxford: Oxford University Press, 1921, 90 p.
47. Parlett K. The Individual in the International Legal System: Continuity and Change in International Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, 462 p.
48. Peters A. Beyond Human Rights: The Legal Status of the Individual in International Law. Cambridge: University Press, 2016, 602 p.
49. Pincus S. The First Modern Revolution. New Haven: Yale University Press, 2009, 647 p.
50. Portmann R. Legal Personality in International Law. Cambridge: University Press, 2010, 333 p.
51. Raz J. Human Rights without Foundations. In: The Philosophy of International Law. S. Besson, J. Tasioulas (eds.). Oxford: University Press, 2010, 626 p.
52. Reisman W. Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law. American Journal of International Law, 1990, vol. 84, no. 4, pp. 866–876.
53. Russell F. The Just War in the Middle Ages. Cambridge: Cambridge University Press, 1975, 332 p.
54. Shany Y. The Universality of Human Rights: Pragmatism Meets Idealism. Blaustein Institute for Advancement of Human Rights, 2018, 36 p.
55. Shelton D. Introduction. The Oxford Handbook of International Human Rights Law. D. Shelton (ed.). Oxford: University Press, 2013, 1088 p.
56. Spiropoulos J. L'Individu et le Droit International. Recueil des cours de l'académie de droit international, 1929, vol. 30, pp. 192–270.
57. Teitel R. Humanity's Law. Oxford: University Press, 2011, 320 p.
58. Trindade A. International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium. Recueil des cours de l'académie de droit international, 2005, vol. 316, 710 p.
59. Wright Q. Mandates under the League of Nations. Chicago: University of Chicago Press, 1930, 726 p.



References

1. Anzilotti D. (1929) Cours de Droit International. Paris: Recueil Sirey, 534 p.
2. Aranovskiy K.V., Knyazev S.D. (2016) The Rule of Law and State of Law in the Correlation of Signs and Meanings. Moscow: Prospekt, 208 p. (in Russ.)
3. Barbara C. (2007) International Legal Personality: Panacea or Pandemonium? Theorizing About the Individual and the State in the Era of Globalization. *Austrian Review of International and European Law*, vol. 12, no. 17, pp. 17–57.

4. Bassiouni M. (1982) The Proscribing Function of International Criminal Law in the Processes of International Protection of Human Rights. *Yale Journal World Public Order*, vol. 9, no. 1, pp. 193–216.
5. Bauman R. (2003) *Human Rights in Ancient Rome*. London: Routledge, 208 p.
6. Belenkin B. et al. (2023) The Object of Surveillance. KGB v. Sakharov: collection of documents. Moscow: AST, 640 p. (in Russ.)
7. Bentham J. (1843) Anarchical Fallacies. The Works of Jeremy Bentham. Vol. 2. Edinburg: William Tait, 600 p.
8. Benua A. de (2009) *Against Liberalism: the Fourth Political Theory*. Saint Petersburg: Amphora, 476 p. (in Russ.)
9. Braidotti R. (2013) *The Posthuman*. Cambridge: Polity Press, 229 p.
10. Briery J. (1958) The Shortcomings of International Law. In: The Basis of Obligation in International Law and other papers. H. Lauterpacht (ed.). Oxford: Clarendon Press, 375 p.
11. Cassese A. (2014) States: Rise and Decline of the Primary Subject of International Community. In: The Oxford Handbook of the History of International Law. B. Fassbender, A. Peters (eds.). Oxford: University Press, 1280 p.
12. Cavaglieri A. (1929) Règles Générales du Droit de la Paix. *Recueil des cours de l'académie de droit international*, vol. 26, pp. 311–586.
13. Chernyaev A. (2008) Soviet Exile. Diary of the Two Epochs. 1972–1991. Moscow: ROSSPEN, 1047 p. (in Russ.)
14. Cogan J. (2021) Regulatory Turn in International Law. *Harvard International Law Journal*, vol. 52, no. 2, pp. 322–372.
15. Domingo R. (2010) *The New Global Law*. Cambridge: University Press, 201 p.
16. Eagleton C. (1947) The Task of the International Lawyer. *American Journal of International Law*, vol. 41, no. 2, pp. 435–439.
17. Foucault M. (1980) Power. Knowledge: Selected Interviews and other Writings 1972–1977. New York: Pantheon, 282 p.
18. Fukuyama F. (1989) The End of History? *The National Interest*, no. 16, pp. 3–18.
19. Grewe W. (2000) *The Epochs of International Law*. Berlin: De Gruyter, 804 p.
20. Haas M. (2014) International Human Rights. A Comprehensive Introduction. London: Routledge, 663 p.
21. Hafner G. (2011) The Emancipation of the Individual from the State under International Law. *Recueil des cours de l'académie de droit international*, vol. 358, pp. 263–453.
22. Hall S. (2001) The Persistent Spectre: Natural Law, International Order and the Limits of Legal Positivism. *European Journal of International Law*, vol. 12, no. 2, pp. 269–307.
23. Harris D., O'Boyle M., Warbrik K. (2021) Law of the European Convention on Human Rights. Moscow: Razvitie pravovykh system, 1432 p. (in Russ.)
24. Hathaway J. (2005) The Rights of Refugees under International Law. Cambridge: University Press, 1184 p.
25. Hicks S. (2022) *Explaining Postmodernism*. Moscow: RIPOL, 230 p. (in Russ.).
26. Humphrey J. (1984) *Human Rights and the United Nations: A Great Adventure*. Dobbs Ferry: Transnational Publishers, 350 p.

27. Ispolinov A.S. (2018) The Legal Status of the Universal Declaration of Human Rights (on the 70th anniversary of adoption). *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*=Comparative Constitutional Review, no. 4, pp. 100–107 (in Russ.)
28. Jenks W. (1960) *Human Rights and International Labor Standards*. London: Stevens, 159 p.
29. Jones E. (2021) Posthuman international law and the rights of nature. *Journal of Human Rights and the Environment*, vol. 12, special issue, pp. 76–102.
30. Jouzier B. (2020) Déclin et persistance de la théorie du domaine réservé: le constat d'un rôle de «transition» du domaine reserve. *Revue québécoise de droit international*, vol. 2, pp. 53–75.
31. Kauffman C., Martin P. (2018) Constructing Rights of Nature Norms in the US, Ecuador, and New Zealand. *Global Environmental Politics*, vol. 18, pp. 43–62.
32. Kelsen H. (1929) La Naissance de l'État et la Formation de sa Nationalité: Les Principes et leur Application au Cas de la Tchécoslovaquie. *Revue de Droit International*, no. 4, pp. 613–641.
33. Kelsen H. (1932) Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 42, 655 p.
34. Kennedy D. (1988) A New Stream of International Law Scholarship. *Wisconsin International Law Journal*, vol. 7, no. 1, pp. 1–47.
35. Koskeniemi M. (2011) What Use for Sovereignty Today? *Asian Journal of International Law*, no. 1, pp. 61–70.
36. Koskeniemi M. (2018) Rights, History, Critique. In: Human Rights: Moral or Political? A. Stinson (ed.). Oxford: University Press, 508 p.
37. Koskeniemi M. (2021) *To the Uttermost Parts of the Earth. Legal Imagination and International Power, 1300-1870*. Cambridge: University Press, 1107 p.
38. Locke J. (1988) The Second Treatise of Government. Two Treatises of Government. P. Laslett (ed.). Cambridge: University Press, 464 p.
39. Morsink J. (1999) *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 396 p.
40. Nijman J. (2004) *The Concept of International Legal Personality: an Inquiry into the History and Theory of International Law*. The Hague: Asser Press, 494 p.
41. Oppenheim L. (1921) *Future of International Law*. Oxford: University Press, 90 p.
42. Parlett K. (2011) *The Individual in the International Legal System: Continuity and Change in International Law*. Cambridge: University Press, 462 p.
43. Peters A. (2016) *Beyond Human Rights: The Legal Status of the Individual in International Law*. Cambridge: University Press, 602 p.
44. Pincus S. (2009) *The First Modern Revolution*. New Haven: Yale University Press, 647 p.
45. Portmann R. (2010) *Legal Personality in International Law*. Cambridge: University Press, 333 p.
46. Raz J. (2010) Human Rights without Foundations. In: The Philosophy of International Law. S. Besson, J. Tasioulas (eds.). Oxford: University Press, 626 p.
47. Reisman W. (1990) Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law. *American Journal of International Law*, vol. 84, no. 4, pp. 866–876.
48. Russell F. (1975) *The Just War in the Middle Ages*. Cambridge: University Press, 332 p.

49. Shany Y. (2018) *The Universality of Human Rights: Pragmatism Meets Idealism*. Omer: Blaustein Institute for Advancement of Human Rights, 36 p.
 50. Shelton D. (2013) Introduction. In: *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. D. Shelton (ed.). Oxford: University Press, 1088 p.
 51. Spiropoulos J. (1929) L'Individu et le Droit International. *Recueil des cours de l'académie de droit international*, vol. 30, pp. 192–270.
 52. Tayskherst R. (1997) Martens clause and Law of Armed Conflicts. *Mezhdunarodnyy zhurnal Krasnogo Kresta*=International Journal of the Red Cross, no. 317, pp. 7–15 (in Russ.)
 53. Teitel R. (2011) *Humanity's Law*. Oxford: Oxford University Press, 320 p.
 54. Tolstykh V.L. (2016) The Renaissance Notion of Dignity and its Influence on the Modern Doctrine of Human Rights. *Pravovedenie*=Jurisprudence, no. 2, pp. 48–61 (in Russ.)
 55. Tolstykh V.L. (2017) The Evolution of the Human Rights Idea. *Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal*=Russian Juridical Journal, no. 3, pp. 9–18 (in Russ.)
 56. Trindade A. (2005) International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium*. *Recueil des cours de l'académie de droit international*, vol. 316, 710 p.
 57. Velizhev M.B., Atnashev T.M., Zorin A.L. (2018) Special Path: from Ideology to Method. Moscow: Novoe literaturnoe obozrenie, 488 p. (in Russ.)
 58. Verle G. (2011) *Principals of International Criminal Law*. Moscow: Translit, 910 p. (in Russ.)
 59. Wright Q. (1930) *Mandates under the League of Nations*. Chicago: University of Chicago Press, 726 p.
-

Информация об авторе:

М.А. Лихачев — кандидат юридических наук, доцент, научный сотрудник.

Information about the author:

M.A. Likhachev — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor, Researcher.

Статья поступила в редакцию 10.05.2023; одобрена после рецензирования 12.08.2023; принята к публикации 10.12.2023.

The article was submitted to editorial office 10.05.2023; approved after reviewing 12.08.2023; accepted for publication 10.12.2023.

Научная статья

УДК: 347.2/.3

DOI:10.17323/2072-8166.2024.1.68.92

Характер выбытия имущества из владения в институте защиты добросовестного приобретателя



Дмитрий Андреевич Мальбин

Всероссийский государственный университет юстиции, Россия 117638, Москва, Азовская ул., 2/1, malbin.rpa@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-7764-2499>



Аннотация

Одним из условий защиты добросовестного приобретателя является характер выбытия имущества из владения собственника или лица, которому вещь была передана во владение собственником. До настоящего времени остаются спорными категории воли и владения в контексте такого условия, что порождает неопределенность в правоприменении. Спорность названного условия обусловлена наличием в юридической науке различных представлений о политико-правовых причинах такого условия, а также многозначностью используемых в рамках данного условия категорий «владение» и «воля». Статья нацелена на исследование такого условия и устранение имеющихся противоречий. При написании статьи использовались диалектический и общеправовые методы познания (анализ, синтез, индукция, дедукция), а также специальные методы: формально-юридический и структурно-функциональный. В результате исследования установлено, что под владением в данном условии следует понимать фактическое господство лица над объектом владения. Теории «книжного» владения, а также непосредственного и опосредованного владения не применимы к институту защиты добросовестного приобретателя. Воля на выбытие вещи из владения формируется до передачи и заключена в основании передачи вещи, поэтому если основание выбытия имущества из владения возникло помимо воли собственника (например, судебное решение), то даже добровольная передача им имущества свидетельствует о выбытии имущества из владения помимо воли. В случае наличия нескольких управомоченных на отчуждение вещи лиц имеет значение воля того лица, которое вла-

деет и отчуждает имущество. Несмотря на то, что в ст. 302 Гражданского Кодекса в числе случаев, когда собственник вправе истребовать имущество, названо хищение, такой термин, тем не менее, не имеет уголовно-правового содержания, поскольку взаимосвязи между гражданским и уголовным правом в данном вопросе не имеется. Институт защиты добросовестного приобретателя содержит регулятивные правовые нормы и применяется безотносительно к уголовно-правовой квалификации и наличия приговора по уголовному делу.



Ключевые слова

гражданское право; право собственности; виндикационный иск; добросовестный приобретатель; владение; воля; вещь.

Для цитирования: Мальбин Д.А. Характер выбытия имущества из владения в институте защиты добросовестного приобретателя // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 1. С. 68–92. DOI:10.17323/2072-8166.2024.1.68.92

Russian Law: Conditions, Perspectives, Comments

Research article

Nature of Disposal of Property from Possession at the Institute for Protection of *bona fide* Acquirer



Dmitry Andreevich Malbin

All-Russian State University of Justice, 2/1 Azovskaya Street, Moscow 117638, Russia, malbin.rpa@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-7764-2499>



Abstract

One of the conditions for the protection of a *bona fide* acquirer is the nature of the disposal of property from the possession of the owner or the person to whom the thing was transferred into the possession of the owner. To date, the categories of will and possession remain controversial in the context of such a condition, which creates uncertainty in law enforcement. Possession in this condition should be understood as the actual domination of a person over the object of possession. At the same time, the theory of legal ownership is not applicable to the institution of protection of a *bona fide* acquirer. The will in that condition cannot be understood solely as a desire to transfer a thing and arise at the time of such transfer. The will to dispose of a thing from possession is formed before the transfer and is enclosed in the basis of the transfer of the thing. If the basis for the disposal of property from possession arose against the will and, thus, diverges from the will of the owner, then the transfer of property to them, even if committed voluntarily, indicates the disposal of property from possession against the will. If there are several persons authorized to alienate a thing, the will of the person who owns and alienates the property matters. At the same time, despite the fact that in the text of Article 302 of the Russian Civil Code of the it is indicated that the owner has the

right to claim the property when it has left the possession of the owner and the person to whom the owner transferred the thing, against his will, the nature of the disposal of the thing from the possession of the person to whom it was transferred to those to whom the owner himself transferred it also matters the thing. Despite the fact that in art. 302 of the Civil Code, among the cases when the owner has the right to claim property, theft is called, such a term nevertheless has no criminal content, since there is no relationship between civil and criminal law in this matter. The Institute for the Protection of a *bona fide* acquirer contains regulatory legal norms and is applied regardless of the criminal legal qualification and the existence of a verdict in a criminal case.



Keywords

civil law; ownership; vindication claim; *bona fide* acquirer; possession; will; thing.

For citation: Malbin D.A. (2024) Nature of Disposal of Property from Possession at the Institute for Protection of *bona fide* Acquirer. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 17, no. 1, pp. 68–92 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2024.1.68.92

Введение

Предусмотренное ст. 302 Гражданского кодекса Российской Федерации¹ (далее — ГК) условие о защите добросовестного приобретателя, если вещь выбыла из владения собственника или лица, которому она была передана во владение собственником, воспроизводит известный древнегерманскому праву принцип *Hand wahre Hand*. Его смысл состоял в том, что собственник, добровольно передавший вещь другому, не может истребовать это имущество от ее приобретателя. Возникновение идеи защиты добросовестного приобретателя связано с осознанием необходимости защиты участников гражданского оборота, а сам институт играет большую роль в обеспечении стабильности гражданских правоотношений за счет ограничения истребования имущества от его приобретателя при наличии определенных условий.

Вместе с тем в современной науке гражданского права такое условие защиты добросовестного приобретателя, как характер выбытия имущества из владения собственника или лица, которому вещь передана собственником во владение, практически не выступает предметом научного исследования. Лишь в редких случаях такому условию посвящаются самостоятельные работы [Лоренц Д.В., 2020: 9–15]; [Ширвиндт А.М., 2015: 334–361]. В большинстве случаев в юридической литературе преобладают небольшие указания относительно содержания и смысла такого условия, которые, как правило, сводятся к политико-правовым доводам

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ // СЗ РФ. 05.12.1994. № 32. Ст. 3301

о необходимости защиты добросовестного приобретателя, если собственник сам виноват в том, что отпустил вещь из рук, передав ее другому. Между тем такое условие имеет гораздо более сложное содержание, чем это может показаться на первый взгляд, в связи с чем его специальное исследование является необходимым. В свою очередь, такое исследование будет способствовать развитию учения о защите добросовестного приобретателя в современном гражданском праве России, что свидетельствует о его теоретической значимости. С учетом того, что от верного определения содержания такого условия непосредственно зависит решение вопроса о защите прав собственника или добросовестного приобретателя, то такое исследование имеет одновременно и практическое значение.

1. Категория владения

Сложность определения характера выбытия вещи из владения, в первую очередь, продиктована неясностью категории владения, используемой в тексте ст. 302 ГК. Владение может быть понято в качестве непосредственного фактического обладания вещью, а равно юридического владения, в рамках которого выделяются опосредованное и непосредственное владение, и сам вопрос владения в отношении видов вещей решается по-разному. Так, рассматривая вопрос владения, А.Д. Рудоквас подчеркивает, что владение как факт возможно только в отношении движимой вещи, в то время как в отношении недвижимости владение осуществляется посредством записи в реестре [Рудоквас А.Д., 2011: 127].

Между тем концепцию «книжного» владения вряд ли стоит считать применимой к институту защиты добросовестного приобретателя, поскольку это приводило бы к тому, что вопрос о защите такого приобретателя решался бы дифференцированно исходя из вида приобретаемого имущества, а условие о характере выбытия имущества из владения собственника приобретало бы различное содержание для случаев приобретения движимого и недвижимого имущества, что кажется противоречивым.

Государственная регистрация права на имущество не должна наполнять одну категорию разным содержанием в рамках одного правового института. Категория владения должна сохранять единое содержание для единообразного применения правовой нормы. Государственная регистрация права, являясь юридическим фактом, с которым связываются возникновение, переход, обременение и прекращение права собственности на недвижимость, имеет также правоподтверждающее значение, с чем, собственно, и связывается «книжное» владение (запись в реестре

как подтверждение права). Между тем функцию, которую выполняет запись в реестре о праве на недвижимость, в отношении движимого имущества выполняет совокупность доказательств, указывающих на совершение сделки об отчуждении вещи (п. 2 ст. 218 ГК) и передача ее приобретателю (ст. 223, 224). Легитимация собственника движимой вещи посредством представления ряда доказательств сложнее, чем в случае с записью в реестре о праве на недвижимость, которая несомненно упрощает подтверждение наличия у лица права собственности на вещь. Изложенное, однако, не означает, что в отношении собственника движимого имущества подтверждения права собственности не происходит вовсе. В отношении движимости отсутствует лишь публичность подтверждения.

Кроме того, институт защиты добросовестного приобретателя не может быть рассмотрен в отрыве от института виндикационного иска, ограничением применения которого он является. В свою очередь, применение концепции «книжного» владения к виндикационному иску встречает теоретические противоречия и потому не может быть принята в рамках данного института. В связи с этим концепция «книжного» владения не может быть распространена также на институт защиты добросовестного приобретателя, так как оба института составляют одно целое и не могут рассматриваться в отрыве друг от друга.

При этом, в случае применения концепции «книжного» владения защита добросовестного приобретателя недвижимости оказывалась бы возможной только тогда, когда собственник отчуждает вещь в собственность, регистрация перехода права собственности на имущество произведена, но вследствие недействительности сделки об отчуждении вещи право к приобретателю не перешло, а приобретатель затем отчуждает имущество по возмездной сделке добросовестному приобретателю, который, в свою очередь, и защищается от притязаний собственника. Из этого, в частности, исходит А.М. Ширвиндт, который полагает необходимым дифференцировать подход к движимой вещи и недвижимости, отмечая, что недвижимая вещь считается выбывшей из владения собственника по воле только в случаях неудавшегося отчуждения, поскольку именно в таких ситуациях собственник создает видимость права собственности у неуправомоченного отчуждателя [Ширвиндт А.М., 2015: 359–361]. Как видно, характер выбытия недвижимости из владения собственника с точки зрения концепции «книжного» владения определяется исходя из того, создал ли собственник своей волей видимость права собственности у приобретателя вещи или нет.

Вместе с тем такой подход фактически приводит к тому, что добросовестный приобретатель недвижимости оказывается в худшем положе-

нии, чем приобретатель движимого имущества, который защищается даже в тех случаях, когда такое имущество было передано собственником владельцу, в том числе во временное владение (например, в аренду). В таком случае условие о характере выбытия имущества из владения имеет более широкую сферу действия исходя из того, что приобретает движимая вещь.

Запись в реестре легитимирует юридическую, а не фактическую власть над вещью и призвана определить лицо, имеющее субъективное право на вещь. В рамках концепции «книжного» владения субъективное право нельзя отделить от самого владения, так как владение существует постольку, поскольку существует запись о праве. Следствием этого является смешение двух условий защиты приобретателя чужого имущества: добросовестность приобретателя и выбытие имущества из владения собственника по воле, которые в силу принципа публичной достоверности реестра будут связываться, по существу, с одним и тем же фактом — наличием записи о праве отчуждателя на вещь. В связи с этим применение концепции «книжного» владения ставит приобретателей имущества в неравное положение также тем, что для защиты приобретателя движимого имущества необходимы три условия, в то время как для защиты приобретателя недвижимости достаточно двух: возмездность приобретения и видимость права отчуждателя, созданная собственником при неудавшемся отчуждении имущества. Между тем каждое условие, названное в ст. 302 ГК, имеет содержание. В свою очередь такое условие, как выбытие имущества из владения собственника или лица, которому вещь передана собственником во владение, по воле, связано с тем, что в таких случаях происходит бесконфликтная передача имущества от одного субъекта к другому, когда фактическое владение каждого отчуждателя вещи не нарушается — ведь он сам своей волей передает вещь другому.

Таким образом, применение концепции «книжного» владения в данном случае оказывается противоречивым, поскольку, с одной стороны, лучше защищает приобретателя недвижимости, для защиты которого, по существу, необходимы только два условия, с другой — расширяет возможности защиты добросовестного приобретателя движимого имущества тем, что вещь может быть передана собственником третьему лицу без отчуждения в собственность во временное владение. Возникновение таких теоретических противоречий является неизбежным следствием того, что концепция «книжного» владения, как напоминает К.И. Скловский, неизвестна российскому правопорядку [Скловский К.И., 2014: 87]. Более того, даже сторонники концепции «книжного» владения подчеркивают ошибочность использования такой концепции для принятия

практических правовых решений в настоящее время и рассматривают концепцию «книжного» владения исключительно как направление развития законодательства [Алексеев В.А., 2019: 150].

Равным образом не может быть применена концепция опосредованного и непосредственного владения, поскольку, как указывает А.Н. Латыев, это лишало бы смысла норму ст. 302 ГК [Латыев А.Н., 2005: 154], ведь передача непосредственным владельцем вещи третьему лицу всегда будет происходить против воли опосредованного владельца, в качестве которого в таком качестве выступал бы собственник. Изложенное указывает на то, что под владением в ст. 302 ГК следует понимать непосредственное фактическое обладание, господство над вещью.

2. Категория воли

Неоднозначной также в контексте ст. 302 ГК является категория воли. Хотя воля в первую очередь является категорией психологической науки, в юриспруденции категория воли наполняется собственным содержанием. Так, В.А. Ойгензихт обобщил различные подходы к пониманию воли: как усилие, способность, причина, желание, а также целенаправленность, отметив, что для юриспруденции в большинстве случаев характерно понимание воли как желания [Ойгензихт В.А., 1983: 10–12]. При таком подходе оказывается, что условие о характере выбытия вещи из владения состоит в том, желает ли собственник, чтобы вещь, собственно, выбыла из его владения, то есть прекратилось его непосредственное обладание вещью.

Понимание воли в качестве желания позволяет успешно разрешать большинство правовых споров, когда собственник утрачивает вещь в результате противоправных действий третьих лиц (например, при похищении имущества собственника) или самостоятельно передает вещь контрагенту во исполнение договора. В то же время такой подход испытывает трудности в более сложных ситуациях.

Так, например, в п. 11 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (далее — ВАС) от 13.11.2008 № 126 «Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с истребованием имущества из чужого незаконного владения»² (далее — Информационное письмо № 126) приведен случай, когда собственник истребовал от добросовестного приобретателя имущество, которое он самостоятельно передал во исполнение судебного решения (которое, в свою очередь, было отменено после такой передачи). В данном случае суд

² Вестник ВАС РФ. 2009. № 1.

пришел к выводу о том, что имущество выбыло из владения собственника помимо воли, так как исполнение судебного акта осуществлялось под угрозой применения процедуры принудительного исполнения.

Квалификация возможности принудительного исполнения судебного акта в качестве угрозы для собственника не в полной мере точна, поскольку угрозу представляет возможность привлечения собственника к юридической ответственности за неисполнение судебного акта. Собственник вещи в данном случае осознавал неизбежность передачи вещи взыскателю независимо от его воли, поскольку одной из мер принудительного исполнения является изъятие приставом у должника имущества, присужденного взыскателю (п. 4 ч. 3 ст. 68 Федерального закона от 02.10.2007 № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве»³), однако в случае неисполнения в добровольном порядке требования, указанного в исполнительном документе, собственник во всяком случае был бы привлечен к юридической ответственности в виде взыскания исполнительного сбора.

Для признания вещи выбывшей из владения собственника по воле такая воля должна быть свободна в своем формировании, на нее не должно оказываться никакого влияния, которое бы искажало ее содержание или выступало мотивом такого действия, которого при иных обстоятельствах лицо не желало бы совершить. Неизбежность применения мер юридической ответственности в случае неисполнения судебного решения, несомненно, оказывает влияние на волю лица.

Тем не менее рассмотрение воли в качестве желания в контексте рассматриваемого условия приводит к выводу, отличному от того, который содержится в п. 11 Информационного письма № 126, поскольку передача вещи самим должником во исполнение судебного акта свидетельствует о наличии у него желания передать имущество. Причины такого желания — возможность привлечения к юридической ответственности при неисполнении решения суда в добровольном порядке находятся за границами собственно желания передать вещь и не входят в него, вследствие чего не могут учитываться при решении вопроса о том, передана ли вещь по воле или помимо воли.

В то же время нельзя не отметить справедливости вывода о том, что имущество выбыло из владения собственника помимо воли, поскольку собственник хотя и передал вещь самостоятельно, такая передача являлась очевидно вынужденной. Это ставит под сомнение интерпретацию воли в качестве желания в контексте ст. 302 ГК и одновременно свидетельствует о том, что категория воли на выбытие имущества из владения собственника имеет более сложное содержание.

³ СЗ РФ. 2007. № 41. Ст. 4849.

Несмотря на убедительность вывода суда, что имущество выбыло из владения собственника помимо воли ввиду угрозы применения процедуры принудительного исполнения, а фактически — угрозы привлечения к юридической ответственности, такой подход содержит в себе некоторые противоречия. Добровольная передача собственником имущества по договору в таком случае также должна быть рассмотрена как совершенная не в соответствии со свободной волей собственника по следующим причинам.

Неисполнение обязанности по передаче вещи во исполнение договора является основанием для привлечения должника к гражданско-правовой ответственности. Поэтому при заключении договора, по которому собственник обязан передать имущество, существует угроза применения к собственнику мер ответственности за неисполнение обязательства (например, возмещение убытков, выплата неустойки).

Таким образом, в отношении собственника могут быть применены меры юридической ответственности как за неисполнение судебного акта, так и за неисполнение гражданско-правового обязательства. Различие состоит лишь в виде юридической ответственности, к которой может быть привлечен собственник вещи в случае нежелания передать ее добровольно: к гражданско-правовой или административной. Хотя оба вида юридической ответственности используют различные меры юридического воздействия на правонарушителя, существенных различий между ними не имеется, в связи с чем квалификация характера выбытия имущества из владения собственника не может быть поставлена в зависимость от вида юридической ответственности, к которой может быть привлечен собственник.

Тем не менее возможность привлечения собственника к гражданско-правовой ответственности за неисполнение обязанности передать имущество остается вне поля зрения исследователей, а квалификация передачи вещи по договору собственником как выбытие имущества из владения по воле не подвергается сомнению. Однако, если исходить из того, что возможность привлечения к юридической ответственности за непередачу вещи оказывает влияние на волю собственника, то передачу имущества по договору очевидно следует квалифицировать как совершенную против воли собственника.

Изложенное подчеркивает спорность аргументации, построенной на взаимосвязи воли собственника и возможности применения мер юридической ответственности, но одновременно свидетельствует о необходимости более содержательного анализа категории воли на выбытие имущества из владения собственника.

Между тем при сопоставлении добровольной передачи имущества во исполнение договора и решения суда очевидно различие в основании

передачи имущества: если договор всегда возникает по воле собственника и именно собственник принимает обязанность и проявляет волю передать вещь, то судебное решение, которым собственник присужден к передаче вещи, принимается независимо от воли собственника и даже вопреки ей. В первом случае договор заключает в себе автономную волю субъекта относительно передачи, в то время как во втором такая воля отсутствует. В связи с этим передача имущества в качестве исполнения обязательства соответствует выраженной собственником ранее в договоре воле, в то время как передача имущества в порядке исполнения судебного решения очевидно расходится с волей собственника, который не желал принятия против себя судебного решения. Таким образом, решение вопроса о характере воли на выбытие имущества находится не в самом акте передачи имущества от собственника к третьему лицу, а в основании такой передачи, в частности, заключает ли такое основание волю собственника или нет.

При этом возможность истребования имущества от добросовестного приобретателя в связи с отменой судебного акта кажется спорной, поскольку возникающие в связи с исполнением судебного акта отношения являются процессуальными, в связи с чем применению подлежат соответствующие институты и нормы процессуального права, определяющие последствия исполнения отмененного судебного акта, в частности, институт поворота исполнения судебного акта. Такой подход представляется не только теоретически верным, но и обоснованным с политико-правовой точки зрения, поскольку истребование от добросовестного приобретателя вещи, переданной в порядке исполнения судебного решения, хотя бы и отмененного впоследствии, кажется несправедливым, подрывает доверие к судебной системе и институтам государственной власти, а также не обеспечивает необходимую стабильность гражданских правоотношений, поскольку ставит под сомнение приобретение имущества, полученного на основании судебного акта.

3. Воля собственника при наличии иного управомоченного лица

В контексте вопроса о характере выбытия вещи из владения собственника представляет интерес Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации (далее — Верховный Суд) от 12.12.2017 № 5-КГ17-214, в котором суд указал, что спорное имущество, на которое судебным решением обращено взыскание, в силу закона было передано организатору торгов для отчуждения на торгах, поэтому возражения собственника имущества относительно

принудительной продажи квартиры не могут свидетельствовать о том, что имущество выбыло из владения помимо воли⁴.

Фактически указанный подход состоит в игнорировании воли собственника для целей решения вопроса о защите добросовестного приобретателя и непринятии судом возражений собственника. Такое решение очевидно продиктовано нецелесообразностью учета воли собственника, ведь независимо от признания торгов недействительными имущество не могло вернуться к собственнику, так как подлежало продаже на повторных торгах.

Такой подход входит в очевидное противоречие со ст. 302 ГК, поскольку учет воли собственника в отношении выбытия имущества из владения, согласно тексту нормы, является обязательным. Следует признать, что вывод суда об игнорировании воли собственника в приведенной ситуации является ошибочным, либо буквальный текст ст. 302 ГК не отражает ее действительного содержания.

По мнению М.А. Ероховой, подход Верховного Суда в данном деле можно обосновать тем, что воля должника в исполнительном производстве замещается волей судебного пристава-исполнителя, поэтому передача имущества происходит как бы по воле должника [Ерохова М.А., 2018: 15]. Однако такое обоснование не кажется убедительным, поскольку отношения, связанные с передачей имущества судебным приставом, являются публично-правовыми, в то время как отношения в связи с защитой добросовестного приобретателя являются гражданско-правовыми, и релевантной должна быть воля частного субъекта, а не должностного лица государственного органа, действующего в рамках публичных правоотношений. Кроме того, судебный пристав-исполнитель в рамках таких публичных правоотношений передал имущество организатору торгов, который затем самостоятельно провел соответствующие торги по продаже имущества и передал его покупателю. В таком случае гражданское правоотношение возникает с проведением публичных торгов, когда управомоченный законом организатор торгов собственно организует и проводит торги и по их результатам заключает договор купли-продажи.

Принципиальное отличие данной ситуации от изложенной в п. 11 Информационного письма № 126 в том, что в настоящем случае имуществом распоряжалось лицо, уполномоченное на это законом, т.е. управомоченный отчуждатель, который владел вещью законно. Основанием передачи вещи во владение являлся договор купли-продажи, подписанный организатором торгов с победителем торгов, что свидетельству-

⁴ СПС КонсультантПлюс.

ет о том, что имущество выбыло из владения организатора торгов по его воле. Таким образом, в анализируемой ситуации присутствуют два управомоченных лица: собственник и организатор торгов, один из которых отчуждает вещь. В таком случае игнорирование воли одного из них кажется верным, поскольку в то же самое время присутствует воля другого управомоченного субъекта, который владеет вещью на законном основании.

В свете изложенного обоснование возможности игнорирования воли собственника может состоять в том, что необходимым является характер воли не исключительно собственника, а управомоченного лица, отчуждающего вещь: если вещь отчуждена любым управомоченным на это лицом и передана им по воле во владение третьего лица, которое при отсутствии перехода к нему права собственности отчуждает и передает имущество во владение добросовестного приобретателя, то последний подлежит защите. В таком случае противоречий между п. 11 Информационного письма № 126 и Определением Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда от 12.12.2017 № 5-КГ17-214 не имеется, поскольку в первом случае имущество передавалось на таком основании, которое возникло против воли передающего вещь собственника, в то время как во втором случае основание — договор купли-продажи — возникло по воле лица, управомоченного на отчуждение вещи.

4. Воля на выбытие вещи из владения и воля на отчуждение

Изложенное, однако, не означает отождествления воли на выбытие вещи из владения с волей на формирование основания передачи вещи. Собственник, заключая договор о передаче имущества, имеет волю на возникновение соответствующего гражданско-правового обязательства. Такая воля отражает его желание относительно наступления юридических последствий. Воля на выбытие имущества из владения относится к области факта и отражает желание собственника относительно непосредственного фактического обладания вещью. Две воли близко подходят друг к другу, но не являются тождественными.

Необходимость определения воли в отношении фактического события — выбытия вещи из владения — не случайно и представляется закономерным следствием того, что добросовестный приобретатель получает вещь от лица, которое не имеет права на отчуждаемое имущество, и является фактическим приобретателем имущества. Право собственности на имущество у добросовестного приобретателя возникает не вследствие перехода права на основании сделки (ряда сделок), а в результате

совокупности юридических фактов. В связи с этим воля на совершение сделки собственника не может иметь решающего значения, поскольку не сделка обеспечивает возникновение права у добросовестного приобретателя, в связи с чем какой-либо порок воли при совершении сделки оказывается irrelevantным.

Ввиду изложенного является верным указание в п. 39 Постановления Пленума Верховного Суда № 10, Пленума ВАС № 22 от 29.04.2010 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав»⁵ (далее — Постановление № 10/22) о том, что недействительность сделки, во исполнение которой передано имущество, не свидетельствует сама по себе о его выбытии из владения передавшего это имущество лица помимо его воли. Судам необходимо устанавливать, была ли воля собственника на передачу владения иному лицу.

Несмотря на указанное разъяснение, суды иногда встречают трудности дифференциации воли на отчуждение вещи и на выбытие вещи из владения. Характерным примером является Постановление Пятого арбитражного апелляционного суда от 25.01.2022 № 05АП-8311/2021 по делу № А24-2989/2021, в котором указано, что «... выбытие имущества помимо воли собственника имеет место не только при хищении, но и в результате иных действий, например при реализации имущества, приобретенного на основании сделки с пороком воли (совершенной под влиянием насилия, обмана, стечения тяжелых обстоятельств)»⁶.

При этом в юридической литературе воля на выбытие вещи из владения подменяется волей на отчуждение имущества. Так, например, анализируя рассматриваемое условие, П.А. Стрельников указывает, что «когда имущество перестало принадлежать собственнику без его желания, то такое имущество всегда подлежит виндикации независимо от фактора добросовестности приобретателя или возмездности приобретения» [Стрельников П.А., 2021: 53]. Воля в данном случае рассматривается в традиционном для юриспруденции смысле желания, однако воля на выбытие вещи из владения смешивается с волей на прекращение права собственности.

Такой подход нельзя признать верным, так как имущество перестает принадлежать собственнику по желанию лишь в случаях самостоятельного распоряжения собственником имуществом, в то время как присвоение вещи собственника третьими лицами всегда происходит вопре-

⁵ Российская газета. 2010. № 109. 21.05.

⁶ Постановление Пятого арбитражного апелляционного суда от 25.01.2022 № 05АП-8311/2021 по делу № А24-2989/2021 // СПС КонсультантПлюс.

ки желанию собственника. Вследствие этого такой подход исключает защиту добросовестного приобретателя, который приобретает право собственности на имущество вопреки желанию собственника. Таким образом, прекращение права собственности по желанию собственника как условие защиты добросовестного приобретателя лишало бы всякого смысла существование института защиты добросовестного приобретателя. Релевантной для целей защиты добросовестного приобретателя является только воля на выбытие вещи из владения.

Смешение воли на выбытие вещи из владения и на ее отчуждение допускается также в Обзоре судебной практики по делам, связанным с истребованием жилых помещений от добросовестных приобретателей, по искам государственных органов и органов местного самоуправления (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 01.10.2014)⁷. Так, Президиум Верховного Суда в Обзоре указывает, что в ситуации, когда Российская Федерация, субъект РФ, муниципальное образование не являлись участником договора передачи жилого помещения в собственность гражданина, однако право собственности на это жилое помещение было зарегистрировано за другим лицом, которое в дальнейшем произвело его отчуждение, суды принимают решение об истребовании жилого помещения, в том числе от добросовестного приобретателя, так как в указанном случае выбытие имущества из владения собственника происходило помимо его воли. Как видно, Президиум Верховного Суда делает существенный акцент на том, что публично-правовое образование не являлось стороной договора передачи жилого помещения в собственность, подменяя тем самым волю на выбытие вещи из владения волей на заключение договора об отчуждении вещи, несмотря на то, что релевантной является только первая воля.

Не всегда точными оказываются и тексты судебных актов, принимаемых Верховным Судом. Так, например, в определении его Судебной коллегии по гражданским делам от 14.12.2021 № 18-КГ21-137-К4⁸ указано, что в силу ст. 302 ГК РФ отчуждение имущества уполномоченным представителем собственника нельзя признать совершенным помимо его воли. Такой подход не является точным, поскольку наличие у лица полномочий на отчуждение вещи, т.е. на совершение сделки об отчуждении вещи, само по себе не означает выбытия вещи из владения собственника по его воле, так как воля на совершение сделки об отчуждении и воля на выбытие вещи из владения не тождественны. Совершение уполномоченным представителем сделки об отчуждении имущества не

⁷ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 2.

⁸ СПС КонсультантПлюс.

прекращает владения собственника постольку, поскольку совершение юридической сделки вообще не прекращает владения. Для разрешения вопроса о наличии условия для защиты добросовестного приобретателя в случае отчуждения вещи представителем необходимо установить, передавал ли собственник вещь во владение представителю или продолжил владеть сам, наделив представителя только полномочием на заключение договора, и не завладел ли представитель вещь против воли собственника.

По изложенным причинам следует согласиться с правоприменительной практикой в том, что имущество считается выбывшим из владения по воле собственника в результате действий третьих лиц, если такое третье лицо передавало вещи по просьбе или с ведома собственника или лица, которому собственник передал вещь во владение⁹.

В то же время категорический вывод, что воля на совершение сделки и воля на выбытие вещи из владения представляют собой разные по содержанию воли, не означает, что в каждом случае необходимо отдельно от воли на совершение сделки устанавливать волю на выбытие имущества из владения. Существующие у лица пороки воли могут быть обусловлены таким психическим состоянием, которое принципиально исключает осознанное и свободное желание субъекта относительно чего-либо. Не зря римская юриспруденция исходила из того, что безумный не имеет воли (*furiosi nulla voluntas est*).

По изложенным причинам следует признать верным подход Верховного Суда, согласно которому имущество, отчужденное собственником, не понимавшим значение своих действий и не способным руководить ими в силу психического расстройства, может быть истребовано от добросовестного приобретателя¹⁰. В таких случаях очевидно, что при наличии психического расстройства, которое принципиально исключает волю собственника и является основанием для признания сделки не-

⁹ См.: Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 29.08.2023 № 18-КГ23-105-К4; Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 28.02.2023 № 19-КГ22-40-К5; Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 31.05.2016 № 14-КГ16-9; Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 24.02.2015 № 5-КГ14-175 и др.

¹⁰ См.: Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 29.11.2016 № 78-КГ16-61; Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 03.04.2018 № 2-КГ18-1; Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 29.09.2015 № 2-КГ15-14; Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 14.07.2015 № 5-КГ15-83; Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 13.01.2015 № 48-КГ14-11 и др.

действительной, устанавливать отдельно волю на выбытие вещи из владения является излишним, поскольку очевидно, что такой воли у лица быть не может. В таких случаях отождествления воли на отчуждение вещи и воли на выбытие из владения не происходит, несмотря на то, что Верховный Суд в принимаемых судебных актах опирается на недействительность сделки в связи с пороком воли.

5. Круг лиц, воля которых имеет значение

Аналогичным образом обстоит дело с выбытием вещи из владения лица, которому вещь была передана собственником во владение. Спорным, однако, является вопрос о значении характера выбытия имущества из владения лица, которому вещь во временное владение передана тем, кому собственник передал вещь во владение. Такая ситуация может возникнуть, например, при передаче арендатором имущества в субаренду и иных случаях передачи вещи во временное владение, когда это допустимо в соответствии с объективным правом и соглашением между собственником и владельцем.

Из буквального текста ст. 302 ГК следует, что релевантным для решения вопроса о защите собственника или добросовестного приобретателя является характер выбытия имущества из владения исключительно собственника или лица, которому собственник передал вещь во владение. Тем не менее, решение данного вопроса зависит от понимания действительного смысла самого условия о характере выбытия вещи из владения.

Один из подходов к обоснованию существования такого условия состоит в том, что при передаче имущества во владение третьего лица собственник несет риск выбора контрагента. Так, например, М.В. Короткова полагает, что на собственника ложатся неблагоприятные последствия отчуждения принадлежащего ему имущества лицом, которому он ввел данное имущество [Короткова М.В., 2015: 42]. С этой точки зрения исследование характера выбытия вещи из владения должно простираться не далее лица, которому собственник передал имущество, вследствие чего характер выбытия вещи из владения другого лица (субарендатора или иного лица, получившего вещь от того, кто получил ее от собственника) не имеет значения. Следовательно, добросовестный приобретатель защищается также в случае, если вещь выбыла из владения такого лица помимо воли, поскольку вещь выбыла из владения лица, которому была передана собственником, по его воле.

Другой подход к объяснению анализируемого условия состоит в том, что с определением характера выбытия имущества из владения зако-

нодатель устанавливает, кому из двух лиц: собственнику или добросовестному приобретателю проще защитить свои права. По данному вопросу, например, в учебной литературе указывается следующее: «По сравнению с ним (собственником. — Д.М.) добросовестный возмездный приобретатель в случае отобрания у него вещи находился бы в худшем положении, ибо он, как правило, меньше знает то лицо, у которого он приобрел вещь и, соответственно, имеет меньше шансов возместить за счет последнего понесенные убытки. Напротив, при выбытии вещи из владения собственника помимо его воли в лучшем положении, в смысле возможности возмещения убытков, оказывается уже добросовестный возмездный приобретатель. В отличие от собственника, у которого в этой ситуации вообще нет контрагента, приобретатель имущества имеет представление о лице, у которого он купил вещь. По этой причине вещь возвращается собственнику, а добросовестному возмездному приобретателю предоставляется возможность покрыть возникшие у него убытки за счет продавца» [Сергеев А.П., 2020: 811-812]. С такой точки зрения характер выбытия вещи из владения лица, получившего вещь от того, кто получил ее от собственника, также оказывается не имеющим значения, поскольку собственник знает своего контрагента и потому способен возместить понесенные убытки за его счет.

Буквальный текст нормы ст. 302 ГК также не оставляет сомнений в отрицательном ответе на поставленный вопрос. Это, кажется, расходится с действительным смыслом института защиты добросовестного приобретателя и, в частности, такого условия как характер выбытия имущества из владения, которое основано на идее защиты приобретателя в случае бесконфликтного перехода имущества из владения одного лица к другому. Присвоение вещи помимо воли владельца означает нарушение владения и, следовательно, необходимости защиты утратившего вещь владельца. В связи с этим должен иметь значение не только характер выбытия вещи из владения собственника и лица, которому вещь была передана собственником во владение, но также характер выбытия вещи из владения лица, которое получило ее во владение от того, кто, в свою очередь, получил ее от собственника.

Ограничение круга лиц, характер выбытия имущества из владения которых имеет значение, исключительно собственником и лицом, которому вещь передана собственником во владение, оказывается вредным с политико-правовой точки зрения, поскольку способствует самовольному захвату чужого имущества и приобретения права собственности на насильственно полученное имущество. Между тем институт защиты добросовестного приобретателя не является способом легализации насилия и произвола, при наличии которых не может иметь действия.

Данный институт обеспечивает необходимую стабильность гражданских правоотношений, которая присутствует только при передаче имущества по воле от одного владельца к другому.

Институт защиты добросовестного приобретателя призван обеспечить стабильность гражданских правоотношений, поэтому защита приобретателю вещи предоставляется тогда, когда переход вещи от одного владельца к другому был бесконфликтным, в отсутствие самовольного присвоения имущества. Насильственное (против воли владельца) приобретение вещи нарушает цепочку бесконфликтного присвоения имущества, когда каждый предыдущий владелец отказывается от владения в пользу другого и своей волей передает вещь.

Таким образом, ограничение круга лиц, характер выбытия имущества из владения которых имеет значение, исключительно собственником и лицом, которому вещь передана собственником, означает разрешение вопроса о конкуренции прав и законных интересов собственника и добросовестного приобретателя без учета действительного смысла анализируемого условия защиты добросовестного приобретателя.

6. Взаимосвязь гражданского и уголовного права

Отдельного обсуждения требует вопрос взаимосвязи гражданского и уголовного права в свете того, что в п. 1 ст. 302 ГК прямо указано, что собственник может истребовать имущество от добросовестного приобретателя, если оно было похищено. Правоприменительная практика сталкивается со случаями, когда имущество было похищено в результате совершения преступления. Характерным примером является дело, по результатам которого принято Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда от 24.05.2012 № 17802/11 по делу № А40-99191/10-113-875¹¹, в котором суд отметил, что при установлении приговором суда факта хищения имущества собственник этого имущества освобождается от необходимости доказывать отсутствие воли на его отчуждение и недобросовестности приобретателя, поскольку похищенное имущество может быть истребовано и у добросовестного приобретателя.

Само понятие хищения дано в примечании к ст. 158 Уголовного кодекса Российской Федерации¹² (далее — УК РФ; УК), которое представляет собой совершенные с корыстной целью противоправные без-

¹¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 24.05.2012 № 17802/11 по делу № А40-99191/10-113-875 // СПС КонсультантПлюс.

¹² Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

возмездное изъятие и (или) обращение чужого имущества в пользу виновного или других лиц, причинившие ущерб собственнику или иному владельцу этого имущества. При этом понятие хищения, как отмечается в литературе, распространяется на группу однородных преступлений, описанных в ст. 158-162, 164 УК [Чучаев А.И., 2019: 659]. В свою очередь, анализ различных составов преступления, которые состоят в хищении имущества, показывает, что в одних случаях хищения лицо приобретает вещь независимо от воли или действий собственника (кража, грабеж), в то время как для отдельных случаев хищения характерна передача самим собственником имущества лицу, совершающему преступление. На существенные различия форм хищения обращал внимание Б.Б. Черепахин, который по данному поводу указывал следующее: «Присвоение вверенного имущества и злоупотребление доверием или обман в целях получения имущества (мошенничество) характерны тем, что выбытие вещи из владения собственника происходит по воле собственника» [Черепахин Б.Б., 2001: 189]. Изложенное свидетельствует в пользу того, что единого подхода к хищению имущества в рамках условия о характере выбытия вещи из владения быть не может.

Несмотря на единую терминологию, представляется, что связи между гражданским и уголовным правом в данном случае не имеется по следующим причинам. М.Ю. Чельшев в исследовании межотраслевых связей обращал внимание на существование двух видов связей гражданского и уголовного права: охранительную и охранительно-регулятивную, отмечая, что охранительная связь выражается в совместном действии гражданско-правовых и уголовно-правовых норм, а в рамках охранительно-регулятивной взаимосвязи при реализации норм гражданского права поведенческие акты могут осуществляться с учетом уголовно-правовых предписаний (реализация профилактической функции уголовной ответственности) [Чельшев М.Ю., 2008: 181].

Охранительную связь норм ст. 302 ГК и ст. 158-162 и 164 УК следует исключить, так как применение института защиты добросовестного приобретателя возможно без применения уголовно-правовых норм. Тем более норма ст. 302 ГК не является охранительной и не преследует цели наказания субъекта, поэтому названные нормы не могут иметь совместного действия. Наличие охранительно-регулятивной взаимосвязи норм в данном случае также не наблюдается, поскольку указание в ст. 302 на хищение не имеет целью предупредить совершение преступления и, следовательно, не выполняет профилактическую функцию уголовной ответственности. Скорее, речь идет о перечислении хищения в числе частных случаев выбытия вещи из владения помимо воли, т.е. исключительно в гражданско-правовом смысле.

Уголовное право — охранительная отрасль права, в отличие от гражданского, в котором преобладают регулятивные правовые нормы, а те немногие охранительные правовые нормы, которые присутствуют в гражданском праве, направлены, в первую очередь, на защиту прав пострадавшего от гражданского правонарушения лица. В.Ф. Яковлев описывал сущностные различия между гражданским и уголовным правом следующим образом: «Если реализация уголовного права в конкретных правоотношениях означает применение санкций, что неизбежно связано с принуждением, то реализация гражданского права происходит, в первую очередь, в виде осуществления диспозиций его норм и при нормальном ее развитии в принуждении не нуждается» [Яковлев В.Ф., 2012: 35]. По изложенным причинам связь уголовного и гражданского права может проявляться, в первую очередь, при реализации охранительных механизмов, в то время как институт защиты добросовестного приобретателя к таковым очевидно не относится.

Более того, взаимосвязь кажется сомнительной с учетом наличия в уголовном праве презумпции невиновности (ст. 49 Конституции Российской Федерации¹³), что при наличии взаимосвязи гражданского и уголовного права в части хищения имущества приводило бы к различному разрешению спора исключительно исходя из того, вынесен ли приговор в отношении лица, похитившего вещь. При этом очевидно, что наличие приговора суда лишь подтверждает факт совершения преступления с целью применения уголовного наказания, в то время как в рамках института защиты добросовестного приобретателя имеет значение не факт совершения преступления, а было ли имущество из владения собственника или лица, которому оно было передано собственником, по воле или помимо воли. По изложенным причинам приговор суда, из которого следует, что имущество было похищено (тем более с учетом различных форм хищения), само по себе не означает неизбежного истребования имущества от добросовестного приобретателя.

Заключение

Закрепленное в ст. 302 ГК условие о том, что собственник вправе истребовать имущество во всех случаях, когда имущество утеряно собственником или лицом, которому имущество было передано собственником во владение, либо похищено у того или другого, либо выбыло из

¹³ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993, с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020) // СПС Консультант Плюс.

их владения иным путем помимо их воли, является необходимым для защиты добросовестного приобретателя. Потребность в таком условии продиктована тем, что институт защиты добросовестного приобретателя призван обеспечить стабильность гражданских правоотношений, которая присутствует в случае передачи вещи от одного лица к другому.

Такое условие редко является предметом самостоятельных научных исследований. До настоящего времени в доктрине и правоприменительной практике встречаются отождествления воли на выбытие вещи из владения с волей на отчуждение вещи, в то время как только первая воля (на выбытие вещи из владения) релевантна для данного условия. Недостаток доктринальных работ по данному вопросу приводит к тому, что судебная практика зачастую сталкивается с проблемами теоретического характера.

Под владением в данном условии понимается фактическое господство лица над объектом владения. Теория юридического владения не применима к институту защиты добросовестного приобретателя, а распространение концепции «книжного» владения приводит к дифференцированному подходу в вопросе о защите добросовестного приобретателя.

Наиболее дискуссионным остается вопрос о значении воли в вопросе выбытия вещи из владения. Наиболее частое понимание воли как желания позволяет в большинстве случаев позитивно разрешить вопрос конкуренции между защитой собственника и добросовестного приобретателя, однако такой подход встречает трудности в ряде случаев. Представляется, что воля в данном условии не может пониматься исключительно в качестве желания на передачу вещи и возникать в момент такой передачи. Воля на выбытие вещи из владения формируется до передачи и заключена в основании передачи вещи: в том случае, когда основание выбытия вещи из владения возникло по воле и отражает волю собственника на добровольную передачу имущества, имеет место выбытие имущества из владения по воле. Если основание выбытия имущества из владения возникло помимо воли и, таким образом, расходится с волей собственника, то передача им имущества, хотя бы и совершенная добровольно, свидетельствует о выбытии имущества из владения помимо воли.

В ряде случаев имущество собственника может отчуждаться третьим лицом на законном основании. В таких случаях при отсутствии перехода права собственности к приобретателю (например, в связи с недействительностью сделки, на основании которой управомоченный отчуждатель отчуждает имущество) воля собственника относительно выбытия вещи из владения не имеет значения. При наличии нескольких

управомоченных имеет значение воля того лица, которое владеет и отчуждает имущество.

При этом хотя в ст. 302 указано, что собственник вправе истребовать имущество, когда оно выбыло из владения собственника и лица, которому собственник передал вещь, помимо воли, имеет значение также характер выбытия вещи из владения лица, которому она была передана тем, кому сам собственник передал вещь. Обоснование этого состоит в том, что самовольное, вопреки воле, изъятие вещи у такого лица является актом насилия и произвола и должно служить основанием для защиты такого владельца и, соответственно, собственника. Институт защиты добросовестного приобретателя не является средством легализации произвола и насилия, поэтому не может иметь места в таких случаях.

Несмотря на то, что в ст. 302 в числе случаев, когда собственник вправе истребовать имущество, названо хищение, такой термин, тем не менее, не имеет уголовно-правового содержания, поскольку взаимосвязи между гражданским и уголовным правом в данном вопросе не имеется. Институт защиты добросовестного приобретателя содержит регулятивные правовые нормы и применяется безотносительно к уголовно-правовой квалификации и наличия приговора по уголовному делу.

Существование института защиты добросовестного приобретателя не означает отсутствия у собственника возможности защиты нарушенных прав, но ориентирует собственника на предъявление иска к лицу, по вине которого вещь была утрачена. Это обеспечивает скорейшую защиту прав собственника без оказания влияния на права и интересы третьих лиц, чем обеспечивается стабильность гражданских правоотношений: вещных правоотношений — признанием имущества принадлежащим добросовестному приобретателю, которого третьи лица уже воспринимают в качестве собственника вследствие бесконфликтного присвоения вещи (добровольная передача вещи от одного владельца к другому), обязательственных правоотношений — отсутствием взаимных претензий сторон по возмещению убытков, возникших в связи с истребованием собственником вещи, бывшей объектом обязательств.

Такое решение продиктовано политико-правовыми мотивами для обеспечения стабильности гражданского оборота, поскольку истребование собственником вещи от добросовестного приобретателя привело бы в динамику взаимные притязания субъектов различных правоотношений: добросовестный приобретатель обратится к контрагенту с иском о возмещении убытков, возникших в связи с истребованием у него вещи, а такой контрагент, в свою очередь, обратится с иском о возмещении убытков к своему контрагенту и т.д. до тех пор, пока иск о возмещении убытков в конечном счете не будет предъявлен к лицу, которое рас-

порядилось предоставленной во владение вещью собственника. Таким образом, институт защиты добросовестного приобретателя также может быть рассмотрен как элемент механизма защиты прав собственника, который обеспечивает стабильность гражданских правоотношений.

Институт защиты добросовестного приобретателя является компромиссом между частным (конкретным) интересов собственника и общим интересом субъектов гражданских правоотношений в стабильности таких отношений. В то же время собственник, будучи частью общества, также получает выгоду от такого института. Как подчеркивал Ж.-Ж. Руссо: «Каждый из нас передает в общее достояние и ставит под высшее руководство общей воли свою личность и все свои силы, и в результате для нас всех вместе каждый член превращается в нераздельную часть целого» [Руссо Ж.-Ж., 1998: 208].



Список источников

1. Алексеев В.А. О владении недвижимым имуществом // Закон. 2019. N 9. С. 146–156.
2. Ерохова М.А. О выбытии вещи из владения собственника по его воле при продаже с публичных торгов. Комментарий к Определению судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 12.12.2017 N 5-КГ17-214 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. N 5. С. 10–17.
3. Короткова М.В. К вопросу об обеспечении баланса интересов собственника и добросовестного приобретателя при применении статьи 302 ГК России // Законы России: опыт, анализ, практика. 2015. N 11. С. 41–45.
4. Латыев А.Н. Объем понятия владения в современном гражданском праве // Арбитражные споры. 2005. N 2. С. 153–157.
5. Лоренц Д.В. Воля собственника на выбытие недвижимости из его владения: в контексте виндикации // Российский судья. 2020. N 7. С. 9–15.
6. Ойгензихт В.А. Воля и волеизъявление: Очерки теории, философии и психологии права. Душанбе: Дониш, 1983. 256 с.
7. Рудоквас А.Д. Спорные вопросы учения о приобретательной давности. М.: Закон, 2011. 304 с.
8. Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре Пер. с франц. М.: Канон, 1998. 414 с.
9. Сергеев А.П. и др. Гражданское право Т. 1. М.: Проспект, 2020. 1040 с.
10. Склоковский К.И. Применение законодательства о собственности. Трудные вопросы: Комментарий к Постановлению Пленума ВС РФ №10, Пленума ВАС РФ № 22 от 29 апреля 2010, Постановлению Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 № 54, информационному письму Президиума ВАС РФ от 15 января 2013 № 153. М.: Статут, 2014. 205 с.
11. Стрельников П.А. Виндикационный иск как правовая мера защиты имущественных прав юридических лиц // Юрист. 2021. N 5. С. 49–55.
12. Чельшев М.Ю. Система межотраслевых связей гражданского права: цивилистическое исследование: дис. ... д.ю.н. Казань, 2008. 501 с.

13. Черепяхин Б.Б. Труды по гражданскому праву. М.: Статут, 2001. 476 с.
14. Чучаев А.И. (ред.) Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (научно-практический). М.: Проспект, 2019. 1536 с.
15. Ширвиндт А.М. К вопросу о выбытии вещи из владения собственника помимо его воли в контексте ограничения виндикации. В кн.: О собственности. Сборник статей. Сост. М.А. Ерохова. М.: Статут, 2015. С. 334–361.
16. Яковлев В.Ф. Избранные труды. Т. 2. Гражданское право: история и современность. Кн. 2. М.: Статут, 2012. 351 с.



References

1. Alekseev V.A. (2019) On possession of real estate. *Zakon=Law*, no. 9, pp. 146–156 (in Russ.)
2. Chelyshev M.Yu. (2008) The system of intersectoral relations of civil law: a civilian study. Doctor of Juridical Sciences Thesis. Kazan', 501 p. (in Russ.)
3. Cherepakhin B.B. (2001) Works on civil law. Moscow: Statut, 476 p. (in Russ.)
4. Chuchaev A.I. (2019) Commentary on the Criminal Code of the Russian Federation. Moscow: Prospect, 1536 p. (in Russ.)
5. Erohova M.A. (2018) On the disposal of a thing from the possession of the owner at his will when sold at auction. Comment on the Definition of the Judicial Board for Civil Cases of the Armed Forces of the Russia of 12.12.2017 No. 5-KG17-214. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiiskoi Federatsii*=Bulletin of Economic Justice of the Russian Federation, no. 5, pp. 10–17 (in Russ.)
6. Korotkova M.V. (2015) Ensuring a balance between interests of the owner and a *bona fide* acquirer in the application of Article 302 of the Civil Code. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*=The Laws of Russia: experience, analysis, practice, no. 11, pp. 41–45 (in Russ.)
7. Latyev A.N. (2005) The scope of the concept of ownership in modern civil law. *Arbitrazhnye spory*=Arbitration Disputes, no. 2, pp. 153–157 (in Russ.)
8. Lorents D.V. (2020) The will of the owner to dispose of real estate from his possession: in the context of vindication. *Rossiiskii sud'ya*=Russian Judge, no. 7, pp. 9–15 (in Russ.)
9. Oigenzikht V.A. (1983) Will and Expression of Will: Essays on the theory, philosophy and psychology of law. Dushanbe: Donish, 256 p. (in Russ.)
10. Rudokvas A.D. (2011) Controversial issues of doctrine of the acquisition prescription. Moscow: Zakon, 304 p. (in Russ.)
11. Russo J.-J. (1998) *On the social contract*. Moscow: Kanon, 414 p. (in Russ.)
12. Shirvindt A.M. (2015) On the issue of the disposal of a thing from the possession of the owner against his will in the context of the restriction of vindication. In: About the property: collection of papers. Moscow: Statut, pp. 334–361 (in Russ.)
13. Sergeev A.P. (2020) Civil law. Vol. 1. Moscow: Prospect, 1040 p. (in Russ.)
14. Sklovskii K.I. (2014) The application of property law. Comment on Resolutions of Plenum of Supreme Court of the Russian Federation No. 10 and No. 22, April 29, 2010; July 11, 2011, No. 54; Presidium of Supreme Court of Russian Federation Letter, January 15, 2013, No.153. Moscow: Statut, 205 p. (in Russ.)
15. Strel'nikov P.A. (2021) Vindication suit as a legal measure to protect the property rights of legal entities. *Yurist*=Lawyer, no. 5, pp. 49–55 (in Russ.)

16. Yakovlev V.F. (2012) Selected works. Vol. 2: Civil Law: history and modernity. Moscow: Statut, 351 p. (in Russ.)

Информация об авторе

Д.А. Мальбин — кандидат юридических наук, старший преподаватель.

Information about the author:

D.A. Malbin — Candidate of Sciences (Law), Senior Lecturer.

Статья поступила в редакцию 10.08.2023; одобрена после рецензирования 11.10.2023; принята к публикации 11.12.2023.

The article was submitted to the editorial office 10.08.2023; approved after reviewing 11.10.2023; accepted for publication 11.12.2023 .

Научная статья

УДК: 349.2

DOI:10.17323/2072-8166.2024.1.93.111

Цели и задачи трудового законодательства как индикаторы публично-правовых начал современного трудового права



Марина Олеговна Буянова

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,
Россия 101000, Москва, Мясницкая ул., 20, mobuianova@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0002-2428-8016>



Аннотация

В статье проводится анализ научной мысли о соотношении публично-правовых и частноправовых начал в регулировании трудовых отношений. При этом частноправовые начала присутствуют лишь в некоторых институтах трудового права (социальное партнерство, трудовой договор, заработная плата, рабочее время, время отдыха). Однако государство вмешивается и здесь, устанавливая нижние пределы договоренностей. Для всех остальных институтов характерны преимущественно публично-правовые начала. Таким образом, публично-правовые начала так или иначе присутствуют во всех институтах трудового права и значительно преобладают в большей его части. На основе исследования содержания закрепленных в Трудовом кодексе России целей и задач трудового законодательства дополнительно доказывается, что трудовое право относится к сфере публично-правового регулирования. Действующая Конституция России, закрепляя базовые принципы трудового законодательства, изначально определила вектор отнесения трудового права к публично-правовым наукам. В настоящее время ст. 1 Трудового кодекса закрепляет установление государственных гарантий трудовых прав и свобод граждан, создание благоприятных условий труда, защиту прав и интересов работника и работодателя в качестве целей трудового законодательства. При этом государство выступает основным регулятором и гарантом их осуществления, что дает основания отнести трудовое право к публично-правовым наукам. При исследовании современных целей правового регулирования трудовых отношений обращается внимание на то, что формулировка о целях и задачах трудового законодательства не способствует укреплению гарантий трудовых прав работников, создает усло-

вия ущемления прав работников, достигнутых в годы советской власти, и ведет к усилению социальной напряженности в обществе, поскольку государство под- держивает в большей степени работодателя (а не работника) в ущерб его правам и законным интересам. Между тем точная формулировка и законодательное закреп- ление целей и задач трудового законодательства будет способствовать разви- тию трудовых правоотношений, обеспечению законности в правоприменительной деятельности судебных и исполнительных органов государственной власти.



Ключевые слова

право; государство; публичное право; частное право; трудовое право; цель права; цели и задачи трудового законодательства.

Для цитирования: Буянова М.О. Цели и задачи трудового законодательства как индикаторы публично-правовых начал современного трудового права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 1. С. 93–111. DOI: 10.17323/2072-8166.2024.1.93.111

Research article

Labor Legislation Goals and Tasks as Indicators of Modern Labor Law Origin in Public Law



Marina O. Buyanova

National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitskaya Street, Moscow 101000, Russia, mobuianova@mail.ru <https://orcid.org/0000-0002-2428-8016>



Abstract

The article analyzes academic thought about the relationship between public law and private law principles in the regulation of labor relations. At the same time, private legal principles are present only in some institutions of labor law (social partnership, employment contract, wages, working hours, rest time). However, the state intervenes here by setting the lower limits of the agreement. All other institutions are characterized mainly by public law principles. Thus, public law principles are somehow present in all institutions of labor law and significantly prevail in most of it. Based on the study of the content of the goals and tasks of labor legislation enshrined in the Russian Labor Code, it is additionally proved that labor law belongs to the sphere of public law regulation. The Constitution of the Russian Federation fixing the basic principles of labor legislation initially defined the vector of attribution of labor law to public law science. In the study of modern goals of legal regulation of labor relations, attention is drawn to the fact that the current wording in the Labor Code of the goals and tasks of labor legislation does not contribute to strengthening guarantees of labor rights of employees, creates conditions for infringement of workers' rights achieved during the years of Soviet power and leads to increased tensions in human society, since the state supports the employer to a greater extent (and not the employee) to the detriment of his rights and legitimate interests. Meanwhile, the precise formulation and legislative consolidation of the goals and tasks of labor legislation will contribute to the development of labor relations, maintaining legality in the law enforcement activities of judicial and executive bodies of state power.



Keywords

law; state; public law; private law; labor law; purpose of law; goals and objectives of labor legislation.

For citation: Buyanova M.O. (2024) Labor Legislation Goals and Tasks as Indicators of Modern Labor Law Origin in Public Law. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 17, no. 1, pp. 93–111 (in Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2024.1.93.111

Введение

Конституция Российской Федерации¹, провозгласив свободу труда, наделила каждого человека и гражданина конституционным правом свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию. Но она, в отличие от ранее действовавшей Конституции РСФСР 1978 г., не закрепила государственных гарантий этого права. Отказ государства от гарантий права на труд поставил перед законодателем проблему переосмысления целей и задач трудового законодательства в русле современных социально-экономических реалий, их определения, формулирования и адекватной реализации в нормах трудового права.

Формулируя в действующем Трудовом кодексе Российской Федерации (далее — ТК) цели и задачи трудового законодательства, законодатель конкретизирует применительно к сфере труда общую направленность правового регулирования на создание в России как социальном государстве условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека. Принимая закон, содержащий нормы трудового права, законодатель стремится дать желаемое направление развитию отдельных аспектов трудовых правоотношений, урегулировать область сферы труда с соблюдением всех общественных интересов.

В то же время законотворческий процесс обуславливает большую роль субъективного фактора в формулировании правовой нормы, поскольку означает процесс формирования и реализации воли законодателя. Кроме того, постоянно меняющиеся условия социально-экономической жизни ставят перед трудовым законодательством все новые задачи, требуют изменений в правовом регулировании трудовых отношений. Однако, реагируя на эти требования и внося поправки и дополнения в трудовое законодательство, российский законодатель не всегда соотносит их с провозглашенными и закрепленными в ТК целями и задачами трудового законодательства.

¹ Конституция Российской Федерации // Российская газета от 25.12.1993. № 237 (в ред. ФКЗ № 7 от 04.10. 2022).

Указанные особенности законотворческой деятельности в сфере правового регулирования трудовых отношений повышают опасность искажения целей и задач трудового законодательства при формулировании и закреплении отдельных положений в его нормах. Противодействие этим тенденциям невозможно без теоретического осмысления динамики целей и задач трудового законодательства и особенностей их реализации в правовых нормах, регулирующих отдельные аспекты трудовых отношений.

На основе анализа доктрины, действующего законодательства и юридической практики с использованием диалектического метода познания необходимо уточнить содержание современных целей и задач трудового законодательства, выявить характер их трансформации и доказать преимущества публично-правовых начал в правовом регулировании трудовых отношений.

1. Соотношение частноправовых и публично-правовых начал в регулировании трудовых отношений

Цели и задачи трудового законодательства конкретизируют общие цели правового регулирования общественных отношений применительно к сфере труда. Как подчеркивает И.И. Андриановская, «цели и задачи трудового права формируются в рамках целей и задач, поставленных перед всеми отраслями российского права. Они взаимосвязаны и взаимообусловлены, поскольку определяются и реализуются в русле государственных целей и задач» [Андриановская И.И., 2015: 82]. При этом государство формулирует цели и задачи каждой отрасли российского права на основе положений отечественной Конституции. Таким образом, Конституция, закрепив основные принципы правового регулирования трудовых отношений, определяет степень участия государства в этом процессе.

С.С. Алексеев, определяя основания отнесения отрасли права к публичному, указывал, что они напрямую связаны с властной, официальной деятельностью государства. Однако это не означает, что государство всегда непосредственно участвует в соответствующих правоотношениях. Главной чертой публично-правовых норм является направленность на обеспечение государственного или общественного интереса [Алексеев С.С., 2004: 42]. По мнению ряда специалистов [Сагандыков М.С., 2016: 110], трудовое законодательство, реализуя конституционные принципы в сфере труда, направлено на защиту как частных, так и государственных (общественных) интересов. В связи с этим процесс реализации дол-

жен предусматривать как частноправовую, так и публично-правовую направленность.

Вместе с тем нельзя забывать, что ряд отношений, непосредственно связанных с трудовыми (ст. 1 ТК), предусматривает обязательное участие государственных органов (например, правоотношения по надзору (контролю) за исполнением работодателем трудового законодательства). Эти отношения преимущественно регулируются публичными нормами права. Вопросы различных льгот, гарантий и компенсаций, с одной стороны, касаются частных интересов работника, а с другой — это результат реализации государственной защиты семьи, материнства и детства. В связи с этим трудно говорить об отнесении соответствующих норм исключительно к публичной или частной сфере права

Современное трудовое право характеризуется императивностью норм, ориентацией на защиту публичных, общественных интересов, иерархическими отношениями субъектов публичных отношений, односторонним волеизъявлением субъектов, широкой сферой усмотрения государственных органов и должностных лиц, санкциями преимущественно штрафного (карательного) характера, а также большой степенью централизованного регулирования. Это свидетельствует о доминирующей публично-правовой составляющей современного трудового права [Демидов Н.В., 2020: 205].

Однако в правовом регулировании отдельных институтов трудового права (социально-партнерских отношений, а также трудового договора) применяется частноправовой способ регулирования (т.е. диспозитивность норм). Между тем государство в регулировании этих институтов трудового права стремится достигнуть баланса публичных и частных интересов. Работник, являясь слабой стороной трудовых отношений, экономически зависит от работодателя, не обладает такими же ресурсами, а потому нуждается в защите государства от возможного произвола работодателя. Государство заинтересовано в том, чтобы работники получали заработную плату не ниже установленного минимума, работали в безопасных условиях и т.д., в то время как работодатели зачастую принимают решения с точки зрения экономической выгоды. Именно поэтому, регулируя трудовой договор, Закон устанавливает запреты и ограничения для работодателя и гарантии для работников при переводах, изменении определенных сторонами условий трудового договора, при расторжении трудового договора и т.д. Регулируя аспекты социального партнерства, законодатель устанавливает запреты на включение в содержание коллективных договоров и соглашений условий, ухудшающих положение работников по сравнению с действующим законодательством [Бондаренко П.М., 2023: 76–78]. Таким образом, несовпадение экономи-

ческих интересов работника и работодателя требует вмешательства третьей силы — государства с соответствующим механизмом регулирования. Государство в данном случае выступает в роли уравнивающей силы, соблюдающей интересы обеих сторон [Штринева Т.И., 2001: 18].

2. Цели трудового законодательства

Основными факторами отнесения отрасли российского права к частному или публичному являются ее цели и задачи. Цели и задачи трудового законодательства сформулированы в ст. 1 ТК. Целями российского трудового законодательства являются: установление государственных гарантий трудовых прав и свобод граждан; создание благоприятных условий труда; защита прав и интересов работников и работодателей. К задачам трудового законодательства ТК относит: создание необходимых правовых условий для достижения оптимального согласования интересов сторон трудовых отношений, интересов государства; правовое регулирование трудовых отношений и иных отношений, непосредственно связанных с трудовыми.

Первой целью трудового законодательства ТК называет установление государственных гарантий трудовых прав и свобод граждан. Понятие гарантии права представляет собой самостоятельную категорию, имеющую черты, объект воздействия, структуру, систему и методы реализации [Синюкова Т.В., 1991: 150–160]. Чаще всего под гарантиями прав понимают условия, средства, факторы, способствующие соблюдению этих прав. Так, Ю.Е. Туктаров пишет, что «гарантия есть социальное условие, обеспечивающее реальность вероятного явления, процесса» [Туктаров Ю.Е., 1999: 112–117].

Более полно эта проблема исследована применительно к гарантиям прав личности. Л.Д. Воеводин, анализируя гарантии прав личности, определяет их как условия и средства, обеспечивающие гражданам возможность осуществления ими своих прав [Воеводин Л.Д., 1972: 25]. А.И. Добровольская считает, что под гарантиями прав граждан следует понимать средства или способы, при помощи которых гражданам обеспечиваются возможности практического использования принадлежащих им прав [Добровольская А.И., 1980: 131]. А.С. Мордовец под гарантиями прав и свобод граждан понимает систему социально-экономических, политических, нравственных, юридических, организационных предпосылок, условий, средств и способов, создающих равные возможности граждан для осуществления своих прав, свобод и интересов [Мордовец А.С., 1997: 243]. Появление в теории права понятия гарантий прав явилось результатом развития юридической научной мысли, ос-

мысления проблем защиты прав отдельных личностей и объединений граждан. Это понятие базируется на основных принципах, выработанных человечеством: гуманизме, справедливости, законности, целесообразности, равноправии и других [Зарицкий А.В., 1999: 16].

По сути гарантии трудовых прав граждан есть система условий, необходимых для реализации трудовых прав и интересов граждан. Будучи закрепленными в законе, эти условия обеспечиваются принудительной силой государства и приобретают статус государственных гарантий. Установление государственных гарантий трудовых прав и свобод граждан как цель трудового законодательства означает, что, во-первых, государство обязуется закрепить на законодательном уровне объем трудовых прав граждан, создающий необходимые предпосылки достойной жизни граждан и развития личности. Во-вторых, государство принимает обязанность защищать трудовые права граждан при их нарушении, т.е. обеспечивает их реализацию своей принудительной силой.

Часть 1 статьи 37 Конституции России закрепляет право каждого человека свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию. Конституционные положения о праве на труд тесно увязаны с целями трудового законодательства, обуславливая последние. Раскрывая эту связь, Конституционный Суд России отметил, что положения ст. 37 Конституции определяют «обязанность государства... обеспечивать надлежащую защиту прав и законных интересов работника, как экономически более слабой стороны в трудовом правоотношении... что согласуется с основными целями правового регулирования труда в Российской Федерации как социальном правовом государстве»².

Однако действующая Конституция, в отличие от конституционного законодательства советского периода³, не гарантирует гражданам пра-

² Постановление Конституционного Суда России от 15.03.2005 № 3-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 2 статьи 278 и статьи 279 Трудового кодекса Российской Федерации и абзаца второго пункта 4 статьи 69 Федерального закона «Об акционерных обществах» в связи с запросами Волховского городского суда Ленинградской области, Октябрьского районного суда города Ставрополя и жалобами ряда граждан» // СЗ РФ. 2005. № 13. Ст. 1209.

³ В соответствии со ст. 38 Конституции РСФСР 1978 г. право на труд трактовалось как получение гарантированной работы с оплатой труда в соответствии с его количеством и качеством и не ниже установленного государством минимального размера, — включая право на выбор профессии, рода занятий и работы в соответствии с призванием, способностями, профессиональной подготовкой, образованием и с учетом общественных потребностей. Это право обеспечивается социалистической системой хозяйства, неуклонным ростом производительных сил, бесплатным профессиональным обучением, повышением трудовой квалификации и обучением новым специальностям, развитием систем профессиональной организации и трудоустройства// Ведомости ВС РСФСР. 1978. № 15. Ст. 407.

ва на труд, поскольку в условиях рыночной экономики осуществление таких гарантий заведомо не реализуемо, а потому их закрепление в качестве конституционного положения носило бы чисто декларативный характер и было бы утопичным. Отказ государства от установления гарантий права на труд обостряет необходимость усиления гарантий иных трудовых прав работников и прав лиц, ищущих работу. Как пишет С.П. Маврин, «в условиях рыночной экономики все экономические, финансовые и организационные ресурсы, обеспечивающие применение труда работников, находятся в руках их работодателей... В силу этого работник представляет в трудовом правоотношении экономически более слабую сторону, что и предопределяет обязанность Российской Федерации как социального государства обеспечивать надлежащую защиту его прав и законных интересов»⁴.

Основные трудовые права и свободы граждан, установление гарантий которых является целью трудового законодательства, сформулированы в ч. 1 ст. 21 ТК «Основные права и обязанности работника» и в ч. 1 ст. 22 ТК «Основные права и обязанности работодателя». В перечень основных прав работника российский законодатель включает, в частности, право работника на рабочее место, соответствующее государственным нормативным требованиям охраны труда и условиям, предусмотренным коллективным договором (абз. 4 ч. 1 ст. 21), и его право на защиту своих трудовых прав, свобод и законных интересов всеми не запрещенными законом способами (абз. 12 ч. 1 ст. 21).

Говоря о работодателе, ст. 22 ТК прямо не закрепляет его права на защиту своих прав, но она предусматривает такие формы защиты им своих прав, как право требовать от работников исполнения ими трудовых обязанностей (абз. 5 ч. 1), право привлекать работников к дисциплинарной и материальной ответственности (абз. 6 ч. 1), право создавать объединения работодателей в целях представительства и защиты их интересов и вступать в них (абз. 8 ч. 1). Как отмечает И.К. Дмитриева, «защита прав и интересов работодателя не исключается. Следует исходить из того, что в сфере трудовых отношений работодатель вправе осуществлять свои дисциплинарно-распорядительные и правоприменительные полномочия, а также заключать коллективный договор, участвовать в заключении социально-партнерских соглашений, принимать локальные нормативные акты, содержащие нормы трудового права»⁵. Кроме того,

⁴ Комментарий к Конституции Российской Федерации (постатейный) / под ред. В.Д. Зорькина. М., 2011. С. 348.

⁵ Научно-практический комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации (постатейный). М., 2012. С. 15.

в силу ч. 2 ст. 45 Конституции работодатель вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом, в том числе в судебном порядке (ч. 1 ст. 46) и путем обращения в государственные органы и органы местного самоуправления (ст. 33). Аналогичное право ему обеспечивает ст. 352 ТК.

Таким образом, цель установления гарантий трудовых прав и свобод граждан охватывает также гарантии права работников на благоприятные условия труда и гарантии права работников и работодателей на защиту их прав и законных интересов. Поэтому следует признать, что указанные в ТК цели создания благоприятных условий труда и защиты прав и интересов работников и работодателей носят подчиненный характер по отношению к цели установления государственных гарантий трудовых прав и свобод граждан. Их реализация способствует укреплению гарантий трудовых прав и свобод граждан, поэтому они должны рассматриваться не как самостоятельные цели трудового законодательства, а как его задачи.

3. Задачи трудового законодательства

Создание благоприятных условий труда является важнейшей задачей трудового законодательства. Эта задача непосредственно вытекает из положений Конституция, в которых закрепляется право каждого человека на труд в условиях, отвечающих требованиям безопасности и гигиены, на вознаграждение за труд без какой бы то ни было дискриминации (ч. 3 ст. 37).

Определение понятия условий труда дано в ст. 209 ТК: условия труда понимаются как совокупность факторов производственной среды и трудового процесса, оказывающих влияние на работоспособность и здоровье работника. В доктрине некоторые исследователи трактуют условия труда только в смысле указанных положений ст. 209 ТК РФ, включая в это понятие лишь производственные факторы [Тихомиров М.Ю., 2015: 5]; [Антипьева Н.В., 2011: 30]; [Кузеванов А.С., 2010: 48]. Однако в ст. 208 ТК законодатель дал определения понятиям, используемым в рамках раздела X ТК, т.е. применительно к отношениям по охране труда. Поэтому распространять понимание условий труда как совокупности факторов производственной среды и трудового процесса на все отношения, регулируемые трудовым законодательством, представляется не вполне обоснованным. Такая узкая трактовка понятия условий труда не соответствует позиции законодателя, выраженной в иных положениях ТК.

ТК устанавливает в качестве принципа правового регулирования трудовых отношений «обеспечение права каждого работника на спра-

ведливые условия труда, в том числе на условия труда, отвечающие требованиям безопасности и гигиены, права на отдых, включая ограничение рабочего времени, предоставление ежедневного отдыха, выходных и нерабочих праздничных дней, оплачиваемого ежегодного отпуска» (абз. 5 ст. 2). Из этой формулировки следует, во-первых, что законодатель включает в понятие условий труда не только факторы производственной среды и трудового процесса (условия труда, отвечающие требованиям безопасности и гигиены⁶), но также рабочее время и время отдыха. Во-вторых, законодатель рассматривает указанные факторы лишь как часть от всей совокупности факторов, составляющих содержание понятия условий труда, допуская, тем самым, его более широкое толкование. Из анализа иных положений ТК можно заключить, что трудовое законодательство относит к условиям труда также условия оплаты труда (ст. 45, абз. 5 ч. 2 ст. 57, ст. 132 и др.), условия, определяющие характер работы (абз. 8 ч. 2 ст. 57), организационные условия труда (ст. 74).

Таким образом, толкование условий труда только в смысле ст. 209 ТК не соответствует позиции российского законодателя. Оно ведет к неоправданному сужению цели трудового законодательства, что может способствовать необоснованным ограничениям трудовых прав граждан. Поэтому следует согласиться с точкой зрения специалистов, выделяющих условия труда в узком смысле (определение которых закреплено в ст. 209 ТК) и условия труда в широком смысле (которые представляют собой всю совокупность факторов трудовой деятельности работника) [Архипов В.В., 2007: 76]; [Шептулина Н.Н., 2005: 74].

ТК нацеливает трудовое законодательство не только на защиту прав и интересов работников, но и на защиту прав и интересов работодателей. В доктрине данное положение рассматривается как новелла. Так, С.Ю. Головина пишет: «Впервые ст. 1 ТК РФ объявляет целью трудового законодательства защиту прав и интересов не только работников, но и работодателей» [Головина С.Ю., 2008: 440].

Некоторые авторы, сравнивая цели и задачи действующего трудового законодательства с советским, отмечают, что основная цель действующего ТК — защитить как работника, так и работодателя [Куренной А.М., 2011: 13]. Действительно, определяя задачи советского трудового законодательства, Основы законодательства Союза ССР и союзных республик о труде (1970) и Кодекс законов о труде (КЗоТ РСФСР 1971 г. указывали на всемерную охрану трудовых прав работников, но не содержали

⁶ В ст. 74 ТК РФ законодатель употребляет также термин «технологические условия труда», понимая под ними техническое оснащение и технологию производства, т.е. факторы, относящиеся к факторам производственной среды и трудового процесса.

положений о защите прав работодателей. Однако фактически трудовое законодательство решало и задачу защиты прав работодателей. В условиях господства государственной и общественной собственности на средства производства в качестве работодателей выступали государство как совокупный работодатель и такие негосударственные организации, как колхозы и кооперативы. На защиту их прав в сфере трудовых правоотношений были направлены, в частности, решение таких задач трудового законодательства, как повышение эффективности общественного производства и укрепление трудовой дисциплины.

На работников возлагались такие обязанности, как блюсти дисциплину труда, своевременно и точно исполнять распоряжения администрации, повышать производительность труда, улучшать качество продукции, соблюдать технологическую дисциплину и др. (ст. 127 КЗоТ РСФСР), за нарушения которых администрация предприятия как представитель работодателя была вправе (и обязана) наложить дисциплинарное взыскание либо передать вопрос о нарушении трудовой дисциплины на рассмотрение товарищеского суда или общественной организации (ст. 128, 129, 135, 138 КЗоТ). Таким образом, задача защиты прав работодателей не является совсем новой для российского трудового законодательства. Однако действующий ТК впервые прямо, а не косвенным образом, определил защиту прав работодателей в качестве цели трудового законодательства, закрепив ее непосредственно в законе.

Анализ задач трудового законодательства позволяет сделать вывод, что их формулировка в ст. 1 ТК) не совсем удачна. Во-первых, наделение их статусом «основных задач» стирает грань между целями и задачами трудового законодательства, поскольку цель представляет собой основную задачу. Смешение целей и задач законодательства затрудняет целенаправленное его совершенствование, способствует возникновению в нем в процессе законотворческой деятельности противоречий, неточностей и пробелов.

Во-вторых, закрепленные в ст. 1 ТК задачи трудового законодательства слабо увязаны с перечисленными в той же норме целями трудового законодательства. Трудно, например, объяснить, почему создание благоприятных условий труда объявляется целью, а создание условий для достижения согласования интересов сторон трудовых отношений — задачей трудового законодательства. На рассогласованность целей и задач трудового законодательства, как они сформулированы в ст. 1 ТК, обращалось внимание в юридической литературе. Так, В.П. Миронов, рассматривая цели и задачи трудового законодательства, отмечает: «Нельзя не заметить, что перечисленные цели не совпадают с изложенными в той же ст. 1 ТК РФ задачами. Хотя цели должны носить более глубокий

характер для регламентации отношений в сфере труда, а решение определенных задач служит достижению установленных в законодательстве целей» [Миронов В.И., 2005: 37].

В-третьих, эти задачи формулируются не в терминах требуемого результата, на который нацеливается трудовое законодательство, а в терминах процесса, деятельности, причем деятельности, носящей вспомогательный характер — «создание правовых необходимых условий для...» (т.е. деятельность по формированию условий, которые самостоятельно значения не имеют), «правовое регулирование...» (т.е. процесс воздействия права на общественные отношения [Марченко М.Н., 2002: 91], а не желаемый итог этого воздействия).

Из законодательного определения задачи создания необходимых правовых условий достижения оптимального согласования интересов сторон трудовых отношений и интересов государства логически следует, что российский законодатель в качестве одной из целей, на достижение которой должно быть направлено трудовое законодательство, имеет в виду (хотя и не формулирует ее как самостоятельную цель) такое состояние трудовых отношений, при котором законные интересы их участников — работников, работодателей и государства — были бы оптимальным образом согласованы. Поэтому вполне обоснована точка зрения А.Ф Нуртдиновой, которая отнесла к основной задаче трудового законодательства именно достижение оптимального согласования интересов сторон трудовых отношений, а не создание необходимых правовых условий для этого, как это сформулировано в ст. 1 ТК [Нуртдинова А.Ф., 2015: 38].

Развивая эту мысль, следует признать целесообразным закрепление в ст. 1 ТК положения о достижении оптимального согласования интересов работников, работодателя и государства в качестве цели трудового законодательства. Необходимо также обратить внимание на то, что создание правовых условий непосредственно представляет собой процесс правового регулирования, т.е. обе задачи трудового законодательства сводятся к правовому регулированию. Между тем, отраслевое законодательство определяется как форма выражения отрасли права [Козырин А.Н., 2008: 14], т.е. как определенная форма правового регулирования некоторой группы общественных отношений. Таким образом, в формулировке задач трудового законодательства российский законодатель допускает тавтологию, что снижает четкость и ясность законодательных предписаний и чревато дезориентацией субъектов при применении ими норм трудового права.

Конкретизируя последнюю из сформулированных задач (правовое регулирование трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений), ТК закрепляет перечень отношений, подлежа-

щих правовому регулированию трудовым законодательством. Следует заметить, что по сравнению с первоначальной редакцией ТК перечень отношений, подлежащих правовому регулированию, мало изменился. В него были добавлены отношения по обязательному социальному страхованию [Козырин А.Н. 2008: 15] и несколько изменена редакция формулировок отношений по профессиональному обучению работников⁷ и отношений по контролю и надзору за соблюдением трудового законодательства⁸, что уточнило их содержание, но не повлияло на их суть.

Закрепив перечень отношений, подлежащих правовому регулированию нормами трудового законодательства, российский законодатель определил тем самым предмет его правового регулирования и, соответственно, расширил содержание ст. 1 ТК. Такое решение спорно. На наш взгляд, целесообразно формулировку предмета правового регулирования трудового законодательства выделить в отдельную статью ТК.

Неточности в определении целей и задач трудового законодательства имеют негативные социальные последствия. В условиях рыночной экономики основной целью предпринимательской деятельности является извлечение максимальной прибыли. Поскольку работодатель – сильнейшая сторона трудовых отношений, ему невыгодно активное вмешательство государства в сферу трудовых отношений, направленное на максимально полное обеспечение трудовых прав работников. А.Ф Нуртдинова отмечает, что предприниматели неоднократно демонстрировали стремление «свести содержание правового регулирования трудовых отношений до необременительного минимума», что, по ее мнению, «свидетельствует если не об осознанном движении к «свободе от права», то о проявлении своеобразного «социального эгоизма», который, как показывает исторический опыт, ведет к обострению противостояния труда и капитала и даже с сугубо прагматической позиции ничего хорошего для общества не несет» [Нуртдинова А.Ф., 2015: 34]. Поэтому, определяя цели и задачи трудового законодательства, следует четко обозначить со-

⁷ Федеральный закон от 02.07.2013 № 185-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу законодательных актов (отдельных положений законодательных актов) Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «Об образовании в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2013. № 27. Ст. 3477.

⁸ Федеральный закон от 30.06.2006 № 90-ФЗ «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации, признании не действующими на территории Российской Федерации некоторых нормативных правовых актов СССР и утратившими силу некоторых законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации» // СЗ РФ. 2006. № 27. Ст. 2878; Федеральный закон от 18.07.2011 № 242-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам осуществления государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» // СЗ РФ. 2011. № 30 (ч. 1). Ст. 4590.

циальную направленность правового регулирования трудовых отношений, конкретизировать задачи, сделав акцент на защите трудовых прав наиболее уязвимых категорий граждан.

Прежде всего отметим, что, указывая в качестве цели трудового законодательства защиту прав и интересов работников и работодателей, законодатель не ставит задачи защиты прав и интересов лиц, ищущих работу. Между тем право на защиту от безработицы является конституционным правом каждого гражданина (ч. 3 ст. 37 Конституции), а защита от безработицы и содействие в трудоустройстве; провозглашаются одним из принципов правового регулирования трудовых отношений (абз. 4 ст. 2 ТК). В условиях отказа государства от прямого закрепления права на труд в качестве конституционного права каждого (Конституция провозглашает «право свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию», но не собственно право на труд, как оно формулировалось в советском законодательстве⁹) повышается значимость защиты прав и законных интересов граждан от безработицы. Однако, как напоминает Р.Ф. Галиева, «принцип защиты от безработицы и содействия в трудоустройстве, упомянутый ст. 2 ТК, не нашел отражения в ст. 1 ТК» [Галиева Р.Ф., 2003: 53].

Закрепление права на защиту от безработицы в качестве одной из задач трудового законодательства будет способствовать также более полному выполнению Россией международных договоров в области защиты трудовых прав граждан, в частности, Международного пакта «Об экономических, социальных и культурных правах»¹⁰, ст. 6 которого обязывает государства-участников обеспечивать право на труд, которое включает право каждого человека на получение возможности зарабатывать себе на жизнь трудом.

Отечественная Конституция в ст. 7 провозглашает Российскую Федерацию социальным государством, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека, и устанавливает, что в стране охраняются труд и здоровье людей, устанавливается гарантированный минимальный размер оплаты труда, обеспечивается государственная поддержка семьи, материнства, отцовства и детства, инвалидов и пожилых граждан, развивается система социальных служб, устанавливаются государственные пенсии, пособия и иные гарантии социальной защиты. Тем самым Конституция

⁹ См. ст. 40 Конституции СССР 1977 г. // Конституция (Основной Закон) Союза Советских Социалистических Республик // Ведомости Верховного Совета СССР. 1977. № 41. Ст. 617.

¹⁰ Международный пакт от 16.12.1966 «Об экономических, социальных и культурных правах» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1994. № 12.

ставит перед государством цель обеспечить социальную защищенность граждан, делая при этом акцент на обеспечении защищенности наиболее уязвимых категорий населения — лиц, имеющих детей, несовершеннолетних, инвалидов, пожилых. В русле трудового законодательства задачи повышения защищенности наиболее уязвимых категорий населения реализуются путем закрепления различных льгот, повышенных требований к условиям и охране труда и иных гарантий для таких категорий работников, как несовершеннолетние, беременные и кормящие женщины, инвалиды. В то же время законодатель не рассматривает защиту трудовых прав и интересов наиболее уязвимых категорий работников в качестве самостоятельной задачи трудового законодательства. Полагаем, что социальная значимость обеспечения и защиты трудовых прав наиболее уязвимых категорий работников требует включения ее в перечень задач трудового законодательства и закрепления в ст. 1 ТК.

Рассматривая достижение оптимального согласования интересов работников, работодателя и государства в качестве цели трудового законодательства, нужно заметить, что регулируя трудовые отношения, государство заинтересовано не только в соблюдении баланса трудовых прав и законных интересов работников и работодателей и обеспечении социального партнерства как необходимого условия стабильности общества, но также в том, чтобы трудовые отношения способствовали развитию экономики страны, укрепляли ее производственный и научно-технический потенциал. Данная цель, хотя и выходит за рамки трудового законодательства, достигается в том числе путем его применения. Этому служат положения о профессиональной подготовке (профессиональном образовании и профессиональном обучении) и повышении квалификации работников (дополнительном профессиональном образовании). Качественная профессиональная подготовка работника способствует не только получению им более высокооплачиваемой работы, и, следовательно, повышению качества его жизни, но также служит необходимым условием повышения производительности и качества труда, обеспечивая результативность производства и научно-технический прогресс. Поэтому целесообразно дополнить перечень задач трудового законодательства положением об обеспечении профессиональной подготовки и повышения квалификации работников.

В целях усиления целенаправленности трудового законодательства, устранения неточностей и восполнения пробелов в определении его целей и задач целесообразно изложить ст. 1 ТК в следующей редакции:

Статья 1. Цели и задачи трудового законодательства

Целями трудового законодательства являются: установление государственных гарантий трудовых прав и свобод граждан; достижение

оптимального согласования интересов сторон трудовых отношений, интересов государства.

Задачами трудового законодательства являются:

- обеспечение благоприятных условий труда;
- защита прав и интересов работников и работодателей;
- защита прав и интересов лиц, ищущих работу;
- обеспечение трудовых прав наиболее уязвимых категорий работников;
- обеспечение профессиональной подготовки и повышения квалификации работников.

Заключение

Цель трудового права как отрасли российского права — оптимальное состояние общества и протекающих в нем социальных процессов, такая система общественных отношений, которая полнее, чем ныне, способна обеспечивать достижение работниками, работодателями и государством их основных интересов. Таким образом, цель трудового права является собой концентрированное выражение общественного интереса.

Задачи отрасли трудового законодательства, являясь моментом сохранения цели, конкретизируют ее, способствуя точному ее пониманию субъектами правоприменительной деятельности и тем самым ее достижению. Достижение цели трудового законодательства осуществляется через реализацию его задач.

Значение определения целей и задач трудового законодательства имеет следующие аспекты:

- ценностное (аксиологическое) значение: цель отражает ценности общества, которые законодательство призвано защищать;

- организующее значение:

- цель и задачи трудового законодательства определяют направление его развития. Благодаря этой направленности обеспечиваются увязка норм закона, их взаимодействие и непротиворечивость, законодательство приобретает свойства целостности и системности;

- цель и задачи трудового законодательства задают рамки правового регулирования определенной группы общественных отношений, определяют предмет правового регулирования отрасли трудового права;

- значение для правоприменительной деятельности: цели и задачи трудового законодательства определяют содержание правоприменительной деятельности, они составляют внутренний момент деятельности самого правоприменителя.

Анализ содержания закрепленных в ТК целей и задач трудового законодательства позволяет сделать вывод, что трудовое право относится

к сфере публично-правового регулирования. Наличие в нем частноправовых норм отдельных ее институтов не являются превалирующими и не меняют указанной общей направленности данной правовой отрасли. Сформулированные в Законе цели и задачи трудового законодательства нуждаются в уточнении и дополнении.



Список источников

1. Алексеев В.П., Першиц А.И. История первобытного общества. М.: Высшая школа, 2004. 279 с.
2. Андриановская И.И. Преемственность в трудовом праве России: дис... д. ю. н. М., 2015. 325 с.
3. Антипьева Н.В. Климатические и экологические особенности местности в системе критериев дифференциации правового регулирования отношений по социальному обеспечению военнослужащих. Право в Вооруженных Силах. 2011. № 5. С. 190–199.
4. Архипов В.В. Изменение условий трудового договора как способ увольнения. Адвокат. 2007. № 2. С. 75–78.
5. Бондаренко П.М. Сочетание частноправовых и публично-правовых начал в регулировании отношений, возникающих на основании трудового договора. Молодой ученый. 2023. № 34. С. 76–78.
6. Воеводин Л.Д. Конституционные права и обязанности советских граждан. М.: Изд-во Московского университета, 1972. 300 с.
7. Галиева Р.Ф. Основополагающие принципы трудового законодательства (по материалам парламентских слушаний). Юрист. 2003. № 3. С. 53–55.
8. Головина С.Ю. Кодификация трудового законодательства. В кн.: Кодификация российского частного права. Под ред. Д.А. Медведева. М.: Статут, 2008. С. 234–266.
9. Демидов Н.В. Преимущество публично-правовых начал в отрасли трудового права России. Научные труды Российской академии юридических наук. Вып. 20. М.: Юрист, 2020. С. 204–207.
10. Добровольская А.И. Гарантии прав граждан в советском уголовном судопроизводстве. Советское государство и право. 1980. № 2. С. 128–135.
11. Зарицкий А.В. Гарантии прав личности при реализации юридической ответственности: Вопросы теории и практики: дис... к. ю. н. Коломна, 1999. 195 с.
12. Козырин А.Н. Современные проблемы систематизации образовательного законодательства. Ежегодник российского образовательного законодательства. Вып. 2. М.: ФЦОЗ, 2008. С. 5–30.
13. Кузеванов А.С. Учет условий труда в пенсионном обеспечении граждан в России и других странах ЕвразЭС. Трудовое право в России и за рубежом. 2010. № 3. С. 44–49.
14. Куренной А.М. «Трудовой» мастер-класс. Трудовое право. 2011. № 4. С. 5–14.
15. Мордовец А.С. Гарантии прав личности: понятие и классификация / Теория государства и права. М.: Высшая школа МВД, 1997. 245 с.
16. Миронов В.И. Трудовое право России. Тверь: Управление, 2005. 523 с.

17. Нуртдинова А.Ф. Социальная ответственность бизнеса: правовые аспекты экономической концепции. Журнал российского права. 2015. № 1. С. 33–37.
18. Синюкова Т.В. Юридические гарантии как метод регулирования правового положения личности. Вопросы теории государства и права. Межвузовский сборник. Вып. 9. Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1991. С. 150–160.
19. Сагандыков М.С. Сочетание частно-правовых и публично-правовых начал в процессе реализации конституционных принципов в сфере труда. Вестник ЮУрГУ. 2016. № 2. С. 109–114.
20. Тихомиров М.Ю. Заключение трудового договора и оформление приема на работу: практическое пособие. М.: Изд-во М. Ю. Тихомирова, 2015. 77 с.
21. Туктаров Ю.Е. Понятие и особенности гражданско-правовых гарантий. Журнал российского права. 1999. № 10. С. 112–117.
22. Шептулина Н.Н. Роль законодательства о рабочем времени в обеспечении охраны здоровья работников (Продолжение). Трудовое право. 2005. № 5. С. 58–74.
23. Штринева Т.И. Современные принципы трудового права: автореф. дис... к. ю. н. СПб., 2001. 25 с.



References

1. Alekseev V.P., Pershits A.I. (2004) *A history of primitive society*. Moscow: Vysshaya shkola, 279 p. (in Russ.)
2. Andrianovskaya I.I. (2015) Continuity in Russian labor law. Doctor of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 325 p. (in Russ.)
3. Antipyeva N.V. (2011) Climatic and environmental features in system of criteria for differentiation of regulating social security of personnel. *Pravo v vooruzhennykh silah*=Law in the armed forces, no. 5, pp. 190–199 (in Russ.)
4. Arkhipov V.V. (2007) Changing terms of employment contract as a method of dismissal. *Jurist*=Lawyer, no. 2, pp. 75–78 (in Russ.)
5. Bondarenko P. M. (2023) The combination of private law and public law principles in regulation of relations arising from employment contract. *Molodoy uchenyi*=Young researcher, no. 34, pp. 76–78 (in Russ.)
6. Demidov N.V. (2020) The advantage of public law principles in labor law in Russia. *Nauuchnye trudy rossiyskoy akademii juridicheskikh nauk*=The Russian Academy of Juridical Sciences. Researches, no. 20, pp. 204–207 (in Russ.)
7. Dobrovolskaya A.I. (1980) Guarantees of citizens' rights in Soviet criminal proceedings. *Sovetskoye gosudarstvo i pravo*=Soviet State and Law, no. 2, pp. 128–135 (in Russ.)
8. Galieva R.F. (2003) Principles of labor legislation (on materials of parliamentary hearings). *Jurist*=Lawyer, no. 3, pp. 53–55 (in Russ.)
9. Golovina S. Yu. (2008) Codification of labor legislation. In: Codification of Russian private law. D. A. Medvedev (ed.). Moscow: Statut, 447 p. (in Russ.)
10. Kozyrin A.N. (2008) Modern aspects of educational legislation systematization. *Ezhegodnik rossiyskogo oobrazovatel'nogo zakonodatel'stva*=Yearbook of Russian educational legislation, issue 2, pp. 5–30 (in Russ.)
11. Kurennoy A.M. Labor master class (2011) *Trudovoye pravo*=Labor Law, no. 4, pp. 5–14 (in Russ.)

12. Kuzevanov A.S. (2010) Working conditions in pension provision for citizens in Russia and other EurAsEC countries. *Trudovoye pravo v Rossii i za rubezhom*= Labor Law in Russia and abroad, no. 3, pp. 44–49 (in Russ.)
13. Mironov V.I. (2005) Labor law of Russia. Tver: Management Printing, 2005. 523 p. (in Russ.)
14. Mordovets A.S. (1997) Guarantees of individual rights: concept and classification. In: Theory of State and Law. Moscow: Internal Ministry Press, 245 p. (in Russ.)
15. Nurtidinova A.F. (2015) Social responsibility of business: legal aspects of economic concept. *Zhurnal rossiyskogo prava*=Journal of Russian Law, no. 1, pp. 33–37 (in Russ.)
16. Sagandykov M.S. (2016) The private law and public law principles in process of implementing constitutional principles in the sphere of labor. Southern Russia Federal University Bulletin, no. 2, pp. 109–114 (in Russ.)
17. Sinyukova T.V. (1991) Legal guarantees as a method of regulating individual status. In: Issues of theory of state and law. Collection of works, vol. 9, pp. 150–160 (in Russ.)
18. Sheptulina N.N. (2005) The role of legislation on working time in maintaining workers health. *Trudovoye pravo*=Labor Law, no. 5, pp. 58–74 (in Russ.)
19. Shrineva T.I. (2001) Modern principles of labor law. Candidate of Juridical Sciences Summary. Saint Petersburg, 25 p. (in Russ.)
20. Tikhomirov M. Yu. (2015) Concluding employment contract and applying for a job: a guide. Moscow: Tikhomirov Publishers, 77 p. (in Russ.)
21. Tuktarov Yu. E. (1999) Concept and features of civil legal guarantees. *Zhurnal rossiyskogo prava*=Journal of Russian Law, no. 10, pp. 112–117 (in Russ.)
22. Voevodin L.D. (1972) *Constitutional rights and duties of Soviet citizens*. Moscow: University Press, 300 p. (in Russ.)
23. Zaritsky A.V. (1999) Guarantees of individual rights in the implementation of liability. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Kolomna, 195 p. (in Russ.)

Информация об авторе:

М.О. Буянова — доктор юридических наук, профессор.

Information about the author:

M.O. Buyanova — Doctor of Sciences (Law), Professor.

Статья поступила в редакцию 06.12.2023; одобрена после рецензирования 18.01.2024; принята к публикации 02.02.2024.

The article was submitted to editorial office 06.12.2023; approved after reviewing 18.01.2024; accepted for publication 02.02.2024.

Научная статья

УДК: 343

DOI:10.17323/2072-8166.2024.1.112.132

Преступления на торгах



Алексей Николаевич Лясколо

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»,
Россия 101000, Москва, Мясницкая ул., 20, lyaskalo@list.ru, <https://orcid.org/0000-0003-3434-0233>



Аннотация

Накопившаяся антимонопольная и судебная практика по делам о картелях, недавние изменения законодательства о конкуренции («пятый антимонопольный пакет», связанный с отменой «картельных иммунитетов» для торгов) и последние решения Конституционного Суда Российской Федерации (определения от 25.04.2023 № 757-О; и № 1027-О; от 19.04.2023 № 19-П; от 30.03.2023 № 12-П) позволяют подвести промежуточные итоги и спрогнозировать дальнейшее развитие новой практики уголовно-правового противодействия картельным соглашениям участников торгов. Не меньшим научным интересом обладает и обратная сторона медали, представляющая собою судебную практику по делам о преступлениях представителей заказчика на торгах, которая также претерпевает существенные изменения, связанные с появлением новых и дополнением существующих уголовно-правовых запретов в данной сфере. Цель настоящего исследования состоит в выявлении проблем квалификации преступлений на торгах и выработке научно обоснованных предложений по их разрешению. В этом ракурсе рассматриваются дискуссионные вопросы квалификации ограничения конкуренции (ст. 178 УК), злоупотребления должностными полномочиями (ст. 285 УК), превышения должностных полномочий (ст. 286 УК), получения взятки (ст. 290 УК), злоупотребления в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных или муниципальных нужд (ст. 200.4 УК), подкупа работника контрактной службы, контрактного управляющего, члена комиссии по осуществлению закупок (ст. 200.5 УК), а также преступлений против собственности, совершаемых в связи с закупочными процедурами (ст. 159 и 160 УК). В рамках исследования с использованием формально-юридического метода проанализировано законодательство о конкуренции и о регулируемых закупках, лежащее в основе рассматриваемых уголовно-правовых запретов. С помощью системно-структурного метода исследовались составы преступлений на торгах. Методы статистического анализа и толкования права применялись для анализа судебной практики и выработки правил квалификации указанных преступлений.



Ключевые слова

картель; торги; аукцион; конкурс; конкуренция; ограничение конкуренции; взятка; мошенничество; растрата.

Для цитирования: Ляскало А.Н. Преступления на торгах // Право. Журнал Высшей школы экономики. Том 17. № 1. С. 112–132. DOI:10.17323/2072-8166.2024.1.112.132

Research article

Crimes at Competition



Aleksey N. Lyaskalo

National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitskaya Street, Russia 101000, Moscow 101000, Russia, lyaskalo@list.ru



Abstract

The accumulated antimonopoly and judicial practice in cases of cartels, recent changes in competition legislation (the so-called “fifth antimonopoly package” associated with the abolition of “cartel immunities” for bidding) and the latest decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation (determination of April 25, 2023 No. 757-O; resolution of April 25, 2023 No. 1027-O; resolution of April 19, 2023 No. 19-P; resolution of March 30, 2023 No. 12-P) allow us to sum up interim results and predict further development new practice of criminal law countering cartel agreements among bidders. Of no less scientific interest is the “other side of the coin”, which is judicial practice in cases of crimes committed by customer representatives at auctions, which is also undergoing significant changes associated with the emergence of new and additions to existing criminal law prohibitions in this area. The purpose of this study is to identify problems of qualifying crimes at auctions and to develop scientifically based proposals for their resolution. From this perspective, we consider the controversial issues of qualifying restrictions on competition (Article 178 of the Criminal Code of the Russian Federation), abuse of official powers (Article 285 of the Criminal Code), abuse of official powers (Article 286 of the Criminal Code of the Russian Federation), taking a bribe (Article 290 of the Criminal Code), abuse in the field of procurement goods, works, services to meet state or municipal needs (Article 200.4 of the Criminal Code), bribery of a contract service employee, contract manager, member of the procurement commission (Article 200.5 of the Criminal Code), as well as crimes against property committed in connection with procurement procedures (Articles 159 and 160 of the Criminal Code). As part of the study, using the formal legal method, the legislation on competition and regulated procurement, which underlies the criminal law prohibitions under consideration, was analyzed. Using the systemic-structural method, the elements of crimes at competition were studied. Methods of statistical analysis and interpretation of law were used to analyze judicial practice and develop rules for classifying these crimes.



Keywords

cartel; bidding; auction; concourse; competition; restriction of competition; bribe; fraud; embezzlement.

For citation: Lyaskalo A.N. (2024) Crimes at Competition. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 17, no. 1, pp. 112–132 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2024.1.112.132

Введение

Закупки остаются лидерами в рейтинге самых криминогенных сфер экономической деятельности. При этом повышенные уголовно-правовые риски характерны для регулируемых закупок, осуществляемых в рамках Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее — Закон № 44-ФЗ) и Федерального закона от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон № 223-ФЗ)¹. Торги как наиболее конкурентные способы закупок, проводимые преимущественно на электронных площадках, в условиях максимальной информационной открытости и прозрачности, не только не исключают уголовно-правовых рисков, но и характеризуются повышенной криминальной активностью, поскольку именно на торгах распределяются самые крупные заказы и конкурируют ведущие рыночные игроки, а, значит, «игра стоит свеч».

Судебная практика по уголовным делам о картелях на торгах складывается неоднозначно и не совпадает с подходами арбитражных судов при рассмотрении соответствующей категории дел об административных правонарушениях. Острота споров и накопившиеся проблемы судебной практики по делам о картелях потребовали вмешательства Конституционного Суда Российской Федерации (далее — КС РФ), неоднократно в 2023 году рассматривавшего вопросы о проверке конституционности взаимосвязанных положений законодательства о конкуренции и уголовного законодательства².

Вопросам разграничения должностных, коррупционных и имущественных преступлений посвящен ряд постановлений Пленума Вер-

¹ В отличие от регулируемых закупок, «коммерческие закупки», осуществляемые частными компаниями, не имеющими преобладающего государственного участия в уставном капитале, проводятся в соответствии с внутренними документами таких компаний, с минимальным набором предъявляемых к ним регуляторных требований, которые сводятся к соблюдению общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре (в частности, ст. 447–449 ГК РФ) и Федерального закона от 26.07. 2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции». В судебной практике по уголовным делам редко встречаются примеры преступлений в сфере коммерческих закупок. При этом для них присущи в основном такие же уголовно-правовые риски, что и для регулируемых закупок.

² См.: определения Конституционного Суда Российской Федерации от 25.04.2023 № 757-О и от 25.04.2023 № 1027-О; постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 19.04.2023 № 19-П и от 30.03.2023 № 12-П // СПС КонсультантПлюс.

ховного Суда Российской Федерации (далее — ВС РФ)³. Однако и этих разъяснений оказывается недостаточно для разрешения множества возникающих в судебной практике проблем квалификации преступлений, совершаемых представителями заказчика на торгах.

В настоящей работе рассмотрены основные проблемы квалификации преступлений на торгах, в том числе преступлений участников торгов и преступлений заказчика на торгах; особое внимание уделено сложным вопросам квалификации картелей, должностных, коррупционных и имущественных преступлений на торгах⁴.

1. Преступления участников торгов

Настоящим хитом уголовно-правовой повестки дня стала не имевшая практического применения, но внезапно ожившая в 2018 году ст. 178 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК) об уголовной ответственности за ограничивающие конкуренцию картельные соглашения^{5,6}. Симметричным ответом стала активизация научных исследований на эту набирающую популярность тему. При этом наиболее острые проблемы квалификации ограничения конкуренции, разобранные в доктрине, заиграли новыми красками в свете последних тенденций судебной практики, практикообразующих решений КС и новых законодательных инициатив.

Картели на торгах остаются в фокусе пристального внимания Федеральной антимонопольной службы (далее — ФАС) и составляют существенную долю дел об антиконкурентных соглашениях⁷. Уголовные дела

³ См.: постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 16.10.2009 № 19 «О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий»; постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 09.07.2013 № 24 «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях» // СПС КонсультантПлюс.

⁴ За рамками настоящей работы оставлены преступления, совершаемые на этапе исполнения контрактов, заключенных по результатам торгов (включая выполнение государственного оборонного заказа).

⁵ По данным ФАС в России возбуждено уголовных дел по ст. 178 УК РФ: в 2018 г. — 15; в 2019 г. — 22; 2020 г. — 21; в 2021 г. — 17; в 2022 г. — 12. Available at: URL: <http://fas.gov.ru> (дата обращения: 25.09.2023)

⁶ По данным Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации в 2018–2022 гг. по делам о преступлениях, предусмотренных ст. 178 УК РФ, судами приняты решения по существу в отношении 21 лица, в том числе 17 лиц осуждено. Available at: URL: <http://cdep.ru> (дата обращения: 25.09.2023)

⁷ Федеральной антимонопольной службой возбуждено дел об ограничивающих конкуренцию соглашениях (из них картели и другие антиконкурентные соглашения на торгах): в 2018 г. — 768 (332); в 2019 г. — 944 (320); в 2020 г. — 625 (247); в 2021 г. — 420 (187); в 2022 г. — 305 (129). Available at: URL: <http://fas.gov.ru> (дата обращения: 25.09.2023)

по ст. 178 УК возбуждаются только по признакам картельного сговора на торгах. Подходы к квалификации картелей на торгах в антимонопольной, арбитражной и судебной практике по уголовным делам не во всем совпадают, хотя применяется одно и то же антимонопольное законодательство.

В ст. 178 УК деяние сформулировано как заключение между хозяйствующими субъектами-конкурентами ограничивающего конкуренцию соглашения (картеля), запрещенного антимонопольным законодательством, под которым понимается Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон № 135-ФЗ). В соответствии с ч. 1 ст. 11 Закона № 135-ФЗ картелем признается соглашение между хозяйствующими субъектами-конкурентами, т.е. между хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товаров на одном товарном рынке, или между хозяйствующими субъектами, осуществляющими приобретение товаров на одном товарном рынке, если такие соглашения приводят или могут привести к:

- установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок;

- повышению, снижению или поддержанию цен на торгах;

- разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков);

- сокращению или прекращению производства товаров;

- отказу от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками).

Согласно п. 17 ст. 4 Закона № 135-ФЗ признаками ограничения конкуренции могут быть:

- сокращение числа хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, на товарном рынке;

- рост или снижение цены товара, не связанные с соответствующими изменениями иных общих условий обращения товара на товарном рынке;

- отказ хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, от самостоятельных действий на товарном рынке;

- определение общих условий обращения товара на товарном рынке соглашением между хозяйствующими субъектами или в соответствии с обязательными для исполнения ими указаниями иного лица либо в результате согласования хозяйствующими субъектами, не входящими в одну группу лиц, своих действий на товарном рынке;

- иные обстоятельства, создающие одному или нескольким хозяйствующим субъектам возможность в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товара на товарном рынке;

установление органами государственной власти, органами местного самоуправления, организациями, участвующими в оказании государственных или муниципальных услуг, при участии в оказании таких услуг требований к товарам или к хозяйствующим субъектам, не предусмотренных законодательством России.

В уголовно-правовой литературе возникла дискуссия о значении последствий, предусмотренных п. 17 ст. 4 и ч. 1 ст. 11 Закона № 135-ФЗ, для состава ограничения конкуренции по ст. 178 УК. С одной стороны, отстаивалась точка зрения о том, что ограничение конкуренции является самостоятельным последствием, от наступления которого зависит наличие состава рассматриваемого преступления [Есаков Г. А., 2019]; [Антонов В. Ф., 2021].

С другой стороны, ограничение конкуренции не признавалось самостоятельным признаком преступления, предлагалось опираться на антимонопольное законодательство, по смыслу которого картель сам по себе признается ограничивающим конкуренцию соглашением, а также антимонопольную практику, для которой фактическое ограничение конкуренции не требует самостоятельного доказывания [Яни П. С., 2020].

Суды по-разному подходили к оценке последствий картельных соглашений. В большинстве изученных автором настоящей статьи судебных актов этот вопрос судом вообще не затрагивался, что, наверное, можно рассматривать как поддержку последней из приведенных научных позиций. Некоторые суды отрицали необходимость доказывания ограничения конкуренции⁸, другие приходили к противоположным выводам⁹.

В ряде судебных актов ограничение конкуренции было подробно описано в формуле обвинения с приведением доказательств наступления соответствующих последствий. Например, суд пришел к выводу, что картельное соглашение привело к поддержанию высоких цен на торгах (п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона № 135-ФЗ) и к отказу хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, от самостоятельных действий на товарном рынке, а также определению общих условий обращения товара на товарном рынке соглашением между хозяйствующими субъектами (п. 17 ст. 4 Закона № 135-ФЗ)¹⁰.

Как показал анализ судебной практики по уголовным делам о картелях на торгах, сговор участников торгов всегда приводил к минимально-

⁸ См.: приговор Самарского районного суда Самары от 31.07.2019 по делу № 1-4/2019 // ГАС РФ «Правосудие».

⁹ См.: приговор Октябрьского районного суда Самары от 21.09.2021 по делу № 1-541/2020 // ГАС РФ «Правосудие».

¹⁰ См.: приговор Новгородского районного суда Новгородской области от 10.03.2021 по делу № 1-18/2021 // ГАС РФ «Правосудие».

му снижению объявленной заказчиком начальной (максимальной) цены контракта, т.е. поддержанию цен на торгах, в чем проявляются признаки картеля. Присущее картелям на торгах «подыгрывание» участнику торгов, о победе которого договорились стороны картельного соглашения, либо неучастие в торгах, является свидетельством отказа хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, от самостоятельных действий на товарном рынке и одним из признаков ограничения конкуренции.

В свете изложенного видится не критичным спор о необходимости доказывания последствий картельного соглашения, предусмотренных п. 17 ст. 4 и ч. 1 ст. 11 Закона № 135-ФЗ, поскольку они являлись неизбежным следствием картельных соглашений на торгах и всегда подтверждались собранными по делу доказательствами. Этот сугубо технический вопрос сводится к описанию таких последствий в формуле обвинения.

Более существенной для практики применения ст. 178 УК РФ является проблема выявления конкурентных отношений между участниками торгов, так как картель по определению антимонопольного законодательства, продублированному в диспозиции этой уголовно-правовой нормы, возможен только между субъектами-конкурентами. В силу п. 22 постановления Пленума ВС РФ от 4.03. 2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства» подлежит доказыванию факт того, что участники картеля являются конкурентами на товарном рынке и достигнутые между ними договоренности имеют предмет, определенный в п. 1–5 ч. 1 ст. 11 Закона № 135-ФЗ (далее — Постановление Пленума ВС РФ № 2). Другими словами, антимонопольный орган в делах о картелях должен доказывать конкурентные отношения между хозяйствующими субъектами для вменения им картельного соглашения.

В силу п. 7 ст. 4 Закона № 135-ФЗ под конкуренцией понимается соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке. Конкурентные отношения, как и возможность заключить картельное соглашение, отрицаются при подконтрольности хозяйствующих субъектов одному лицу, основанной на праве распоряжаться более чем 50% общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли), составляющие уставный (складочный) капитал юридического лица, либо осуществлении функций исполнительного органа юридического лица (ч. 7 и 8 ст. 11 Закона № 135-ФЗ).

Узость указанного «картельного иммунитета», не учитывающего множество других оснований подконтрольности, компенсировалась в

арбитражной судебной практике проверкой участников торгов по критерию «субъектов-конкурентов», когда при их фактической аффилированности суды отрицали картельное соглашение¹¹. Эту обоснованную судебную практику подтвердила высшая судебная инстанция в п. 28 Постановления Пленума ВС РФ № 2, согласно которому, если контроль в группе лиц осуществляется в иных формах, не предусмотренных ч. 7 и 8 ст. 11 Закона № 135-ФЗ, ограничение конкуренции возможно только если такие лица являются конкурентами. Косвенно эту правовую позицию поддержал и КС РФ, признавший при этом конституционность ч. 8 ст. 11 Закона № 135-ФЗ об ограниченных формально-юридических основаниях подконтрольности, предполагающих «картельный иммунитет»¹².

В теории уголовного права предлагалось применять аналогичный подход в делах о преступлениях, предусмотренных ст. 178 УК РФ [Есаков Г. А., 2020]; [Яни П. С., 2020]; [Грибанова Д. В., 2023]. Однако в судебной практике по уголовным делам не всегда применялся критерий «субъектов-конкурентов», что приводило к спорным выводам судов о картельных соглашениях между аффилированными лицами, фактически действующими с единым экономическим интересом.

Например, по п. «а» ч. 2 ст. 178 УК осуждены представители трех ООО, победивших в 95 электронных аукционах на поставку товаров медицинского назначения и заключивших государственные контракты с медицинскими учреждениями Республики Карелия на общую сумму более 73 млн. руб. Осужденные лица путем дачи взяток обеспечили подготовку аукционной документации таким образом, чтобы ей максимально соответствовали представляемые ими ООО, которые по очереди становились победителями в аукционах с минимальным снижением цены контрактов. ООО фактически находились под общим контролем осужденных, которые являлись их участниками и (или) директорами, но не имели «картельного иммунитета», предусмотренного ч. 7 и 8 ст. 11 Закона № 135-ФЗ¹³.

¹¹ См., напр.: решения Арбитражного суда Свердловской области от 11.03.2022 по делу № А60-46538/2021, от 7.09.2021 по делу № А60-12421/2021, решения Арбитражного суда Ханты-Мансийского автономного округа — Югры от 05.04.2021 по делу № А75-16013/2020, от 17.02.2021 по делу № А75-15776/2020, решение Арбитражного суда Москвы от 27.04.2022 по делу № А40-43715/22. Available at: URL: <https://kad.arbitr.ru> (дата обращения: 25.09.2023)

¹² См.: постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 30.03.2023 № 12-П «По делу о проверке конституционности части 8 статьи 11 и пункта 1 статьи 17 Федерального закона “О защите конкуренции” в связи с жалобой акционерных обществ “Специализированный застройщик “Кошелев-проект” Самара” и “Кошелев-проект”» (п. 4.1) // СПС КонсультантПлюс.

¹³ См.: приговор Московского районного суда Санкт-Петербурга от 23.12.2019 по делу № 1-1041/2019 // ГАС РФ «Правосудие».

По другому делу обвинительный приговор вынесен по п. «а», «в» ч. 2 ст. 178 УК РФ в отношении директоров двух ООО, одно из которых победило в трех электронных аукционах и заключило контракты на дорожное строительство в Ставропольском крае на общую сумму около 400 млн. руб., а другое приняло номинальное участие в торгах. Установлено, что от имени обоих ООО на торгах действовало одно и то же лицо, которое являлось директором в одном ООО и управляющим по договору доверительного управления 100% долей в другом ООО, директором которого номинально являлась его теща. ФАС России и арбитражные суды отказали в применении к группе лиц «картельного иммунитета» по формальным основаниям, что однако не означало конкурентных отношений между ООО. Спорный приговор¹⁴ поддержан апелляционной¹⁵ и кассационной инстанциями¹⁶.

В то же время в деле в отношении директоров двух ООО, которые, по версии обвинения, заключили картельное соглашение, позволившее им стать победителями в девяти электронных аукционах с минимальным снижением начальной (максимальной) цены контрактов и заключить договоры на строительство автомобильных дорог на территории Самары на общую сумму 2,2 млрд. руб., суд пришел к выводу, что указанные ООО не являлись конкурентами, так как 100 % доли в них принадлежали одному физическому лицу и действовали они в едином экономическом интересе. Это означало наличие «картельного иммунитета», предусмотренного ч. 7 и 8 ст. 11 Закона № 135-ФЗ. В результате по делу вынесен оправдательный приговор¹⁷, поддержанный апелляционной инстанцией¹⁸.

Приведенные практические примеры показывают, что суды по уголовным делам в большей степени, чем арбитражные суды, ориентируются на формальные основания «картельного иммунитета» и не склонны к использованию критерия «субъектов-конкурентов».

10.07.2023 по инициативе ФАС России принят Федеральный закон № 301-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О защите конкуренции”» («пятый антимонопольный пакет») с целью регулирования

¹⁴ См.: приговор Промышленного районного суда Ставрополя от 29.09.2020 по делу № 413–2020.

¹⁵ См.: апелляционное определение судебной коллегии по уголовным делам Ставропольского краевого суда от 18.11.2020 по делу № 22–5911/2020.

¹⁶ См.: кассационное определение Пятого кассационного суда общей юрисдикции от 14.09.2021 по делу № 77–1135/2021.

¹⁷ См.: приговор Октябрьского районного суда Самары от 21.09.2021 по делу № 1–541/2020 // ГАС РФ «Правосудие».

¹⁸ См.: апелляционное определение Самарского областного суда от 20.04.2022 по делу № 22–1629/2022 // ГАС РФ «Правосудие».

деятельности цифровых платформ, занимающих доминирующее положение на рынке агрегаторов и маркетплейсов. Почти незаметно (по крайней мере, это никак не анонсировалось) этим Законом также изменена ч. 7 ст. 11 Закона № 135-ФЗ и упразднены «картельные иммунитеты» для торгов. В связи с этим вполне можно ожидать всплеск антимонопольной и арбитражной практики, а также идущей в их фарватере судебной практики по уголовным делам о «картельных соглашениях» аффилированных лиц.

Стремление ФАС России бороться с недобросовестной практикой номинального участия в торгах аффилированных лиц, манипулирующих с ценой контракта, заслуживает поддержки, но с использованием для этих целей не подходящих по своей конструкции антимонопольных и уголовно-правовых запретов вряд ли можно согласиться.

Следующий обсуждаемый в теории уголовного права вопрос касается содержания признака «доход» по смыслу ст. 178 УК РФ. В частности, предлагалось определять его как излишний доход по аналогии с доходом для целей применения ст. 185.3 УК [Есаков Г. А., 2022]. Согласно другой (более распространенной) позиции, под доходом следует понимать выручку, как это определено в п. 12 постановления Пленума ВС РФ от 18.11.2004 № 23 «О судебной практике по делам о незаконном предпринимательстве» для целей применения ст. 171 УК РФ [Яни П. С., 2020].

В судебной практике по уголовным делам доход определялся как фактически полученная выручка по заключенному на торгах контракту¹⁹, в том числе как сумма выручки, полученной по нескольким контрактам, заключенным в рамках единого картельного соглашения²⁰. Когда расчеты по контракту не производились или производились не в полном объеме, содеянное квалифицировалось как покушение на получение дохода в размере цены контракта²¹. В отдельных случаях доход определялся как цена заключенного контракта, когда фактически полученная выручка была меньшего размера²².

Точку в вопросе определения признака «доход» для целей применения ст. 178 УК поставил Конституционный Суд России, определив его как

¹⁹ См.: приговор Волжского районного суда Саратова от 03.12.2019 по делу № 1-243/2019 // ГАС РФ «Правосудие».

²⁰ См.: приговор Октябрьского районного суда Самары от 21.09.2021 по делу № 1-541/2020 // ГАС РФ «Правосудие».

²¹ См.: приговор Новгородского районного суда Новгородской области от 10.03.2021 по делу № 1-18/2021; приговор Железнодорожного районного суда Новосибирской области от 28.08.2019 по делу № 1-269/2019; приговор Самарского районного суда Самары от 31.07.2019 по делу № 1-4/2019 // ГАС РФ «Правосудие».

²² См.: приговор Октябрьского районного суда Владимира от 30.03.2023 по делу № 1-6/2023 // ГАС РФ «Правосудие».

цену контракта, заключаемого по результатам торгов, без ее уменьшения на размер каких-либо расходов²³. Это разъяснение может дезориентировать, так как цена контракта еще не означает фактического дохода. Однако, из приведенных в том же судебном акте рассуждений высшей судебной инстанции о том, что доход по смыслу ст. 178 УК должен определяться по аналогии с доходом в ст. 171 УК, под которым понимается выручка, становится понятно, что неполный расчет по контракту будет означать покушение на извлечение дохода на сумму оплаты по контракту, соответствующей крупному или особо крупному размеру.

Признак «ущерб» для целей применения ст. 178 УК РФ предлагается трактовать как упущенную выгоду за отсутствием у картельного соглашения способности причинения реального ущерба [Есаков Г.А., 2022]. В некоторых источниках такой подход ставится под сомнение [Филатова М.А., 2022]; [Ермолович Я.Н., 2019]. Единственный в опубликованной пока судебной практике пример квалификации ограничения конкуренции по признаку причинения ущерба связан с упущенной выгодой добросовестного участника торгов, проигравшего аукцион из-за картельного соглашения. Упущенная выгода определена в размере 13 млн. руб., исходя из прибыли, которую мог получить добросовестный участник торгов в случае победы на них. Приговор суда первой инстанции²⁴, поддержанный при первичном рассмотрении в апелляционной инстанции²⁵, в конечном счете отменен с возвращением дела на новое рассмотрение в суд первой инстанции из-за сомнений в выводах суда о причиненном ущербе²⁶.

Примененный по этому делу подход к расчету ущерба, приемлемый для арбитражного судопроизводства, в силу его вероятностного характера не подходит для уголовного судопроизводства из-за различия в стандартах доказывания. Предполагаемая прибыль может быть получена в меньшем размере или даже не получена вовсе из-за изменения рыночных условий и увеличения себестоимости. Вероятно, правоприменители не взялись бы доказывать признак ущерба по данному делу, если

²³ См.: постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 19.04.2023 № 19-П «По делу о проверке конституционности части 1 и пункта «в» части второй статьи 178 Уголовного кодекса Российской Федерации, а также пункта 1 примечаний к данной статье в связи с жалобой гражданина С. Ф. Шатило» (п. 4) // СПС КонсультантПлюс.

²⁴ См.: приговор Октябрьского районного суда Ижевска от 06.04.2021 по делу № 1-1/2021 // ГАС РФ «Правосудие».

²⁵ См.: апелляционное определение Верховного Суда Удмуртской Республики от 06.07.2021 по делу № 22-1122/2021 // ГАС РФ «Правосудие».

²⁶ См.: определение Шестого кассационного суда общей юрисдикции от 27.12.2021 по делу № 77-6126/2021; апелляционное определение судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Удмуртской Республики от 29.03.2022 по делу № 22-403/2022 // ГАС РФ «Правосудие».

бы размер контракта позволял вменить извлечение дохода в крупном размере.

По мнению автора данной статьи, картели на торгах не обладают причиняющей ущерб способностью. Переплата заказчика, которая может возникнуть в результате завышения начальной (максимальной) цены контракта или вследствие необоснованного отклонения заявки добросовестного участника торгов, должна рассматриваться как следствие преступных действий самого заказчика, а не участников картельного соглашения.

2. Преступления заказчика на торгах

В область уголовно-правовой оценки обычно попадают торги, проводимые в соответствии с Законом № 44-ФЗ. Субъектами преступлений, совершаемых на стороне заказчика в таких торгах, являются должностные лица, как они определены в п. 1 примечания к ст. 285 УК, либо не являющиеся должностными лицами уполномоченные лица, представляющие интересы заказчика в сфере закупок для обеспечения государственных или муниципальных нужд (в том числе работники контрактной службы, контрактные управляющие, члены закупочных комиссий).

К числу совершаемых ими преступлений относятся злоупотребление должностными полномочиями (ст. 285 УК), превышение должностных полномочий (ст. 286), получение взятки (ст. 290, 291.2), злоупотребления в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных или муниципальных нужд (ст. 200.4), подкуп работника контрактной службы, контрактного управляющего, члена комиссии по осуществлению закупок (ст. 200.5). Перечень применяющих Закон № 223-ФЗ организаций практически совпадает с перечнем указанных в п. 1 примечания к ст. 285 УК организаций, принадлежность к которым дает носителю организационно-распорядительных и административно-хозяйственных функций статус должностного лица. Поэтому представители таких организаций-заказчиков обычно привлекаются к ответственности за преступления на торгах в соответствии со ст. 285, 286, 290, 291.2 УК.

Создание конкретному лицу преимуществ для победы на торгах со стороны должностных лиц заказчика, в том числе путем включения в конкурсную (аукционную) документацию заведомо некорректных сведений о предмете закупки (например, неполное описание технических характеристик, отсутствие проектно-сметной документации в отношении планируемых к выполнению работ), невыполнимых условий контракта (например, чрезмерно сжатые сроки выполнения работ), завышенных требований к потенциальным участникам торгов (например,

завышенные требования к опыту выполнения работ, к наличию штатных специалистов для исполнения контракта), необоснованное отклонение заявок добросовестных участников торгов, а также любое иное лоббирование победы конкретного участника торгов (например, адресованные добросовестным участникам торгов требования воздержаться от участия в торгах под угрозой создания препятствий при исполнении контракта) обычно рассматривалось судами как превышение должностных полномочий (ст. 286 УК) в форме действий, которые никто ни при каких обстоятельствах не вправе совершать.

Так, например, заместитель министра здравоохранения Самарской области осужден за пособничество в ограничении конкуренции (ч. 3 ст. 30 п. «а», «в» ч. 2 ст. 178 УК) и за превышение должностных полномочий (ч. 1 ст. 286). Он оказывал давление на руководство ООО «ЦЭХ-Здоровье» с целью понудить общество отказаться от участия в аукционе на выполнение работ по техническому обслуживанию и ремонту медицинского оборудования для учреждений здравоохранения Самарской области, обещая способствовать заключению субподрядного договора на выполнение части работ в случае победы в аукционе ООО «СМТ». При несогласии с этим предложением обещал создать ООО «ЦЭХ-Здоровье» проблемы с исполнением контракта, организовал внесение в аукционную документацию условий в интересах ООО «СМТ». Суд согласился с тем, что указанные действия чиновника выходили за рамки предоставленных ему должностных полномочий и повлекли существенное нарушение охраняемых законом интересов общества и государства, выразившееся в нарушении установленного законодательством РФ порядка проведения торгов и в поддержании высоких цен на торгах²⁷. Суды вышестоящих инстанций в этой части квалификацию поддержали²⁸.

Еще по одному делу о картеле заместитель руководителя ГУ МЧС России по Калужской области осужден за пособничество в ограничении конкуренции (ч. 3 ст. 30 п. «а» ч. 2 ст. 178 УК) и за превышение должностных полномочий (ч. 1 ст. 286). Как председатель единой комиссии по проведению закупок, он создал преимущества ООО «Связь-Транс.М» для победы на аукционе по поставке беспилотных летательных аппаратов на

²⁷ См.: приговор Самарского районного суда Самары от 31.07.2019 по делу № 1–4/2019 // ГАС РФ «Правосудие».

²⁸ См.: апелляционное определение судебной коллегии по уголовным делам Самарского областного суда от 29.07.2020 по делу № 22–685/2020; определение Шестого кассационного суда общей юрисдикции от 11.02.2021 по делу № 77–311/2021; апелляционное определение судебной коллегии по уголовным делам Самарского областного суда от 15.07.2021 по делу № 22–1635/2021; определение Шестого кассационного суда общей юрисдикции от 9.02.2022 по делу № 77–649/2022 // ГАС РФ «Правосудие».

сумму более 100 млн. руб., в том числе дал лоббируемому обществу возможность изучить заявки добросовестных участников, выявить в них формальные недостатки, за которые они не были допущены к участию в аукционе, утвердил результаты аукциона с минимальным снижением начальной (максимальной) цены контракта. Как указано в приговоре суда первой инстанции, этими своими действиями чиновник ограничил возможности ГУ МЧС России по Калужской области выбрать в установленном законом порядке организацию для сотрудничества, лишил добросовестных участников торгов права на свободную конкуренцию. Это повлекло существенное нарушение охраняемых законом интересов общества и государства в сфере защиты конкуренции, дискредитацию и подрыв авторитета органов государственной власти²⁹.

Когда ограничение конкуренции на торгах было связано с проявлением корыстной или иной личной заинтересованности должностного лица заказчика, в том числе сопровождалось получением взяток, суды нередко квалифицировали ограничение конкуренции на торгах как злоупотребление должностными полномочиями по ст. 285 УК.

Например, глава города Владивостока осужден среди прочего за злоупотребление должностными полномочиями, которое выразилось в лоббировании интересов фирм, связанных с членами его семьи, при организации подведомственным ему МУП «Дороги Владивостока» закупок строительных материалов. С этой целью на торгах осуществлялось укрупнение лотов, из контрактов исключались авансовые платежи, предъявлялись завышенные требования к размеру предоставляемой в обеспечение банковской гарантии (30% цены контракта), завышение цены муниципальных контрактов. Это повлекло существенное нарушение прав и законных интересов добросовестных участников торгов, а также тяжкие последствия в виде причинения МУП «Дороги Владивостока» ущерба от приобретения строительных материалов по завышенной цене и в виде дискредитации органов местного самоуправления (ч. 3 ст. 285 УК)³⁰.

Однако оправдана в злоупотреблении должностными полномочиями заведующая клинико-диагностической лаборатории государственного учреждения, которая, будучи инициатором закупок, за взятки включала в аукционную документацию требования к предмету закупки, которым максимально соответствовала лоббируемая ей фирма, в итоге признан-

²⁹ См.: приговор Калужского районного суда Калужской области от 24.02.2022 по делу № 1–8/2022 // ГАС РФ «Правосудие».

³⁰ См.: приговор Тверского районного суда Москвы от 9.04. 2019 по делу № 1–004/2019 // ГАС РФ «Правосудие» (дата обращения: 25.09.2023).

ная победителем 18 электронных аукционов на поставку медицинских изделий на общую сумму 35 млн. руб. Несмотря на то, что по данному делу были установлены и признаны потерпевшими добросовестные участники торгов, суд счел не доказанным существенное нарушение прав и законных интересов указанных организаций и вынес оправдательный приговор по ч. 1 ст. 285 УК³¹.

Вероятно, намеренное ограничение конкуренции на торгах путем манипуляций с конкурсной (аукционной) документацией или необоснованного отклонения заявок добросовестных участников торгов все же выходит за рамки формально правомерных действий должностного лица, которые предполагаются в ст. 285 УК.

Таким образом правоприменители пытались учесть в квалификации корыстную или иную личную заинтересованность, которой не было в составе превышения должностных полномочий. Однако после появления в 2022 году такого квалифицирующего признака в ст. 286 УК (п. «е» ч. 3) именно ее применение является наиболее релевантным выбором при квалификации ограничения конкуренции на торгах должностными лицами заказчика. Для применения этой нормы лицо должно не только исполнять технические функции на торгах, а быть носителем организационно-распорядительных полномочий, связанных с принятием юридически значимых решений, или административно-хозяйственных полномочий, связанных с распоряжением денежными средствами организации.

В доктрине идет дискуссия о организационно-распорядительных полномочиях закупщиков. С одной стороны, их носителями признаются контрактный управляющий и руководитель контрактной службы и не признаются члены комиссии по осуществлению закупок [Любый И.А., 2020]; [Любый И.А., 2019]. С другой стороны, именно члены закупочной комиссии признаются лицами, принимающими юридически значимые решения о рассмотрении заявок и определении победителя закупочных процедур, т.е. носителями организационно-распорядительных полномочий, которые, наоборот, не обнаруживаются у контрактного управляющего [Шурпаев Ш.М., 2022].

Последняя точка зрения выглядит более обоснованной. Не обладают организационно-распорядительными полномочиями в закупочных процедурах и не являются в них должностными лицами руководитель и работники контрактной службы или контрактный управляющий, а также инициатор закупки (руководитель или иное уполномоченное лицо подразделения, в интересах которого осуществляется закупка и которое

³¹ См.: приговор Курганского городского суда Курганской области от 27.01.2020 по делу № 1–22/2020 // ГАС РФ «Правосудие» (дата обращения: 25.09.2023).

обеспечивает подготовку закупочной документации). При безусловно существенной организационной роли они не принимают на торгах юридически значимых решений, влекущих юридические последствия. Что касается председателя и членов закупочной комиссии, они участвуют в принятии решений о выборе победителя торгов, влекущих юридические последствия, в том числе возникновение у заказчика обязанности заключить договор с победителем торгов.

Обязанность заказчика заключить контракт с победителем торгов предусмотрена в государственных и муниципальных закупках, в том числе в случае признания открытой конкурентной процедуры несостоявшейся. В закупках по Закону № 223-ФЗ должны применяться аналогичные подходы при отсутствии объективных оснований для отказа от заключения договора, если в положении о закупке не предусмотрено иное³². Однако комиссия по осуществлению закупок принимает решения коллегиально в процедуре открытого волеизъявления. Голосование членов закупочной комиссии в таком случае рассматривается как единое деяние и *conditio sine qua non* принятого решения [Есаков Г. А., 2019].

Целесообразно признать субъектами должностного преступления всех членов закупочной комиссии или их большинство при условии заведомого принятия ими необоснованного решения о признании победителем лоббируемого участника торгов, а также отклонении заявок (недопуске) добросовестных участников торгов.

Если в победе поставщика заинтересован один член комиссии или их меньшинство, его (их) голос (голоса) не являются достаточным условием принятия решения, а значит, у такого единого юридически значимого решения существуют и иные предпосылки, не связанные с «подыгрыванием» конкретному поставщику. В такой ситуации отсутствуют основания для признания заинтересованных членов комиссии лицами, обеспечившими принятие юридически значимого решения, а значит, они не будут носителями полномочий должностного лица (кроме, наверное, случаев оказания ими явного давления на иных незаинтересованных членов комиссии или введения их в заблуждение, когда действия таких членов комиссии теряют самостоятельное значение и приобретают характер посредственного выполнения объективной стороны преступления).

В общем ситуации совершения председателем и членами закупочной комиссии должностного преступления при проведении торгов мысли-

³² См.: постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 23.12.2022 № 57-П «По делу о проверке конституционности пункта 2 статьи 432, пункта 1 статьи 438, пункта 4 статьи 445, пункта 5 статьи 447 и пункта 4 статьи 448 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой Акционерного общества "Системный оператор единой энергетической системы"» // СПС КонсультантПлюс.

мы, хотя их включение в круг субъектов ст. 200.4 УК и создает кажущуюся конкуренцию со ст. 285 и 286. Однако есть основания полагать, что предусмотренная в ст. 200.4 УК оговорка, что субъекты этого преступления не являются должностными лицами, относится как раз к тем случаям, когда заинтересованные члены комиссии не могут обеспечить принятия юридически значимых решений на торгах.

С момента введения в 2018 году ст. 200.4 УК имеет единичные примеры применения³³, и причина этого, скорее всего, — сама конструкция состава преступления, включающего обязательную корыстную заинтересованность и причинение крупного ущерба. Дело в том, что причинение ущерба в таких преступлениях обычно обусловлено завышением цены контракта, когда на применение уже претендуют нормы о преступлениях против собственности.

Заслуживает поддержки тезис о том, что выполнение субъектами, указанными в ст. 200.4 УК, технических функций на торгах дает им возможность совершить мошенничество путем введения в заблуждение должностного лица организации, реализующего административно-хозяйственные полномочия по оплате завышенной цены контракта лоббируемому «закупщиками» поставщику, что обоснованно предлагается квалифицировать только по ст. 159 УК [Борков В.Н., 2018]. Это предложение вполне согласуется с позицией высшей судебной инстанции о разграничении злоупотребления должностными полномочиями и преступлений против собственности, приведенной в п. 17 постановления Пленума ВС РФ от 16.10.2009 №19 «О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий».

В отличие от ст. 200.4 УК должностные преступления, предусмотренные ст. 285 и 286, предполагают более широкий спектр возможных преступных последствий. Ранее на примерах из судебной практики мы продемонстрировали применение ст. 285 и 286 УК в случаях совершенных должностными лицами манипуляций на торгах, повлекших ограничение конкуренции и заключение контрактов с лоббируемыми поставщиками. Как представляется, такие последствия вполне претендуют на существенное нарушение прав и законных интересов добросовестных участников торгов, а также охраняемых законом интересов общества и государства в сфере защиты конкуренции как конституционной ценности (ст. 34 Конституции России).

³³ По данным Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации в 2018–2022 гг. по ст. 200.4 УК осуждено одно лицо и в отношении двух лиц судами прекращены дела по нереабилитирующим основаниям. Available at: URL: <http://cdep.ru> (дата обращения: 25.09.2023)

Исходя из этого, видится обоснованной квалификация действий должностных лиц, лоббирующих конкретных поставщиков на торгах и ущемляющих права их добросовестных участников, в качестве превышения должностных полномочий (ст. 286 УК). Оплата завышенной цены контракта по результатам таких торгов подлежит самостоятельной оценке как мошенничество (ст. 159) или как растрата вверенного имущества (ст. 160) в зависимости от факта использования должностным лицом административно-хозяйственных полномочий по оплате завышенной цены контракта лоббируемому поставщику.

Это также не противоречит позиции высшей судебной инстанции, выраженной в п. 17 упомянутого постановления, где еще сказано, что в случаях, когда должностное лицо, используя свои служебные полномочия, наряду с хищением чужого имущества, совершило другие незаконные действия, связанные со злоупотреблением должностными полномочиями из корыстной или иной личной заинтересованности, содеянное им надлежит квалифицировать по совокупности указанных преступлений.

Получение уполномоченными лицами заказчика незаконного вознаграждения за лоббирование интересов конкретного участника торгов, в зависимости от их статуса в судебной практике квалифицировалось отдельно по ст. 200.5, 290 или 291.2 УК. Когда кроме получения незаконного вознаграждения уполномоченное лицо заказчика обеспечивало заключение с лоббируемым поставщиком контракта по завышенной цене и производило расчеты с ним, содеянное квалифицировалось по совокупности коррупционного преступления и растраты либо мошенничества в соответствии с правилом, предусмотренным п. 25 постановления Пленума ВС РФ от 9.07.2013 № 24 «О судебной практике по делам о взятничестве и об иных коррупционных преступлениях»³⁴.

Заключение

Исследование позволило выявить несовпадающие подходы арбитражной и судебной практики по уголовным делам в толковании признаков картеля, порождающие рассогласованность и нарушение системных

³⁴ См., например.: приговор Куйбышевского районного суда Омска от 14.06.2018 по делу № 1–180/2018; апелляционное определение Верховного Суда Республики Коми от 16.09.2019 по делу № 22–2195/2019; апелляционное определение Верховного Суда Республики Коми от 12.03.2020 по делу № 22–371/2020; апелляционное определение Московского городского суда от 15.12.2020 по делу № 10–14361/2020; апелляционное определение Верховного суда Республики Коми от 31.05.2021 по делу № 22–159/2021 // ГАС РФ «Правосудие».

связей законодательства о конкуренции и уголовного законодательства. Конституционный Суд Российской Федерации разъяснил некоторые спорные вопросы судебной практики, но наиболее острых проблем правоприменения в делах о картелях не решил.

Последние изменения законодательства о конкуренции, связанные с отменой картельных иммунитетов на торгах, создают риски расширения практики применения антикартельных запретов на торгах в отношении аффилированных хозяйствующих субъектов, не являющихся конкурентами, действующих с единым экономическим интересом, что в корне не соответствует самой природе картеля. Скорее всего, этому спорному тренду последует и судебная практика по уголовным делам.

Подмены понятий и применения неподходящих по своей конструкции запретов можно было избежать за счет более продуманных законодательных инициатив, способствующих появлению новых инструментов противодействия практике согласованного участия в торгах аффилированных лиц, манипулирующих ценой контракта.

Усложнение системы регулируемых закупок, в том числе появление на стороне заказчика новых функциональных ролей, обеспечивающих организацию закупочных процедур, обострило проблему квалификации преступлений, совершаемых представителями заказчика на торгах. Недобросовестные действия указанных лиц по лоббированию участников торгов нередко содержат признаки должностных, коррупционных и имущественных преступлений. Правоприменитель сталкивается с нелегким выбором, когда указанные преступления нужно разграничивать как смежные либо вменять в совокупности.

Решение этих квалификационных проблем возможно с применением правовых позиций Верховного Суда Российской Федерации при условии их расширительного логического толкования.



Список источников

1. Антонов В.Ф. Уголовная ответственность за ограничение конкуренции: вопросы квалификации. Конкурентное право. 2021. № 1. С. 8–11.
2. Борков В.Н. Злоупотребление в сфере закупок (ст. 200.4 УК РФ) и мошенничество. Уголовное право. 2018. № 4. С. 29–32.
3. Борков В.Н. Соотношение злоупотреблений в сфере закупок (ст. 200.4 УК РФ) с другими посягательствами на государственную собственность. Законность. 2018. № 7. С. 38–42.
4. Грибанова Д.В. Установление единого экономического интереса в делах о картелях и его влияние на квалификацию Уголовное право. 2023. № 6. С. 14–24.
5. Ермолович Я.Н. Уголовная ответственность за ненадлежащее исполнение государственного оборонного заказа и нарушение порядка осуществления го-

- сударственных закупок. Оборонно-промышленный комплекс: вопросы права. 2019. № 1. С. 15–26.
6. Есаков Г.А. Судебная практика по ст. 178 УК РФ: спорные вопросы квалификации. Уголовное право. 2022. № 6. С. 39–47.
7. Есаков Г.А. Картельное соглашение и номинальное участие в торгах. Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. №12. С. 76–90.
8. Есаков Г.А. Уголовная ответственность за ограничение конкуренции: проблемы и перспективы. Закон. 2019. № 8. С. 140–152.
9. Есаков Г.А. Экономическое уголовное право: Общая часть. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2019. 359 с.
10. Любый И.А. Проблемные вопросы субъективного состава ст. 200.4 УК РФ. Российская юстиция. 2020. № 2. С. 27–29.
11. Любый И.А. Дефекты состава преступления, предусмотренного ст. 200.4 УК РФ. Администратор суда. 2020. № 4. С. 35–37.
12. Любый И.А. К вопросу об ответственности за злоупотребления в сфере государственных и муниципальных закупок. Российская юстиция. 2019. № 5. С. 54–56.
13. Филатова М.А. Проблемы толкования признаков злоупотребления в сфере государственных и муниципальных закупок // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. № 3. С. 28–50.
14. Шурпаев Ш.М. Специальный субъект в составах злоупотреблений и подкупа в сфере государственных и муниципальных закупок. Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. № 4. С. 51–70.
15. Яни П.С. Проблемы уголовно-правовой квалификации картеля. Законность. 2020. № 5. С. 45–49.



References

1. Antonov V.F. (2021) Criminal liability for restricting competition: qualification issues. *Conkurentnoe pravo*=Competition Law, no. 1, pp. 8–11 (in Russ.)
2. Borkov V. N. (2018) Abuse in the field of procurement (Article 200.4 of the Criminal Code of the Russian Federation) and fraud. *Ugolovnoe pravo*=Criminal Law, no. 4, pp. 29–32 (in Russ.)
3. Borkov V. N. (2018) Correlation of abuses in the field of procurement (Article 200.4 of the Criminal Code of the Russian Federation) with other attacks on state property. *Zakonnost'*=Legality, no. 7, pp. 38–42 (in Russ.)
4. Ermolovich Ya. N. (2019) Criminal liability for improper execution of the state defense order and violation of the procedure for public procurement. *Oboronno-promyshlennyy kompleks: voprosy prava*=Military-Industrial Complex: Issues of Law, no. 1, pp. 15–26 (in Russ.)
5. Esakov G.A. (2022) Judicial practice under Article 178 of the Criminal Code of the Russian Federation: controversial issues of qualification. *Ugolovnoe pravo*=Criminal Law, no. 6, pp. 39–47 (in Russ.)
6. Esakov G.A. (2020) Cartel agreement and nominal participation in trading. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiyskoy Federatsii*=Bulletin of Economic Justice of Russia, no. 12, pp. 76–90 (in Russ.)
7. Esakov G.A. (2019) Criminal liability for restricting competition: problems and prospects. *Zakon*=Law, no. 8, pp. 140–152 (in Russ.)

8. Esakov G. A. (2019) Economic criminal law. General part. Moscow: HSE Publishers, 359 p. (in Russ.)
 9. Filatova M. A. (2022) Aspects of interpretation of signs of abuse in the sphere of state and municipal procurement. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, no. 3, pp. 28–50 (in Russ.)
 10. Griбанова D.V. (2023) Establishment of a single economic interest in cartel cases and its impact on qualifications. *Ugolovnoe pravo*=Criminal Law, no. 6, pp. 14–24 (in Russ.)
 11. Lyubyy I. A. (2020) Problematic aspects of the subjective composition of Article 200.4 of the Criminal Code of the Russian Federation. *Rossiyskaya yustitsiya*=Russian Justice, no. 2, pp. 27–29 (in Russ.)
 12. Lyubyy I. A. (2020) Defects in the crime under Article 200.4 of the Criminal Code of the Russian Federation. *Administrator suda*=Administration of Court, no. 4, pp. 35–37 (in Russ.)
 13. Lyubyy I. A. (2019) About liability for abuses in the sphere of state and municipal procurement. *Rossiyskaya yustitsiya*=Russian Justice, no. 5, pp. 54–56 (in Russ.)
 14. Shurpaev Sh. M. (2022) Special subject in the composition of abuse and bribery in the field of state and municipal procurement. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, no. 4, pp. 51–70 (in Russ.)
 15. Yani P.S. (2020) Issues of criminal legal qualification of the cartel. *Zakon-nost'*=Legality, no. 5, pp. 45–49 (in Russ.)
-

Информация об авторе:

А.Н. Ляскало — доктор юридических наук, профессор.

Information about the author:

A.N. Lyaskalo — Doctor of Sciences (Law), Professor.

Статья поступила в редакцию 06.10.2023; одобрена после рецензирования 11.12.2023; принята к публикации 11.12.2023.

The article was submitted to editorial office 06.10.2023; approved after reviewing 11.12.2023; accepted for publication 11.12.2023.

Научная статья

УДК: 343.01

DOI:10.17323/2072-8166.2024.1.133.162

Социально-психологические закономерности в уголовном праве



Владимир Константинович Андрианов

Российский государственный университет правосудия, Россия 117418, Москва, ул. Новочеремушкинская, 69, andrianov_vk@mail.ru, [https://orcid.org / 0000-0003-2270-2145](https://orcid.org/0000-0003-2270-2145)



Аннотация

Уголовное право имеет высокоразвитый социально-психологический механизм формирования и действия, который подчиняется комплексу общих и специальных закономерностей. Они характеризуют, с одной стороны, отражение в сознании законодателя криминализационных и иных факторов, с другой — отражение в сфере человеческой психики уголовно-правовых средств, прежде всего запретов и наказаний за их нарушения, а равно обратный процесс влияния результатов этого отражения на поведение личностей. От знания, учета и использования этих социально-психологических закономерностей в правотворческой и правоприменительной деятельности зависит глубина проникновения уголовного права в психологическую сферу личности и возможность использования наиболее ценных психических качеств человека в уголовно-правовых целях, следовательно, в конечном счете, пользу функционирования уголовного права. Важность познания и использования социально-психологических закономерностей в уголовном праве объясняется также его исторически обусловленным акцентом на процессах, протекающих в психике человека (от страха перед преступностью как фактора криминализации до страха перед наказанием как сдерживающего мотива и нравственного исправления как цели наказания). Исследование основано на устоявшихся в психологии положениях о закономерностях, управляющих сознанием и деятельностью человека. Методологической основой изучения социально-психологических закономерностей в уголовном праве выступили принципы диалектического метода познания (объективности и всесторонности рассмотрения объекта, историзма, всеобщей связи явлений, системности), а также общенаучные (анализ, синтез, индукция, дедукция, описание, классификация) и частно-научные (системно-структурный, формально-логический, социологический) методы исследования. Проведенное автором исследование позволило дать определение социально-психологических закономерностей в уголовном праве, показать меха-

низм их действия и использования, а также создать инструментарий измерения их реализации. Для этого были выявлены две группы закономерностей, характеризующих социально-психологический механизм формирования и функционирования уголовного права: общие (как специфическое проявление универсальных закономерностей психической деятельности человека в сфере уголовного права) и специальные (как особые взаимосвязи массового правосознания с уголовным правотворчеством и правоприменением).



Ключевые слова

общественная психология; социально-психологические закономерности; правосознание; уголовная политика; социально-психологические основания криминализации (декриминализации); социальная эффективность уголовного права.

Для цитирования: Андрианов В.К. Социально-психологические закономерности в уголовном праве // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 1. С. 133–162. DOI:10.17323/2072-8166.2024.1.133.162

Research article

Socio-Psychological Patterns in the Criminal Law



Vladimir K. Andrianov

Russian State University of Justice, 69 Novocheremushkinskaya St., Moscow 117418, Russia, andrianov_vk@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0003-2270-2145>



Abstract

Contemporary criminal law has a well-developed socio-psychological mechanism of formation and action, which is subject to a set of general and special laws. They characterize, on the one hand, the reflection in the mind of the legislator of criminalization and other factors, and on the other hand, the reflection in the sphere of the psyche of people of criminal legal means, first of all, prohibitions and punishments for their violations, as well as the reverse process of the impact of the results of this reflection on people's behavior. The depth of penetration of criminal law into the psychological sphere of the individual and the possibility of using the most valuable mental qualities of a person for criminal law purposes, and, consequently, ultimately, the effectiveness of the functioning of criminal law, depends on the knowledge, consideration and use of these socio-psychological patterns in law-making and law enforcement activities. The importance of cognition and use of socio-psychological patterns in criminal law is also explained by its historically conditioned emphasis on the processes taking place in the human psyche (from fear of crime as a factor of criminalization to fear of punishment as a deterrent motive and moral correction as the goal of punishment). The work is based on the well-established provisions in psychology about the laws governing the consciousness and activity of people. The methodological basis for the study of socio-psychological patterns in criminal law were the principles of the dialectical method of cognition (objectivity and comprehensiveness of the consideration of the

object, historicism, universal connection of phenomena, system), as well as general scientific (analysis, synthesis, induction, deduction, description, classification) and private (system structural, formal logical, sociological) research methods. The research made it possible to define socio-psychological patterns in criminal law, to show the mechanism of their action and use, as well as to create tools for measuring their practical implementation. For this purpose, the paper identifies two groups of laws that characterize the socio-psychological mechanism of the formation and functioning of criminal law: general (as a manifestation of universal patterns of human mental activity in the content of criminal law) and special (these are special interrelations of social psychology and legal consciousness with criminal law-making and law enforcement).



Keywords

social psychology; socio-psychological patterns; legal awareness; criminal policy; socio-psychological grounds for criminalization (decriminalization); social effectiveness of criminal law.

For citation: Andrianov V.K. (2024) Socio-Psychological Pattern in the Criminal Law. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 17, no.1, pp. 133–162 (in Russ). DOI:10.17323/2072-8166.2024.1.133.162

Введение. Гипотеза и методология исследования

Закономерности права, как всякие социальные закономерности, складываются в деятельности индивидуумов и через нее реализуются. Поскольку в деятельности и поведении человека существенную роль играют психические процессы, постольку ряд закономерностей права проявляется в виде психологических закономерностей либо включает в свое содержание психологические аспекты [Андреева Г.М., 2001: 6]. Особенно это присуще уголовному праву, которое традиционно испытывает существенное влияние и придает большое значение различным явлениям социально-психологического порядка как при криминализации общественно опасных деяний (карательные притязания, особенности ментальности, факторы социально-психологической зрелости для установления возраста ответственности), так и при реализации мер уголовно-правового воздействия на лиц, их совершивших (вменяемость и невменяемость, различные формы психической активности — вина, мотив, цель, эмоции).

По своему содержанию уголовная политика с присущими ей методами, решая вопросы преступного и наказуемого, охраны наиболее важных благ от общественно опасных посягательств, предполагает тесную внутреннюю взаимосвязь общественной психологии и правосознания масс, а с другой стороны — правотворчества и правоприменения. Выстраивание такой взаимосвязи, повышающей действенность уголов-

но-правового воздействия, требует активного использования как общих психологических закономерностей, так и специфических закономерностей общественного правосознания.

Напротив, игнорирование объективных социально-психологических закономерностей в процессе криминализации и декриминализации, пенализации и депенализации неизбежно приводит к социальным издержкам и снижению эффективности уголовного права. В частности, к непризнанию уголовно-правового запрета в общественном мнении и восприятию его как несправедливого, к сочувствию преступнику, а не жертве, к наличию «мертвых» норм, формированию недоверия к деятельности уголовной юстиции, к преобладанию страха над осознанной необходимостью среди сдерживающих мотивов поведения.

Исследование социально-психологических закономерностей имеет важное значение и для развития социологии уголовного права, в частности, они являются необходимой основой изучения общественного мнения по вопросам преступления и наказания. Попытки его изучения без знания социально-психологических закономерностей уголовного права оказываются бессистемными и беспредметными.

Чтобы дать полную и всестороннюю оценку современного состояния и перспектив взаимосвязи общественной психологии, правосознания и уголовно-правовой политики, необходимо сформировать целостное представление о социально-психологических закономерностях, в том числе об их понятии, системе, видах, особенностях действия в уголовном праве, которым отечественная наука еще не располагает. Лишь некоторые из этих закономерностей затрагивались в работах, посвященных отдельным отраслевым проблемам, таким как преступное поведение и развитие наказания, правосознание и социальный механизм уголовно-правового воздействия [Сорокин П., 1914: 113–151]; [Филановский И.Г., 1970]; [Коган В.М., 1983]; [Ефремова Г.Х., Ратинов А.Р., 1988]; [Бибик О.Н., 2015: 38–49].

Отправной идеей настоящей статьи является тезис: правовое воздействие, в том числе запретительно-карательного характера тем сильнее, чем больше правовая форма влияет на сознание и волю индивидуумов, а это достигается не только уровнем объективной обусловленности содержания права, но и учетом законов психики, по которым содержание проникает в психологическую сферу личности и руководит ее поведением. В соответствии с подобной идеей уголовное право, регулируя поведение личностей, исходит в своей основе из единых психических процессов, состояний, свойств личности и механизмов психической деятельности человека, поэтому ряд действующих в нем закономерностей по своей природе является специфическим проявлением общих социально-психологических закономерностей.

Только изучив законы психики и понимая связи и отношений, которые можно расценить как социально-психологические закономерности, можно законодательно определить вменяемость и невменяемость, возраст уголовной ответственности, формы и виды вины, мотивы, цели, эмоции, словом, регламентировать все психические аспекты поведения, имеющие уголовно-правовое значение.

Исходя из данной методологической основы, следует затронуть одну особенность психологических закономерностей в целом. В психологической науке отмечается противоречие между субъективной природой психических явлений, относящихся к внутреннему миру человека, и необходимостью раскрытия закономерностей как связей, имеющих объективный характер, т.е. существующих вне и независимо от субъекта. Стремление ученых разрешить это противоречие породило противоположные точки зрения: по мнению одних исследователей, психическое неподвластно объективным закономерностям; другие полагают, что психическое включено во всеобщую взаимосвязь явлений материального мира и подчинено объективным закономерностям [Ломов Б.Ф., 1984: 106–107]. На наш взгляд, эти позиции нельзя абсолютизировать и считать взаимоисключающими.

Признать правоту лишь первой позиции — значит исключить возможность обобщающего отражения социально-психологических факторов в процессе криминализации и пенализации, так как уголовное право должно основываться не на уникальности тех или иных психических процессов, состояний и свойств личности, а учитывать типичное и повторяющееся, как того требует нормативное опосредование поведения. Отрицание социально-психологических закономерностей и вместе с тем абсолютизация индивидуального своеобразия протекания психических процессов, индивидуальных особенностей психических состояний и уникальности психического склада каждой личности, по сути, лишает уголовное право возможности предупредительного воздействия на граждан и регламентации общих признаков психического отношения лица к совершаемому им общественно опасному деянию.

Признать правоту только второй точки зрения — значит игнорировать специфику психической деятельности лица, связанной с совершением преступления, в процессе индивидуализации уголовной ответственности и нарушить принцип справедливости.

Ценность видится в интеграции этих позиций. Как отмечает Б.Ф. Ломов, «по сравнению с психологией ни в какой другой науке при исследовании какого-либо феномена так остро не стоит задача раскрыть закон как общее и вместе с тем показать имманентное происхождение разнообразия его индивидуальных проявлений» [Ломов Б.Ф., 1984: 108]. Для

целей уголовно-правового воздействия предпочтительным выступает мнение, что социально-психологические закономерности проявляются в виде тенденций, фиксирующих общее и устойчивое, но при этом не исключающих вариативности и изменчивости психических явлений.

Именно такое понимание социально-психологических закономерностей дает возможность, с одной стороны, законодательно отразить связанные с уголовным правом тенденции общественной психологии и правосознания (в частности, касающиеся достаточности социально-психологической зрелости для вменения и ответственности, развития представления о виновности), с другой — оставить правоприменителю возможность принять во внимание индивидуальные отклонения от тенденций (в частности, касающиеся задержки в психическом развитии по ч. 3 ст. 20 Уголовного кодекса Российской Федерации; далее — УК). Наряду с общими социально-психологическими закономерностями в уголовном праве действуют и специальные закономерности, обусловленные развитием и функционированием уголовного правосознания как особой формы общественного сознания.

Таким образом, среди закономерностей, характеризующих социально-психологический аспект формирования и функционирования уголовного права, могут быть выделены: общие (проявление универсальных закономерностей психической деятельности человека в содержании уголовного права) и специальные (особые взаимосвязи общественной психологии и правосознания с уголовным правотворчеством и правоприменением).

Прежде подробного¹ рассмотрения закономерностей каждой из выделенных групп необходимо дать их общее определение.

Под социально-психологическими закономерностями в уголовном праве автор статьи понимает существенные, устойчивые и повторяющиеся связи (отношения), характеризующие процессы, происходящие в психике и сознании людей по поводу установления уголовно-правовых запретов и практики их реализации, а также психическую деятельность лица, связанную с совершением преступления.

Последнее важное замечание методологического порядка касается необходимости использовать для целей выявления и описания социально-психологических закономерностей понятие «уголовно-правовое воздействие». В отличие от уголовно-правового регулирования имен-

¹ Поскольку социально-психологические закономерности, характеризующие психическую деятельность лица, связанную с совершением преступления, различные формы его психической активности как признаки субъективной стороны — основательно разработанная в уголовно-правовой науке проблема, автор не касается ее подробнее в настоящем исследовании.

но сквозь призму данного понятия высвечивается влияние уголовного права на общественную психологию и правосознание в качестве воспитательно-идеологического и ценностно-ориентационного факторов, а, следовательно, открывается возможность раскрыть существенные, необходимые и устойчивые взаимосвязи такого влияния.

1. Общие социально-психологические закономерности в уголовном праве

Элементарная логика правового регулирования строится по причинно-следственной схеме «если... то...», предполагающей связь юридического факта и последствия, поэтому первичное значение для правового воздействия на человека имеет закон ассоциаций. В психологии под ассоциацией понимают связь между отдельными событиями и фактами, отраженную в сознании индивида и закреплённую в его памяти. Согласно ассоциативным закономерностям: чем ближе друг к другу события, факты во времени, тем вероятнее формирование ассоциативной связи между ними; чем больше частота повторения совместного появления фактов, тем быстрее сформируются ассоциации между ними; чем чаще в опыте возникает такая связь, тем прочнее становится ассоциация [Братусь Б.С., 2005: 112]; [Немов Р.С., 2007: 31].

Важность знания закономерностей формирования ассоциаций связана с тем, что уголовно-правовое воздействие осуществляется через выработанные (наличествующие) в сознании граждан ассоциативные связи между преступлением и наказанием, позитивным посткриминальным поведением и освобождением от уголовной ответственности или ее смягчением. От точности, прочности и устойчивости этих ассоциативных связей, обусловленных реализацией принципов правовой определенности и стабильности, неотвратимости ответственности и единообразия судебной практики, зависит результативность уголовно-правового воздействия: чем отчетливее и стабильнее ассоциативные представления о перечне деяний признаваемых преступными и характере их наказуемости, основаниях освобождения от уголовной ответственности и наказания, тем выше эффективность действия уголовного права.

Между тем такие признаваемые многими отечественными специалистами черты современного уголовного законодательства, как криминализационная избыточность и чрезмерность специальных составов, пенализационная разбалансированность, конкуренция оснований депенализации, отсутствие ясных критериев криминализации и расплывчатость границ между преступлением и административным правонарушением, высокий динамизм уголовного законодательства, безусловно,

существенно препятствуют формированию точных и устойчивых уголовно-правовых ассоциаций в общественном сознании. Как показывает проведенный нами социологический опрос², более или менее точные и устойчивые ассоциативные понятия о круге деяний, признаваемых преступными и характере их наказуемости, существуют в общественном сознании только применительно к безусловным запретам, образующим ядро преступности, а чем дальше от него, тем ассоциации слабее и изменчивее:

традиционные преступления против жизни и здоровья, преступления против половой неприкосновенности и половой свободы личности и преступления против собственности (100% респондентов);

некоторые иные преступления (от 1 до 15%).

Небольшие ассоциации вызывает у граждан и понятие уголовного наказания: из 13 видов наказания, предусмотренных в Уголовном кодексе России 1996 г. (далее — УК), респонденты вспомнили лишение свободы (97%), штраф (14%) и обязательные работы (9%). С основаниями освобождения от уголовной ответственности и наказания в общественном сознании ассоциируется: примирение с потерпевшим (61%), условно-досрочное освобождение (45%), помилование (19%) и амнистия (12%).

По выявленным в результате опроса уголовно-правовым ассоциациям можно составить общее мнение граждан о том, что есть преступление и наказание, а также уголовное право в целом. Причем, как показал опрос, это представление за 25 лет действия УК существенно не изменялось. Однако если помнить о расширении объема УК, можно выявить тенденцию, выражающую обратную зависимость между продолжительностью действия Кодекса и степенью осведомленности граждан о его содержании: чем дольше действует уголовный закон, тем меньше удельный вес знания его предписаний. Разумеется, такая тенденция нарастающего увеличения дефицита уголовно-правовой информированности граждан связана со значительной динамикой уголовного законодательства. В общественном сознании отсутствует и информация насчет общих криминологических показателей [Воронин В.Н., 2022: 28–36].

В условиях весьма ограниченного понимания гражданами содержания современного уголовного права затруднено его функционирование в плане действенности предупредительных, а также результативности карательных и восстановительных уголовно-правовых мер. Тем более что

² В опросе 2022 г., посвященном воплощению различных социально-психологических закономерностей в механизме уголовно-правового воздействия, приняли участие 300 совершеннолетних россиян. Данные взвешены по социально-демографическим параметрам. Возможны некоторые погрешности в данных опроса, вызванные выбором респондентов, формулировкой вопросов и другими обстоятельствами.

развитие российского уголовного законодательства идет по пути все большей дифференциации уголовно-правового регулирования и построения не «маленького и жесткого», а «большого и мягкого» уголовного кодекса. Поэтому есть основание предположить, что дефицит уголовно-правовой информированности граждан будет только нарастать по мере сохранения динамизма уголовного законодательства в ущерб его стабильности.

В связи с этим весьма актуальным направлением государственной политики является развитие общественного правосознания, включая правовое информирование и правовое просвещение граждан. В специально принятом документе³ в числе факторов реализации такой государственной политики заявлено ее «соответствие закономерностям развития правового государства и гражданского общества», «понятность, доступность и эффективность законодательства, его адекватность экономической и общественно-политической ситуации в стране, реализация в законодательстве принципов справедливости и равноправия, обеспечения соответствия норм права интересам и потребностям различных социальных групп». Признавая безусловную важность указанных факторов, отметим, что существенное значение в реализации информационного и ценностно-ориентационного воздействия права имеет также понимание ряда социально-психологических закономерностей, характеризующих возможности человека в восприятии и усвоении, в том числе правовой информации.

С одной стороны, следует учитывать закон перцепции; его суть в том, что процесс восприятия развивается в виде перехода от более общего и абстрактного к более конкретному и дифференцированному представлению о явлении [Ланге Н.Н., 1893: 32]. Сообразно этой закономерности процесс правового просвещения и информирования граждан должен осуществляться последовательно и планомерно, начиная с приобщения к общепринятым нормам, правилам и ценностям на уровне дошкольного и начального образования, через обучение основам права на этапе основного и среднего общего образования и продолжая в дальнейшем повышением уровня юридической грамотности населения по месту учебы или работы, вплоть до распространения программ дополнительного правового образования взрослых. Особенно это касается уголовного права, так как реализация его основных предписаний не предполагает института представительства.

³ См.: Основы государственной политики Российской Федерации в сфере развития правовой грамотности и правосознания граждан (утв. Президентом России 28.04.2011 № Пр-1168) // СПС Консультант Плюс.

Отсюда и закономерность: чем больше информации о праве, тем подробнее и детальнее понятие о его содержании в общественном сознании, тем результативнее его функционирование. Однако наш опрос показал, что 96% респондентов не сталкивались со специальным уголовно-правовым информированием; они получили эмпирическую информацию о тех или иных аспектах уголовного права: из средств массовой информации — 19%, из собственного опыта — 2%. С другой стороны, нельзя не учитывать и закономерность, характеризующую субъективные возможности восприятия и усвоения информации, в том числе правовой.

В определении оптимального соотношения объема правовой информации и способностей человека полезен закон Хика, выражающий общую зависимость времени реакции от количества и сложности альтернативных вариантов: чем многообразнее варианты выбора, тем больше требуется времени для принятия решения. В соответствии с этой закономерностью время реакции увеличивается в зависимости от количества информации, которую необходимо обработать, чтобы произвести соответствующую реакцию [Немов Р.С., 2007: 468].

Применительно к уголовно-правовому воздействию значение этой общей психологической закономерности выражается в ряде аспектов. Во-первых, в ситуации чрезмерной криминализации и избыточного конструирования специальных уголовно-правовых норм общественная жизнь превращается в лабиринт уголовно-правового регулирования, запутанный даже для специалистов. Недаром в доктрине с каждым годом растет число публикаций, посвященных проблемам разграничения составов преступлений и конкуренции уголовно-правовых норм. В связи с этим вполне возможен рост числа преступлений из-за юридических ошибок, которые, по общему правилу, не влияют на ответственность. Известно: чем больше законодатель криминализирует деяний, тем более неопределенны и расплывчаты требования уголовного закона к поведению граждан в массовом общественном сознании, и тем более неэффективным становится уголовно-правовое воздействие [Бабаев М.М., Пудовочкин Ю.Е., 2016: 424–425].

Во-вторых, в процессе правоприменения происходит своего рода «естественный отбор» наиболее жизнеспособных уголовно-правовых норм, в то время как многие из них остаются мало востребованными практикой или вовсе мертвыми [Бабаев М., Пудовочкин Ю., 2010: 4–10]; [Караваева Ю.С., 2022: 69–79]. В-третьих, дальнейшая дифференциация уголовно-правового регулирования в свете отмеченной психологической закономерности делают задачу уголовно-правового информирования граждан трудно выполнимой.

Поэтому с позиции названной социально-психологической закономерности большие сомнения вызывает целесообразность дальнейшего

усложнения системы уголовного права, в частности, путем введения категории уголовных проступков и расширения перечня иных мер уголовно-правового характера, разработки системы регионального уголовного законодательства, фиксации отдельных институтов уголовного права на уровне самостоятельных законов, что предлагают некоторые специалисты [Скрипченко Н.Ю., 2018: 85–90]. Напротив, по убеждению автора настоящей статьи, уголовному законодательству необходимо решительно придать реверсивное направление развития, предполагающее декриминализацию ряда норм об ответственности за преступления небольшой и средней тяжести; интеграцию и укрупнение уголовно-правовых предписаний, прежде всего, за счет отказа от конструирования большого числа специальных при наличии общих норм; сокращение видов уголовных наказаний, как в их общей системе, так и в конкретных статьях, а также уменьшение вариативности санкций [Лопашенко Н.А., 2021: 33–48].

Возможности типичного человеческого сознания, на которые в принципе и должна быть рассчитана система уголовно-правового воздействия, требует баланса между объективной потребностью в уголовно-правовой защите вновь возникающих общественных отношений и дифференциации уголовной ответственности, с одной стороны, и субъективными способностями человека в ориентировании в этой системе — с другой⁴. Не будет преувеличением сказать, что действующая система уголовного права замысловата даже для доктринального и профессионального правосознания, ни говоря уже о правосознании среднестатистического человека. Об этом говорят многочисленные споры ученых и практиков на конференциях, круглых столах, в научных трудах, ежегодно растущий перечень постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации, а также количество квалификационных ошибок [Пудовочкин Ю.Е., 2020: 43].

Разумеется, для результативного информационного и ценностно-ориентационного воздействия уголовного права недостаточно только соответствующей государственной политики развития правовой грамотности и правосознания граждан по принципу «сверху-вниз». Нужно помнить, что позиция государства о запрещении деяний, о мерах уголовной ответственности за их совершение, об основаниях смягчения и освобождения от уголовной ответственности и наказания тем лучше доводится до сведения граждан и становится неотъемлемым элементом

⁴ При чрезмерной абстрактности граждане не поймут, чего от них хотят, будут неизбежны проблемы с правовой определенностью запрета, а при излишней подробности и детальности граждане не смогут усвоить требований закона.

их правосознания, чем больше степень ее соответствия объективным криминальным угрозам и социальной справедливости.

В плане общих социально-психологических закономерностей важно, что «правовые установки находятся в тесной связи с представлениями индивидуумов о социальной справедливости; более того, именно на основе субъективных оценок степени ее реализации, например в рамках функционирования правовой системы, они, как правило, и формируются: чем выше оценка справедливости правовой процедуры и принятых решений, тем выше удовлетворенность человека своим социальным взаимодействием в пределах этой системы, выше готовность соблюдать законы, демонстрируя законопослушное поведение» [Тихомиров Ю.А., Субанова Н.В., 2017: 181].

Рассуждая о балансе между стабильностью и динамикой уголовного законодательства и связанной с ней интенсивностью потока правовой информации, следует упомянуть закономерность психологической инертности. Под инерцией мышления понимается одно из свойств человеческой психики, которое выражается в том, что сознание человека часто подчиняется силе привычки.

Как и в любой другой сфере, инерция мышления имеет плюсы и минусы в механизме уголовно-правового воздействия. С одной стороны, это свойство психики помогает человеку сформировать и сохранить привычное понимание того, что есть преступление и наказание, а, следовательно, выработать привычку к правомерному поведению. В ракурсе этого свойства психики более полезен стабильный уголовный закон, который в силу своего постоянства формирует в сознании личностей устойчивое понятие о круге преступных деяний и характере их наказуемости. Кроме того, инерция и консерватизм мышления служат основой возникновения правовых традиций и обычаев [Шаргородский М.Д., 2004: 108]; [Бибик О.Н., 2017].

С другой стороны, недостаток инерции мышления в том, что она является серьезной помехой на пути законодательного реформирования, так как сознание индивидуумов с задержкой переключается на правовые нововведения. Особенно, если они не имеют под собой должной объективной обусловленности. Недаром, как показывает наше социологическое исследование, основной удельный вес в общем представлении граждан об уголовном праве занимают традиционные запреты и наказания, а все остальные многочисленные аспекты уголовно-правового содержания недостаточно отражены в общественном сознании.

Это подтверждает закономерность инертности общественного, в том числе правового сознания, которую удачно выразил А.И. Коробеев, говоря, что «с каким трудом общественное правосознание свыкается с

мыслью о необходимости установления уголовно-правового запрета, с таким же трудом оно и расстается с представлением об оправданности его сохранения впредь» [Коробеев А.И., 2019: 87].

С инерцией мышления напрямую связана закономерность социальной стереотипизации, имеющая важные социально-психологические аспекты в сфере уголовно-правового воздействия. Понятие «стереотип» связывается в социальной психологии с У. Липпманом, который определял его как упорядоченные, схематичные, детерминированные культурой «образы» мира в сознании человека, которые экономят его усилия при восприятии сложных социальных объектов, защищают его ценности, права и позиции, формируют привычки и традиции [Липпман У., 2004: 108]. В современных определениях социального стереотипа он характеризуется как особое общественно значимое образование сознания и поведения, в котором продуцируется привычный (шаблонный) образ их отношения к той или иной жизненной ситуации [Суходольская Н.П., 2009: 1].

Есть основание говорить о правовых стереотипах как о социально-психологических феноменах и компонентах правосознания. В частности, в общественном правосознании на основе социального опыта и с помощью различных источников информации формируются традиционные, типичные и упрощенные понятия о преступлении, преступнике и уголовном наказании. Через эти уголовно-правовые стереотипы в обществе из поколения в поколение передается информации о том, что является преступлением и как опасно его совершать, и одновременно осуществляется контроль над поведением человека.

Упомянутый выше социологический опрос показывает: стереотипное понятие о преступлении складывается в общественном сознании на основе «универсальных» преступлений против личности и собственности (100% респондентов), а понятие о наказании — на основе лишения свободы (97%). Следовательно, стереотип преступного в общественной психологии задается традиционными и безусловными уголовно-правовыми запретами и, главным образом, наиболее опасными посягательствами на личность и собственность, которые преступны при любом социальном строе (такими как убийство, причинение опасного вреда здоровью, изнасилование, хищения). Поэтому в общественном сознании существует высокий «стандарт» преступного, а, отсюда, и довольно опасный «образ» преступника.

Поскольку сквозь призму данных стереотипов личности осуществляют самоконтроль и оценивают те или иные уголовно-политические решения, законодатель должен понимать ряд социально-психологических закономерностей. Первичная и наиболее глубинная психологическая

реакция граждан на установление уголовно-правового запрета зависит от того, насколько согласуется запрещаемое поведение со стереотипом преступного и образом преступника, сложившимися в общественном сознании. Поэтому чем дальше по уровню общественной опасности вновь криминализируемое деяние отстоит от «стандарта» преступного, тем бледнее образ преступника в общественном сознании и, следовательно, меньше степень карательных притязаний граждан относительно этого деяния.

Актуальность данной закономерности особенно возрастает в условиях необоснованной криминализации, при которой преступлениями признаются деяния, которые объективно до этого «не дотягивают» и воспринимаются в обществе терпимо или безразлично. В общественной психологии это производит противоположный эффект — преступник из злодея превращается в жертву, а человека, попавшего под уголовное преследование по таким статьям, общество больше жалеет, чем осуждает [Коган В.М., 1985: 25]. Возможная распространенность таких случаев в практике уголовного законодательства способна размыть социальные стереотипы о преступлении как наиболее опасном отклонении, стереть в общественном сознании границу между преступным и не преступным, а, в конечном счете, закономерно привести к обесцениванию уголовного закона в глазах общественного мнения [Капинус О.С., 2018: 42].

Как отмечается в социологии, функциональное назначение социального стереотипа состоит в том, чтобы феноменологически поляризовать в противоположных образах стороны социального противоречия, психологически мобилизовать на его разрешение силы участников социального процесса [Осипов Г.В., 1998: 538]. Поэтому еще одна важная функция уголовно-правового стереотипа общественного сознания состоит в том, что он ведет к поляризации граждан на законопослушных и преступников и образует между ними социально-психологический барьер, необходимый для того, чтобы препятствовать преступному поведению.

Под психологическим барьером понимают внутреннее препятствие психологической природы (нежелание, боязнь и т.п.), мешающее человеку успешно выполнить определенные действия. Создаваемый стереотипным образом преступника психологический барьер усиливает внутренние переживания человека: страх и тревогу перед возможным наказанием, чувство вины и стыда перед обществом за возможное преступное поведение.

Пороговое значение такого социально-психологического барьера зависит от того, что государство объявляет преступлением: чем выше уровень общественной опасности деяния, а вместе с ним и карательных притязаний населения, тем выше пороговое значение социально-психо-

логического барьера; по мере уменьшения уровня общественной опасности деяний уменьшается степень их морального осуждения, следовательно, понижается пороговое значение социально-психологического барьера на пути к преступлению. По общему правилу, чем выше социально-психологический барьер между законопослушными и склонными к преступлению гражданами, тем реже совершаются преступления, поскольку для его преодоления человек должен обладать более устойчивыми социально-опасными качествами.

Но у этой закономерности есть обратная зависимость: с одной стороны, чем выше такой барьер, тем проще удерживать граждан от совершения преступлений; с другой, труднее возвращать их к нормальной жизни после отбытия наказания. У лиц, переступивших через более высокий социально-психологический барьер для совершения преступления, как правило, выше степень криминогенной деформации («чем выше порог выхода, тем больше порог входа»). Ресоциализация в значительной степени осложняется и социальной реакцией, склонной к навешиванию «девиантных ярлыков», «клеймению», «наклеиванию отрицательных лейблов» на правонарушителей, что может приводить к их изоляции от остальных членов общества, вызывать усиление отклоняющегося поведения, порождать рецидивизм и, в конечном счете, увеличить преступность [Комлев Ю.Ю., 2016: 6–14].

Поэтому оптимальная модель уголовно-правовой политики должна выстраивать социально-психологический барьер так, чтобы он был трудно преодолимым препятствием на пути совершения преступления и легко преодолимым на пути ресоциализации лиц, их совершивших. Поэтому важное значение имеет принятие Федерального закона от 06.02.2023 №10-ФЗ «О пробации в Российской Федерации»⁵, вступившего в силу с 01.01.2024.

В доктрине отмечается, что по гносеологической природе социальные стереотипы могут быть как истинными, так и ложными; а по социальной направленности — как прогрессивными, так и реакционными. Поэтому в процессе криминализации тех или иных деяний законодатель не должен находиться в плену социальных стереотипов и быть заложником некомпетентности общественного мнения в вопросах уголовной политики.

Во-первых, уголовно-правовой стереотип есть устойчивый и упрощенный образ преступления и преступника, в то время как социально-криминологическая действительность, обуславливающая уголовное право, весьма изменчива и многообразна. Поэтому зачастую стереотип,

⁵ СПС Консультант Плюс.

в том числе связанный с пониманием того, что есть преступление и какое деяние им должно признаваться, в силу присущей ему ригидности отстаёт от меняющейся социальной жизни. «Законодатель не может и не должен тянуться в хвосте общественного правосознания» [Коробев А.И., 2019: 85].

Во-вторых, общественное мнение об уголовном праве может содержать искаженные и даже ложные стереотипы, требующие корректировки и формирования необходимых стереотипов. Например, опасен распространенный в общественной психологии стереотип завышенных ожиданий от применения уголовно-правовых средств, служащий субьективной основой формирования репрессивной уголовной политики. Наш опрос выявил наличие уголовного правоцентризма в общественном сознании: на вопрос, как главным образом следует противодействовать неправомерному поведению, 68% респондентов ответили, что посредством уголовной ответственности, и только 32% озадачились вопросом об опасности такого поведения.

В процессе уголовно-правового воздействия, особенно в плане пениализации, следует принимать во внимание закономерность зависимости между уровнем мотивации и успешностью решения поведенческих задач. Здесь действует психологический закон Йеркса-Додсона, который утверждает, что по мере увеличения интенсивности мотивации качество деятельности изменяется по колоколообразной кривой: сначала повышается, затем, после перехода через точку наиболее высоких показателей успешности деятельности, постепенно понижается. Уровень мотивации, при котором деятельность выполняется максимально успешно, называется оптимумом мотивации [Фресс П., Пиаже Ж., 1975: 119–125]; [Ломов Б.Ф., 1984: 113]. Закономерность оптимальной мотивации в уголовном праве проявляется в следующем: подобно тому, как недостаточно строгое наказание расслабляет преступника и провоцирует новые преступления, так и чрезмерно суровое наказание озлобляет его и толкает к новым преступлениям.

Это лишь некоторые из общих законов психики и социально-психологических закономерностей, без знания которых невозможно правильно настроить базовые параметры системы уголовно-правового воздействия.

2. Специальные социально-психологические закономерности в уголовном праве

По внутренней природе уголовно-правовое воздействие — это особое психологическое влияние на сознание и волю личностей, которое

подчиняется, помимо общих, и некоторым специальным закономерностям. Эти закономерности характеризуют особые связи массового правосознания с процессами уголовно-правового нормотворчества и правоприменения.

Специальные социально-психологические закономерности функционируют в тесной взаимосвязи между собой и более общими закономерностями как проводники, через которые регулятивная энергия уголовного права воздействует на индивидуумов, но в целях их выявления и анализа они могут быть подразделены на более частные группы. Общая и исходная закономерность здесь состоит в том, что общественная психология, включая правосознание граждан, — явление многоплановое и развивающееся, поэтому результативность уголовно-правового воздействия зависит от степени их соответствия друг другу как в качественном (с точки зрения уголовно-правового содержания), так и количественном плане (с точки зрения объема и репрессивности).

2.1. Закономерности психосоциального воздействия уголовно-правовых запретов

Данные закономерности призваны показать, что социально-психологический эффект, производимый на граждан установлением запретов, находится в существенной взаимосвязи с содержанием самих запретов. Это связано с тем, что уголовно-правовые запреты функционируют не в безвоздушном пространстве, не в вакууме социальной жизни, а отражаются в общественной психологии, в которой уже сформированы ценностные ориентации, чувства и традиции членов социума.

В уголовном праве существенную роль играют исторически складывающиеся в общественном сознании морально-нравственные понятия большинства о добре и зле, плохом и хорошем, праведности или греховности, справедливости и несправедливости поступков, поощрении и наказании. Преломляясь в объективных условиях современной жизни и потребностях граждан в охране их интересов от общественно опасных посягательств, данные понятия приобретают значение непосредственно-социальных карательных притязаний.

Уровень таких притязаний зависит от восприятия общественным сознанием тех или иных ценностей, которые нарушаются. Таковы ценности свободы, собственности, человеческой жизни и т.д. Они неодинаково воспринимаются в разное время и разными индивидуумами. Тот, кто высоко ценит свободу, всегда будет ждать многого от государства в части ее охраны. Поэтому, решая вопрос о признании тех или иных деяний преступными и наказуемыми, законодатель должен основывать-

ся как на объективных факторах криминализации и пенализации, так и учитывать непосредственно-социальные карательные притязания как фактор общественной психологии и правосознания. От этого будет зависеть социально-психологический эффект криминализации.

В этой зависимости прослеживается закономерность: позитивный социально-психологический эффект криминализации (общественная поддержка и добровольность соблюдения) возрастает в мере, в которой уголовно-правовые запреты согласуются с действием иных, определяющих человеческое поведение факторов (социально-экономических, морально-этических). Наоборот, если отсутствует их должная социально-криминологическая обусловленность и запреты имеют произвольный характер, возрастает негативный психологический эффект, детерминирующий не только отторжение запретов, но и активное сопротивление им. Это вынуждает государство постоянно наращивать принудительные меры обеспечения таких запретов, что еще больше увеличивает негативные явления в общественной психологии (преобладание страха над уважением к уголовному закону, подавление социальной активности и ограничение свободы человека).

Поэтому, как верно пишет А.И. Коробеев, «уголовно-правовой запрет оправдан лишь тогда, когда общественной психологией и правосознанием та или иная разновидность отклоняющегося поведения воспринимается как требующая ее уголовной наказуемости» [Коробеев А.И., 2019: 84]. В процессе установления уголовно-правовых запретов важно также учитывать, что общественная психология — явление неоднородное, в ней проявляется психология различных социальных групп и общностей. Кроме того, различным сферам общественной жизни соответствуют различные виды общественной психологии (экономическая, политическая, духовно-нравственная).

Следует отметить еще одну закономерность: чем шире социальная сфера проявления общественно опасного поведения, тем более высокий уровень общественной психологии и сознания следует учитывать законодателю. В процессе криминализации деяния, охватывающего широкий социальный контекст, необходимо исходить из оценки справедливости уголовно-правового запрета в сознании большинства граждан; при криминализации деяния, затрагивающего узкую область общественной жизни (преступления, связанные с нарушением специальных правил), законодатель должен опираться на общественное мнение определенной социальной группы.

В противном случае, как отмечают Ю.Е. Пудовочкин и М.В. Бавсун, «уголовно-правовое воздействие оказывается в некоем социально-психологическом вакууме. Формально имея вполне легитимный статус,

фактически оно не находит поддержки у большинства членов российского общества, становясь, таким образом, слабым и неэффективным в процессе своей реализации. Подобное характерно именно для случаев непонимания обществом или неприятия им тех идей, которые «навязываются» ему сверху законодателем, но не имеют поддержки на уровне общественной психологии» [Пудовочкин Ю.Е., Бавсун М.В., 2018: 183].

Анализируя идеологическую основу уголовно-правового воздействия, И.Я. Козаченко подчеркивает закономерность выявления как можно большего числа точек соприкосновения внутризэтических (нравственно-психологических) и внешних, в том числе уголовно-правовых регуляторов, которая заключается в том, что «если внешние корректирующие факторы действуют в одном направлении с внутренней регуляцией этноса, совпадают с ней, то многократно возрастает нравственно-психологический объединяющий потенциал, при котором возникает необходимая урегулированность отношений внутри этноса и за его пределами.... В тех довольно частых случаях, когда внешнее воздействие нарушает указанную гармонию, внутренняя органическая регуляция этноса в силу присущего ему иммунного механизма создает противодействие внешней коррекции» [Козаченко И.Я., 2008: 24].

Особое место среди этих социально-психологических оснований криминализации занимают моральные (этические) нормы и запреты⁶. Они внутренне связаны с уголовным правом, поскольку выражают родственные ему идеи (о гуманности и справедливости), поэтому в той мере, в какой морально-нравственные устои общества воплощаются в уголовном праве, они обеспечивают общественное согласие с его требованиями и их социальную поддержку.

Важное следствие этих закономерностей в том, что объективно обусловленные уголовно-правовые запреты воспринимаются общественным сознанием непосредственно через их социальный менталитет и жизненный опыт, а, значит, в большей мере органично, чем формально, путем их официального опубликования. Следовательно, принцип «незнание закона не освобождает от ответственности» приобретает реальный характер. Отсюда — чем больше уголовно-правовые запреты соответствуют объективным социальным девиациям, тем легче они усваиваются гражданами и сильнее влияют на их волю и сознание.

⁶ Результаты опроса россиян о морально-нравственных принципах, проведенного ВЦИОМ в 2022 г., показывают рост роли моральных норм в российском обществе. См.: Моральный поворот. Россияне все чаще склоняются к мнению, что мораль неподвластна времени, обязательна к исполнению и нуждается в защите государства. Available at: URL: <https://wciom.ru/analytical-reviews/analiticheskii-obzor/moralnyi-povorot> (дата обращения: 08.02.2023)

В русле выделенных закономерностей заслуживает внимания идея создания индекса этичности права и связанных с ним индикаторов, позволяющих сопоставить этические представления современного российского общества с содержанием юридических норм, имеющих моральные основания и этическую нагрузку — нравственно-оценочный контент. Соответственно, чем хуже отношение граждан к той или иной юридической норме с морально-нравственных позиций, тем ниже значение индекса ее этичности по шкале от 1 до 10 [Виноградов В.А., Ларичев А.А., 2022: 4–23]. Применительно к уголовному праву такие индикаторы могут выражаться в общественной оценке справедливости признания тех или иных деяний преступными, установленных санкций и назначенных наказаний за их совершение, целесообразности обстоятельств, исключающих, смягчающих, освобождающих от уголовной ответственности и наказания.

В рамках указанного ранее опроса нами было проведено сравнение позиции законодателя об уровне общественной опасности ряда деяний с учетом строгости санкций за их совершение и общественных оценок опасности отдельных преступлений, которое выявило две тенденции: 1) совпадение в большей части преступлений против личности и собственности (в частности, статей 105, 111, 112, 115, 116.1, 126, 127, 131, 132, 158, 159, 161, 162, 163 УК) — 84% респондентов; 2) расхождение по ряду преступлений против государственной власти (в частности, ст. 285, 285.1, 286, 289, 290, 292, 293 УК) — 75% респондентов имеют более высокие карательные притязания.

2.2. Закономерности мотивационной сферы уголовно-правового воздействия

Уголовно-правовые запреты, опосредующие охранительно-предупредительную функцию уголовного права, нацелены на то, чтобы сформировать и обеспечить под угрозой наказания действие сдерживающих мотивов поведения человека. Психологическая основа сдерживающих мотивов может выражаться в различных психических явлениях: у одних это уважение к закону и согласие с его требованиями, у других — страх перед уголовным наказанием. Разумеется, мотив одобрения уголовно-правовых запретов сильнее мотива боязни наказания, поскольку основывается на наиболее ценных духовных, психических качествах личности, способствует развитию правосознания и является более надежным и долгосрочным.

Вместе с тем не следует недооценивать, равно как и преувеличивать роль страха перед наказанием как мотива, сдерживающего преступное

поведение [Бабаев М.М., Пудовочкин Ю.Е., 2023: 82]. Результаты нашего социологического опроса, совпадающие с аналогичными исследованиями в предшествующие годы, показывают в качестве статической социально-психологической закономерности, что страх перед наказанием является сдерживающим мотивом не более чем для 20% граждан, а остальные не совершают преступлений по внутреннему убеждению в справедливости уголовно-правового запрета или невыгодности преступного поведения [Наумов А.В., 1983: 28]; [Коробеев А.И., 2019: 86]. Однако предупредительная роль карательной угрозы может возрастать в условиях существенного изменения социальной, экономической и политической обстановки, обуславливающей значительное обновление перечня преступлений, к которому граждане еще не успели привыкнуть, а также повышения уровня репрессивности уголовной политики.

Содержание мотивационной основы уголовно-правового воздействия характеризуется и рядом качественных закономерностей. Среди них можно выделить:

Закономерность повышения качества превентивной мотивации (от преобладания прямой угрозы и страха перед наказанием до уважения к закону, самоограничений и саморегуляции). Она характеризует историческое развитие мотивационной сферы уголовно-правового воздействия и состоит в том, что, по мере все большего приспособления человека к социальной среде, и, следовательно, подчинения его биологической природы (импульсы, страсти, инстинкты) социальной природе (правила, нормы, ценности), в системе сдерживающих мотивов постепенно уменьшается удельный вес страха перед строгой карой и возрастает уважение к закону и осознанная необходимость соблюдения его требований.

Закономерность подкрепления превентивной мотивации указывает, что в мере, в какой уголовно-правовые запреты согласуются с моральными запретами общества, психологическая основа сдерживающих мотивов поведения подкрепляется нравственной мотивацией. Мера такого подкрепления зависит не только от морального обоснования криминализации, но и от ценностных установок самой личности, степени ее интеграции в социальную систему и усвоения моральных норм. Как отмечал В.М. Коган, усиление уголовно-правового воздействия происходит за счет подключения к нему таких внутренних психологических контролеров индивидуального поведения, как чувство вины и стыда. Исходя из этого, автор формулирует закономерность: чем шире моральная основа уголовного кодекса, тем выше (при прочих равных условиях) его эффективность [Коган В.М., 2011: 277–294].

Однако значительную часть уголовно-правовых запретов невозможно оценить с моральной точки зрения. Тем не менее подкреплять их

действие моральным сознанием возможно, если вкладывать в это сознание принцип моральной ответственности за соблюдение правовых норм, аморальности преступного поведения и моральной оправданности применения уголовного наказания [Генрих Н.В., 2023: С. 69–81]. Воплощение этого принципа предполагает высокое доверие к государству, принимающему эти нормы, и высокое правовое качество самих норм.

Закономерность усиления превентивной мотивации. Она выражает зависимость результативности предупредительного воздействия уголовного закона от социально-психологического самочувствия граждан, обусловленного объективными социально-экономическими условиями их жизни, влияющими на субъективное восприятие лицом стимулов и антистимулов преступного поведения и тяжести наказания за его совершение. Поскольку оценка степени криминальной «выгоды», тягот и лишений, испытываемых лицом от наказания, зависит от уровня его жизни, постольку: чем выше качество жизни человека, тем «невыгоднее» для него преступное поведение, тем больше ее разрыв с условиями отбывания наказания, а следовательно, сильнее антикриминальная мотивация [Гальперин И.М., 1982: 95–96].

Подтверждением данной закономерности служит тот факт, что по мере улучшения социально-экономических показателей уровня жизни в России с начала 2000-х годов (в частности, снижения численности лиц с денежными доходами ниже границы бедности, сокращения уровня безработицы)⁷ и повышения степени удовлетворенности россиян различными аспектами жизни⁸, начиная с 2007 г и до настоящего времени наблюдается устойчивая тенденция к снижению уровня преступности, составившего в 2022 г. 1 966 795 преступлений⁹.

Следовательно, для усиления превентивной мотивации необходимо добиваться дальнейшего повышения качества жизни народа, благосостояния граждан и степени их удовлетворенности социальными благами.

⁷ См.: Численность населения, имеющего среднедушевые денежные доходы ниже величины прожиточного минимума, и дефицит денежного дохода, динамические ряды. Available at: URL: <https://rosstat.gov.ru/folder/13397>; Распределение общего объема денежных доходов и характеристики дифференциации денежных доходов населения. Available at: URL: <https://rosstat.gov.ru/folder/13723>; Уровень безработицы населения в возрасте 15–72 лет. Available at: URL: https://rosstat.gov.ru/labour_force; Основные показатели жилищных условий населения. Available at: URL: https://rosstat.gov.ru/statistics/zhilishhnye_usloviya (дата обращения: 09.02.2023)

⁸ См.: Жить в России: 1999–2019. Available at: URL: <https://wciom.ru/analytical-reviews/analiticheskii-obzor/zhit-v-rossii-19992019> (дата обращения: 09.02.2023)

⁹ См.: Данные ГИАЦ МВД РФ о состоянии преступности в России с 2006 по 2022 гг. Available at: URL: <https://мвд.рф> (дата обращения: 09.02.2023)

2.3. Социально-психологические закономерности объема и репрессивности уголовно-правового воздействия

Это закономерности, выражающие количественную сторону, т.е. объем и репрессивность уголовно-правового воздействия на общественную психологию и правосознание. Среди них могут быть выделены:

Закономерность «уменьшения» уголовно-правовой опеки государства над общественным сознанием и поведением. Она выявляет, что по мере того, как под влиянием общего социокультурного развития повышается уровень общественного правосознания, идеологическое (воспитательное, ценностно-ориентационное) воздействие уголовного права на сознание граждан ослабляется, обуславливая изменение его содержания от тотальной императивности до значительной диспозитивности, от абсолютного принуждения до относительного убеждения, стимулирования и поощрения самоисправления. Эта закономерность подтверждается не только исторической тенденцией смягчения карательного содержания наказаний, но и возникновением и расширением институтов освобождения от уголовной ответственности и наказания.

Закономерность колебания интенсивности уголовно-правового воздействия. Она выражает зависимость характера и механизма уголовно-правового воздействия (информационного, ценностно-ориентационного, предупредительного, частного превентивного, карательного воздействия), от менее строгих к более строгим мерам уголовно-правового характера), от уровня правосознания личности, которая состоит в следующем: чем выше степень криминогенной направленности личности, ее неустойчивости и склонности к совершению преступления, тем интенсивнее уголовно-правовое воздействие на нее; и наоборот, чем выше уровень правосознания личности, тем такое воздействие слабее (ограничено формальным действием уголовного закона).

Закономерность психологии взаимодействия общества и государства в уголовно-правовой сфере заключается в следующем: по мере того, как их интересы сходятся, в уголовно-правовом воздействии преобладает психология сотрудничества и государство ограничивает объем уголовно-правовой репрессии в общественных интересах. И наоборот: по мере того, как общественные и государственные интересы все более расходятся, в уголовно-правовом воздействии господствует психология контроля («доминирования»), и государство наращивает объем уголовно-правовой репрессии в своих интересах.

У отмеченной выше закономерности психологии взаимодействия общества и власти в уголовно-правовой сфере есть крайнее и потому крайне нежелательное проявление, которое может быть выражено в сле-

дующей социально-психологической закономерности — усиления роли и меры уголовно-правового воздействия в условиях политического антагонизма. Когда в прежде относительно едином социуме в силу социально-экономических, политических причин обостряется противоречие взглядов и идеологий общественных классов или групп, объем и репрессивность уголовно-правового воздействия возрастают, поскольку оно начинает использоваться не только для противодействия общественно опасному поведению, но и в целях удержания или завоевания власти.

Особенно заметно действие этой социально-психологической закономерности в период революционных потрясений, когда роль и присутствие уголовного законодательства в общественной жизни заметно повышаются, так как его начинают активно применять в качестве инструмента социальной борьбы. Такие события обычно сопровождаются «эффектом бумеранга»: сначала правящие элиты активно применяют уголовный закон как инструмент удержания власти, а затем пришедшие им на смену силы используют уголовно-политические средства против прежних элит с целью завоевания власти.

С точки зрения меры уголовно-правового воздействия на общественную жизнь полезно отметить еще одну закономерность, выражающую зависимость объема и репрессивности уголовного права от национально-психологических особенностей различных народов, «национального характера» (речь идет о таких этнопсихологических факторах, как внутренняя свобода, инициативность, социальная активность, самостоятельность, склонность к компромиссу, консерватизм, патернализм) [Вундт В., 2002].

В значительной степени теми или иными особенностями психического склада народа объясняется и завышенный уровень его карательных притязаний (предложения об ужесточении наказаний, о применении смертной казни, неразвитость медиации в разрешении уголовно-правовых конфликтов), наличие которого подтверждается социологическими исследованиями [Рагимов И.М., 2016: 200–209]. Не зря в науке говорят о присущем нашей ментальности уголовно-правовом идеализме, о глубоко укоренившемся в общественной психологии мнении об эффективности криминализационной практики в решении социальных проблем [Коробеев А.И., 2019: 86, 89, 246], о свойственном значительной части народа и многим чиновникам карательном мышлении, о ментальной установке на репрессивные методы регулирования конфликтных отношений [Бабаев М.М., Пудовочкин Ю.Е., 2020: 78–82].

Отмеченные факторы, безусловно, являются социально-психологической подоплекой и питательной средой формирования соответствующей модели уголовной политики и доказывают закономерность: чем более укоренена в общественной психологии идея сильного государ-

ства, тем выше роль и мера запретительно-карательных инструментов управления общественными процессами.

2.4. Закономерности социально-психологического воздействия наказаний

Как писал Ч. Беккариа, «следует употреблять только такие наказания, которые при сохранении соразмерности с преступлениями производили бы наиболее сильное и наиболее длительное впечатление на душу людей и были бы наименее мучительными для тела преступника» [Беккариа Ч., 2004: 103]. Среди закономерностей, характеризующих социально-психологический генезис и механизм влияния наказаний, целесообразно выделить:

Закономерности качественного и количественного смягчения карательного содержания наказания, выражающие тенденции его развития и заключающиеся в том, что по мере роста культуры общества и усвоения социально-полезных установок и ценностей происходит постепенное ослабление репрессивности наказаний: от объективной к виновной ответственности, от неограниченной к ограниченной (уменьшенной) вменяемости, от телесных наказаний к правоограничительным, от коллективных (групповых) к индивидуальным наказаниям, от идеи возмездия до исправления как цели наказания, от достижения целей наказания «любой ценой» до их осуществления «малой кровью» (экономии репрессии), от понятий о справедливости наказания в форме талиона до адекватности его карательного содержания характеру и степени общественной опасности преступления, обстоятельствам его совершения и личности виновного, от главной до субсидиарной роли наказания в социальном регулировании.

Закономерности предупредительного и исправительного воздействия наказания на социально-психологическую сферу личности, характеризуют степень его влияния. Она тем значительнее чем выше относительная ценность блага, которого лишает наказание; чем сильнее в массовом сознании мысль о неотвратимости и незамедлительности, неотложности применения наказания преступника; чем адекватнее тяжесть карательного содержания наказания опасности преступления; чем выше степень морального негодования общества и самого субъекта относительно запрещенного поведения.

Заключение

Из единства биологического и социального, сознательного и бессознательного в поведении человека следует, что базовые параметры систе-

мы уголовно-правового воздействия должны настраиваться с учетом общих законов психики и социально-психологических закономерностей, а конкретные параметры основываться на специальных социально-психологических закономерностях уголовного права.

В связи с этим в работе выделены общие (ассоциаций, восприятия и усвоения, инертности мышления, стереотипизации, оптимальной мотивации) и специальные социально-психологические закономерности (психосоциального воздействия уголовно-правовых запретов и наказаний, мотивационной сферы, объема и репрессивности уголовно-правового воздействия). Анализ этих закономерностей применительно к содержанию современного уголовно-правового воздействия позволяет охарактеризовать его как избыточное и чрезмерно сложное, а, следовательно, в известной степени нерелевантное в общественном сознании для регулирования поведения индивидуумов.



Список источников

1. Андреева Г.М. Социальная психология. М.: Аспект Пресс, 2001. 384 с.
2. Бабаев М., Пудовочкин Ю. «Мертвые» нормы в Уголовном кодексе: проблемы и решения. Уголовное право. 2010. № 6. С. 4–10.
3. Бабаев М.М., Пудовочкин Ю.Е. Репрессивное решение социальных проблем: причины и последствия // Российский криминологический журнал. 2016. № 3. С. 419–430.
4. Бабаев М.М., Пудовочкин Ю.Е. Российская уголовная политика XXI века.: М.: Юрлитинформ, 2020. 200 с.
5. Бабаев М.М., Пудовочкин Ю.Е. Фикции в уголовной политике // Журнал российского права. 2023. Т. 27. № 2. С. 72–87.
6. Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях. Пер. с итал. М.: Норма, 2004. 184 с.
7. Бибик О.Н. Культурное измерение уголовно-правовых и криминологических исследований: теоретические и практические аспекты: монография. М.: Юрлитинформ, 2017. 411 с.
8. Бибик О.Н. Уголовное право и культурно-историческая психология: точки соприкосновения // Российский юридический журнал. 2015. № 4. С. 38–49.
9. Братусь Б.С. (ред.) Общая психология. В 7 тт. Том 1. Введение в психологию. М.: Академия, 2005. 352 с.
10. Виноградов В.А., Ларичев А.А. Индекс этичности права как прикладной инструмент оценки соотношения права и морали // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. Том 15. № 5. С. 4–23.
11. Воронин В.Н. Социология уголовного права: методы изучения общественного мнения и их интерпретация в уголовно-правовом исследовании. Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2022. N 10. С.28–36.
12. Вундт В. Психология народов. Пер. с нем. М.: Эксмо, 2002. 861 с.
13. Гальперин И.М. Социальные изменения и содержание наказания. Планирование мер борьбы с преступностью. М.: ИГПАН, 1982. С. 94–99.

14. Генрих Н.В. Мораль и основания криминализации. Журнал российского права. 2023. № 3. С. 69–81.
15. Ефремова Г.Х., Ратинов А.Р. Правовая психология и преступное поведение. Теория и методология исследования. Красноярск: Изд-во Краснояр. ун-та, 1988. 256 с.
16. Капинус О.С. Криминализация и декриминализация деяний: поиск оптимального баланса. Общественные науки и современность. 2018. № 4. С. 37–46.
17. Караваева Ю.С. «Мертвые» специальные нормы уголовного закона как критерий избыточной (неоправданной) его специализации // Правоведение. 2022. № 1. С. 69–79.
18. Коган В.М. Социальный механизм уголовно-правового воздействия. М.: Наука, 1983. 183 с.
19. Коган В.М. Социальный механизм уголовно-правового воздействия // Российский криминологический взгляд. 2011. № 1. С. 277–294.
20. Коган В.М. Социальный механизм уголовно-правового воздействия: дис... д.ю.н. М., 1985. 440 с.
21. Козаченко И.Я. Закон идеологии и идеология уголовного закона // Российский юридический журнал. 2008. № 4. С. 23–27.
22. Комлев Ю.Ю. Теория стигматизации: генезис, объяснительный потенциал, значение // Вестник Казанского юридического института МВД России. 2016. № 2. С. 6–14.
23. Коробеев А.И. Российская уголовно-правовая политика: от генезиса до кризиса. М.: Юрлитинформ, 2019. 352 с.
24. Ланге Н.Н. Психологические исследования. Закон перцепций. Теория волевого внимания. 1893. 296 с.
25. Липпман У. Общественное мнение. Пер. с англ. М.: Фонд «Общественное мнение», 2004. 382 с.
26. Ломов Б.Ф. Методологические и теоретические проблемы психологии. М.: Наука, 1984. 439 с.
27. Лопашенко Н.А. Об уголовном наказании в России: заметки на полях Уголовного кодекса (от настоящего к будущему). Закон. 2021. № 12. С. 33–48.
28. Наумов А.В. Реализация уголовного права и деятельность следователя. Волгоград: МВД СССР, 1983. 84 с.
29. Немов Р.С. Психологический словарь. Москва: ВЛАДОС, 2007. 559 с.
30. Осипов Г.В. (ред.) Российская социологическая энциклопедия. М.: НОРМА, 1998, 664 с.
31. Пудовочкин Ю.Е. (ред.) Ошибки в квалификации преступлений:. М.: РГУП, 2020. 424 с.
32. Пудовочкин Ю.Е., Бавсун М.В. Постмодерн идей и уголовно-правовое воздействие: к постановке проблемы // Вестник Нижегородской академии МВД России, 2018. № 1. С. 181–189.
33. Рагимов И.М. О нравственности наказания. СПб.: Юридический центр, 2016. 221 с.
34. Рарог А.И. Соотношение интересов личности и государства в уголовном праве Российской Федерации // Всероссийский криминологический журнал. 2020. № 2. С. 298–304.

35. Скрипченко Н.Ю. «Уголовный проступок»: наказать нельзя освободить (анализ проекта федерального закона, одобренного Пленумом Верховного Суда РФ 31.10. 2017) // Журнал российского права. 2018. № 10. С. 85–90.
36. Сорокин П. Законы развития наказания с точки зрения психологической теории права Л.И. Петражицкого. В кн.: Новые идеи в правоведении: Эволюция преступлений и наказаний. СПб.: Образование, 1914. С. 113–151.
37. Суходольская Н.П. Социальный стереотип в жизнедеятельности людей: дис ... к.ф.н. М., 2009. 168 с.
38. Тихомиров Ю.А., Субанова Н.В. (отв. ред.) Законность: теория и практика.: Москва: Контракт, 2017. 399 с.
39. Филановский И.Г. Социально-психологическое отношение субъекта к преступлению. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1970. 174 с.
40. Фресс П., Пиаже Ж. (ред.) Оптимум мотивации. Экспериментальная психология. Вып. 5. Пер. с франц. М.: Прогресс, 1975. С. 119–125.
41. Шаргородский М.Д. Избранные труды. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. 657 с.



References

1. Andreeva G.M. (2001) Social psychology. Textbook. Moscow: Aspect Press, 384 p. (in Russ.)
2. Babaev M., Pudovochkin Yu. (2010) “Dead” norms in the Criminal Code: problems and solutions. *Ugolovnoe pravo*=Criminal Law, no. 6, pp. 4–10 (in Russ.)
3. Babaev M.M., Pudovochkin Yu.E. (2016) Repressive solution of social problems: causes and consequences. *Rossiyskiy kriminologicheskiy zhurnal*=Russian Journal of Criminology, vol. 10, no. 3, pp. 419–430 (in Russ.)
4. Babaev M.M., Pudovochkin Yu.E. (2020) Russian criminal policy of the XXI century. Moscow: Yurlitinform, 200 p. (in Russ.)
5. Babaev M.M., Pudovochkin Yu.E. (2023) Fictions in criminal policy. *Zhurnal rossiyskogo prava*=Journal of Russian Law, vol. 27, no. 2, pp. 72–87 (in Russ.)
6. Beccaria Ch. (2004) *About crimes and punishments*. Moscow: Infra-M, 184 p. (in Russ.)
7. Bibik O.N. (2017) Cultural dimension of criminal law and criminological research: theoretical and practical aspects. Moscow: Yurlitinform, 411 p. (in Russ.)
8. Bibik O.N. (2015) Criminal law and cultural-historical psychology: points of contact. *Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal*=Russian Law Journal, no. 4, pp. 38–49 (in Russ.)
9. Bratus B. S. (ed.) (2005) General Psychology. Vol. 1. Introduction to Psychology. A textbook. Moscow: Academy, 352 p. (in Russ.)
10. Efremova G.H., Ratinov A.R. (1988) *Legal psychology and criminal behavior. Theory and methodology of research*. Krasnoyarsk: University, 256 p. (in Russ.)
11. Filanovsky I.G. (1970) *Socio-psychological attitude of the subject to crime*. Leningrad: University, 174 p. (in Russ.)
12. Fress P., Piaget J. (ed.) (1975) Optimum motivation. Experimental psychology. Moscow: Progress, pp. 119–125 (in Russ.)
13. Galperin I.M. (1982) Social changes and the content of punishment. Planning measures to combat crime. Moscow: IGPAN, pp. 94–99 (in Russ.)

14. Henrikh N.V. (2023) Morality and the grounds of criminalization. *Zhurnal rossijskogo prava*=Journal of Russian Law, vol. 27, no. 3, pp. 69–81 (in Russ.)
15. Kapinus O.S. (2018) Criminalization and decriminalization of acts: the search for an optimal balance. *Obshchestvenny'e nauki i sovremennost*=Social sciences and modernity, no. 4, pp. 37–46 (in Russ.)
16. Karavaeva Yu. S. (2022) “Dead” special norms of the criminal law as a criterion of excessive (unjustified) specialization. *Pravovedenie*=Jurisprudence, no. 1, pp. 69–79 (in Russ.)
17. Kogan V.M. (1983) Social mechanism of criminal legal impact. Moscow: Nauka, 183 p. (in Russ.)
18. Kogan V.M. (1985) Social mechanism of criminal legal impact. Dis. ... doct. jurid. sciences' Moscow, 440 p. (in Russ.)
19. Kogan V.M. (2011) Social mechanism of criminal legal impact. *Rossiiskij kriminologicheskij vzglyad*=Russian criminological view, no. 1, pp. 277–294 (in Russ.)
20. Komlev Yu.Yu. (2016) Theory of stigmatization: genesis, explanatory potential, meaning. *Vestnik Kazanskogo yuridicheskogo instituta MVD Rossii*=Bulletin of the Kazan Law Institute of Internal Ministry, no. 2, pp. 6–14 (in Russ.)
21. Korobeev A.I. (2019) *The Russian criminal law policy: from genesis to crisis*. Moscow: Yurлитinform, 352 p. (in Russ.)
22. Kozachenko I.Y. (2008) The law of ideology and the ideology of criminal law. *Rossiiskiy yuridicheskij zhurnal*=Russian Law Journal, no. 4, pp. 23–27 (in Russ.)
23. Lange N.N. (1893) Psychological research. The law of perceptions. Theory of volitional attention. S.L., 296 p. (in Russ.)
24. Lippman U. (2004) Public opinion. Moscow: Obschitvennoe mnenie, 382 p. (in Russ.)
25. Lomov B.F. (1984) Methodological and theoretical problems of psychology. Moscow: Nauka, 439 p. (in Russ.)
26. Lopashenko N.A. (2021) On criminal punishment in Russia: notes on the margins of the Criminal Code (from the present to the future). *Zakon*=Law, no. 12, pp. 33–48 (in Russ.)
27. Naumov A.V. (1983) The implementation of criminal law and activities of investigator. A manual. Volgograd: Ministry of Internal, 84 p. (in Russ.)
28. Nemov R. S. (2007) Psychological dictionary. Moscow: VLADOS, 559 p. (in Russ.)
29. Osipov G.V. (ed.) (1998) Russian Sociological Encyclopedia. Moscow: Norma, 664 p. (in Russ.)
30. Pudovochkin Yu. E. (ed.) (2020) Errors in the qualification of crimes. Moscow: Russian University of Justice, 424 p. (in Russ.)
31. Pudovochkin Yu. E., Bavsun M.V. (2018) Postmodern ideas and criminal legal impact: a problem statement. *Vestnik Nizhegorodskoy akademii MVD Rossii*=Bulletin of Nizhny Novgorod Academy of Internal Ministry, no. 1, pp. 181–189 (in Russ.)
32. Ragimov I. M. (2016) *On the morality of punishment*. Saint Petersburg: Juridical Center Press, 221 p. (in Russ.)
33. Rarog A.I. (2020) Correlation of interests of the individual and the state in the criminal law of the Russian Federation. *Vserossiiskiy kriminologicheskij zhurnal*=Russian Criminological Journal, no. 2, pp. 298–304 (in Russ.)
34. Shargorodsky M.D. (2004) Selected works. Saint Petersburg: Juridical Center Press, 657 p. (in Russ.)

35. Skripchenko N. Yu. (2018) "Criminal offense": it is impossible to punish to release (analysis of the draft approved by Plenum of Supreme Court of the Russia on October 31, 2017). *Zhurnal rossiyskogo prava*=Journal of Russian Law, no. 10, pp. 85–90 (in Russ.)
36. Sorokin P. (1914) Laws of development of punishment from view of the psychological theory of L.I. Petrazhitsky. In: New ideas in jurisprudence: The evolution of crimes and punishments. Saint Petersburg: Obrazovanie, pp. 113–151 (in Russ.)
37. Sukhodolskaya N.P. (2009) Social stereotype in the life of people. Candidate of Philosophical Sciences Thesis. Moscow, 168 p. (in Russ.)
38. Tikhomirov Yu.A., Subanova N. V. (eds.) (2017) Legality: theory and practice. Moscow: Contract, 399 p. (in Russ.)
39. Vinogradov V.A., Larichev A.A. (2022) The index of ethics of law as an applied tool for assessing the relationship between law and morality. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, vol.15, no. 5, pp. 4–23 (in Russ.)
40. Voronin V.N. (2022) Sociology of criminal law: methods of studying public opinion and their interpretation in criminal law research. *Vestnik Universiteta Kutafina (MGYuA)*=Bulletin of the Kutafin University, no, 10, pp. 28–36 (in Russ.)
41. Wundt V. (2002) *Psychology of peoples*. Moscow: Eksmo, 861 p. (in Russ.)

Информация об авторе:

В.К. Андрианов — кандидат юридических наук, доцент.

Information about the author:

V.K. Andrianov — Candidate of Sciences (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 09.03.2023; одобрена после рецензирования 11.10.2023; принята к публикации 11.12.2023.

The article was submitted to editorial office 09.03.2023; approved after reviewing 11.10.2023; accepted for publication 11.12.2023.

Дискуссионный клуб

Научная статья

УДК: 343.148.22

DOI:10.17323/2072-8166.2024.1.163.189

Фронтир биологии и горизонты юриспруденции: влияние исследования природы человеческой агрессии на развитие уголовной юстиции



Дмитрий Вадимович Бахарев

Тюменский государственный университет, Россия, 625003, Тюмень, ул. Володарского, 6, demetr79@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0003-3922-3554>



Аннотация

Стремительный рывок, произошедший за последние десятилетия в области нейробиологии и молекулярной генетики, актуализировал проблему познания нейронных и генетических основ социально значимого поведения. В результате все больше ученых в области социальных и поведенческих наук начинает проявлять интерес к подобным исследованиям с целью сверки и корректировки результатов своих работ в данном направлении. Юриспруденция и в первую очередь уголовно-правовые науки, не являются в данном случае исключением. В кругу их специалистов уже давно циркулирует мнение о том, что методики исследований, реализуемые в науках естественно-научного цикла, и добываемые посредством их данные имеет смысл последовательно внедрять в практику правоохранительной деятельности. В статье содержатся результаты анализа ключевых тенденций в области использования нейробиологической и генетической информации в рамках уголовного судопроизводства США по делам о тяжких насильственных преступлениях. К ним следует отнести: последовательный рост числа рассматриваемых уголовных дел, включающих данные нейробиологических исследований; отсутствие у нейробиологических доказательств постоянного «смягчающего» эффекта; более благоприятное восприятие судом и присяжными нейроданных, представляемых стороной защиты по делам о преступлениях несовершеннолетних; увеличение доли апелляционных жалоб обвиняемых на игнорирование либо неэффективное использование их защитниками нейробиологической информации

(в рамках «стандарта Стрикленда») и при этом непропорционально большой процент их удовлетворения; фактическое требование судом от адвокатов постоянного мониторинга новейших исследований в данной области, при одновременном применении аналогичного стандарта качества профессиональной деятельности и по отношению к самому себе. Отмечая расхождение этих правоприменительных тенденций с положениями традиционных социологических теорий, объясняющих природу происхождения социальных девиаций, автор формулирует ряд полемических тезисов, научное и практическое обсуждение которых, по его мнению, способно определить перспективы использования достижений биологической науки для развития отечественной сферы уголовной юстиции.



Ключевые слова

когнитивная нейробиология; поведенческая генетика; биосоциальная криминология; уголовная юстиция; суд; агрессия; смертная казнь; моноаминоксидаза А (МАОА).

Благодарности: статья опубликована в рамках проекта по поддержке публикаций авторов российских образовательных и научных организаций в научных изданиях НИУ ВШЭ.

Для цитирования: Бахарев Д.В. Фронт биологии и горизонты юриспруденции: влияние исследований природы человеческой агрессии на развитие уголовной юстиции // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 1. С. 163–189. DOI: 10.17323/2072-8166.2024.1.163.189

Discussion Club

Research article

Frontier of Biology and Horizons of Jurisprudence: Influence of Studies in Nature of Human Aggression on Development of Criminal Justice



Dmitry V. Bakharev

Tyumen State University, 6 Volodarsky Str., Tyumen, 625003, Russia, demetr79@mail.ru, <https://orcid.org/0000-0003-3922-3554>



Abstract

The breakthrough in neurobiology and molecular genetics over the last decades has made the problem of understanding the neural and genetic basis of socially significant behaviour more topical. As a result, an increasing number of representatives of social and behavioural sciences are becoming interested in such research in order to reconcile and adjust the results of their developments in this area. Jurisprudence and, first of all, criminal-legal sciences are not an exception in this case. Their representatives have

long circulated the opinion that it makes sense to consistently introduce the research methods implemented in the sciences of the natural science cycle and the data extracted through them into the practice of law enforcement. This article presents the results of an analysis of key trends in the use of neurobiological and genetic information in US criminal proceedings for serious violent crimes. These include: a consistent increase in the number of criminal cases being tried that include neurobiological research data; the lack of a permanent “mitigating” effect of neurobiological evidence; and more favourable court and jury perceptions of neurodata presented by the defence in juvenile delinquency cases; an increase in the proportion of appeals by defendants alleging neglect or ineffective use of neurobiological information by their defence counsel in the investigation and trial of criminal cases and, at the same time, a disproportionately high percentage of such appeals; the courts’ adherence to the position that demonstrating an increased risk of antisocial behaviour, with an increased risk of harm to the child’s mental health, is the most effective way to ensure that the defendant’s defence counsel is able to demonstrate an increased risk of antisocial behaviour. In doing so, the court actually requires lawyers to constantly monitor the latest research in the field, setting a similar standard of professional quality for themselves. Noting the discrepancy of these law enforcement trends with the provisions of traditional sociological theories explaining the nature of the origin of social deviations, the author formulates a number of polemical theses, scientific and practical discussion of which, in his opinion, can determine the prospects of using the achievements of biological science for the development of domestic criminal justice.



Keywords

cognitive neuroscience; behavioral genetics; biosocial criminology; criminal justice; court; aggression; death penalty; monoamine oxidase A (MAOA).

Acknowledgments: the paper is published within the project of supporting the publications of the authors of Russian educational and research organizations in the National Research University Higher School of Economics academic publications.

For citation: Bakharev D.V. (2024) Frontier of Biology and Horizons of Jurisprudence: Influence of Studies in Nature of Human Aggression on Development of Criminal Justice. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 17, no. 1, pp. 163–189 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2024.1.163.189

Введение

Свершившаяся в последние десятилетия революция в области нейронаук (neuroscience) — зафиксированный мировой научной общественностью факт. Данное междисциплинарное направление специализируется на изучении фундаментальных принципов работы мозга и центральной нервной системы (далее — ЦНС) в целях объяснения сущности мышления, памяти, интеллекта и сознательной деятельности. Магистральный путь развития современной нейронауки или нейробиологии состоит в изучении принципов функционирования и развития нервной системы на молекулярном, клеточном уровне, на уровне биологических нейронных

сетей и структуры мозга в нормальном и патологическом состоянии [Судакова Т.М., 2022: 180]. Прогрессу в данной области исследований способствовало появление и стремительное развитие неинвазивных технологий нейровизуализации: магнитно-резонансной томографии (MRI), функциональной магнитно-резонансной томографии (fMRI), позитронно-эмиссионной томографии (PET), однофотонной эмиссионной компьютерной томографии (SPECT), магнитоэнцефалографии (MEG), воксельной морфометрии (VBM) и ряда других, позволяющих получать данные о структуре и активности мозга в виде изображений [Полубинская С.В., 2019: 14].

По результатам исследований в данной сфере постепенно все большее подтверждение находит гипотеза, в соответствии с которой эмоции в мозгу человека регулируются иерархически организованной корково-лимбической цепью в составе миндалевидного тела, префронтальной и передней поясной коры, гиппокампа, гипоталамуса и ряда других взаимосвязанных областей [Davidson R.J., 2000: 591]. Они участвуют в контроле нейронных цепей, запускающих защитные, агрессивные или избегающие поведенческие модели. Особая роль принадлежит первым трем из них: чрезмерная реактивность миндалевидного тела в сочетании с неадекватной префронтальной регуляцией (вследствие изменений в передней поясной коре) увеличивает вероятность агрессивного поведения [Pavlov K.A. et al., 2012: 62]; [Rosell D.R., Siever L.J., 2015: 260–261]¹.

Кроме того, исследования при помощи современных нейротехнологий четко свидетельствуют: повреждения головного мозга (прежде всего орбитофронтальной коры) увеличивают риск преступного поведения. Продольное (сплошное) исследование более 231 тыс. человек из Швеции зафиксировало трехкратное увеличение числа насильственных преступлений после черепно-мозговой травмы (далее — ЧМТ), с учетом поправки на демографические факторы. Аналогичное исследование 12 058 человек в Финляндии показало, что ЧМТ в детском и подростковом возрасте ассоциировалось с 1,6-кратным увеличением преступно-

¹ Вместе с тем некоторые специалисты скептически оценивают как методику, так и теоретические выводы подобных исследований. По их мнению, подобное «картирование» мозга, перечисление отделов мозга, участвующих в психическом ответе того или иного свойства, мало дает в плане понимания общего механизма нейронной корреляции с психическими переживаниями, обусловленными явлениями социального свойства: «Имеющиеся примеры исследований из области социальной нейронауки никак не поддерживают статус последней как системной, а картирование мозга не заменяет сложных биопсихосоциальных моделей. Конечно, отдельное значение имеют методики исследований, используемые в нейронауке. Они разнообразны и нередко высоко продуктивны. Так, замеры физиологических параметров много точнее отражают эмоциональные переживания человека, нежели ответы на опросники, иные формы самоотчета или непосредственное наблюдение за поведением. Но до настоящего мультидисциплинарного подхода очень далеко». См.: [Холмогорова А.Б., Рычкова О.В., 2017: 14–15].

сти во взрослом возрасте (после исключения статистической погрешности). Причем дети, перенесшие ЧМТ в возрасте до 12 лет, значительно раньше начали криминальную «карьеру», чем перенесшие ЧМТ после 12 лет. Эти исследования показывают, что информация об особенностях структуры и функций мозга, независимо от того, опосредованы ли они индивидуальными особенностями развития нервной системы или прямым физическим (травматическим) воздействием в более позднем возрасте, может быть действительно полезной для определения круга лиц, подверженных более высокому риску преступного поведения [Glenn A.L., Raine A., 2014: 56].

Естественно, что прежние теоретические построения поведенческих наук и прежде всего психологии, подверглись всесторонней ревизии с точки зрения зафиксированных нейронауками фактов и выявленных закономерностей. В ходе этого процесса постепенно оформилось новое междисциплинарное научное направление — *когнитивная нейробиология*, исследующая взаимосвязь между активностью головного мозга, а также другими аспектами функционирования ЦНС с познавательными процессами и поведением. Соответственно интерес к познанию нейронных основ социально значимого поведения начинает проявлять все большее количество специалистов в области поведенческих и социальных наук.

В качестве примера целесообразно указать на результаты исследований известного американского специалиста в области клинической психологии и нейробиологии Т. Моффитт. По ее наблюдениям, примерно 5% мальчиков стабильно демонстрируют признаки экстремально-антисоциального поведения. Причем вокруг этой цифры традиционно колеблется и доля мужчин, впервые арестовываемых полицией в подростковом возрасте, и процент осужденных взрослых молодых мужчин за насильственные преступления, и распространенность в мужской популяции лиц с «антисоциальным расстройством личности» (*antisocial personality disorder*).

Однако эти данные не согласуются с диаграммой, демонстрирующей соотношение числа правонарушений и возраста лиц, их совершивших. Вершина кривой располагается в возрастном промежутке от 15 до 20 лет, а доля лиц этого возраста, вовлеченных в противоправную деятельность, составляет около 65% [Moffitt T.E., 1993: 677–678]. Означает ли такая картина то, что в подростковом возрасте увеличивается количество людей, готовых совершить преступление, или, напротив, незначительное, но стабильное число правонарушителей (например, те же 5%) продуцирует большее количество правонарушений в подростковом возрасте? По мнению Моффитт, обе эти группы вносят свой «вклад» в формирование кривой делинквентности: и незначительная (5–10%) группа лиц, прояв-

ляющих антиобщественное поведение того или иного рода на каждом этапе жизни — life-course-persistent (LCP), и большая подростково-возрастная когорта — adolescent-limited (AL), короткая криминальная карьера которой заполняет верхушку кривой «возраст-преступность». Временную приверженность подростков из второй группы антисоциальному стилю поведения американская исследовательница объясняет их стремлением продемонстрировать таким образом свою социальную зрелость, юридический момент признания которой эпоха модернизма отодвинула гораздо дальше от периода биологической зрелости, наступающего теперь раньше (вследствие значительного улучшения уровня жизни), чем в доиндустриальную эпоху.

Напротив, синдром стойкого асоциального поведения на протяжении всей жизни (далее — LCP) у примерно 5-10% всех мужчин имеет, по мнению Моффитт, биологическую основу в виде дисфункций нервной системы. При этом его органическое происхождение не имеет исключительно биологической детерминированности. Скорее, индивидуальные различия в состоянии нервной системы поставляют исходный материал для последующего взаимодействия человека с окружающей средой [Moffitt T.E., 1993: 685–689]. Таким образом, Моффитт сформулировала теорию, в соответствии с которой примерно каждый десятый или двадцатый представитель мужской популяции не способен адаптироваться к взаимодействию с социальной средой в силу имеющихся у него биологических особенностей. Одной из форм его реакции на различные социальные конфликты могут выступать и поступки антиобщественного свойства (в том числе имеющие характер физической агрессии).

Одновременно активное развитие в последние десятилетия молекулярной генетики способствовало всплеску интереса к изучению природы происхождения индивидуальных различий в поведении индивидуумов. Этим занимается поведенческая генетика (behavioural genetics). Одно из ключевых ее направлений сегодня — поиск генов-участников агрессивного поведения. К решению этой задачи можно двигаться двумя путями.

Первый — это изучение генов-кандидатов, связь которых с конкретной формой поведения весьма вероятна. Применительно к агрессии в качестве таковых, естественно, рассматриваются полиморфные варианты генов, вовлеченных в механизм регуляции нейротрофики и функционирования нейромедиаторных систем мозга, и, в первую очередь, участвующих в метаболизме серотонина и дофамина (например, моноаминоксидаза А (MAOA)², дофаминовый рецептор 2 (DRD₂), переносчик

² По результатам одного влиятельного (более 6.000 цитирований, по данным Google Scholar) исследования установлено, что функциональный полиморфизм в гене MAOA смягчает последствия жестокого обращения. У детей, подвергшихся жестокому обращению и имеющих генотип, обеспечивающий высокий уровень экспрессии MAOA,

серотонина (5-НТТ или SLC6A4) и дофаминовый фермент катехол-О-метилтрансферазы (COMT). К настоящему времени проведено множество исследований, как подтверждающих ассоциацию полиморфизма этих генов с различными формами агрессивного поведения, так и опровергающих эту гипотезу [Tremblay R.E. et al., 2018]; [Pavlov K.A. et al, 2012]; [Trifu S. et al., 2020]. Такие противоречивые результаты объясняются тем, что влияние отдельных генов на агрессивное поведение опосредовано также предшествующим опытом их носителей, и, особенно, условиями раннего развития и воспитания таких индивидуумов [Маркель А.Л., 2016: 674]. Как отмечают ведущие отечественные специалисты по генетике поведения, «хорошие условия воспитания, наличие хорошей родительской заботы блокируют проявление генов агрессивности, в то время как плохие условия и отсутствие родительской заботы способствуют проявлениям агрессивности. Эта же закономерность получена при исследовании на животных (крысы, обезьяны) и, по-видимому, является для животных универсальной» [Кудрявцева Н.Н., Маркель А.Л., Орлов Ю.Л., 2014: 1143].

Второе возможное направление поиска генов-«агрессоров» исходит из сегодняшнего знания о том, что геном человека составляют порядка 20 тыс. генов. Следовательно, можно предположить, что не только вышеперечисленные гены влияют определенным образом на агрессивное поведение. Попытки поиска других кандидатов на эту роль активно предпринимаются в рамках полногеномного поиска ассоциаций (далее — GWAS), однако пока безуспешно. До настоящего времени не удается выявить явной ассоциации каких-либо вариантов генов не только с поведенческими, но и даже физиологическими (рост, индекс массы тела и др.) признаками. Так, поиск генетических вариантов, связанных с успехами в образовании, оценил наиболее высокий генетический вклад лишь в 0,02%, а все выявленные «интересные» варианты в сумме объясняли около 2% общей изменчивости [Rietveld C.A. et al., 2013: 1469]. Однако несмотря на эти обстоятельства, некоторые генетики, твердо относя агрессивность к наследуемым признакам (с вероятностью около 50%), прогнозируют в перспективе доказательство этого и при помощи метода GWAS (при условии увеличения выборки и повышения степени ее разнообразия) [Odintsova V.V. et al., 2019: 188].

В целом вырисовывающуюся на сегодняшний день социально-биологическую схему человеческого поведения, в том числе и агрессии, можно

реже развивались «антисоциальные проблемы». Эти данные, по мнению авторов, «могут частично объяснить, почему не все жертвы жестокого обращения вырастают и становятся жертвами других, а также поставляют «эпидемиологические» доказательства того, что генотипы могут смягчать чувствительность детей к неблагоприятным влияниям внешней среды». См.: [Caspi A. et al., 2002: 851].

свести к следующему: с одной стороны, генетические факторы влияют на факторы биологические (возбудимость и гормональный уровень), а также на конкретные аспекты функционирования мозга, которые, в свою очередь, влияют на поведение [Porm A., Raine A., 2006]. Одновременно биологическая предрасположенность влияет на то, как личности реагируют на окружающую среду, факторы которой, в свою очередь, могут влиять на экспрессию генов, уровень гормонов и нейротрансмиттеров, и, в конечном итоге, на структуру и функции головного мозга [Fosquaert F., 2019]. В какой мере эти данные учитываются или какова тенденция к их учету в рамках юридической науки и практики?

1. Сфера уголовной юстиции как точка пересечения проблемных полей биологии и юриспруденции

Настойчивые призывы включить данные когнитивной нейробиологии и поведенческой генетики в проблемное поле других наук раздаются, в первую очередь, из среды криминологов, изучающих закономерности преступного поведения, и специалистов в области уголовного права и процесса, которым новейшие данные когнитивной нейробиологии и поведенческой генетики дают повод для дискуссий о пересмотре доктринальной и нормативно-правовой базы, регламентирующей основания уголовной ответственности и вопросы вменения, а также алгоритм доказывания виновности/невиновности обвиняемого [Алферова Е.В., 2023]. Действительно, сфера уголовной юстиции является наиболее очевидной точкой пересечения проблемных полей биологии и юриспруденции. Это объясняется, на наш взгляд, следующими обстоятельствами.

Во-первых, феномен человеческого поведения, явно выходящего за рамки правил человеческого общежития (зачастую имеющего в своей основе агрессивную составляющую и нередко рассматриваемого впоследствии в качестве преступного), находится в центре внимания когнитивных нейробиологов с момента внедрения в исследовательскую практику технологий нейровизуализации³. Однако за истекшие более

³ Еще в 1987 г. были опубликованы результаты исследования ученых Техасского университета, в котором в качестве объекта изучения фигурировали четыре человека «с историей повторяющегося бесцельного насильственного поведения». Их мозг был обследован при помощи различных методов нейровизуализации: электроэнцефалография (ЭЭГ), компьютерная томография (КТ) и позитронно-эмиссионная томография (ПЭТ). Были получены следующие результаты: «У трех пациентов наблюдалась пиковая активность в левых височных областях, а у двух на КТ были выявлены аномалии, характеризующиеся генерализованной корковой атрофией. ПЭТ-сканирование для четырех случаев показало признаки нарушений кровотока и метаболизма в левой ви-

чем три десятилетия наблюдается постепенное смещение исследовательского внимания с поиска локусов первичной модуляции «агрессивных» импульсов в головном мозге индивидуума к построению нейродинамических схем всего процесса — от исходного сигнала до действия в форме физиологического акта.

Во-вторых, практически с этого же времени в кругу юристов циркулирует мнение, что методики исследований, реализуемые в науках естественно-научного цикла, и добываемые посредством их данные имеет смысл последовательно внедрять в практику уголовного правосудия в целях улучшения качества ее деятельности за счет, в первую очередь, повышения уровня объективности при оценке надежности исследуемых доказательств. Вплоть до настоящего времени эта процедура продолжает базироваться, пусть не исключительно, но в основном на судебском усмотрении. Перспективы использования нейропсихологических доказательств в уголовно-процессуальном контексте на заре внедрения нейротехнологий в когнитивные исследования виделись их сторонникам в возможности эксперта-специалиста «привести количественные, нормативные данные о взаимосвязях между мозгом и поведением в подтверждение того, что традиционно было продуктом экспертного заключения, основанного на исследованиях психического статуса и методах клинического опроса» [Martell D.A., 1992: 315].

В-третьих, следует констатировать, что результаты деятельности правоохранительных систем большинства стран мира в наши дни находятся вне значимой корреляции с тенденциями развития преступности как социального явления. Классическая концепция справедливого воздаяния за содеянное, постулируемая со времен Беккариа и философов-энциклопедистов, давно доказала свою несостоятельность с точки зрения закрепления за наказанием не только карательной, но и превентивной функции. Реализуется только первая, и сегодня индустрия уголовной юстиции фактически в любом обществе выступает лишь в качестве одного из средств сохранения традиционного социально-политического уклада: если есть нарушители норм уголовного закона, значит, должна существовать и машина уголовной репрессии.

Совсем другое дело, если все-таки удастся переориентировать ее с результата (наказание) на процесс (контроль за поведением), в котором биомаркеры потенциального правонарушителя будут являться ключевым элементом системы такого контроля. В этих условиях нельзя исключать ситуации, при которой прогресс в области когнитивного естествознания в дальнейшем способен расширить не только наше по-

сочной доле. У двух пациентов также были выявлены нарушения в лобной коре». См.: [Volkow N.D., Tancredi L., 1987: 668].

нимание связей мозга и поведения человека, но и «повлиять на осмысление в доктрине и практическое применение таких категорий уголовного права, как, например, вина, вменяемость (невменяемость) и возраст уголовной ответственности». Однако значительная часть специалистов, анализирующих перспективы внедрения результатов нейробиологических исследований в уголовно-правовую доктрину и практику, пока не склонны к «завышенным ожиданиям в отношении мозга» и поддерживают тезис: «мозг не совершает преступлений; преступления совершают люди» [Полубинская С.В., 2019: 28–29].

В-четвертых, серьезным стимулом для пересмотра традиционных подходов к организации деятельности системы уголовного правосудия выступает также расширение масштабов теоретического влияния и повышение степени убедительности аргументов, высказываемых представителями биосоциальной криминологии. Их главный тезис таков: анти-общественное поведение человека (в первую очередь, то, которое имеет в своей основе импульсивность и агрессию), нередко проявляющееся в определенных формах преступной деятельности, имеет не только социальные, но и биологические корни, вероятность выявления которых и оценки их влияния в общем поведенческом механизме в результате научно-технического прогресса неуклонно возрастает.

Сосредоточенная на изучении данного вопроса, а также в целом на анализе и обобщении современных достижений в области естествознания и последующей их адаптации к предметной области наук уголовно-правового цикла, сегодняшняя биосоциальная криминология является одним из основных драйверов развития этой сферы юриспруденции. На сегодняшний день опубликованы сотни статей по данной проблематике и несколько монографий [Beaver K.M., Walsh A., 2009]; [Beaver K.M. et al., 2014]; [Rafter N.H. et al., 2016]; [Walters G.D., 2022]. Большинство современных учебников криминологии в США и Западной Европе содержит раздел, рассматривающий истоки преступного поведения в биосоциальном разрезе [Burke R.H., 2021]; [Lilly J.R. et al., 2019]. Наконец, выходит и учебная литература, посвященная непосредственно биосоциальной криминологии [De Lisi M. et al., 2018]. Все это свидетельствует о поступательном векторе развития данного направления применительно к рассмотрению существа охватываемых им проблем.

2. Почему сегодня судья, прокурор и защитник в США изучают когнитивную нейробиологию и поведенческую генетику?

Итак, какие трансформации произошли или хотя бы наметились в рассматриваемой сфере за рубежом в результате или на фоне достиже-

ний когнитивной нейробиологии и поведенческой генетики в условиях влияния вышеперечисленных и иных благоприятствующих этому обстоятельств? В какой мере новейшие данные этих наук принимаются во внимание (или какова тенденция к их учету) в рамках уголовно-процессуальной деятельности по рассмотрению дел о преступлениях, имеющих явную агрессивную природу?⁴

Опыт США в этом вопросе показывает, что практика выдвижения стороной защиты аргументов биологического или медицинского свойства прямо отражает состояние и вектор развития научных исследований биологической стороны личности правонарушителя. Так, на рубеже 1960-х–1970-х гг. защита по некоторым нашумевшим уголовным делам о совершении насильственных преступлений строилась на положениях «хромосомной» теории, в основу которой легли результаты новейших на тот момент исследований, утверждавших, что в тюрьмах строгого режима в США и других стран содержалось непропорционально большое количество мужчин с дополнительной хромосомой Y (XYY). Такие личности демонстрировали незрелость личности, дефекты развития или неадекватный контроль над агрессивными инстинктами и эмоциональными реакциями.

К середине 1970-х гг. защита, основанная на концепции «XYY-синдрома», строилась в рамках пяти дел и лишь по одному из них (Австралия, 1968 г.) суд признал подсудимого невменяемым в связи с наличием у него данной генетической аномалии [Полубинская С.В., 2022: 26]. Во всех остальных случаях аргументация судебного вердикта обычно сводилась к тому, что ссылка стороны защиты на невменяемость подсудимого возможна только в том случае, если может быть установлена этиологическая связь между его умственными способностями и генетическим синдромом, который «настолько повлиял на мыслительные процессы, что существенно препятствовал когнитивным способностям подсудимого или его способности понимать или ценить основы морального кодекса своего общества», и что «имеющиеся в настоящее время медицинские доказательства не могут определенно установить причинно-следственную связь между XYY-дефектом и преступным поведением» [Rose N., 2000: 10–11].

В 1980-х гг. в американских судах в качестве доказательств начинают фигурировать данные о результатах применения новейших технологий визуализации головного мозга обвиняемых. Одним из наиболее нашумевших стало дело против Джона Хинкли, обвиняемого в покушении

⁴ Исследованию этих вопросов посвящено значительное количество работ С.В. Полубинской. См.: [Полубинская С.В., 2019]; [Полубинская С.В., 2021]; [Полубинская С.В., 2022]. Автор настоящей статьи в дальнейшем анализе постарается сосредоточиться на более частных и менее изученных аспектах указанной проблематики.

на президента США Р. Рейгана в 1981 г. Суд встал на сторону защиты, представившей многочисленные свидетельства (в том числе результаты компьютерной аксиальной томографии (CAT)) в пользу того, что Хинкли в момент совершения преступления был невменяем, поскольку страдал шизофренией [Denno D.W., 1988: 616]. Вместе с тем оправдание Хинкли на основании пункта «невинен по причине невменяемости» придало дополнительный импульс масштабному реформированию оснований защиты по причине невменяемости. Они были существенно ограничены примерно в 40 штатах, преобразованы в статус «виновны, но психически больны» в восьми других (вердикт, допускающий любой приговор, вплоть до смертной казни включительно) и полностью отменены в двух штатах: Иллинойсе и Айдахо. Однако в 1992 г. впервые в США суд разрешил эксперту опираться на результаты ПЭТ-сканирования при определении вменяемости подсудимого, хотя по данному делу (People v. Weinstein) было только смягчено обвинение (с убийства до непредумышленного убийства) [Rose N., 2000: 12].

В 1990-е гг. резонанс вызвало дело Стивена Мобли, убившего выстрелом в затылок менеджера магазина при попытке его ограбления в феврале 1991 г. Адвокаты Мобли (находившегося на момент совершения преступления в возрасте 25 лет и отличавшегося «неспособностью контролировать свои импульсы или усвоить какую-либо систему ценностей») предъявили на суде в качестве смягчающего вину обстоятельства сведения из генеалогического анамнеза семьи обвиняемого: в четырех поколениях его предков отмечались насилие, агрессии и другие расстройства поведения. Защита утверждала, что эти сведения могут иметь значение в контексте исследования семейной истории насилия, проведенного Х. Бруннером в Нидерландах. Оно предположительно выявило синдром, при котором пограничная умственная отсталость была связана с аномальным поведением, включая насилие и агрессию: исследования генетического сцепления показали, что этот синдром связан с точечной мутацией в гене, регулирующем выработку фермента моноаминоксидазы А (МАОА), а также с изменениями уровня различных нейротрансмиттеров [Brunner H.G. et al., 1993: 578–580].

Тем не менее Верховный суд штата Джорджия отказал в удовлетворении ходатайства защиты о дополнительном генетическом исследовании Мобли (объяснив, что генетическая теория, задействованная в деле Мобли, «не достигнет научной стадии, достоверно проверяемой в ближайшем будущем, и... случай Мобли не может показать, что такая стадия когда-либо будет достигнута»), в 1994 г. присяжные признали его виновным и приговорили к смертной казни. В 2005 г. приговор был приведен в исполнение [Denno D.W., 2011: 981–982].

3. Нейробиологическая и генетико-поведенческая стратегии использования данных когнитивного естествознания в уголовном процессе США

Вряд ли ошибочно утверждать, что оба последних дела стали отправной точкой формирования двух самостоятельных, хотя и в значительной степени пересекающихся стратегий использования данных биологической науки в уголовном процессе США — нейробиологической и генетико-поведенческой. Причем характер судебных решений по обоим делам задал усредненный стандарт восприятия судом и присяжными фактов и аргументов, приводимых в ходе процесса специалистами в области когнитивной нейронауки и поведенческой генетики. Доводы первых гораздо чаще оказывают влияние на характер вердикта (о виновности/невиновности лица и, соответственно, о назначении либо освобождении его от наказания), нежели информация экспертов-генетиков. Вплоть до последнего времени американские суды не проявили склонности к оценке доводов о связи генетики человека с его противоправным поведением в качестве научно обоснованных и, соответственно, полноценных в доказательственном аспекте. Тем не менее, прецедентный, значимый для развития американского уголовного правосудия потенциал имеют данные, добываемые специалистами обеих указанных отраслей когнитивного естествознания, а также особенности их восприятия и интерпретации судом, присяжными, сторонами обвинения и защиты.

Количество рассматриваемых американскими судами уголовных дел, в которых в том или ином контексте фигурируют данные нейробиологических исследований (чаще всего они сообщаются экспертами защиты или в порядке *amicus*), ежегодно увеличивается⁵. Исследовательница Д. Денно за 20-летний период (1992–2012 гг.) проанализировала 800 подобных дел, причем в 553 из них нейроисследования проводились как в отношении обвиняемого, так его жертв(ы). В большинстве случаев лицо обвинялось в совершении преступлений, за совершение которых ему грозила смертная казнь, пожизненное лишение свободы или длительный тюремный срок. При этом нейроданные чаще всего использовались в целях смягчения приговора обвиняемому [Denno D.W., 2015]. Кроме того, по наблюдениям Н. Фарахани (зафиксировавшей факт рассмотрения подобных доказательств в более чем 1,5 тыс. уголовных дел за период с 2005 по 2012 гг.), нередко защита использует нейробиологическую информацию, имея целью доказать, что их подзащитный действовал

⁵ Кроме того, практика использования достижений нейронаук при отправлении уголовного правосудия постепенно накапливается также в Австралии, Великобритании, Канаде и ряде стран Европейского союза.

импульсивно, а не преднамеренно или с целью, предусмотренной составом инкриминируемого преступления [Farahany N.A., 2015].

В целом на нейробиологические доказательства распространяются общие стандарты и правила доказывания, установленные в законодательстве той или иной страны для научных доказательств — показаний и заключений экспертов и специалистов. При этом у судейского сообщества США нет единства в решении этих вопросов и «допустимость нейробиологических доказательств может меняться в зависимости от территориальной принадлежности соответствующего суда. Правила, относящиеся к доказательствам, действуют на федеральном уровне и на уровне штатов, и каждый штат имеет собственные стандарты допустимости доказательств, хотя между ними имеется существенное сходство. Кроме того, решение этого вопроса судом в значительной степени связано с обстоятельствами дела и стадией судебного процесса» [Полубинская С.В., 2019: 22–23].

По мере накопления и расширения эмпирической базы в виде судебных решений по делам, имеющим в том числе и нейробиологическую доказательственную составляющую, были поставлены под сомнение результаты ряда первоначальных наблюдений, касающихся специфики восприятия таких доказательств судьями и присяжными. В частности, в ходе экспериментов с участием присяжных заседателей (и лиц, имитирующих их функции) не подтвердились данные о том, что нейроизображения обладают большей убедительностью (в сравнении с другими изображениями, а также с невизуализированной информацией) в отношении неспециалистов в области нейробиологии [Aono D., Yaffe G., Kober H., 2019]. Кроме того, под сомнение была поставлена концепция «обоюдоострого меча» (double-edged sword), в соответствии с которой, нейробиологические данные будут способствовать оправданию и освобождению от наказания опасных и жестоких преступников, либо, напротив, результаты нейроисследований лишь подкрепят аргументы прокуроров о высокой степени опасности таких лиц для общества и, соответственно, о необходимости применения к ним смертной казни либо длительного тюремного срока.

Все исследования говорят, что доказательства из области нейробиологии не оказывают постоянного смягчающего воздействия на решения судей и присяжных в вопросе о виновности лица и назначении ему наказания [Aono D., Yaffe G., Kober H., 2019]. Что касается стороны обвинения, то судебная практика фиксирует лишь редкие случаи использования прокурорами данных нейробиологии для обоснования будущей опасности обвиняемого; обычно в подобных случаях они делают это на основе данных, впервые представленных суду экспертами со стороны защиты [Denno D.W., 2015].

Говоря о других тенденциях, наметившихся в период с начала использования нейродоказательств в уголовном процессе и по настоящее время, прежде всего следует назвать более благожелательное восприятие судом и присяжными нейроданных, предъявляемых стороной защиты по делам о преступлениях несовершеннолетних. Доводы защитников в данном случае чаще всего базируются на теории «развития мозга», в соответствии с которой лобные доли коры головного мозга, обеспечивающие контролирующие и сдерживающие функции психики, созревают позже остальных его структур, вследствие чего потенциал самоограничения и самоконтроля у несовершеннолетних ниже, чем у взрослых. Так, при рассмотрении трех дел подобного рода⁶ Верховный суд США прямо сослался на данные, демонстрирующие недостаточное развитие детского мозга, признав противоречащими 8-й поправке к Конституции США судебные приговоры о назначении несовершеннолетним смертной казни либо пожизненного заключения без возможности условно-досрочного освобождения. Кроме того, по данным Н. Фарахани, хотя при рассмотрении апелляций более высокими шансами на удовлетворение в целом обладают жалобы, в которых фигурируют данные нейроисследований, уровень отмен решений по аналогичным делам в отношении несовершеннолетних еще выше: по некоторым категориям дел он достигает 38% [Farahany N.A., 2015: 507–508].

4. Почему американский суд вынуждает адвокатов собирать и предъявлять нейродоказательства по уголовным делам?

Вторая тенденция заключается в том, что в апелляциях, основывающихся на «стандарте Стрикленда»⁷, все чаще фигурируют жалобы обвиняемых на игнорирование либо неэффективное использование нейробиологической информации их защитниками в рамках расследования и судебного разбирательства по уголовному делу. Отмечается непропорционально большой процент удовлетворения подобных жалоб в сравнении с делами, в которых обвиняемые пытаются доказать неэффективность деятельности своих адвокатов аргументами иного рода. В целом

⁶ См.: *Eg Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005); *Graham v. Florida*, 130 S.Ct. 2011 (2010); *Miller v. Alabama*, 132 S.Ct. 2455 (2012).

⁷ В 1984 году в деле *Strickland v. Washington* Верховный суд США установил двусторонний критерий для оценки помощи адвокатов при ведении дел как «неэффективной». Во-первых, работа адвоката объективно должна быть «неполноценной», во-вторых, его неудовлетворительная деятельность должна нанести «ущерб» обвиняемому в виде решения суда не в его пользу.

доказательство подобной некомпетентности, проявленной защитником, крайне затруднительно⁸, однако именно апелляция обвиняемых к данным нейронауки значительно повышает шансы на отмену их приговора по «правилу Стрикленда» в вышестоящих судебных инстанциях.

В частности, по данным Д. Денно, по 293 делам из 553, в которых фигурировали данные нейроисследований, был подан «иск Стрикленда». В подавляющем большинстве случаев (254, или 86,69%) обосновывалось наличие, по крайней мере, одного критерия Стрикленда, являющегося следствием проблемы, связанной с игнорированием или некорректной интерпретацией данных нейробиологии. В свою очередь, 75 из этих 254 дел (29,53%) включали иск Стрикленда, который был удовлетворен, и все (кроме одного) из этих 75 дел были основаны на невнимании или неправильном обращении адвоката с доказательствами из области нейробиологии (74, или 98,67%), причем в 66 из них обвиняемым грозила смертная казнь⁹. Почти все успешные «иски Стрикленда» были основаны на неспособности адвоката должным образом собрать, исследовать или оценить доказательства нейробиологии, в отличие от любого из других типов неэффективной помощи защитника [Denno D.W., 2015: 507–508]. Таким образом, суды в США явно ожидают от защиты (в особенности по делам, где обвиняемому грозит смертная казнь или пожизненное заключение), что она будет грамотно и адекватно использовать помимо других аргументов в пользу своих подзащитных еще и нейробиологическую информацию.

5. Судебный процесс State v. Yerep как образец современной трактовки американскими судами данных поведенческой генетики

Рассмотрим наметившиеся тенденции в области восприятия американскими судами аргументов стороны защиты, основывающихся уже не

⁸ По свидетельству некоторых американских экспертов, вне зависимости от того, является ли адвокат обвиняемого «спящим, пьяным, неподготовленным или неосведомленным», суды предпочитают уклоняться от удовлетворения подобных исков, а «любой адвокат, у которого есть пульс, будет считаться эффективным». Цит по: [Bibas S., 2004: 1].

⁹ К примеру, в решении по делу Smith v. Mullin суд апелляционной инстанции сформулировал суть претензий к адвокату обвиняемого в одной фразе: «Поразительно, но [адвокат] признал на слушании по делу... что он не знал о том, что «психическое состояние или психическое заболевание г-на Смита могут быть предъявлены в качестве смягчающего обстоятельства...». В итоге суд пришел к выводу, что адвокат г-на Смита, таким образом, «не предпринял попыток объяснить, как этот добрый и внимательный человек мог совершить такое ужасное преступление, хотя доказательства состояния психического здоровья [Смита], содержащие такое объяснение, были у него под рукой». Цит по: [Denno D.W., 2015: 512].

на исследованиях в области нейробиологии, а на данных из области поведенческой генетики. Начальные попытки адвокатов предложить суду в качестве оснований для освобождения от ответственности или смягчения наказания факты наличия у обвиняемых генетических модификаций, которые, по данным некоторых исследований, связаны с повышенным риском агрессивного поведения (в частности, упомянутые случаи полиморфизма гена моноаминоксидазы А), не увенчались успехом. За истекшие с тех пор десятилетия ситуация кардинально не изменилась. В целом суды придерживаются позиции, сформулированной группой специалистов: демонстрация повышенного риска антисоциального поведения, связанного с определенным генетическим вариантом, не является достаточным основанием для удовлетворения ходатайства об освобождении от ответственности либо ее смягчении. Только если наука установит, что определенный генетический вариант сочетается с *decreased rationality* («ограниченной рациональностью») у его носителя или с утратой им способности к контролю поведения, это должно будет учитываться судом при разрешении вопросов о виновности лица и характере его юридической ответственности [Morse S.J., 2011]; [Scurich N., Appelbaum P.S., 2017].

Относительно недавнее решение по делу *State v. Yezpey*, разбиравшемуся в штате Нью-Мексико, с одной стороны, подтвердило приверженность суда этой позиции, с другой, наглядно показало, что и в ее обоснование судом была положена самая актуальная на тот момент научная информация по данной проблеме. Судьи очень вдумчиво и со всей ответственностью относятся к ее интерпретации.

Фабула этого дела вкратце такова. В 2012 г. Энтони Ейпс и его девушка Джинни Сандовал жили вместе с Джорджем Ортисом, 75-летним бойфрендом приемной матери Сандовал. Ейпс вступил в драку с Ортисом, который в результате скончался. Впоследствии Ейпс облил тело растительным маслом и поджег его. Затем он и Сандовал забрали ключи от машины жертвы и отправились покупать алкоголь. Ейпс был арестован и обвинен в убийстве первой степени, которое в Нью-Мексико определяется как «обдуманное, преднамеренное и умышленное». Защита Ейпса, стремясь смягчить обвинение до менее серьезного, настаивала на том, что он не мог сформировать умысел на убийство Ортиса. В целях обоснования этого утверждения на предварительном слушании Ейпс просил разрешения предъявить экспертные данные о том, что у него был ген МАОА с низкой активностью, который в сочетании с жестоким обращением (пережитом им в детстве) якобы предрасполагал его к «неадаптивному или агрессивному поведению». Эта предрасположенность, как он утверждал, сделала его неспособным сформировать намерение, требуемое для обвинения в убийстве первой степени.

Обвинение оспаривало эти аргументы, и было проведено отдельное слушание по поводу их допустимости. Сторона Ейпса предъявила экспертные заключения, говорившие в его пользу: судебного нейропсихолога и двух психологов из академического сообщества (в обоих заключениях содержалась отсылка к упоминавшимся исследованиям Brunner et al. и Caspi et al.). Нейропсихолог показал, что у Ейпса была «чрезвычайно низкая функция гена МАОА... и это делало его исключительно predisposed к проявлению агрессии». Однако суд первой инстанции не принял эти доказательства, полагая, что результаты генотипических исследований не соответствуют стандарту штата Нью-Мексико, необходимому для обоснования наличия психического расстройства, которое может сделать человека неспособным сформировать намерение убить.

Кроме того, суд расценил и показания нейропсихолога не соответствующими приведенным им же данным генетической науки. Те исследования, на результаты которых ссылался эксперт, как определил суд, изучали «насильственные», а не «импульсивные» действия, и, таким образом, эти данные не подтверждают предполагаемую связь между снижением активности гена МАОА Ейпса и повышенной импульсивностью, т.е. тем качеством, наличие которого, по мнению защиты, свидетельствовало о неосознанности преступных действий Ейпса. В конце концов, однако, даже без генетических доказательств Ейпс избежал приговора за убийство первой степени, будучи осужденным за убийство второй степени, подделку доказательств и незаконное завладение автомобилем.

Верховный суд штата Нью-Мексико, рассматривавший жалобу Ейпса на приговор, согласился с выводом суда первой инстанции. В основу решения были положены два фактора: надежность (или обоснованность) научных данных и адекватность их применения в данном случае. Суд отметил, что исследование Caspi et al. и последующие метаанализы изучали «антисоциальное поведение в целом», а не импульсивное насилие. Далее суд указывал, что «хотя некоторые исследования предполагают, что МАОА может участвовать в регулировании контроля импульсов, другие предполагают, что контроль импульсов — это отдельная переменная, зависящая в значительной степени от функции лобных долей мозга... Эти различия показывают, что еще непонятно, как деятельность МАОА и жестокое обращение с детьми увеличивают вероятность антисоциального поведения». Более того, суд отметил, что эксперты защиты признали: механизм, лежащий в основе связи между геном МАОА и антисоциальным поведением, неизвестен; он может не включать импульсивности; ни один эксперт не предъявил научных исследований, обнаруживающих связь между МАОА и импульсивным насилием.

Верховный суд штата мог на этом остановиться, однако судьи перешли к рассмотрению вопроса о «пригодности» сообщенных эксперта-

ми сведений для данного случая. Суд предположил, что «доказательства МАОА» были представлены, чтобы «сделать факт обдуманного намерения [Ейпсом решения убить Ортиса] менее вероятным... поскольку [результат исследования Brunner et al.] заключался в том, что лица с неактивным генотипом МАОА импульсивно агрессивны. И если бы Ейпс действительно обладал такой характеристикой импульсивной агрессии, это свело бы на нет элемент преднамеренности». Однако у Ейпса был ген МАОА с низкой активностью, а не ген МАОА с нулевой активностью, и по этой причине суд критически отнесся к выводу судебного нейропсихолога о предрасположенности Ейпса к импульсивной агрессии на основании наличия у него низкоактивного генотипа МАОА. Суд заключил, что подобная, явно «необоснованная опора на исследование Brunner et al. делает экспертные заключения умозрительными и, следовательно, не имеющими отношения к делу» [Scurich N., Appelbaum P.S., 2021].

Анализ дела Ейпса и подобного рода дел, с одной стороны, говорит о том, что суд фактически требует от адвокатов постоянного мониторинга новейших исследований социально-биологической составляющей механизма индивидуального преступного поведения (условно она именуется «G × E (gene × environmen)») [Bernet W. et al., 2007], одновременно, как видим, задавая подобный стандарт качества профессиональной деятельности и по отношению к самому себе.

С другой стороны, дело Ейпса в очередной раз показало, что, во-первых, попытки использовать в судах данные поведенческой генетики (в частности, «исследования МАОА»), в основе которых лежит поиск «генов-кандидатов», остаются безрезультатными вследствие недостатков, присущих этой методологии в целом. Во-вторых, сложился общий научный консенсус: данные, полученные в ранних исследованиях МАОА, потеряли актуальность, поскольку устарел сам метод cG×E (ген-кандидат × среда); напротив, гораздо больший результат в плане увеличения степени достоверности ожидается от реализации более масштабных и объективных полногеномных ассоциативных исследований (GWAS) [Farahany N.A., Kennedy R.T., Garrett B.L., 2020: 471]¹⁰.

Заключение

Анализ ключевых тенденций использования нейробиологической и генетической информации в уголовном судопроизводстве США по де-

¹⁰ Некоторые из исследований по методу GWAS уже подтвердили приоритетное значение гена моноаминоксидазы А (МАОА) в механизме продуцирования агрессивного поведения. Так, GWAS-исследование 1767 генов-кандидатов поставило МАОА на первое место в качестве риск-фактора агрессивного поведения, причем исследование проводилось и на человеке, и на грызунах. См.: [Zhang-James Y. et al., 2019: 1660].

лам о тяжких насильственных преступлениях показал, что в качестве таковых следует выделить: последовательный рост числа рассматриваемых уголовных дел, включающих данные нейробиологических исследований; отсутствие у нейробиологических доказательств постоянного «смягчающего» эффекта; более благожелательное восприятие судом и присяжными нейроданных, сообщаемых защитой в делах о преступлениях несовершеннолетних; увеличение доли апелляционных жалоб обвиняемых на игнорирование либо неэффективное использование нейробиологической информации их защитниками при расследовании и судебном разбирательстве по уголовному делу и, одновременно, непропорционально большой процент их удовлетворения в сравнении с делами, в которых обвиняемые пытаются доказать неэффективность деятельности адвокатов аргументами иного рода. Приверженность судов (в рамках рассмотрения дел, в которых стороной защиты приводятся данные генетических исследований) позиции, в соответствии с которой демонстрация повышенного риска антисоциального поведения, связанного с определенным генетическим вариантом, не является достаточным основанием для удовлетворения ходатайства об освобождении от ответственности либо ее смягчении. При этом суд фактически требует от адвокатов постоянного мониторинга новейших исследований в данной области, задавая подобный стандарт качества профессиональной деятельности и по отношению к самому себе.

На эти моменты автор хотел бы обратить внимание научной общественности в свете актуализации вопроса о роли достижений биологической науки в развитии отечественной сферы уголовной юстиции. На наш взгляд, они существенно колеблют ее некогда надежный социологический фундамент, в основе которого лежит понятие о человеческом разуме как о «чистом листе» и «связанное с этим убеждение в исключительной роли социального мира и культуры в формировании его содержания». Длительная приверженность социологов концепции «*tabula rasa*» выразилась «в фокусировке социологического поиска на социальных феноменах, трактуемых в качестве детерминированных исключительно социальными факторами» [Шкурко Ю.С., 2020: 91]. Но сегодня эта главная теоретическая опора всех приверженцев традиционалистских течений в социальных науках, будучи изначально лишенной «биологической» составляющей, уже не выдерживает проверки на прочность, которую ей предлагает современная наука, существенно расширившая за последние десятилетия свое понимание природы человеческого естества.

В наши дни под вопросом находится «рабочий» статус (объяснительный потенциал) большинства некогда влиятельных социологических теорий, в том числе истолковывающих процессы происхождения социаль-

ных девиаций (включая преступность), социальную кооперацию в ходе преступной деятельности и феномен отклоняющегося от нормы поведения индивида в целом. Именно они определяли специфику предыдущих этапов развития наук уголовно-правового цикла в нашей стране и обусловили их «социальный» крен, не преодоленный и по сию пору. Одно из его следствий — практически полное отсутствие в дискурсивном поле отечественной криминологии, уголовного права и процесса данных естественных наук о взаимосвязи биологического и социального на уровне личности отдельного индивидуума и в механизме его социально значимого поведения. Напротив, за рубежом в этой области исследований все активнее проявляется тенденция к интегративному рассмотрению нейробиологических, психологических и средовых факторов делинквентного (преступного) поведения, поскольку «дополнение традиционного криминологического инструментария нейробиологическими (а также генетическими.—Д.В.) методами потенциально усиливает эмпирическую обоснованность криминологических теорий» [Focquaert F., 2019].

Настоящая публикация является попыткой преодолеть указанный недостаток, поскольку приведенные в ней данные свидетельствуют о нарастании интереса к исследованию биологической составляющей личности правонарушителей не только в академических кругах, но и непосредственно среди правоприменителей. Автор надеется, что, пусть и на зарубежном опыте, ему удалось раскрыть значимость передовых разработок в области биологии для определения ориентиров и построения вектора развития сферы уголовной юстиции. Полагаем, что эти данные станут дополнительным поводом к активизации научно-практической дискуссии в рамках указанной проблематики. Примерный перечень тем для обсуждения может выглядеть следующим образом. Нуждается ли современный российский юрист-криминалист или студент, обучающийся по уголовно-правовой специализации, в знании основ когнитивной нейробиологии и поведенческой генетики? Если да, то кто, в какой форме и какими средствами способен решить эту задачу в рамках действующих и перспективных образовательных стандартов?

В свете возможной трансформации понятий о сознательно-волевой составляющей человеческой психики изменится ли давно устоявшийся в практике деятельности органов суда и уголовной юстиции подход к трактовке ключевых понятий уголовного права (таких, например, как вина, вменяемость/невменяемость, возраст уголовной ответственности)? Будет ли он воспринят отечественной доктриной уголовного права и повлечет ли за собой соответствующие изменения в нормах уголовного законодательства? Нарушит ли сложившийся баланс интересов между участниками уголовного процесса ликвидация их «биологической

неграмотности»? Изменится ли процедура и повысится ли степень объективности заключения судебно-медицинской экспертизы о вменяемости/невменяемости, проводимой с учетом нейробиологической и генетической информации о личности обвиняемого?

Насколько целесообразна широкая общественная трансляция достижений в области когнитивной нейробиологии и поведенческой генетики с точки зрения более раннего и надежного выявления предикторов девиантного поведения? «Наказание» или все-таки «терапия»? Изменяются ли приоритеты уголовно-политической деятельности государства с учетом трансформации научных представлений о роли социально-биологического начала в механизме индивидуальной преступной деятельности?

Возможно, поиск ответов на эти вопросы способен в перспективе сформировать актуальную отечественную исследовательскую повестку вокруг точек пересечения интересов биологии, наук уголовно-правового цикла и практики функционирования сферы уголовного правосудия.



Список источников

1. Алферова Е.В. Нейробиотехнологии, уголовное право и процесс: взгляд российских ученых (Обзор) // Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература. Сер. 4. Государство и право: Реферативный журнал. 2023. № 2. С. 206–216.
2. Кудрявцева Н.Н., Маркель А.Л., Орлов Ю.Л. Агрессивное поведение: генетико-физиологические механизмы // Вавиловский журнал генетики и селекции. 2014. № 4. С. 1133–1155.
3. Маркель А.Л. Биосоциальные основы агрессивности и агрессивного поведения // Журнал высшей нервной деятельности им. И.П. Павлова. 2016. № 6. С. 669–681.
4. Полубинская С.В. Использование данных нейронаук в доктрине уголовного права и судебной практике // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2019. Т. 14. № 5. С. 9–37.
5. Полубинская С.В. Использование результатов генетических исследований в сфере уголовной юстиции // Союз криминалистов и криминологов. 2022. № 1. С. 21–30.
6. Полубинская С.В. Нейродетектор лжи // Союз криминалистов и криминологов. 2021. № 1. С. 7–14.
7. Судакова Т.М. Нейронаука и нейрокриминология: методологические принципы интеграции // Академический юридический журнал. 2022. Т. 23. № 2. С. 179–186.
8. Холмогорова А.Б., Рычкова О.В. 40 лет биопсихосоциальной модели: что нового? // Социальная психология и общество. 2017. Т. 8. № 4. С. 8–31.
9. Шкурко Ю.С. Биосоциология и Стандартная модель социальных наук: в поисках «золотой середины» // Вестник Томского государственного университета. 2020. № 455. С. 91–96.

10. Aono D., Yaffe G., Kober H. Neuroscientific evidence in the courtroom: a review. Cognitive research: principles and implications, 2019, vol. 4, no. 1, pp. 1–20.
11. Beaver K.M. et al. *The nurture versus biosocial debate in criminology: On the origins of criminal behavior and criminality*. L.: SAGE Publications, 2014, 472 p.
12. Beaver K.M., Walsh A. (ed.) *Biosocial criminology: new directions in theory and research*. New York: Routledge, 2009, 285 p.
13. Bernet W. et al. Bad nature, bad nurture, and testimony regarding MAOA and SLC6A4 genotyping at murder trials. Journal of forensic sciences, 2007, vol. 52, no. 6, pp. 1362–1371.
14. Bibas S. The psychology of hindsight and after-the-fact review of ineffective assistance of counsel. Utah Law Review, 2004, pp. 1–11.
15. Brunner H.G. et al. Abnormal behavior associated with a point mutation in the structural gene for monoamine oxidase A. Science, 1993, vol. 262, no. 5133, pp. 578–580.
16. Brunner H.G. MAOA deficiency and abnormal behaviour: perspectives on an association. In: Ciba Foundation Symposium 194-Genetics of Criminal and Antisocial Behaviour: Genetics of Criminal and Antisocial Behaviour: Ciba Foundation Symposium 194. Chichester: John Wiley & Sons, 2007, pp. 155–167.
17. Burke R.H. Contemporary criminological theory: crime and criminal behaviour in the age of moral uncertainty. New York: Routledge, 2021, 543 p.
18. Caspi A. et al. Role of genotype in the cycle of violence in maltreated children. Science, 2002, vol. 297, no. 5582, pp. 851–854.
19. Davidson R.J. et al. Dysfunction in the neural circuitry of emotion regulation--a possible prelude to violence. Science, 2000, vol. 289, no. 5479, pp. 591–594.
20. DeLisi M., Vaughn M.G. (ed.) *The Routledge international handbook of biosocial criminology*. New York: Routledge, 2018, 689 p.
21. Denno D.W. Human biology and criminal responsibility: Free will of free ride. University of Pennsylvania Law Review, 1988, vol. 137, no. 2, pp. 615–671.
22. Denno D.W. Courts' increasing consideration of behavioral genetics evidence in criminal cases: results of a longitudinal study. Michigan State Law Review, 2011, pp. 967–1047.
23. Denno D.W. The myth of the double-edged sword: An empirical study of neuroscience evidence in criminal cases. Boston College Law Review, 2015, vol. 56, pp. 493–551.
24. Farahany N.A. Neuroscience and behavioral genetics in US criminal law: an empirical analysis. Journal of Law and the Biosciences, 2015, vol. 2, no. 3, pp. 485–509.
25. Farahany N.A., Kennedy R.T., Garrett B.L. Genetic Evidence, MAOA, and *State v. Yezpe*. New Mexico Law Review, 2020, vol. 50, pp. 469–487.
26. Focquaert F. Neurobiology and crime: A neuro-ethical perspective. Journal of criminal justice, 2019, vol. 65. Available at: URL: <https://doi.org/10.1016/j.jcrimjus.2018.01.001> (дата обращения: 27.10.2023).
27. Glenn A.L., Raine A. Neurocriminology: implications for the punishment, prediction and prevention of criminal behavior. Nature Reviews Neuroscience, 2014, vol. 15, no. 1, pp. 54–63.
28. Lilly J.R. et al. *Criminological theory: Context and consequences*. Sage publications, 2019, 1027 p.
29. Martell D.A. Forensic neuropsychology and the criminal law. Law and human behavior, 1992, vol. 16, no. 3, pp. 313–336.

30. Moffitt T.E. Adolescence-limited and life-course-persistent antisocial behavior: a developmental taxonomy. *Psychological Review*, 1993, vol. 100, no. 4, pp. 674–701.
31. Morse S.J. Genetics and criminal responsibility. *Trends in Cognitive Sciences*, 2011, vol. 15, no. 9, pp. 378–380.
32. Odintsova V.V. et al. Genomics of human aggression: current state of genome-wide studies and an automated systematic review tool. *Psychiatric Genetics*, 2019, vol. 29, no. 5, pp. 170–190.
33. Pavlov K.A. et al. Genetic determinants of aggression and impulsivity in humans. *Journal of Applied Genetics*, 2012, vol. 53, no. 1, pp. 61–82.
34. Popma A., Raine A. Will future forensic assessment be neurobiologic? *Child and Adolescent Psychiatric Clinics*, 2006, vol. 15, no. 2, pp. 429–444.
35. Rafter N.H. et al. *The criminal brain: understanding biological theories of crime*. New York: NYU Press, 2016, 284 p.
36. Rietveld C.A. et al. GWAS of 126,559 individuals identifies genetic variants associated with educational attainment. *Science*, 2013, vol. 340, no. 6139, pp. 1467–1471.
37. Rose N. *The Biology of Culpability: Pathological Identity and Crime Control in a Pathological Culture*. *Theoretical Criminology*, 2000, vol. 4, no. 1, pp. 5–34.
38. Rosell D.R., Siever L.J. The neurobiology of aggression and violence. *CNS Spectrums*, 2015, vol. 20, no. 3, pp. 254–279.
39. Scurich N., Appelbaum P.S. Behavioral genetics in criminal court. *Nature human behavior*, 2017, vol. 1, no. 11, pp. 772–774.
40. Scurich N., Appelbaum P.S. State v. Yepez: Admissibility and Relevance of Behavioral Genetic Evidence in a Criminal Trial. *Psychiatric Services*, 2021, vol. 72, no. 7, pp. 853–855.
41. Tremblay R.E. et al. Developmental origins of chronic physical aggression: a bio-psycho-social model for the next generation of preventive interventions. *Annual Review of Psychology*, 2018, vol. 69, no. 1, pp. 383–407.
42. Trifu S.C. et al. Aggressive behavior in psychiatric patients in relation to hormonal imbalance. *Experimental and Therapeutic Medicine*, 2020, vol. 20, no. 4, pp. 3483–3487.
43. Volkow N.D., Tancredi L. Neural substrates of violent behaviour a preliminary study with positron emission tomography. *The British Journal of Psychiatry*, 1987, vol. 151, no. 5, pp. 668–673.
44. Walters G.D. *Criminality and crime: A social-cognitive-developmental theory of delinquent and criminal behavior*. Boulder: Rowman & Littlefield, 2022, 311 p.
45. Zhang-James Y. et al. An integrated analysis of genes and functional pathways for aggression in human and rodent models. *Molecular Psychiatry*, 2019, vol. 24, no. 11, pp. 1655–1667.



References

1. Alferova E.V. (2023) Neurobiotechnologies, criminal law and process: the view of Russian scientists: a review. *Sotsial'nyye i humanitarnyye nauki. Otechestvennaya i zarubezhnaya literatura. Referativnyy zhurnal*=Social Sciences and Humanities. Domestic and Foreign Literature. Abstract Journal, no. 2, pp. 206–216 (in Russ.)
2. Aono D., Yaffe G., Kober H. (2019) Neuroscientific evidence in the courtroom: a review. *Cognitive Research: Principles and Implications*, 2019, vol. 4, no. 1, pp. 1–20.

3. Beaver K.M. et al. (2014) *The nurture versus biosocial debate in criminology: On the origins of criminal behavior and criminality*. London: SAGE Publications, 472 p.
4. Beaver K.M., Walsh A. (ed.) (2009) *Biosocial criminology: new directions in theory and research*. New York: Routledge, 285 p.
5. Bernet W. et al. (2007) Bad nature, bad nurture, and testimony regarding MAOA and SLC6A4 genotyping at murder trials. *Journal of Forensic Sciences*, vol. 52, no. 6, pp. 1362–1371.
6. Bibas S. (2004) Psychology of hindsight and after-the-fact review of ineffective assistance of counsel. *Utah Law Review*, no. 2, pp. 1–11.
7. Brunner H.G. et al. (1993) Abnormal behavior associated with a point mutation in the structural gene for monoamine oxidase A. *Science*, vol. 262, no. 5133, pp. 578–580.
8. Brunner H.G. (2007) MAOA deficiency and abnormal behaviour: perspectives on an association. In: Ciba Foundation Symposium 194 *Genetics of Criminal and Antisocial Behaviour: Genetics of Criminal and Antisocial Behaviour: Ciba Foundation Symposium 194*. Chichester: John Wiley & Sons, pp. 155–167.
9. Burke R.H. (2021) *Contemporary criminological theory: crime and criminal behaviour in the age of moral uncertainty*. New York: Routledge, 543 p.
10. Caspi A. et al. (2002) Role of genotype in the cycle of violence in maltreated children. *Science*, vol. 297, no. 5582, pp. 851–854.
11. Davidson R.J. et al. (2000) Dysfunction in the neural circuitry of emotion regulation--a possible prelude to violence. *Science*, vol. 289, no. 5479, pp. 591–594.
12. DeLisi M., Vaughn M.G. (ed.) (2018) *The Routledge international handbook of biosocial criminology*. New York: Routledge, 689 p.
13. Denno D.W. (1988) Human biology and criminal responsibility: Free will of free ride. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 137, no. 2, pp. 615–671.
14. Denno D.W. (2011) Courts' increasing consideration of behavioral genetics evidence in criminal cases: results of a longitudinal study. *Michigan State Law Review*, pp. 967–1047.
15. Denno D.W. (2015) The myth of the double-edged sword: An empirical study of neuroscience evidence in criminal cases. *Boston College Law Review*, vol. 56, pp. 493–551.
16. Farahany N.A. (2015) Neuroscience and behavioral genetics in US criminal law: an empirical analysis. *Journal of Law and the Biosciences*, vol. 2, no. 3, pp. 485–509.
17. Farahany N.A., Kennedy R.T., Garrett B.L. (2020) Genetic Evidence, MAOA, and State v. Yezpe. *New Mexico Law Review*, vol. 50, pp. 469–487.
18. Focquaert F. (2019) Neurobiology and crime: A neuro-ethical perspective. *Journal of Criminal Justice*, vol. 65. Available at: <https://doi.org/10.1016/j.jcrimjus.2018.01.001> (accessed: 27.10.2023)
19. Glenn A.L., Raine A. (2014) Neurocriminology: implications for the punishment, prediction and prevention of criminal behavior. *Nature Reviews Neuroscience*, 2014, vol. 15, no. 1, pp. 54–63.
20. Kholmogorova A.B., Rychkova O.V. (2017) 40 years of the biopsychosocial model: what's new? *Sotsial'naya psikhologiya i obshchestvo*=Social Psychology and Society, vol. 8, no. 4, pp. 8–31 (in Russ.)
21. Kudryavtseva N.N., Markel A.L., Orlov Yu. L. (2014) Aggressive behavior: genetic and physiological mechanisms. *Vavilovskiy zhurnal genetiki i seleksii*=Vavilov Journal of Genetics and Breeding, vol. 18, no. 4, pp. 1133–1155 (in Russ.)

22. Lilly J.R. et al. (2019) *Criminological theory: Context and consequences*. London: Sage Publications, 1027 p.
23. Markel A.L. (2016) Biosocial foundations of aggressiveness and aggressive behavior. *Zhurnal vysshey nervnoy deyatel'nosti im. I.P. Pavlova*=Pavlov Journal of Higher Nervous Activity, vol. 66, no. 6, pp. 669–681(in Russ.)
24. Martell D.A. (1992) Forensic neuropsychology and the criminal law. *Law and Human Behavior*, vol. 16, no. 3, pp. 313–336.
25. Moffitt T.E. (1993) Adolescence-limited and life-course-persistent antisocial behavior: a developmental taxonomy. *Psychological Review*, vol. 100, no. 4, pp. 674–701.
26. Morse S.J. (2011) Genetics and criminal responsibility. *Trends in Cognitive Sciences*, vol. 15, no. 9, pp. 378–380.
27. Odintsova V.V. et al. (2019) Genomics of human aggression: current state of genome-wide studies and an automated systematic review tool. *Psychiatric Genetics*, vol. 29, no. 5, pp. 170–190.
28. Pavlov K.A. et al. (2012) Genetic determinants of aggression and impulsivity in humans. *Journal of Applied Genetics*, vol. 53, no. 1, pp. 61–82.
29. Polubinskaya S.V. (2021) The neuro lie detector. *Soyuz kriminalistov i kriminologov*=Union of Criminalists and Criminologists, no. 1, pp. 7–14 (in Russ.)
30. Polubinskaya S.V. (2019) Use of neuroscience data in the doctrine of criminal law and judicial practice. *Trudy Instituta gosudarstva i prava Rossiyskoy akademii nauk*=Proceedings of the Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences, vol. 14, no. 5, pp. 9–37 (in Russ.)
31. Polubinskaya S.V. (2022) Using the results of genetic research in the field of criminal justice. *Soyuz kriminalistov i kriminologov*=Union of Criminalists and Criminologists, no. 1, pp. 21–30 (in Russ.)
32. Popma A., Raine A. (2006) Will future forensic assessment be neurobiologic? *Child and Adolescent Psychiatric Clinics*, vol. 15, no. 2, pp. 429–444.
33. Rafter N.H. et al. (2016) *The criminal brain: understanding biological theories of crime*. New York: NYU Press, 284 p.
34. Rietveld C.A. et al. (2013) GWAS of 126,559 individuals identifies genetic variants associated with educational attainment. *Science*, vol. 340, no. 6139, pp. 1467–1471.
35. Rose N. (2000) The Biology of Culpability: Pathological Identity and Crime Control in a Pathological Culture. *Theoretical Criminology*, vol. 4, no. 1, pp. 5–34.
36. Rosell D.R., Siever L.J. (2015) The neurobiology of aggression and violence. *CNS Spectrums*, vol. 20, no. 3, pp. 254–279.
37. Scurich N., Appelbaum P.S. (2017) Behavioral genetics in criminal court. *Nature Human Behavior*, vol. 1, no. 11, pp. 772–774.
38. Scurich N., Appelbaum P.S. (2021) State v. Yopez: Admissibility and Relevance of Behavioral Genetic Evidence in a Criminal Trial. *Psychiatric Services*, vol. 72, no. 7, pp. 853–855.
39. Shkurko Yu. S. (2020) Biosociology and the Standard Model of Social Sciences: in search of the golden mean. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta*=Bulletin of Tomsk State University, no. 455, pp. 91–96 (in Russ.)
40. Sudakova T.M. (2022) Neuroscience and neurocriminology: methodological principles of integration. *Akademicheskij yuridicheskiy zhurnal*=Academic Legal Journal, vol. 23, no. 2, pp. 179–186 (in Russ.)

41. Tremblay R.E. et al. (2018) Developmental origins of chronic physical aggression: a bio-psycho-social model for the next generation of preventive interventions. *Annual Review of Psychology*, vol. 69, no.1, pp. 383–407.
 42. Trifu S.C. et al. (2020) Aggressive behavior in psychiatric patients in relation to hormonal imbalance. *Experimental and Therapeutic Medicine*, vol. 20, no. 4, pp. 3483–3487.
 43. Volkow N.D., Tancredi L. (1987) Neural substrates of violent behaviour a preliminary study with positron emission tomography. *The British Journal of Psychiatry*, vol. 151, no. 5, pp. 668–673.
 44. Walters G.D. (2022) *Criminality and crime: A social-cognitive-developmental theory of delinquent and criminal behavior*. Boulder: Rowman & Littlefield, 311 p.
 45. Zhang-James Y. et al. (2019) An integrated analysis of genes and functional pathways for aggression in human and rodent models. *Molecular Psychiatry*, vol. 24, no. 11, pp. 1655–1667.
-

Информация об авторе:

Д.В.Бахарев — доктор юридических наук, доцент.

Information about the author:

D.V. Bakharev — Doctor of Sciences (Law), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 09.01.2023; одобрена после рецензирования 31.07.2023; принята к публикации 02.02.2024.

The article was submitted to editorial office 09.01.2023; approved after reviewing 31.07.2023; accepted for publication 02.02.2024.

Научная статья

УДК: 346.26

DOI:10.17323/2072-8166.2024.1.190.212

Белорусский опыт систематизации законодательства об охране объектов культурного наследия посредством кодификации



Игорь Эдуардович Мартыненко

Гродненский государственный университет имени Янки Купалы, Республика Беларусь 23023, Гродно, ул. Ожешко, 22, i.martinenko@grsu.by, <https://orcid.org/0000-0002-3076-658X?lang=en>



Аннотация

Цель статьи — ознакомление юридической общественности с первым опытом кодификации законодательства о культуре и практикой его применения. В предлагаемой статье рассматриваются особенности реформирования законодательства об охране объектов культурного наследия посредством его кодификации. Автор, основываясь на анализе положений Кодекса Республики Беларусь о культуре, введенного в действие в 2017 г., и конституционных изменений 2022–2023 гг., раскрывает преимущества и недостатки кодификации данной сферы законодательства. Доказывается, что кодификация законодательства о культуре позволила упорядочить многочисленные нормативные правовые акты, действовавшие в области культурного (историко-культурного) наследия, музейной, библиотечной и градостроительной деятельности, направленной на сохранение и использование объектов культурного наследия. В статье излагаются новеллы регулирования права собственности на объекты культурного наследия, в том числе, памятники археологии, археологические артефакты, клад, а также принудительного прекращения права собственности посредством судебного изъятия бесхозяйственно содержимых памятников. Приводятся примеры решения проблемы финансирования в сфере культурного наследия за счет использования новых инструментов (меценатов и спонсоров, государственно-частного партнерства). Определенное внимание уделено судебной защите объектов культурного наследия (истори-

ко-культурных ценностей), новое решение которой предложено в Кодексе о культуре. В статье сформулированы некоторые предложения по уточнению правового статуса недвижимых памятников и движимых культурных ценностей, приводится классификация материальных и нематериальных историко-культурных ценностей по видам. Излагаются структура Государственного списка историко-культурных ценностей и особенности его ведения с 1 января 2023 г. Статистические данные в динамике конкретизируют исследовательский материал и позволяют улучшить его восприятие. Автор отстаивает идею, что принятие Кодекса о культуре создало предпосылки для формирования принципиально нового подхода к государственной охране, учету и использованию в современной жизни памятников старины и искусства. В этом плане белорусский опыт кодификации законодательства о культуре может быть полезен.



Ключевые слова

объекты культурного наследия; кодификация законодательства; культура; культурные ценности; правовая защита памятников; совершенствование законодательства.

Для цитирования: Мартыненко И.Э. Белорусский опыт систематизации законодательства об охране объектов культурного наследия посредством кодификации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 1. С. 190–212. DOI:10.17323/2072-8166.2024.1.190.212

Law in the Modern World

Research article

Belarusian Experience of Systematization of Legislation on Protecting Cultural Heritage through Codification



Ihar E. Martynenka

Grodno Yanka Kupala State University, 22 Eliza Ozheshko Str., Grodno 230023, Republic of Belarus, i.martynenko@grsu.by



Abstract

The purpose of the article is to familiarize the legal community with the first experience of codification of legislation on culture and the practice of its application. This article discusses the features of reforming legislation on the protection of cultural heritage objects through its codification. The author, based on an analysis of the provisions of the Code of the Republic of Belarus on Culture, introduced in 2017, taking into account the constitutional changes made in 2022–2023, demonstrates the advantages and disadvantages of codification in this area of legislation. It is proved that the codification of legislation on culture made it possible to streamline numerous regulatory legal acts in force in the field of cultural (historical and cultural) heritage, the implementation of

museum, library and urban planning activities aimed at the preservation and use of cultural heritage objects. The novelties of the regulation of ownership of cultural heritage objects, including archaeological monuments, archaeological artifacts, treasures, as well as the forced termination of ownership through judicial seizure of mismanaged monuments are outlined. Examples are given of solving the problem of financing the cultural heritage sector through the use of new tools (patrons and sponsors, public-private partnerships). Some attention is paid to the judicial protection of cultural heritage objects (historical and cultural values), a new solution to which is proposed in the Code of Culture. The article formulates some proposals to clarify the legal status of immovable monuments and movable cultural values, and provides a classification of tangible and intangible historical and cultural values by type. The structure of the State List of Historical and Cultural Values and the specifics of its maintenance from January 1, 2023 are outlined. Dynamic statistical data concretizes the research material and improves its perception. The author defends the idea that the adoption of the Code of Culture created the preconditions for the formation of a fundamentally new approach to state protection, recording and use of ancient monuments and art in modern life. And in this regard, the Belarusian experience of codifying legislation on culture can be useful.



Keywords

objects of cultural heritage; codification of legislation; culture; cultural values; legal protection of monuments; improvement of legislation.

For citation: Martynenko I.T. (2024) Belarussian Experience of Systematization of Legislation on Protecting Cultural Heritage through Codification. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 17, no. 1, pp. 190–212 (in Russ.). DOI:10.17323/2072-8166.2024.1.190.212

Введение

Сфера культурного (историко-культурного) наследия — уникальное по своей значимости явление цивилизации. При бурном развитии технократических процессов современного социума все более обостряется проблема антропогенного и техногенного разрушения исторических и культурных элементов наследия человечества. Историко-культурное (культурное) наследие на изломе веков и тысячелетий приобретает все большую политическую силу и значение как надежный гарант сохранения идентичности и самобытности народа, ценнейшее конкурентное преимущество в условиях глобализации. В то же время принятые нормативные акты далеки от совершенства, не согласуются между собой, а вновь разрабатываемые законопроекты диссонируют с международно-правовыми соглашениями и действующими законами, не способствуют разрешению правовых проблем охраны культурного наследия. Поэтому требуется доктринально новое решение систематизации нормативных актов, направленных на защиту культурного (историко-культурного) наследия на базе современных знаний и опыта. Уникальность

объекта охраны (памятники истории и культуры) требует создания универсальной по сути системы законодательства.

Такое решение найдено — это концепция кодификации законодательства о культуре, составной частью которого являются нормативные правовые акты, регулирующие охрану, использование и восстановление объектов культурного наследия (в законодательстве Республики Беларусь используются словосочетания «историко-культурное наследие», «историко-культурная ценность» — охраняемый законом памятник).

В юридической науке указанная проблема систематизации законодательства об охране объектов культурного наследия посредством его кодификации фактически не исследовалась. Исключения составляют работы А.В. Головизнина [Головизнин А.В., 2019: 29–35], О.А. Быстровой [Быстрова О.А., 2016: 29–33], С.В. Кузиной [Кузина С.В., 2017: 135–139], А.Н. Панфилова [Панфилов А.Н., 2023], И.П. Можаяевой [Можаяева И.П., 2020: 72–89], которые так или иначе обращались к возможности кодификации законодательных актов о культуре) в силу новизны этого инструмента нормотворчества в данной сфере. Кодекс о культуре принят только в одной стране Содружества Независимых Государств — Республике Беларусь¹; опыт этой страны — союзного с Россией государства — предлагается для обсуждения в рамках данной статьи.

В формировании выводов и рекомендаций по совершенствованию законодательства об охране объектов культурного наследия автор статьи опирался на работы Л.Р. Клебанова [Клебанов Л.Р., 2020] и М.А. Редчиц [Редчиц М.А., 2018]. Автор, используя метод сравнительного правоведения, обратился к изменяющейся доктрине правовой защиты культурного наследия, рассмотренной в трудах Д.И. Видинеева [Видинеев Д.И., 2017], В.О. Нешатаевой [Нешатаева В.О., 2018], проанализировал законодательство Российской Федерации² и Республики Беларусь, практику его применения в сфере культуры и культурного наследия. Результатом является содержащийся ниже анализ нового белорусского законодательства о культуре, кодификация которого позволила упорядочить нормативные правовые акты, регулирующие отношения в области охраны, использования и восстановления историко-культурного наследия (в российском правовом порядке — законодательство об охране объектов культурного наследия).

¹ Кодекс Республики Беларусь о культуре 20.06.2016, № 413-З: принят Палатой представителей 24.06.2016; одобрен Советом Республики 30.06.2016 / ЭТАЛОН. Законодательство Республики Беларусь / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. Минск, 2023.

² Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации: Федеральный закон от 25.06.2002 № 73-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 26. Ст. 2519; 2003. № 9. Ст. 805.

1. Итоги кодификации законодательства о культуре

3 февраля 2017 г. вступил в силу Кодекс Республики Беларусь о культуре (далее — Кодекс о культуре) — первый в СНГ кодифицированный акт в данной сфере. Последующим Законом «Об изменении законов по вопросам культуры» от 21 июля 2022 г. № 201-З³ внесены изменения и дополнения в указанный нормативный правовой акт, подготовленный с учетом первого опыта его применения, в том числе: включена новая норма (ст.18-1) «Контроль в сфере культуры»; уточнена классификация историко-культурных ценностей по видам; определена компетенция Белорусского республиканского научно-методического совета по вопросам историко-культурного наследия; сформулирована новая структура Государственного списка историко-культурных ценностей Республики Беларусь (охранного реестра); включены новые требования к форме паспорта историко-культурной ценности; установлены требования, предъявляемые к содержанию зон охраны недвижимых материальных историко-культурных ценностей (охранная зона, зона регулирования застройки, зона охраны ландшафта, зона охраны культурного слоя).

Кодекс предусматривает создание на базе сложившихся правовых институтов единого механизма регулирования отношений в сфере культуры и одновременное устранение недостатков правового регулирования в этой сфере, обеспечивает сокращение количества правовых актов по вопросам культуры и их упорядочение. В данном нормативном акте определено, что охрана историко-культурного наследия является важным направлением культурной деятельности, которое включает систему организационных, правовых, экономических, материально-технических, научных, информационных и других мер, направленных на выявление культурных ценностей для придания им статуса историко-культурной ценности (т.е. охраняемого законом памятника), учет, сохранение, восстановление, содержание и использование историко-культурных ценностей, осуществляемых в целях сбережения и приумножения историко-культурного наследия и создания условий для его передачи от поколения к поколению.

Кодекс регулирует широкий спектр общественных отношений, связанных с сохранением и использованием культурных ценностей, охраной историко-культурного и археологического наследия, библиотечного и музейного дела, народными художественными ремеслами, кинематографией, организацией и проведением культурных мероприятий, дея-

³ Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь, 30 июля 2022 г., 2/2921.

тельностью коллективов художественного творчества, эстетическим воспитанием граждан. С принятием Кодекса прекращено действие базовых законов о культуре, библиотечном деле, народном искусстве, народных промыслах (ремеслах), творческих союзах и творческих работников, кинематографии, музеях и музейном фонде, об охране историко-культурного наследия, их дополняющих и изменяющих законов (порядка 20 актов), так как основные положения данных актов вошли в Кодекс и не требуется их дальнейшая конкретизация (как было ранее) в других актах.

В основе положений Кодекса о культуре — конституционные нормы: Конституцией Республики Беларусь установлено, что государство ответственно за сохранение историко-культурного и духовного наследия (ст. 15 Конституции), каждый имеет право на участие в культурной жизни, которое обеспечивается общедоступностью ценностей отечественной и мировой культуры, находящихся в государственных и общественных фондах, развитием сети культурно-просветительных учреждений (ст. 51), каждый обязан беречь историко-культурное, духовное наследие и другие национальные ценности (ст. 54).

По результатам Республиканского референдума 2022 г.⁴ ст. 15 Конституции Республики Беларусь дополнена новым важным положением: государство обеспечивает сохранение исторической правды и памяти о героическом подвиге белорусского народа в годы Великой Отечественной войны. В этом плане норма белорусской Конституции несколько отличается от аналогичного положения Конституции России (ст. 67.2 российской Конституции гласит, что Российская Федерация чтит память защитников Отечества, обеспечивает защиту исторической правды), так как указывает также на защиту памяти о героическом подвиге белорусского народа в годы Великой Отечественной войны. Включение в Конституцию Республики Беларусь понятия «историческая правда» и положения о необходимости ее защиты является логическим развитием принципа ответственности государства за сохранение историко-культурного и духовного наследия (ст. 15 Конституции), с возложением на государство обязанности противодействовать всякого рода попыткам фальсификации истории.

Таким образом, в современных условиях охрана исторической памяти стала важным институтом конституционного права [Куликова С.А., 2022: 65–72]. В течение 2022–2023 гг. законодательство Беларуси было приведено в соответствие с Конституцией, однако Кодекс о культуре изменения не затронули.

⁴ Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь, 04.03.2022, 1/20213.

В Кодексе о культуре уточнен понятийный аппарат и предлагаются следующие (незначительно отличающиеся редакцией от ранее действовавших) определения (ст. 1): историко-культурное наследие — это совокупность отличительных итогов и свидетельств исторического и духовного развития народа Беларуси, воплощенных в историко-культурных ценностях; историко-культурные ценности — это наиболее отличительные материальные объекты и нематериальные проявления человеческого творчества, которые имеют выдающиеся духовные, эстетические и документальные достоинства и взяты под охрану государства; культурные ценности — это созданные (преобразованные) человеком или тесно связанные с его деятельностью материальные объекты и нематериальные проявления творчества человека, которые имеют историческое, художественное, научное или иное значение.

Таким образом, понятия «историко-культурная ценность», которая может быть как материальной (например, памятник археологии), так и нематериальной (например, устное народное творчество) и «историко-культурное наследие» соотносятся как часть и целое. Аналогичного подхода придерживается и российский законодатель [Лавров В.В., 2016: 20]. В этом плане наблюдается преемственность предложенного еще в 1992-1993 гг. подхода, когда известное советскому законодательству понятие «памятник истории и культуры» было заменено понятием «историко-культурная ценность».

Кодекс о культуре вводит понятие «культурная деятельность» — определяя ее как создание, восстановление, сохранение, охрана, изучение, использование, распространение и (или) популяризация культурных ценностей, предоставление культурных благ, эстетическое воспитание граждан, организация культурного отдыха (свободного времени) населения. Одним из направлений культурной деятельности является охрана историко-культурного наследия. Впервые предусматривается возможность запрета, ограничения или приостановления культурной деятельности (ст. 81 Кодекса о культуре), если она направлена, например, против суверенитета Республики Беларусь, призывает к насильственному захвату государственной власти или изменению конституционного строя, представляет угрозу национальной безопасности, общественному порядку, пропагандирует войну, экстремистскую деятельность, насилие и жестокость.

Права и обязанности граждан в сфере культуры (историко-культурного наследия) впервые определены соответственно в ст. 32-33 Кодекса о культуре. Граждане Республики Беларусь в сфере культуры имеют право на участие в культурной жизни, культурную самобытность, возрождение, сохранение и развитие национальных культурных традиций, ввоз

и (или) вывоз культурных ценностей, в том числе результатов личной творческой деятельности.

Право на участие в культурной жизни реализуется путем осуществления возможности самостоятельно или совместно с другими субъектами осуществлять культурную деятельность, приобщаться к культурным ценностям и пользования ими.

Обязанности граждан в сфере культуры сводятся к следующему. Граждане обязаны беречь историко-культурное и археологическое наследие, уважать государственные языки и национальные культурные традиции, бережно относиться к культурным ценностям, уважать и не нарушать права других лиц в сфере культуры, в том числе уважать культурные традиции и языки национальных сообществ, соблюдать правила посещения (правила пользования) организаций культуры и других юридических лиц, которые осуществляют культурную деятельность.

Кодекс по-новому определил источники финансирования в сфере культуры и впервые ввел понятия «спонсор и меценат культуры». Необходимость включения данных понятий в Кодекс вызвана потребностями поиска новых (дополнительных) способов привлечения инвестиций в сферу культуры. Так, спонсором культуры (ст. 64 Кодекса) может быть юридическое лицо/индивидуальный предприниматель, которые предоставляют юридическим лицам/гражданам, в том числе индивидуальным предпринимателям безвозмездную (спонсорскую) помощь в целях охраны историко-культурного наследия. Спонсоры культуры оказывают безвозмездную помощь в виде денежных средств, в том числе в иностранной валюте, товаров (имущества), работ, услуг, имущественных прав, в том числе исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности.

Меценатом культуры (ст. 65 Кодекса) является гражданин, который делает пожертвования в целях сохранения, развития, распространения и (или) популяризации культуры, поддержки культурной деятельности, в том числе сохранения, развития, распространения и (или) популяризации белорусской национальной культуры и языка, охраны историко-культурного и археологического наследия, популяризации культурных ценностей белорусской национальной и мировой культуры. Меценаты культуры делают пожертвования в соответствии с Гражданским кодексом Республики Беларусь (далее — ГК Республики Беларусь; ГК). В гражданском праве договор пожертвования является разновидностью договора дарения и представляет собой соглашение сторон, по которому жертвователь обязуется передать одаряемому вещь или имущественное право. В отличие от обычного договора дарения, пожертвование не может быть совершено путем освобождения одаряемого от исполнения имуществен-

ной обязанности перед жертвователем или иным субъектом, обладающим правом требования по отношению к одаряемому.

Согласно ст. 16 Кодекса сотрудничество в сфере культуры (составной частью которого является историко-культурное наследие) с коммерческими организациями и индивидуальными предпринимателями может осуществляться в том числе в рамках государственно-частного партнерства. Одним из направлений такого сотрудничества являются мероприятия по охране историко-культурного и археологического наследия. Формами сотрудничества государственных органов с коммерческими организациями и индивидуальными предпринимателями выступают соглашения о государственно-частном партнерстве, проекты которых разрабатываются. Государство возлагает большие надежды на совместные проекты с частным партнером; теперь эта форма сотрудничества получила законодательное закрепление. Ожидается, что частные инвестиции вскоре поступят на реставрацию памятников архитектуры и градостроительства, музеефикацию археологических объектов, восстановление замков.

При этом необходимо помнить о тревожной тенденции, отмеченной А.В. Головизниным: «В некоторых случаях частный бизнес проявляет интерес к объектам культурного наследия из-за «лакомого кусочка» земли в центре города. Под видом реставрационных работ объект культурного наследия разрушается, на его месте через некоторое время возводится современное офисное здание. Поэтому со стороны государства требуется жесткий контроль за деятельностью предпринимательских структур в отношении объектов культурного наследия, вплоть до применения мер уголовно-правового реагирования» [Головизнин А.В., 2022: 160]. Полностью соглашаясь с приведенным выше мнением, автор настоящей работы квалифицирует данные действия как «снос памятника под видом его реставрации», называя их формой нарушения закона, недопустимого не только в рамках государственно-частного партнерства, но и вообще. Полагаем, что историческая ценность памятника заключается именно в его аутентичности (подлинности).

Кодекс о культуре закрепляет право на культурную самобытность, возрождение, сохранение и развитие национальных культурных традиций. Так, граждане, проживающие в Республике и являющиеся представителями национальных сообществ или выходцами из другой культурной среды, имеют право сохранять и развивать свою национальную культуру, воспитывать детей в национальных культурных традициях, пользоваться родным языком, устанавливать культурные связи с представителями соответствующих национальных сообществ, проживающих в зарубежных странах, если это не противоречит закону.

Важные новеллы касаются возвращения культурных ценностей: согласно ст. 77-78 Кодекса о культуре культурные ценности, вывезенные из Республики с нарушением актов законодательства и международных договоров, подлежат обязательному возврату независимо от времени, обстоятельств и места вывоза. Постановлением Совета Министров «О некоторых мерах по реализации Кодекса Республики Беларусь о культуре постановлением Совета Министров Республики Беларусь» от 13 января 2017 г. № 25⁵ образована Комиссия по выявлению, возвращению, совместному использованию и введению в научный и культурный обиход культурных ценностей, которые находятся за пределами Республики Беларусь. Комиссия является постоянно действующим совещательным органом и обеспечивает взаимодействие государственных органов, общественных объединений и других юридических лиц, граждан в целях сбережения и приумножения историко-культурного и археологического наследия. Вопрос остается за реализацией концепции реституции культурных ценностей в страну происхождения.

2. Классификация культурных (историко-культурных) ценностей

Кодекс о культуре воспринял ранее предусмотренную в Законе 1992 г. «Об охране историко-культурного наследия» классификацию объектов историко-культурного наследия, содержательно уточнив ее характеристику. Все принятые на государственный учет объекты именуются историко-культурными ценностями Республики Беларусь, которые бывают материальными и нематериальными. Материальные историко-культурные ценности классифицируются как памятники градостроительства, памятники археологии, памятники архитектуры, документальные памятники, памятники искусства, памятники истории, заповедные места.

В свою очередь материальные историко-культурные ценности подразделяются по ст. 67 Кодекса на недвижимые (например, таковыми являются памятники археологии, архитектурные памятники, историческая застройка и др.), перемещение которых в пространстве требует инженерных мероприятий и ведет к частичной или полной утрате ими исторического, художественного, научного или иного значения (например, памятники археологии, исторические кварталы города, монументы), и движимые, перемещение которых не ведет к утрате ими исторического, художественного, научного или иного значения (художественные произведения, музейные коллекции и др.).

⁵ Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь, 21.01.2017, 5/43222.

К нематериальным историко-культурным ценностям относятся обычаи, традиции, обряды, фольклор (устное народное творчество), язык, его диалекты, содержание геральдических, топонимических объектов и произведений народного искусства (народного декоративно-прикладного искусства), другие нематериальные проявления творчества человека. В качестве нематериальных историко-культурных ценностей в Беларуси признаны гербы 48 городов, 10 календарных обрядов и др.

Материальные историко-культурные ценности подразделяются на следующие категории значимости:

категория «0» — историко-культурные ценности, имеющие мировую значимость и включенные (или предложенные для включения) в Список всемирного культурного и природного наследия или Список всемирного наследия, находящегося под угрозой. По состоянию на 1 июня 2023 г. в Республике 17 объектов имеют категорию «0» — например, Софийский собор и Спасо-Преображенская церковь в Полоцке, Августовский канал в Гродненской области⁶. Государственной программой «Культура Беларуси» на 2021–2025 годы», утвержденной постановлением Совета Министров от 29 января 2021 г. № 53⁷, предусматривается разработка пяти досье на объекты наследия и нематериальные проявления творчества человека для направления их в организации ЮНЕСКО, в том числе включения в Список всемирного культурного и природного наследия);

категория «1» — историко-культурные ценности, имеющие международную значимость (таких объектов 123);

категория «2» — историко-культурные ценности, имеющие национальную значимость (их 680);

категория «3» — историко-культурные ценности, имеющие значимость для отдельного региона Беларуси (4673);

без категории — материальные культурные ценности, входящие в состав комплекса, ансамбля, комплекта, коллекции материальных историко-культурных ценностей, но которым отдельно не придан статус историко-культурной ценности.

По данным Национального статистического комитета Республики Беларусь на государственный учет принято 5 369 недвижимых историко-культурных ценностей, т.е. памятников⁸.

⁶ Дзяржаўны спіс гісторыка-культурных каштоўнасцей Рэспублікі Беларусь // Официальный сайт Министерства культуры Республики Беларусь. Available at: URL: [http://gossписок.gov.by/\(X\(1\)S\(n5kmwg1sevhjlx1c12jjxlrc\)\)/?AspxAutoDetectCookieSupport=1](http://gossписок.gov.by/(X(1)S(n5kmwg1sevhjlx1c12jjxlrc))/?AspxAutoDetectCookieSupport=1) / (дата доступа: 14.01.2024)

⁷ 7 Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь, 06.02.2021, 5/48756.

⁸ Беларусь в цифрах, 2023: статистический сборник. Минск: Национальный статистический комитет Республики Беларусь (Белстат), 2023. С. 26.

Нематериальные историко-культурные ценности делятся на следующие категории:

категория «А» — историко-культурные ценности (их 43), полная аутентичность и достоверность которых безусловны и неизменны. Такую категорию имеет, например, «Местный песенный стиль исполнения традиционных обрядовых и внеобрядовых произведений аутентичными фольклорными коллективами»⁹;

категория «Б» — историко-культурные ценности, которые полностью или частично восстановлены (зафиксированы) на вторичном материале или объективно со временем могут меняться. Такую категорию имеют 134 историко-культурные ценности, в том числе, например, гербы городов.

В 2023 г. список пополнился 24 новыми объектами, среди них 14 материальных проявлений творчества человека, 9 памятников архитектуры и 1 памятник градостроительства. Для сравнения: в 2022 году было внесено 15 объектов¹⁰.

С 1 января 2023 г. право на принятие решений о присвоении культурной ценности статуса историко-культурной ценности и категории «0», «1», «2», «3», «А», «Б» закреплено за одним государственным органом — Министерством культуры Республики Беларусь. Порядок формирования и ведения Государственного списка историко-культурных ценностей определен Приказом Министерства культуры №1 от 3 января 2023 г., которым утвержден соответствующий Регламент.

Упомянутым выше Законом «Об изменении законов по вопросам культуры»¹¹ изменена редакция ст. 99 Кодекса о культуре, согласно требованиям которой определение историко-культурных ценностей, которые могут быть предложены для включения в Список всемирного культурного и природного наследия, список Всемирного наследия, находящегося под угрозой, или в другие списки в соответствии с международными договорами Беларуси, осуществляет Совет Министров. Подготовку предложения о включении историко-культурной ценности в охранные списки ЮНЕСКО обеспечивает местный исполнительный и распорядительный орган областного территориального уровня путем внесения

⁹ Официальный Интернет-портал Совета Министров Республики Беларусь. Available at: URL: <https://government.by/ru/content/457> (дата обращения: 08.01.2024)

¹⁰ В 2023 году Государственный список историко-культурных ценностей пополнился 24 объектами. Такая информация озвучена 8 февраля 2024 г. на пресс-конференции Министерства культуры Республики Беларусь / Национальный правовой портал Республики Беларусь. Available at: URL: <https://pravo.by/novosti/obshchestvenno-politicheskie-i-v-oblasti-prava/2024/february/76777/> (дата обращения: 10.02.2024)

¹¹ Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь, 30 июля 2022 г., 2/2921.

согласованного с Министерством культуры предложения в Совет Министров. Ранее данный порядок урегулирован не был; государственный орган, уполномоченный на принятие решения о внесении памятника в Список всемирного наследия ЮНЕСКО, также не был определен. Досье на номинируемые в Список всемирного наследия национальные объекты (таких в Республике четыре) готовило Министерство культуры.

На 2024 г. Министерством культуры запланирована подготовка и внесение в ЮНЕСКО номинации нематериального наследия — «Культура белорусской дуды»¹².

3. Использование понятийного аппарата законодательства о культуре в гражданском праве

Практический законотворческий интерес представляет анализ соотношения и взаимовлияния понятий, используемых в двух кодифицированных актах — ГК Республики Беларусь и Кодексе о культуре. При этом мы исходим из того, что культурные ценности, являются объектами гражданских прав [Барткова А.Г., 2022: 8–9], участвуют в гражданском обороте.

Так, к положениям Кодекса о культуре приходится обращаться всякий раз, когда лицо задумало осуществлять предпринимательскую деятельность на территории (в зоне охраны) материальной историко-культурной ценности, например, в исторической части города или в районе расположения памятника археологии. Это связано с тем, что содержание многих понятий, используемых в ГК («историко-культурная ценность», «археологический объект», «археологический артефакт» и др.), раскрывается именно в Кодексе о культуре. Ранее некоторые понятия (например, «историко-культурная ценность») содержались в Законе 1992 г. «Об охране историко-культурного наследия Республики Беларусь», а понятия «археологический объект» и «археологический артефакт» были введены в практический оборот Указом Президента Республики Беларусь «О совершенствовании охраны археологических объектов и археологических артефактов» от 14 декабря 2015 г. № 485¹³ (основные положения данного нормативного правового акта включены в Кодекс о культуре).

Знание норм Кодекса о культуре необходимо и в других случаях: для раскрытия содержания права собственности [Головизнин А.В., 2019: 69–74], так как именно в этом кодексе мы находим характеристику огра-

¹² Сборник информационно-методических материалов по охране историко-культурного наследия Республики Беларусь / сост. Г.Н. Ходор. Гомель, 2023. С. 184.

¹³ Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь, 17.12.2015, 1/16140.

ничений и обременений (например, обязанность нового собственника подписать охрannое обязательство, установленный для собственника запрет на уничтожение историко-культурной ценности и др.).

3.1. Новеллы в регулировании отношений собственности

Сохраняя преемственность с ранее действовавшим законодательством об охране историко-культурного наследия, Кодекс о культуре в ст. 71 определяет, что культурные ценности могут находиться в собственности Республики Беларусь, ее административно-территориальных единиц, юридических и физических лиц, в том числе индивидуальных предпринимателей. Отдельные культурные ценности могут быть отнесены законом к объектам, находящимся только в собственности Республики: например, ценности Государственного фонда драгоценных металлов и драгоценных камней (это фонд пополняется, например, за счет обращенных в собственность государства культурных ценностей, нелегально перемещавшихся через таможенную границу и соответственно задержанных при этом действии). 60% всех историко-культурных ценностей находится в коммунальной собственности. В Беларуси свыше 13,75 тыс. собственников (пользователей) материальных историко-культурных ценностей и более 1,45 тыс. носителей нематериальных проявлений творчества человека, о которых мы говорили выше¹⁴.

Как сказано в п. 3 ст. 71 Кодекса о культуре, при придании культурным ценностям статуса историко-культурной ценности права собственности на них сохраняются. Кодекс о культуре определяет права и обязанности собственника памятника (ст. 73), устанавливает ограничение прав собственника (пользователя) материальной историко-культурной ценности либо землепользователя, на земельном участке которого расположена недвижимая материальная историко-культурная ценность. Так, в соответствии с требованиями ст. 74 собственнику (пользователю) материальной историко-культурной ценности (например, памятник архитектуры и градостроительства), запрещается уничтожать историко-культурную ценность, допускать ей причинение вреда, выполнять работы без разрешения, вывозить движимую материальную историко-культурную ценность (например, картину) из Республики на постоянное хранение, передавать такую ценность во владение и (или) пользование Вооруженным Силам Беларуси, иным воинским формированиям.

На собственника историко-культурной ценности возлагается обязанность подписать охрannое обязательство [Головизнин А.В., 2019:

¹⁴ Там же. С. 10.

29–35]; [Иванова Ж.Б., 2020: 36–40]. Согласно ст. 121 Кодекса о культуре местными исполнительными и распорядительными органами для материальных историко-культурных ценностей могут определяться индивидуальные условия их содержания и использования, устанавливаться порядок выполнения работ на них, требования по обеспечению их соблюдения, в том числе при чрезвычайных ситуациях или вооруженном конфликте, а также иные ограничения деятельности их собственников (пользователей). Эти требования фиксируются в охранном обязательстве и подлежат выполнению всеми юридическими лицами, гражданами, в том числе индивидуальными предпринимателями. Охранное обязательство подписывается собственником историко-культурной ценности в следующие сроки.

В соответствии с п. 2 и 3 ст. 75 Кодекса о культуре новый собственник материальной историко-культурной ценности обязан в течение 30 календарных дней со дня приобретения права собственности подписать охранное обязательство. Невыполнение этого требования является основанием для признания сделки по приобретению права собственности на материальную историко-культурную ценность недействительной. В ранее действовавшем законодательстве (Законе «Об охране историко-культурного наследия» в его поздних редакциях) была примерно аналогичная норма, но она не была востребована практикой. Автору данной статьи известен лишь один случай (по которому, кстати, осуществлялось консультирование) о применении последствий отказа от подписания охранного обязательства (собственник принятого на государственный учет памятника отказывался подписывать охранное обязательство по мотивам того, что придание данного статуса произошло без его согласия), однако судебная практика по данной проблеме так и не сформировалась.

3.2. Особенности применения гражданско-правовых последствий бесхозяйственного использования историко-культурных ценностей

Согласно ст. 241 ГК Республики Беларусь, когда *собственник культурных ценностей, отнесенных в соответствии с законодательством к особо ценным и охраняемым государством* (курсив мой. – И.М.), бесхозяйственно содержит эти ценности, что грозит утратой ими своего значения, ценности по решению суда могут быть изъяты у собственника путем выкупа государством или продажи с публичных торгов. Как далее указано в законе, при выкупе культурных ценностей собственнику возмещается их стоимость в размере, установленном соглашением сторон, а в случае спора – судом.

При продаже с публичных торгов собственнику передается вырученная от продажи сумма за вычетом расходов на проведение торгов. В Беларуси имеется опыт применения этой нормы: иски в защиту государственных интересов (об изъятии бесхозяйственно содержимых историко-культурных ценностей по основаниям, установленным в п. 4 ст. 75 Кодекса о культуре и ст. 241 ГК РБ) заявляли прокуроры — об изъятии «Комплекса пивоваренного завода» (2016) и «Дворцово-паркового ансамбля Святополк-Четвертинских» (2020) (оба объекта расположены в Гродненской области и бесхозяйственно содержались на протяжении многих лет). В итоге оба объекта изъяты у собственников. Судьба памятников окончательно не решена: с целью исполнения судебных постановлений продолжается оценка для выставления на публичные торги «Дворцово-паркового ансамбля Святополк-Четвертинских», а пивоваренный завод продан с торгов и в настоящее время реконструируется.

Изучение проблемы, в том числе и этих двух дел показывает, что несогласованность понятийного аппарата затрудняет реализацию данного гражданско-правового способа защиты культурного наследия. Неясно, почему в ГК содержится указание на культурные ценности, да еще и особо ценные и охраняемые государством (государством охраняются все принятые на государственный учет объекты, для этого учет и ведется), в то время как в п. 4 ст. 75 Кодекса о культуре, определяющем обязанности собственника материальной историко-культурной ценности, говорится об изъятии по тем же основаниям (бесхозяйственное содержание, которое может привести к утрате отличительных духовных, художественных и (или) документальных достоинств) историко-культурной ценности любой категории, а не только особо ценных. Проблема заключается в том, что в Беларуси нет специального списка особо ценных историко-культурных ценностей. Мы видим, что гражданско-правовая норма (изъятие бесхозяйственно содержащейся культурной ценности) включена в сокращенном виде в Кодекс о культуре (раздел «Общие положения о культурных ценностях», норма «Обязанности собственника историко-культурной ценности») с тем, чтобы, подписывая охранное обязательство на памятник, собственник понимал, что обязуется надлежаще содержать объект.

Законом Республики Беларусь «Об изменении кодексов» от 13 ноября 2023 г. № 312-З¹⁵ в определенной степени указанная выше правовая неопределенность устранена: ст. 241 ГК приведена в соответствие с Кодексом о культуре — теперь судебному изъятию подлежит любой памятник (историко-культурная ценность), который бесхозяйственно содержится собственником, исключено указание лишь на особо ценные.

¹⁵ Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь, 18.11.2023, 2/3032.

3.3. Новое в гражданско-правовом регулировании последствий обнаружения клада

В исследованиях по вопросам охраны объектов культурного наследия отмечается фрагментарность положений Гражданского кодекса Российской Федерации о кладе; в них практически не решен вопрос об объектах археологического наследия [Мельниченко Н.Н., 2022: 171]. В связи с этим может быть полезен белорусский опыт правового регулирования земельных участков, в которых залегают археологические артефакты либо может быть обнаружен клад, состоящий из культурных ценностей. Этот институт гражданского права претерпел определенные изменения с принятием Кодекса о культуре. Теперь ГК Беларуси устанавливает правовые последствия обнаружения клада (ч. 1 ст. 234), клада, состоящего из культурных ценностей (ч. 2 ст. 234), археологических артефактов, являющихся кладом (ст. 234-2), бесхозных антикварного, исторического оружия и боеприпасов (ст. 234-1).

В соответствии со ст. 234 ГК Беларуси в случае обнаружения клада, состоящего из материальных культурных ценностей, обладающих отличительными духовными, художественными и (или) документальными достоинствами и соответствующих одному из критериев для придания им статуса историко-культурной ценности (речь идет о вновь выявленных культурных ценностях, которые могут быть признаны историко-культурными ценностями, т.е. памятниками), такие ценности подлежат передаче в государственную собственность. При этом собственник земельного участка или иного имущества, где клад был сокрыт, и лицо, обнаружившее клад, имеют право на получение вместе вознаграждения 50% стоимости клада. Вознаграждение распределяется между этими лицами в равных долях, если соглашением между ними не установлено иное. При обнаружении такого клада лицом, производившим раскопки или поиски ценностей без согласия собственника имущества, где клад был сокрыт, вознаграждение этому лицу не выплачивается и полностью поступает собственнику, т.е. сохраняется примерно такой же подход, как и в российском законодательстве.

Однако еще в 2012 г. были предложены новые правила определения правовых последствий обнаружения клада. Так, в соответствии с п. 2 ст. 26 Модельного закона «О праве собственности и его защите», который принят Межпарламентской Ассамблеей государств — участников Содружества Независимых Государств 17.05.2012 № 37-9¹⁶, в случае об-

¹⁶ Постановление Межпарламентской Ассамблеи государств — участников Содружества Независимых Государств N 37-9 «О модельном законе «О праве собственности и его защите»» (принято в Санкт-Петербурге 17.05.2012) // Информационный бюллетень Межпарламентской Ассамблеи СНГ. 2013. № 55.

наружения клада, относящегося к памятникам истории или культуры (по белорусскому законодательству — это историко-культурные ценности — И.М.), он поступает в государственную собственность. При этом собственник земельного участка или иного имущества, где клад был сокрыт, и лицо, обнаружившее клад, имеют право на вознаграждение в размере стоимости клада. Вознаграждение распределяется между этими лицами в равных долях.

Полагаем, что подобного рода новшества целесообразно включить и в ГК Республики Беларусь. Тем самым может быть создан барьер на пути незаконного поиска кладов, содержащих вещи, которые могут быть признаны историко-культурными ценностями, так как возникает стимул передать (а не утаить для последующей продажи) обнаруженный клад в государственную собственность и получить полное (в отличие от нынешних 50%) вознаграждение, при этом не рискуя быть уличенным в присвоении клада.

3.4. Новый подход в регулировании порядка приобретения права собственности на археологические артефакты

В ГК Республики Беларусь введена новая норма — ст. 234-2 «Приобретение права собственности на археологические артефакты». Согласно ее нормам, археологические артефакты, обнаруженные при археологических исследованиях либо иным образом, подлежат передаче в государственную собственность в порядке, установленном законодательством.

Согласно ст. 83 Кодекса о культуре, одним из видов историко-культурных ценностей являются памятники археологии — археологические объекты и археологические артефакты. Археологические артефакты — это движимые материальные объекты, возникшие в результате жизни и деятельности человека более 120 лет тому назад и могущие соответствовать критериям придания статуса историко-культурной ценности, установленным законодательством об охране историко-культурного наследия, и на момент их обнаружения не имеющие собственника.

К археологическим объектам относятся недвижимые материальные объекты или их комплексы вместе с археологическими артефактами и культурным слоем, возникшие в результате жизни и деятельности человека более 120 лет тому назад, которые сохранились в земле или на дне природных и искусственных водоемов, имеют историческое, художественное, научное или иное культурное значение, могут соответствовать критериям для придания статуса историко-культурной ценности (т.е. памятника).

В случае обнаружения археологических артефактов, являющихся кладом, обладающих отличительными духовными, художественными

и (или) документальными достоинствами и соответствующих одному из критериев для придания им статуса историко-культурной ценности, применяются правила, предусмотренные п. 2 и 3 ст. 234 ГК Республики Беларусь.

4. Новеллы судебной защиты историко-культурного наследия

Кодекс о культуре расширяет возможности судебной защиты объектов историко-культурного наследия Беларуси, которые поименованы в законодательстве как историко-культурные ценности. Так, впервые заинтересованным лицам (это могут быть научные организации, музеи, образовательные учреждения, граждане, имеющие разрешение на археологические исследования, как они определены в ст. 127 Кодекса) даны право и возможность обжаловать в суд решения о не отнесении материального объекта к археологическим объектам или археологическим артефактам (п. 6 ст. 128).

С момента вступления в силу Кодекса о культуре и по состоянию на декабрь 2023 г. данная норма не применялась, так как заинтересованные лица в суд не обращались. Однако ее можно рассматривать как дополнительную правовую гарантию защиты историко-культурного наследия и прав археологов на научный результат их исследования, ведь в ходе такой научной работы появляется (и принимается впоследствии на государственный учет) новый памятник — вновь выявленный объект историко-культурного наследия. При этом обязательным условием признания выявленного материального объекта археологическим объектом или археологическим артефактом является факт его пребывания в земле или под водой не менее 120 лет.

В целях принятия решения об отнесении/не отнесении материальных объектов, которые обнаружены случайно, к археологическим объектам или археологическим артефактам созданы и действуют областные (Минская городская) комиссии по археологическим объектам и археологическим артефактам. Именно комиссия должна признать или не признать, что выявленный во время раскопок или обнаруженный случайно материальный объект соответствует критериям для придания статуса историко-культурной ценности (т.е. памятником археологии).

При вынесении решения по данным вопросам (разрешении спора) суд должен дать оценку соблюдению порядка (процедуры) рассмотрения археологической комиссией материалов о выдвижении обнаруженной культурной ценности для придания ей статуса историко-культурной ценности (памятника археологии). Очевидно, что по делам данной

категории необходимо будет заключение эксперта или специалиста в области археологии.

На практике вопросы подведомственности, подсудности дел данной категории, определение формы обращения в суд (в настоящее время таковой является жалоба) должны решаться исходя из общих принципов, установленных гражданским и хозяйственным (арбитражным) процессуальным законодательством.

Заключение

Систематизация нормативных правовых актов в области культуры, охраны исторического и культурного наследия посредством их кодификации является закономерным результатом объективной потребности в новом регулировании отношений в области культуры. Первый опыт такой кодификации показывает, что их включение в единый законодательный акт (кодекс) позволяет: обеспечить полное, всестороннее и системное правовое регулирование общественных отношений в области историко-культурного (культурного) наследия; повысить уровень правового регулирования общественных отношений в данной области; создать благоприятные правовые условия привлечения инвестиций (например, посредством заключения соглашений о государственно-частном партнерстве, путем реализации институтов меценатства и пожертвования); провести актуализацию законодательства в целях гармонизации нормативных актов о культуре между собой и с другим законодательством (например, архитектурным и градостроительным, земельным). Принятие Кодекса о культуре позволило привести действующие в сфере историко-культурного наследия многочисленные, иногда разрозненные и не всегда согласованные между собой нормативные акты в единую систему, сократить количество ведомственных актов и бланкетных норм, совершенствуя в итоге правовой механизм защиты историко-культурного наследия. Этот опыт может быть заимствован другими странами СНГ.

Кроме того, Кодекс о культуре в значительной степени развивает понятийный аппарат гражданского права за счет раскрытия содержания таких институтов, как принципы (основные начала) гражданского права, право собственности на объекты культурного наследия, правовые последствия обнаруженияклада, содержащего культурные ценности и/или археологические артефакты. Знание основных положений Кодекса о культуре необходимо и востребовано: в предпринимательской деятельности, в том числе при осуществлении отчислений за предпринимательскую деятельность, оказывающую непосредственное воздействие на

историко-культурную ценность или зоны охраны памятника (такая обязанность установлена в анализируемом Кодексе); в правоохранительной деятельности, в том числе при предъявлении в суд исков о признании недействительной сделки, предметом которой является историко-культурная ценность; о возмещении вреда, причиненного памятнику либо о прекращении деятельности, создающей угрозу его существованию; о признании права собственности на историко-культурные ценности и других исковых заявлений.

Есть основания полагать, что белорусский опыт кодификации законодательства о культуре будет интересен, полезен и учтен законодателем других стран в ходе совершенствования законодательства в данной сфере.



Список источников

1. Барткова О.Г. О взаимосвязи категории «культура» и основных понятий в сфере правового регулирования культурной деятельности с отдельными институтами гражданского права // Вестник Тверского государственного университета. Серия: Право. 2022. № 3. С. 7–14.
2. Быстрова О.А. Сущность и содержание государственного управления и регулирования в сфере культуры // Культура: управление, экономика, право. 2016. № 1. С. 29–33.
3. Видинеев Д.И. Прогрессивное развитие института международно-правовой защиты культурных ценностей: дис... к. ю. н. М., 2017. 233 с.
4. Головизнин А.В. Охранные обязательства как обременения, возлагаемые на владельцев объектов культурного наследия // Культура: управление, экономика, право. 2019. № 3. С. 29–35.
5. Головизнин А.В. Социально-правовые аспекты инвестирования в объекты культурного наследия (на примере Свердловской области) // Финансовые и правовые аспекты социально ориентированного инвестирования: материалы Всероссийской научно-практической конференции (Екатеринбург, 18 ноября 2021 г.). Екатеринбург: УрГЭУ, 2022. С. 159–163.
6. Иванова Ж.Б. Невосполнимые потери культурного наследия: к вопросу об эффективности охранных обязательств // Культура: управление, экономика, право. 2020. № 3. С. 36–40.
7. Клебанов Л.Р. Арт-рынок: актуальные проблемы правового регулирования. М.: Норма, 2020. 232 с.
8. Кузина С.В. Новеллы законодательства в области охраны памятников истории и культуры // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2017. № 4. С. 135–139.
9. Куликова С.А. Охрана исторической памяти как институт конституционного права: российский и зарубежный опыт // Известия Саратовского университета. Серия: Экономика. Управление. Право. 2022. № 1. С. 65–72.
10. Лавров В.В. Прокурорский надзор за исполнением законов об охране объектов культурного наследия: дис ... к. ю. н. М., 2016. 238 с.

11. Мельниченко Н.Н. Уголовно-правовая охрана археологического наследия: теоретические, законодательные и правоприменительные аспекты: дис... к. ю. н. Краснодар, 2022. 225 с.
12. Можаяева И.П. Основные направления противодействия преступным посягательствам на культурные ценности // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2020. № 3. С. 72–89.
13. Нешатаева В.О. Современные угрозы культурным ценностям и роль ЕАЭС в их защите // Российское правосудие. 2018. № 11. С. 100–109.
14. Панфилов А.Н. Противодействие незаконной археологической деятельности в Российской Федерации: вопросы правового регулирования и правоприменения. М.: Норма, 2023. 210 с.
15. Редчиц М.А. Уголовно-правовая охрана объектов культурного наследия: дис. ... к. ю. н. М., 2018. 222 с.



References

1. Bartkova O.G. (2022) Relationship of the category “culture” and the basic concepts in the field of legal regulation of cultural activities with individual institutions of civil law. *Vestnik Tverskogo gosudarstvennogo universiteta*=Bulletin of Tver State University, no. 3, pp. 7–14 (in Russ.)
2. Bistrova O.A. (2016) The essence and content of public administration and regulation in the sphere of culture. *Kultura: upravlenie, ekonomika, pravo*=Culture: Management, Economics, Law, no. 1, pp. 29–33 (in Russ.)
3. Goloviznin A.V. (2019) Security obligations as encumbrances imposed on owners of cultural heritage objects. *Kultura: upravlenie, ekonomika, pravo*=Culture: Management, Economics, Law, no. 3, pp. 29–35 (in Russ.)
4. Goloviznin A.V. (2022) Social and legal aspects of investing in cultural heritage objects (Sverdlovsk area case). In: Financial and legal aspects of socially oriented investment: papers of All-Russian conference. Yekaterinburg: Ural State University of Economics, pp. 159–163 (in Russ.)
5. Ivanova Zh.B. (2020) Irreparable losses of cultural heritage: on the issue of the effectiveness of protective obligations. *Kultura: upravlenie, ekonomika, pravo*=Culture: Management, Economics, Law, no. 3, pp. 36–40 (in Russ.)
6. Klebanov L.R. (2020) *Art market: aspects of legal regulation*. Moscow: Norma, 232 p. (in Russ.)
7. Kuzina S.V. (2017) Novellas in the field of historical and cultural monuments protection. *Vestnik Saratovskoi yuridicheskoi akademii*=Bulletin of Saratov State Law Academy, no. 4, pp. 135–139 (in Russ.)
8. Kulikova S.A. (2022) Protection of historical memory as an institution of constitutional law: Russian and foreign experience. *Izvestiya Saratovskogo universiteta*=Bulletin of Saratov University, no. 1, pp. 65–72 (in Russ.)
9. Lavrov V.V. (2016) Prosecutor’s supervision over the execution of laws on the protection of cultural heritage objects: Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 238 p. (in Russ.)
10. Melnichenko N.N. (2022) Criminal law protection of archaeological heritage: theoretical, legislative and law enforcement aspects: Candidate of Juridical Sciences Thesis. Krasnodar, 225 p. (in Russ.)

11. Mozhaeva I.P. (2020) The main directions of countering criminal encroachments at cultural values. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, vol. 13, no. 3, pp. 72–89 (in Russ.)
 12. Neshataeva V.O. (2018) Modern threats to cultural values and the role of the EAIS in their protection. *Rossiyskoye pravosudie*=Russian Justice, no. 11, pp. 100–109 (in Russ.)
 13. Panfilov A.N. (2023) *Countering illegal archaeological activity in the Russian Federation: regulation and practice*. Moscow: Norma, 210 p. (in Russ.)
 14. Redchits M.A. (2018) Criminal law protection of cultural heritage objects: Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 222 p. (in Russ.)
 15. Vidineev D.I. (2017) Progressive development of the Institute of International legal protection of cultural values: Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 233 p. (in Russ.)
-

Информация об авторе:

И.Э. Мартыненко — доктор юридических наук, профессор.

Information about the author:

I.E. Martynenko — Doctor of Sciences (Law), Professor.

Статья поступила в редакцию 30.10.2022; одобрена после рецензирования 18.03.2023; принята к публикации 12.12.2023.

The article was submitted to editorial office 30.10.2022; approved after reviewing 18.03.2023; accepted for publication 12.12.2023.

Research article

УДК: 341.9

DOI:10.17323/2072-8166.2024.1.213.245

Copyright Owners, National Treatment and Current Developments in Private International Law



Jan Hodermarsky

Masaryk University, 70 Veveří Str., Brno 611 80, Czechia, hoder.john@gmail.com,
<https://orcid.org/0000-0002-6585-8783>



Abstract

The question of initial ownership is a preliminary question in all copyright claims. It is thus of fundamental importance for the success of any copyright claim. The confrontation of the principle of territoriality vis-à-vis the universality principle finds its reflection in the choice of a connecting factor for the question of initial ownership of copyright. Proponents of universality tend to apply the *lex originis* rule, which takes into consideration legal relations existent in the State of the origin of the work. On the other hand, there are proponents of the strict territoriality principle who apply *lex loci protectionis* conflict-of-laws rule to the whole copyright statute, including the ownership question, which leads to *de facto* violation of legitimate expectations of copyright holders. One of the often-mentioned arguments of *lex loci protectionis* proponents against the use of *lex originis* is that *lex originis* is not able to comply with the national treatment principle enshrined in most international copyright instruments. The purpose and aim of the article is to analyze whether the *lex originis* conflict-of-laws principle indeed contradicts the national treatment principle. For that purpose, the Russian judicial practice is analyzed, for Russia is one of few countries using the *lex originis* principle, which has also had an opportunity to develop an advanced judicial practice in this regard. Most EU countries prefer the *lex loci protectionis* connecting factor to determine the initial copyright owner, which, however, presents a substantial hindrance to the single market. In order to not touch the dogmatically settled *lex loci protectionis* principle and at the same time enable free movement of services within the single market, the EU has introduced a home country rule in its secondary law, which is a material copyright law derogation made in favor of the functioning of EU single market. Compliance of this phenomenon with the national treatment principle is also analyzed in this article. The author concludes that the conflict-of-laws principle *lex originis*, as well as the home country rule, are indeed incompatible with the national treatment principle. It is further concluded that it is through the *lex originis* principle that the essence of national

treatment is realized. In order to interpret international copyright treaties *secundum ratione legis*, the question of copyright ownership should be explicitly excluded from the scope of national treatment, thus from the scope of *lex loci protectionis*.



Keywords

national treatment principle; copyright conflict-of-laws rules; initial ownership of copyright; *lex originis*; *lex loci protectionis*; initial copyright holder; territoriality principle; universality principle.

Acknowledgments: The research was carried out within the project “Conflict-of-laws Dimension of National Treatment Principle” (MUNI/A/1471/2022) supported from the funds of targeted support for specific university research provided by the Ministry of Education, Youth and Sports of the Czech Republic in 2023.

For citation: Hodermarsky J. (2024) Copyright owners, national treatment and current trends in private international law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, vol. 17, no. 1, pp. 213–245 (in English). DOI:10.17323/2072-8166.2024.1.213.245

Научная статья

Обладатели авторского права, национальный режим и современные тенденции развития в международном частном праве



Ян Годермарский

Масариков университет, Чехия 611 80, Брно, ул. Вевержи, 70, hoder.john@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-6585-8783>



Аннотация

Вопрос о первичном обладании авторским правом является предварительным вопросом во всех исках о защите авторских прав. Поэтому он имеет принципиальное значение для успеха любого авторско-правового иска. Противостояние принципа территориальности и принципа универсальности находит свое отражение в выборе коллизионной привязки для решения вопроса о первичном приобретении авторских прав. Сторонники универсальности склоняются к применению формулы привязки *lex originis*, которая позволяет учитывать правоотношения, существующие в стране происхождения произведения. С другой стороны, есть сторонники принципа строгой территориальности, которые применяют формулу привязки *lex loci protectionis* ко всему авторско-правовому статусу, в том числе и к вопросу о первичном приобретении, что фактически приводит к нарушению легитимных ожиданий правообладателей. Одним из часто упоминаемых аргументов сторонников *lex loci protectionis* против использования *lex originis* является то, что *lex originis* противоречит требованиям принципа национального режима, закрепленному в большинстве международных соглашений по авторскому праву.

Целью и задачей данной статьи является анализ того, действительно ли коллизионный принцип *lex originis* противоречит принципу национального режима. Для этого анализируется российская судебная практика, поскольку Россия — одна из немногих стран, использующая принцип *lex originis* и уже сформировавшая в этом вопросе развитую судебную практику. Большинство стран ЕС предпочитают для определения первичного правообладателя формулу привязки *lex loci protectionis*, что, однако, существенно препятствует функционированию единого рынка. Чтобы не трогать догматически устоявшийся принцип *lex loci protectionis* и в то же время обеспечить свободное движение товаров и услуг в рамках единого рынка, ЕС ввел в свое вторичное право правило *home country rule*, которое представляет собой материальное ограничение авторского права, сделанное в пользу единого рынка ЕС. Соответствие этого феномена с принципом национального режима также анализируется в настоящей статье. Статья приводит к выводу, что коллизионный принцип *lex originis*, также как принцип *home country rule*, действительно являются противоречащими принципу национального режима. Далее в статье делается вывод о том, что сама идея национального режима реализуется именно посредством принципа *lex originis*. Для того, чтобы толковать международные договоры по авторскому праву *secundum ratione legis*, вопрос о правообладании авторским правом следует выводить из-под действия принципа национального режима, то есть из-под действия *lex loci protectionis*.



Ключевые слова

принцип национального режима; коллизионные нормы авторского права; первичное правообладание авторским правом; *lex originis*; *lex loci protectionis*; первичный правообладатель авторского права; принцип территориальности; принцип универсальности.

Благодарности: исследование выполнено в рамках проекта «Коллизионный размер принципа национального режима» (MUNI/A/1471/2022) поддержанного из средств целевой поддержки специфических университетских исследований, предоставленной Министерством образования, молодежи и спорта Чешской Республики в 2023 году.

Для цитирования: Годермарский Я. Обладатели авторского права, национальный режим и современные тенденции развития в международном частном праве // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 1. С. 213–245 (на англ. яз.). DOI: 10.17323/2072-8166.2024.1.213.245

Introduction

Copyright is of considerable economic importance and is, therefore, often the subject of transactions that are not exceptionally cross-border in today's globalized world. In contrast, there is no uniform international copyright law. International treaties represent only a certain degree of harmonization. At the international level, there is a need to deal with conflict-of-laws issues, which are rather difficult to grasp because of the potentially ubiquitous nature of copyright works (intangible goods). The ubiquitous nature means that intangible goods (as opposed to tangible goods) are not spatially bound to one place

but exist simultaneously everywhere and thus can potentially be used everywhere at the same time. On the other hand, the territorially limited nature of copyright is sometimes neglected and practically obscured through the fact that copyright arises simultaneously at the moment of creation of the work in all the states of the Berne Union, i.e., practically in all countries of the world, without the need of any formal steps such as registration.¹

The entrenchment of the abolition of the need for formal steps in international copyright treaties, together with the development of modern technology, create an (apparent) impression that copyright is an absolute right that exists universally throughout the world, just like rights to tangible property. The prohibition of requirements of formal steps for copyright protection was a consequence of the idea that an author in one country should be recognized and protected as such in other countries. However, the existing international treaties do not contain a straightforward definition neither of the author nor of who can qualify as the copyright owner. Despite this fact, practically all international copyright treaties provide for the so-called national treatment principle, which mandates all contracting countries to treat foreign “authors” and/or “copyright holders” not worse than they treat their nationals (national authors and copyright holders). Notions of authorship and regulation of first ownership of copyright differ significantly across various legal orders; it might appear to be conclusive that without a proper unified definition of authorship and first ownership, the national treatment principle partly goes in vain. Perhaps the other way around, the lack of definition of authorship and initial copyright ownership might have, in combination with the national treatment principle, its own unique sense and rationale.

For the lack of a unified material definition of initial ownership of copyright on the international law level, it is indispensable to look at this question from the conflict-of-law point of view. As for the selection of the applicable law to determine who the initial copyright owner is, there are two main approaches — *lex loci protectionis* and *lex originis*. While *lex loci protectionis* principle (law of State for which the protection is sought) is easy for courts and collective management organizations (hereinafter referred to as CMOs) to apply, *lex originis* (law of origin of the work, usually law of the State of first publication) presents more trouble as far as its application is considered, but at the same time it is something that the globalized world is truly in need of and what many right-holders tend to implicitly expect (oftentimes naively) to be present and applied when their works pass the borders of their own country.² Apart from the

¹ Art. 5(2) of the Berne Convention (Paris Revision of 1971).

² Such a rule is applied by Russia, Belorussia, Kazakhstan, Uzbekistan, Kyrgyzstan, Portugal, Greece, Romania or USA. This being said, most of the European countries apply the *lex*

above-mentioned conflict-of-laws solutions, there is also a de-facto *lex originis* solution on the material law level, the so-called home country rule, which is gradually becoming more present in the secondary EU copyright law. It is practically a pragmatic “*lex loci protectionis* conflict-of-laws rule bypass” on the material law level, which enables the proper functioning of the EU digital single market.

The aim of the present article is to analyze whether the national treatment principle has direct or indirect implications for conflict-of-laws rules of initial ownership of copyright, whether it limits the legislation of sovereign states — contracting parties to international treaties — in any way when it comes to a conflict-of-laws solution of initial copyright ownership. In other words, it shall be analyzed whether the *lex originis* conflict-of-laws rule contradicts the national treatment principle enshrined in international copyright treaties. For that purpose, the Russian judicial practice is analyzed, for Russia is one of few countries using the *lex originis* principle, which has also had the opportunity to develop an advanced judicial practice in this regard. Similarly, it shall be analyzed whether the above-mentioned home country rule, which is used in secondary EU law and practically bypasses the *lex loci protectionis* in a certain way, is in conflict with the national treatment principle. This analysis should offer certain thoughts on the meaning of the national treatment principle and thus contribute to and encourage further discussions on possible future developments of international instruments in the field of copyright.

1. Initial Owner of Copyright

The primary entity endowed with the ability to dispose of an exclusive author's right is determined solely by the legislator's will. At the international level, sufficient regulation of authorship and initial copyright ownership does not exist, *a fortiori* with respect to its regulation in employment relationships [Telec I., Tůma P., 2019: § 58 Zaměstnanecké dílo, marg. no. 29]. Such an entity has no other means of proving to a foreign sovereign that he is the owner of the copyright than to invoke the provisions of a particular legal order directly. There is no internationally recognized presumption on which such a subject could rely, such as that of possession in the case of tangible things. In this context, one must distinguish the presumption under Article 15(1) of the Berne Convention 1971 (hereinafter referred to as RBC), which identifies the author but not the (primary) rightholder. Rightholders are derived from the person

loci protectionis principle for the copyright ownership question. Such a connecting factor leads to the outcome that in every country the copyright owner is determined by the material law of each respective country. This in turn leads to *de facto* violation of legitimate expectations of copyright holders, for once the work crosses borders, the owner of copyright may change as well.

of the author and his status at the moment of creation of the work. The RBC is silent on the issue of ownership as such, leaving the regulation to the Member States of the Union [Masouyé C., 1978: 109–110]. Moreover, there is disagreement as to the meaning of Article 15(1) RBC, as there is no consensus on whether a legal person could also benefit from such a presumption if it were to be named as author in the work in the usual manner [Leška R., 2019: 312].

Internationally, the only thing that can be assumed with relative certainty in terms of initial ownership is that the copyright in work created by the creator without any external input, incentives, or instructions will belong to the creator. However, in the case of relationships in which several persons are involved in the creation of a work (employer and employee; hiring party and hired party; film producer, director, actors, etc.), no uniform formula can be followed internationally with regard to the distribution of copyright between those entities. Each legal system has its own unique features, which often imply a very different initial distribution of copyright. In the past, the Treaty on the International Registration of Audiovisual Works attempted to address this problem, at least for audiovisual works, through a presumption of copyright ownership by the person registered in the international register.³ However, the applicability of the Treaty was suspended in 1993, and it can now be considered dead.

At the moment of creation of a work in an employment or similar relationship, a bundle of national authors' subjective rights arises in accordance with the principle of territoriality. It is up to the lawmaker of each State to decide who is entitled to such a right, and thus, the rights created in each State may follow their own independent fate, regardless of rights created in other states [Troller A., 1952: 220]. National legal orders adopt different schemes to balance the interests of hiring parties on the one hand, and employees and hired parties on the other. Transfer of a right may be *ex lege* envisaged in the form of *cessio legis*, or such transfer may be provided for in the form of a rebuttable presumption, a licenselike limitation (limited in time and/or scope) of the right belonging to the creator in favor of the employer may be statutorily foreseen, or in extreme cases, the status of the creator, including all relevant rights, may be granted without any limitation to either the employer or the employee. Copyright may be “distributed” *ex lege* from the moment of creation of the work among several entities, typically in such a way that one en-

³ Art. 4(1) of the Treaty on the International Registration of Audiovisual Works reads: “Each Contracting State undertakes to recognize that a statement recorded in the International Register shall be considered as true until the contrary is proved, except (i) where the statement cannot be valid under the copyright law, or any other law concerning intellectual property rights in audiovisual works, of that State, or (ii) where the statement is contradicted by another statement recorded in the International Register.”

tity owns the moral right and another owns the economic component of the copyright. It is not excluded that the property right will be further fragmented in various ways among several entities. Different legal orders may create different constructions of how to express which entity will effectively dispose of copyright immediately after its creation, corresponding to their conception of the nature of copyright.⁴

If each country were to apply its own law to the question of who is the initial copyright owner, this would lead to a situation where the initial copyright owner under U.S. law could not distribute and exploit the work in Germany if German law designates a different entity as the initial copyright owner based on the factual circumstances under which the work has been created.⁵ For this reason, the question of the law governing initial ownership has great practical implications.

However, the determination of the objective copyright law, which decides to whom the copyright to a work initially belongs, is also relevant to other legal successors (in terms of singular or universal succession) since such successors derive their rights from the initial copyright owner. The answer to this question is, therefore, of fundamental importance in two basic respects. It is important for the successor in title that the entity from which the right is to be acquired is the owner of the right in question under the applicable law. Otherwise, in the sense of the principle *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, the “successor in title” would find himself in a situation where no right had, in fact, been transferred to him. Indeed, in the area of copyright law, in most jurisdictions, there is no legal exception to *bona fide* acquisition from an unauthorized person. The second aspect is profit-oriented. It is of great importance to a person who has been granted a copyright and intends a cross-border copyright transaction whether he whether he also enjoys the status of acquirer in the transaction’s target (foreign) state. It is because the jurisdictions for which the person is the actual rightholder will ultimately determine the amount of royalties he gets for granting the right to a third party.

The predictability of the law that will determine the initial owner of copyright is fundamental to the stability of cross-border copyright law regulation. Indeed, suppose it happens that another entity is the initial owner under the applicable law in different jurisdictions regarding the same work. In that case, it is the most substantial hit for legitimate expectation and legal certainty, both

⁴ For example, Canadian law attributed until 2012 initial ownership of copyright to engraving, photograph or portrait, the plate or other original to the person by whom the work was ordered, but under the condition that the work was made for valuable consideration, and the consideration was paid (Section 13(2) Copyright Act (R.S.C., 1985, c. C-42)), cf. [McKeown J., 2010: 229 et seq.].

⁵ Cf. [Ulmer E., 1975: 41–42].

for the domestic initial owner and its eventual title successors. Furthermore, the determination of the initial copyright owner is also relevant for third parties (users) who intend to use the work based on the expiry of the term of protection and rely on the falling of the work into the public domain. The length of the term of protection of a work is generally determined by the nature of the initial copyright owner — whether it is a legal or natural person. In the case of a natural person, the owner's death is usually highly relevant.

The question of who is the initial copyright owner is also very relevant to the Collective Rights Management Organizations (CMOs), which play an essential role in today's copyright and related rights protection. Principally, they are tasked with collecting and distributing royalties in relation to the rights of remuneration. They often also manage and protect authors' and performing artists' other rights and interests.⁶ Rights can be assigned to them by law or by agreement. In this regard, CMOs are competent to initiate legal proceedings (and apply for enforcement measures) with an aim to defend the rights managed by them according to their statutes. Usually, they manage and represent the rights in their own name and for the account of the rightholders. In principle, they defend rights of all authors and performers, including foreign ones. This inherently implies that the CMOs need to determine the applicable law *in casu* in order to find out who the rightholder actually is, so that they can distribute to him the revenue.⁷ What needs to be stressed here is that especially when it comes to the rights for the management of which the CMOs are statutorily responsible (i.e., are obliged by law to defend them), it is the works that the CMOs are aware of at first, not their rightholders. They begin to search for the rightholder, usually thereafter.⁸

2. National Treatment Principle and its Conflict-of-laws Dimension

The principle of national treatment, sometimes also called the assimilation principle, is enshrined in Article 5(1) (and (2)) RBC or Article II of the Universal Copyright Convention 1971 (hereinafter referred to as UCC). It can also be found in Article 3(1) TRIPS, which refers to the regulation in other international treaties relating to intellectual property. However, it is also contained in many bilateral treaties. The national treatment principle is imperative to the national legislator to grant foreign authors copyright protection

⁶ Cf. Art. 4 of the Directive 2014/26/EU.

⁷ Cf. Art. 11(4) of the Directive 2014/26/EU.

⁸ That can be deduced also from the wording of Art. 13(1) al. 2 of the Directive 2014/26/EU, which states inability to identify the rightholder as one of the reasons for which distribution and payment of revenues can take longer than 9 months from the end of the financial year.

no less favorable than that presented by a given State to its own citizens [Boguslavskij M.M., 1973: 27]; [Nonnenmacher G., 1971: 39]; [Ricketson S., Ginsburg J., 2005: 34]. It is a prohibition of discrimination against foreign subjects in the national territory. This principle is generally more favorable than the principle of reciprocity since it allows protection to be granted even to works that are not protected in the State of origin.

There is a doctrinal consensus on the alien law relevance of the national treatment principle.⁹ The principle of national treatment suppresses the application of alien law to foreign authors. Whether the principle of national treatment also has a conflict-of-laws relevance is a question to which neither doctrine nor legal practice finds an unequivocal answer [Lutkova O.V., 2018: 134]; [Stieß K., 2005: 158]; [Peinze A., 2002: 114]. The principle of national treatment is often thought to be limited to its alien law meaning.¹⁰ Neuhaus argues that the RBC was not about recognizing rights to intangible goods acquired abroad but only about granting foreigners the same protection to foreign intangible goods as domestic ones, and thus, the Berne Convention does not contain private international law norms, but only alien law norms [Neuhaus P., Drobnig U., von Hoffmann B., Martiny D., 1976: 193]. He then adds that subsequent revisions and additions have not made any changes to this. The CJEU has also expressed the view that the principle of national treatment as such does not directly imply a conflict-of-laws rule in the case of *Tod's*.¹¹ However, a good part of the doctrine sees the principle as having a conflict-of-laws dimension in addition to its alien law dimension.¹² The reason for the existence of different doctrinal approaches regarding the conflict-of-law meaning of the national treatment principle is primarily due to the unclear wording of Article 5(2) RBC, on which it is difficult to find a consensus on its true meaning and thus to proceed uniformly in its application *secundum rationem legis*. Article 5(1) RBC would be sufficient to express the principle of national treatment as it is defined in the UCC or other international instruments. RBC is, however, of the highest importance for this analysis, for UCC makes itself not applicable when it comes to Berne countries,¹³ and TRIPS makes in this regard solely a reference to the Berne Convention.

⁹ Seldom some authors consider the principle to have exclusively conflict-of-laws dimension, for example [Desbois H., 1966: 874].

¹⁰ Cf. for example [Krupko S.I., 2014: 129-130]; also Gössl argues for a systematic, teleological and historical interpretation in favor of solely alien law dimension [Gössl S., 2014: 201 et seq.].

¹¹ Judgement of the Court (Second Chamber) of 30 June 2005, *Tod's SpA and Tod's France SARL v. Heyraud SA* (C-28/04), para. 32.

¹² For example [Schaafsma S., 2022: 39].

¹³ Appendix declaration relating to Article XVII UCC.

According to one doctrinal approach, Article 5(2) RBC is merely a further refinement of the national treatment principle, from which the conflict-of-laws principle *lex loci protectionis* already inherently follows itself [Desbois H., 1966: 875].¹⁴ The argument for such a conflict-of-laws dimension is that the same treatment of foreigners can only be achieved by applying the same (substantive) law to nationals [Drexel J. in: J. von Hein, 2018: Internationales Immaterialgüterrecht, marg. no. 251]. *Renvoi*, after the application of the conflict-of-laws rule *lex loci protectionis* is therefore to be excluded [Drexel J. in: J. von Hein, 2018: Internationales Immaterialgüterrecht, marg. no. 251]; [Stieß K., 2005: 158]. Such a conclusion is also supported by the fact that Article 8(7) RBC, as an exception to the national treatment principle, unquestionably refers directly to substantive law. Therefore, Article 5(2) RBC must also refer to substantive law [Stieß K., 2005: 160]. By this reasoning, it can be concluded that the national treatment principle inherently contains a conflict-of-laws dimension, irrespective of the specific formulation of that principle in an international instrument.

The opposite conclusion has been reached by British legal practice,¹⁵ according to which Article 5(2) RBC constitutes a conflict-of-laws reference to *lex fori* (according to a grammatical interpretation, since the provision in question reads “où la protection est réclamée”), the reference being conceived as a *Gesamtverweisung*¹⁶, with the consequence that national conflict-of-laws rules also come into play, which may subsequently determine the applicable law, for example, by an all-encompassing conflict-of-laws rule *lex loci protectionis* [Peinze A., 2002: 133–134]. In such a case, the conflict-of-law dimension of Article 5(2) RBC could be rejected [Beckstein F., 2010: 161]. The existence of Article 14bis(2)(a) RBC also suggests that the conflict-of-laws dimension as for the question of initial ownership in the sense of the *lex loci protectionis* does not derive from Article 5, as the Article 14bis(2)(a) RBC would then be redundant [Neuhaus P., Drobnič U., von Hoffmann B., Martiny D., 1976: 200].

However, proponents of *lex loci protectionis* as a connecting factor for the question of initial ownership claim this approach to be the only admissible regarding the national treatment principle and the territoriality principle. From certain point of view, the territoriality principle can be seen as an antonym to universality principle. Talking nowadays about universality we do not mean absolute¹⁷ universality

¹⁴ Cf. also [Ulmer E., 1975: 33]; [Fawcett J., Torremans P., 2011: 676].

¹⁵ Cf. Court of Appeal, Civil Division, 21. 1. 1999, [1999] All E.R. 769–804 (Bauzeichnungen II).

¹⁶ By this term the German legal doctrine of international private law describes a situation that the law determined by the conflict-of-laws norm (in this case *lex fori*) includes again also conflict-of-laws norms of such a legal order, not only its substantial norms.

¹⁷ Absolute universality in the sense of Montevideo Convention (1889) would mean extraterritorial application of copyright law, cf. Art. 2 of the Montevideo Convention.

but rather a relative one. There is no dispute in the modern intellectual property theory that copyright is governed by the principle of territoriality (*largo sensu*), which means that copyright law operates only within the territory of a given State and that “domestic law can only penalise conduct engaged in within national territory.”¹⁸ However, this broad (*largo sensu*) conception of territoriality allows for applying the *lex originis* principle to determine initial ownership. On the other hand, territoriality *stricto sensu* means the application of *lex loci protectionis* to the whole copyright statute, including the question of initial ownership [Troller A., 1985: 139]; [Boguslavskij M.M., 1973: 16].¹⁹ In this sense, territoriality *stricto sensu* has a conflict-of-laws dimension, i.e., inherent conflict-of-laws implications. Territoriality *stricto sensu* is, however, of a purely dogmatic nature. Thus, claiming the *lex originis* principle to conflict with the territoriality principle is also only dogmatic.

Much more delicate argumentation is necessary to deal with the argument that the application of a principle other than *lex loci protectionis*, and that to the entire copyright statute (including ownership question), makes it impossible to comply with the obligation of national treatment regarding foreigners and thus *de facto* leads to their discrimination [Drexl J. in: J. von Hein, 2018: Internationales Immaterialgüterrecht, marg. no. 251].²⁰ Ricketson and Ginsburg speak in this sense of a “denial of substantive national treatment” [Ricketson S., Ginsburg J., 2005: 1298]. The national treatment principle is therefore told to exclude the diversity of conflict-of-laws rules among the signatory States in the sense that it commands the application of the State of protection principle (*lex loci protectionis*) [Desbois H., 1966: 875].²¹ And consequently, the *lex loci protectionis* enshrined in Art. 5(2) RBC shall not allow for application of *renvoi* in the national law [Drexl J. in: J. von Hein, 2018: Internationales Immaterialgüterrecht, marg. no. 251]; [Stieß K., 2005: 158]. Such a position is often inferred

¹⁸ Cf. Judgment of the Court of Justice of the European Union (Third Chamber), 14 July 2005, C-192/04, Lagardère Active Broadcast v. Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE), Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL), para. 46.

¹⁹ See also [Troller A., 1952: 53]. In this sense uses the term “strict territoriality” also Heinze [Heinze C., 2021: 134]. Fentiman uses in this sense notion “strong view of territoriality” [Fentiman R., 2005: 138].

²⁰ Further also [Basedow J. et al., 2013: 233]; [Desbois H., 1966: 874]; [Kyselovská T., Koukal P., 2019: 148].

²¹ Cf. also [Ulmer E., 1975: 33]. In this sense, J. Fawcett and P. Torremans argue that if the conflict-of-laws principle *lex loci protectionis* could not be deduced from the principle of national treatment *per se*, the use of the word “consequently” in Article 5(2), second sentence, would not make any sense [Fawcett J., Torremans P., 2011: 676]. On the contrary, the word “consequently” can also be understood in the sense that the second sentence of Article 5(2) follows on from the first sentence, whilst the first sentence defines the minimum rights of the author and is therefore an alien law norm [Gössl S.L., 2014: 201-202].

from the wording of Article 5(2) RBC, which states that the “*enjoyment and exercise of rights*” are to be independent of protection in the work’s country of origin. It is pointed out that no rights arise from the conflict-of-laws rules as such but that these are merely rules for determining the substantive law, and consequently, only the application of the same substantial law may give rise to the same enjoyment and exercise of rights in its true sense [Drexl J. in: J. von Hein, 2018: Internationales Immaterialgüterrecht, marg. no. 251]; [Kyselovská T., Koukal P., 2019: 159–160].²²

On the other hand, the principle of national treatment requires treating in the same way situations that are essentially the same [Papaux A., 2006: 217].²³ To preserve scientific positivism, the principle of equal treatment should refrain from value judgments.²⁴ Only in this way achieving a proper equal treatment of foreigners is possible. Equality at the level of conflict of laws is, therefore, in this sense, the ideal state. To demand substantive equality at the expense of equality at the conflict-of-laws level means a denial of international private law, and that means legal chaos [Krupko S.I., 2014: 136].

To search for the *ratio* of the national treatment principle, it is worth looking at the historical method of interpretation. First, there is no mention of conflict-of-laws method of regulation in the conference acts from 1884 to 1886 [Peinze A., 2002: 127].²⁵ Nor do the conference acts of the subsequent revisions indicate an intention to regulate conflict-of-laws issue [Peinze A., 2002: 131]. In the Berne Convention, the principle of national treatment was already enshrined in the original 1886 Act. Still, its granting was subject to the fulfillment of formalities in the country of origin. Notably, the actual text of the Berne Convention from 1886 (not amended) was explicitly based on the *lex originis* principle regarding initial ownership (Art. 2(2)).²⁶ The origi-

²² Fawcett and Torremans deem exactly this to be the reason for inadmissibility of renvoi [Fawcett J., Torremans P., 2011: 679]. In this sense also Windisch: “Wenn die nationale Rechtsordnung bereits eine einheitliche materiellrechtliche Regelung für In- und Ausländer, für nationale und internationale Sachverhalte enthält, dann ist kein Raum mehr für eine Kollisionsnorm, die eine Isolierung internationaler Sachverhalte voraussetzt [...]” [Windisch E., 1969: 107].

²³ “L’égalité de traitement [...] [exige] de traiter de la même façon des situations essentiellement semblables.” [Papaux A., 2006: 217].

²⁴ Papaux aptly states that “[...] le principe de l’égalité de traitement doit éviter de procéder par jugements de valeur.” [Ibid].

²⁵ Preparatory materials may serve as an additional means of interpretation of an international treaty (cf. Article 32 VCLT), which is, however, resorted to only when the text of treaty has not been clarified by the general rule of interpretation in Article 31 VCLT [Čepelka Č., 1986: 65].

²⁶ Cf. Art. 2(2) of the Berne Convention 1886: “La jouissance des droits d’auteur est subordonnée à l’accomplissement des conditions et formalités prescrites par la législation du pays d’origine de l’œuvre [...]”

nal Convention did not contain a prohibition of formalities for the existence of protection. For adequate international copyright protection, it was therefore necessary that a copyright arising from registration in one Union State should also be recognized in other Union States. The central idea of the preparatory conferences preceding the creation of the Berne Convention was that all authors who published their work for the first time in a contracting State should be assimilated to domestic authors in all other contracting states while subjected to the least possible burden of formalities [Desbois H., Françon A., Kéréver A., 1976: 10]. *Lex originis*, therefore, governed the question of the establishment of protection.²⁷ It can be concluded that the person who acquired the copyright in *locus originis* had to be recognized as the owner of the copyright in the other Union States since it is his rights that the Berne Convention is intended to protect, provided that he complies with the “*conditions et formalités prescrites par la législation du pays d’origine*.” It was not merely a question of granting protection to the work as an object of protection, but of ensuring the “*jouissance des droits d’auteur*,” which are subjective in nature and therefore tied to a specific person.²⁸ It was irrelevant how the law of the State of origin regulated the conditions for copyright acquisition.

The wording of the mentioned provision was changed in 1908 in the Berlin Revision of Berne Convention [Bergé J.-S., 1999: 76 et seq.]; [Desbois H., Françon A., Kéréver A., 1976: 150]. The Berlin Act incorporated into the Berne Convention the infamous clause stating that “*enjoyment and exercise are independent of the existence of protection in the country of origin of the work*” (principle of independence).²⁹ This was due to the at-times more difficult identification and correct application of *lex originis* [Schaafsma S., 2022: 101–102]; [Chow D., Lee E., 2012: 102]. The determination of foreign law was inconvenient, and there was concern about its misinterpretation [Schaafsma S., 2022: 101–102]. Ease of application prevailed over the rationality of private international law.³⁰

²⁷ Lipszyc in this sense talks about “*subordination of the principle of national treatment to compliance with the conditions and formalities of the lex originis*” [Lipszyc D., 2010: 367]. It has also been argued that this was the reason why the original Berne Act provided only a partial and limited application of the principle of assimilation [Desbois H., Françon A., Kéréver A., 1976: 13–14].

²⁸ In this sense, see for example, [Shershenevich G.F., 1891: 119]; also [Troller A., 1952: 29 (including footnote no. 25)], which states in the context of the Washington Convention that its Art. IX does not apply to the personal status of the work.

²⁹ Cf. Art. 4(1) of the Berlin Act.

³⁰ Cf. [Desbois H., Françon A., Kéréver A., 1976: 151]: “Ce n’est pas en vertu de considérations d’ordre public, et en particulier à cause des entraves qu’oppose à la circulation des œuvres un droit exclusif, ou un régime de licences obligatoires qui comporte une rémunération, que, dans la Convention de Berne, la loi applicable est celle du pays où la protection est

Some note that with the principle of independence, the *lex originis* principle to determine the initial owner/author has been definitively abandoned [Bergé J., 1999: 76 et seq.].³¹ This view can be accepted, except for the issue of initial ownership, for the principal idea of the RBC has not changed with the Berlin Revision. It is indisputable that the assessment of the characteristics and notion of work has thus become independent of the place of origin and, therefore, entirely subject to the law of *locus protectionis*.³² However, it is questionable whether it is not necessary to distinguish from the qualitative requirements for the subject matter of protection the issue of initial ownership, which is different from the other conceptual features of a copyrighted work. It is argued that the abolition of formal requirements has made copyright truly universal and that applying one single law to the question of ownership is essential.³³ As to the question of the initial owner, it is not relevant to ask whether the conceptual characteristic is fulfilled and whether the work is therefore protected as such, but to whom the protection belongs. The RBC and other international conventions to safeguard intellectual property seek to protect not intangible goods as such but rights concerning those goods [Windisch E., 1969: 12]. Although the RBC is based on the independence of protection in the State of protection from protection in the State of origin, such independence cannot be understood in the sense that its common objective of providing the beneficiary with adequate rights within the meaning of national law also in States outside the country of origin would be denied [Windisch E., 1969: 13]. Masouyé's commentary on Article 5 RBC confirms that the second sentence of Article 5(2) RBC is merely an assertion of the independence of protection from the State of origin and that the applicable law is to be determined by national rules of private international law [Masouyé C., 1978: 34]. Ficsor also makes the same conclusion [Ficsor M., 2003: 42]. One must, there-

demandée. — Des raisons qui tiennent à l'opportunité, à la commodité, tendent plus exactement compte de la solution de conflit de lois qui est conservée et consacrée par l'art. 5, al. 1. Le juge saisi aura plus de facilités pour appliquer sa loi nationale qu'une législation étrangère. Solution de facilité ... sinon de paresse, objectera-t-on. Elle a du moins l'avantage d'éviter des recherches difficiles et des divergences d'interprétation, susceptibles de se multiplier entre les juridictions des différents pays de l'Union, appelées à se prononcer sur le sens et la portée de législations étrangères."

³¹ Nonnenmacher in this sense states: "En 1908, lors de la Conférence de révision de Berlin, fut admis le principe de l'indépendance des droits; [...] Par voie de conséquence, le droit d'auteur n'est plus soumis à une loi permanente mais à une loi qui change d'un pays à l'autre." [Nonnenmacher G., 1971: 66].

³² Cf. [Despagnet F., 1909: 196-197], who critically remarks that "il n'est ni logique ni juste que la Convention protège au dehors une œuvre juridiquement inexistant dans son pays d'origine [...]. La simplicité d'une réforme est payée trop cher, lorsque s'achève au détriment de la logique et de la justice."

³³ Cf. [Kur A., Maunsbach U., 2019: 49].

fore, conclude with a restrictive interpretation of today's Article 5(2) RBC, which speaks of the independence of the exercise of protection in the country of origin. The independence of protection has to be understood only regarding the inadmissibility of formalities, which RBC does not prohibit in the country of origin.³⁴ Such a conclusion is logical in view of the formal structure of the provision in question. Indeed, the existence of a semicolon between the norms needs to be justified. If the independence of rights from the State of origin were to be taken absolutely, it would be logical to put a period between the norms in question, not a semicolon.

The principle of national treatment shall make the particular sovereign territories, where the territorially limited copyright laws are in force, accessible to foreigners [Windisch E., 1969: 103]. The meaning and purpose of the RBC, and hence the principle of national treatment contained therein, is to provide foreign authors with the same protection as a given law grants to its own authors. It is, therefore, immanent for a State to achieve this objective by choosing an appropriate conflict-of-laws rule to determine the initial rightholder, and it undoubtedly cannot be the *lex loci protectionis*.³⁵ Otherwise, one could imagine a situation *ad absurdum* where a Member State of the Berne Union declares in its national legislation that the author and copyright owner of all copyright is the State and all rights belong to the State. There would be no conflict with the Berne Convention, as all "rights to works" would be formally guaranteed by the State. However, foreign authors would hardly be able to claim protection for "their" works for the territory of such a state. Such an approach would barely fulfill the *ratio* and purpose of international treaties for the protection of authors' rights.

Moreover, the applicable law can always prescribe the national treatment to foreigners. It is logical that the applicable law has, at the moment when the national treatment is to be provided, already been determined [Schack H., 2019: 495, 522]. Therefore, ownership is a preliminary question of the national treatment.³⁶ Equal treatment of foreign citizens as its own citizens is required, and the provision is silent as to what law is to be applied to ensure this equal

³⁴ Cf. [Fawcett J., Torremans P., 2011: 683-684].

³⁵ Nonnenmacher aptly states: "quels que soient les mérites du système sur le plan de la simplicité [...] un principe de la territorialité aussi absolu qui implique une indépendance de droits et le non-respect des droits acquis est une négation du droit international privé et comme telle n'est pas admissible. Il est incompatible avec les efforts d'unification que poursuivait (ou prétendait poursuivre), du moins au départ, la Convention de Berne." [Nonnenmacher G., 1971: 70].

³⁶ Drobnig similarly says: "[...] die Frage der Erstinhaberschaft ist kein Problem der Schutzgewährung, sondern eine Vorfrage dazu." [Neuhaus P., Drobnig U., von Hoffmann B., Martiny D., 1976: 200].

treatment.³⁷ H. Schack states that with the principle of national treatment, each State is relied upon to protect its own interest and the interest of its citizens sufficiently and according to the appropriate law, and that law need not necessarily be the law of *locus fori* or the law of the State of protection [Schack H., 2009: 138].

The principle of national treatment is a general concept. Its precise content must always be examined in the context of the specific wording of the international treaty in question. In the UCC, for example, the principle of national treatment is formulated more simply than in the RBC [Loewenheim U., 2021: § 63 Grundlagen, marg. no. 44]. The straightforward and uncomplicated formulation³⁸ of the principle of national treatment in the UCC leads some authors to the conclusion that the principle in UCC does not contain any conflict-of-laws dimension, although they see the conflict-of-laws dimension in the RBC.³⁹ One can see the disharmony in the formulations of granting foreign authors equally favorable protection and, on the other hand, the non-application of foreign law. If foreign authors are to be granted protection in foreign countries, foreign law must be applied to determine who is such a foreign author.⁴⁰ In this sense, it is formally rather significant whether one speaks of granting national treatment to an “author” (rightholder) or only to a “national” or even to a “work.”⁴¹ It has already been stated that international treaties seek to protect not intangible goods as such but rights in relation to those goods. This being said, it is not necessary to discuss the national treatment of “work” anymore. Peinze claims that the states of the Berne Union have agreed to grant foreign authors (in *locus originis*) the same treatment as they grant to domestic authors without touching the principle of territoriality [Peinze A., 2002: 116].

³⁷ Cf. [Gössl S.L., 2014: 203].

³⁸ Art. II UCC — “[...] works of nationals of any Contracting State and works first published in that State shall enjoy in each other Contracting State the same protection as that other State accords to works of its nationals first published in its own territory [...]”

³⁹ Cf. [Peinze A., 2002: 134] (footnote no. 520).

⁴⁰ Cf. [Pauli D., 2012]: marg. no. 1 — “[...] die Verbandsstaaten der Berner Übereinkunft verpflichtet werden, ausländischen Urhebern einen Basisurheberrechtsschutz zu gewähren.” In a similar sense also [Ascensão J., 1997: 655] — “[...] quem não é tutelado por direito de autor no país de origem da obra não pode aspirar a essa tutela nos outros países da União de Berna [...]”

⁴¹ Cf. [Vivant M., Bruguière J.-M., 2013: 65]. About “work” as a beneficiary of the national treatment principle speaks for example Henri Desbois ([Desbois H., 1966: 876]). Most authors, however, talk in the context of national treatment principle about author as of the subject who should benefit from the treatment, for example [Arn M. in: R. von Büren, L. David, 1998: 61]; [Fawcett J., Torremans P., 2011: 675]; [Ricketson S., Ginsburg J., 2005: 1297]. More generally about “foreign intellectual property owners” talks [Goldstein P., Trimble M., 2016: 13]. Nonnenmacher adds in this context that “[b]ien que fondamentalement ce soit l’auteur qui est protégé dans la Convention de Berne, et l’œuvre dans la Convention de Genève, en pratique cette différence de terminologie est peu sensible.” [Nonnenmacher G., 1971: 47].

In light of the above-mentioned, it is evident that we need to deal with the difference between various international instruments in using either the term “author” or “national” to describe the subject who enjoys the national treatment. While the RBC in Article 5(1) operates with the imperative of granting national treatment to a foreign author, in the case of Article II(1) UCC or Article 3(1) TRIPS, the benefiter of national treatment is a national. The question is to what extent the difference in the use of “national” and “author” in this context is relevant to national treatment as such. However, it is evident that, just as it is necessary to determine who is a national to grant national treatment to a national, it is similarly essential to determine who is an author to grant national treatment to an author. If granting national treatment to a foreign “national” meant that the status of the author should be granted to “anyone” on the basis of *lex loci protectionis*, then the examination of potential conflict between the mentioned international treaties would be required.

There should be no dispute that the principle of national treatment sets out the conditions under which foreigners may demand national standards. Its relevance is, therefore, in the field of intellectual property the same as in other areas of law [Krupko S.I., 2014: 30]. The principle of national treatment was a trade-off in a situation where the international community could not agree on a unified substantive regime, nor could it unify conflict-of-laws rules that would provide for predictable and fair cross-border use of the protected subject matter. Therefore, from the theoretical point of view discussed above, once the applicable law is determined based on the conflict-of-laws rule, the subjective rights granted by such identical objective law should be guaranteed uniformly to foreign and domestic authors [Goldstein P., Trimble M., 2016: 57]. The national treatment principle should thus not limit the conflict-of-laws solution of the initial ownership question. It prohibits the contracting States from enacting two different conflict-of-laws rules for initial ownership based on some particular criteria, as that might constitute discrimination against foreigners at the conflict-of-laws level. To conclude, the unfortunate ambiguous formulation of Article 5 RBC should not be a reason to misinterpret the rationale and logical nature of national treatment principle. To what extent this theoretical conclusion holds regarding the practical application of *lex originis* rule shall be shown in the following chapter.

3. Applicable Law on Example of Russian Case Law

This part shall show how the *lex originis* conflict-of-laws rule for ownership question has been applied in practice in Russia. Russian law applies *lex originis* rule to determine copyright ownership (Art. 1256(3) of the Russian

Civil Code).⁴² To all other copyright aspects there is, in principle, the *lex loci protectionis* rule to be applied, i.e. the national treatment principle, as stated in Art. 1231(2) of the Russian Civil Code.⁴³ This provision is not to be confused with the alien law provision in Art. 1256(1) of the Russian Civil Code, which sets the conditions for the protection in Russia of works as such (regardless of who the rightholder is).⁴⁴

Russian judicial practice had to deal with the question of copyright ownership in conflict-of-laws context quite many times thanks to the Russian Author's Society (Russian CMO) that acted in the name of rightholders *inter alia* in order to obtain compensation for musical works' authors from cinemas for public screening of movies with soundtracks. Russian law (Art. 1263(3) of the Russian Civil Code) grants authors of musical works (both sound and text) used in movies a right to remuneration for every public screening of the movie.

The remuneration right for public screening of audiovisual work in which a musical work is used has been enshrined in Art. 1263(3) of the Russian Civil Code since the very beginning, i.e. since Part Four of the Russian Civil Code entered into force in 2008. In the original text of the provision, it was necessary that the author of musical work is its compositor.⁴⁵ It is evident that the legislator originally did not intend this right to be alienable. Should a dif-

⁴² Art. 1256(3) of the Russian Civil Code states, that "When a work is granted protection in the territory of the Russian Federation in accordance with international treaties of the Russian Federation, the author of the work or other initial rightholder shall be determined according to the law of the state in the territory of which the legal fact, that served as the basis for the acquisition of copyright, took place."

⁴³ Art. 1231(2) of the Russian Civil Code states: "When an exclusive right to a result of intellectual activity or means of individualization is recognized in accordance with an international treaty of the Russian Federation, the content of the right, its effect, limitations, the procedure for its exercise and protection shall be determined by this Code regardless of the provisions of the legislation of the country where the exclusive right arises, unless such international treaty or this Code provides otherwise."

⁴⁴ Regarding foreign legal entities and their enjoyment of copyright in Russia the Supreme Court of the Russian Federation in its Ruling of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of 23 April 2019, No. 10 "On the Application of Part Four of the Civil Code of the Russian Federation" in point 30 aptly states that "Copyright of foreign legal entities recognized as authors of works in accordance with the legislation of the country of origin of the work is protected in the Russian Federation in accordance with the provisions of Article 1231 of the Civil Code of the Russian Federation. At the same time, such legal entities shall have intellectual rights to the work as provided for by Russian law. When determining the term of copyright protection of foreign legal entities, the court, based on the analogy of the law (paragraph 1 of Article 6 of the Civil Code of the Russian Federation), shall apply the rules provided for in Article 6 of the Introductory Law."

⁴⁵ Art. 1263(3) of the Russian Civil Code (in force as of 1 January 2008) — "When an audiovisual work is publicly performed or broadcast or transmitted by cable, a composer who is the author of a musical work (with or without text) used in the audiovisual work shall retain the right to remuneration for the specified types of use of his musical work."

ferent subject than the composer be determined as author by application of Art. 1256(3), he would not be granted the remuneration right in Russia. In 2014, the provision was modified and the condition of the author being necessarily the compositor of the musical work in question was left out. This allowed the *lex originis* principle, enshrined in Art. 1256(3), to come into play, presumably without any restrictions. The right was, however, still claimed by the majority of doctrine to be inalienable.⁴⁶ This right was said to remain with the respective musical work's author, even if the copyright as such is assigned to the producer. It was for a long time classified by doctrine as "another right" that was economical and, factually, a compound of economic rights [Krashennnikov P.V., 2014: 228]. However, unlike the economic right, it was deemed to be inalienable. The infamous provision in question has been subject to several constitutional claims⁴⁷ and has been a regular basis for claims of the Russian CMO before a court.

The remuneration right in Art. 1263(3) has definitely been proclaimed alienable by the recent Russian Intellectual Rights Court (IRC) decision.⁴⁸ For demonstration purpose, however, let us analyze judicial practice from the time when the nature of the right was still disputable. Let us assume inalienability for this demonstration. Thus, as for Russian subjects (other than actual music composers), they are not able to obtain the mentioned remuneration right in any way because of its inalienability. The only ones who could possibly make it to the ownership of this right (while not being the actual music composer of the work) would be foreign subjects by application of Art. 1256(3).

IRC had a chance to express its view on the application of the mentioned provisions of Art. 1256(3) and 1263(3) of the Russian Civil Code when the owner of the Moscow cinema Bulvar did not pay remuneration to the Russian Author's Society (RAS) for the soundtracks played in the screened movies in the cinema. The Cinema owner claimed that regarding films of US origin, US law should apply as far as the copyright ownership is concerned. Also, the US

⁴⁶ Cf. for example [Krashennnikov P.V., 2014: 227].

⁴⁷ Cf. Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation (Opredelenie) of 16 May 2023, No. 1031-O "On the request of the Court of Intellectual Rights to check the constitutionality of paragraph 3 of Article 1263 of the Civil Code of the Russian Federation"; Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation (Opredelenie) of 30 September 2010, No. 1354-O-O "On refusal to accept for consideration the complaint of Limited Liability Company "Cinema on violation of constitutional rights and freedoms by paragraph 3 of Article 1263 of the Civil Code of the Russian Federation"; Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation (Opredelenie) of 27 May 2010, No. 690-O-O "On refusal to accept for consideration the complaint of citizen Lyubimov Pavel Grigorievich on violation of his constitutional rights by paragraph 3 of Article 1263 of the Civil Code of the Russian Federation".

⁴⁸ Ruling of the Intellectual Property Rights Court (Postanovlenie) of 1 August 2023, No. C01-848/2022 in case No. A07-30376/2018.

law does not provide for any special remuneration right for the musical works used in movies, but also, according to its work-for-hire doctrine, there is *de iure* no “musical work used in a movie” author at all. The whole copyright to the movie — including the music therein — belongs to the producer.

The case got up to the IRC two times. On the first occasion, the IRC remanded the earlier decisions of the first instance court and the appellate court, stating that RAS cannot claim remuneration for a public screening of audiovisual works without indicating who the rightholder of the remuneration right is just by saying the audiovisual works as such.⁴⁹ Knowing the rightholder *inter alia* is essential to know whether the rights in question still exist.

After this decision, RAS indicated the respective rightholders (musical works’ authors) according to the Russian law, claiming that it is Article 14bis(2)(a) RBC which makes the Russian law applicable.⁵⁰ The case found its way again to the IRC, where the cinema owner argued that soundtrack composers in the USA are not recognized as music authors (because of the work-for-hire doctrine) and that there is no practice of collecting such rewards in the USA. That should imply that such entities should not be paid in Russia, either. This argument is logical from the point of view that the producers are getting paid already for the screening of the movies; as such, why should they get paid twice just because music is included in their films? Is it justified for a cinema to pay less money for a film without music in it? Is a movie without a soundtrack less worth it?⁵¹

In this regard, the court stated that foreigners (both individuals and legal entities) whose works enjoy legal protection in the Russian Federation are to be granted the same scope of rights that the Russian law grants to authors of works created in the Russian Federation and pointed out Art. 5(1) RBC. The scope of protection includes, in particular, the right to remuneration provided by Art. 1263(3) of the Russian Civil Code. Nonetheless, it was emphasized that Art. 14bis(2)(a) RBC applies only to ownership of cinematographic works as such, not to the musical works used therein. For the musical works used

⁴⁹ Ruling of the Intellectual Property Rights Court (Postanovlenie) of 6 February 2017, No. C01-1174/2016 in case No. A41-4299/2016.

⁵⁰ Art. 14bis(2)(a) RBC — “Ownership of copyright in a cinematographic work shall be a matter for legislation in the country where protection is claimed.”

⁵¹ Cf. Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation (Opredelenie) of 16 May 2023 No. 1031-O “On the request of the Intellectual Rights Court to check the constitutionality of paragraph 3 of Article 1263 of the Civil Code of the Russian Federation”. IRC made a request to the Russian Constitutional Court for a constitutionality review of Art. 1263(3) claiming that the norm violates the equality of participants in the intellectual rights business and that it puts composers and RAO in an unreasonably privileged position, and imposes an excessive economic burden on cinema operators. The Constitutional Court found, however, the provision to be inline with the Russian Constitution stating that the economic burden imposed on cinemas is their entrepreneurial risk.

audio-visually, it is Art. 1256(3) that shall apply, i.e., the *lex originis* principle. The court also stated that as the right enshrined in Art. 1263(3) is economic, the remuneration may also be paid to a legal person who has acquired the right from the author by contract or by the law of the country of origin.⁵² That means that the existence of the right as such is subject to *lex loci protectionis* because it has to be granted in terms of national treatment, but who is the beneficiary of it, shall be determined by *lex originis*. This conclusion was once more repeated by the IRC in a different case in 2020.⁵³

The conclusion of IRC may *prima facie* seem to be compliant with the national treatment principle. But is it not strange that a US movie rightholder gets paid twice by the cinema while a Russian rightholder (cinema producer) only once? Of course, the RBC is based on the minimal standards principle, i.e., the states of the Union are free to grant greater rights to foreigners than they provide to their citizens, so this may seem harmless. Everyone wants to have rights, while no one wants to have obligations. Nonetheless, let us imagine a hypothetical analog situation where the producer is not getting paid but has to pay some fee because he is the copyright owner. In other words, what if it is not a right but an obligation the rightholder has to “sustain”? In such a case, would not such the copyright owner demand national treatment in the sense that he does not want to pay anything more than the national copyright owners have to pay in regard to a similar work? It has to be stressed that someone’s right corresponds to someone else’s obligation. If we conclude that there is a discrimination in regard to obligations, it must be concluded that there is also discrimination on the other side. That implies that the *lex originis* principle contradicts the national treatment principle.

In addition, the mentioned decision has been discussed in the IRC Journal⁵⁴ where it is stated that since the right to remuneration is not enshrined in any international instrument, it cannot be assumed that a foreign author of a musical work would expect to be granted such a right on the territory of the Russian Federation if his home country does not guarantee a similar right [Intellectual Rights Court, 2018: 43]. Moreover, suppose foreigners enjoy on the Russian Federation’s territory a right not guaranteed to Russian citizens in the other country. In that case, such a situation establishes an unequal position of Russian citizens in respect of their rights in another country compared

⁵² Ruling of the Intellectual Property Rights Court (Postanovlenie) of 25 July 2018, No. C01-1174/2016 in case No. A41-4299/2016.

⁵³ Ruling of the Intellectual Property Rights Court (Postanovlenie) of 29 December 2020, No. C01-1390/2020 in case No. A56-24059/2019.

⁵⁴ It is, however, not an official comment of IRC, but a draft document made available for public discussion at the Research Council of the Court. The recommendations of the Council have not yet been published online.

to foreigners on the territory of the Russian Federation [Intellectual Rights Court, 2018: 43]. The absence of an analogous norm in the applicable law (the *lex originis*), which would keep a remuneration right separated from the rest of economic rights, implies that it must be assumed that such a right is assigned to the acquirer (producer) together with the rest of the economic right, so the document published by IRC [Intellectual Rights Court, 2018: 43]. But the question is, is this not a reciprocity *par excellence* that is explained in the commentary on the decision? The reciprocity principle is incompatible with the principle of national treatment, except for exceptional cases provisioned in RBC [Majoros F., 1971: 59]; [Boguslavskij M.M., 1973: 32]. There has already been some discussion in the past as to whether and to what extent the mere existence of a right in the place of origin should be a condition for granting a particular right in the country of protection.⁵⁵ It was, however, concluded that such a condition contradicts the national treatment. However, the issue in question is not whether the right as such should be granted, but rather to whom such a right should be granted, or more precisely, whether it should be set apart from the rest of the copyright for the benefit of someone who does not have such a right in the country of origin since the copyright as a whole belongs in *locus originis* to a different entity.

Let us now get back to the latest judicial practice and thus the legal *status quo*. As already mentioned above, according to the latest IRC decision, the remuneration right enshrined in Art. 1263(3) is alienable. The reason for this change was the accession of Russia to the World Trade Organization.⁵⁶ Alienability on its own, however, would not suffice for its exquisite coexistence with the national treatment principle. In addition to that, the right would have to be automatically transferred together with the economic right as such, regardless of whether such a transfer happens *ex lege* or *ex contractu*. If it was not the case, a US movie right-holder would under the same circumstances (contract with music composer stating transfer of economic rights without explicitly mentioning remuneration right) get paid twice by the cinema while a Russian rightholder (cinema producer) only once, because the work-for-hire doctrine implies transfer of all the rights that there are, i.e. including remuneration right. That means that if the two cinema produc-

⁵⁵ Cf. [Dittrich R., 1986: 67].

⁵⁶ Ruling of the Intellectual Property Rights Court (Postanovlenie) of 1 August 2023, No. C01-848/2022 in case No. A07-30376/2018 — “The qualification of the right to remuneration as a property right and as part of the exclusive economic right is conditioned by the negotiation process for the accession of the Russian Federation to the World Trade Organization, within the framework of which such qualification was agreed upon and subsequently enshrined in paragraph 10.1 of the joint resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation and the Plenum of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation of 26.03.2009 No. 5/29 “On Certain Issues Arising in Connection with the Enactment of Part Four of the Civil Code of the Russian Federation””

ers, Russian and American one, having the very same contracts with composers of music in their films, would be treated differently in Russia due to Art. 1256(3). Whether the remuneration right gets automatically transferred together with the “rest” of economic rights, is still disputable.

IRC claims that due to the conception of single indivisible exclusive right⁵⁷, it can only pass to other persons in its entirety. As the exclusive right includes the right to remuneration, then, as a general rule, it is to be transferred together with the exclusive right. Consequently, the composer’s right to remuneration may allegedly also be alienated as part of the exclusive right to a musical work.⁵⁸ On the other hand, the Constitutional Court claims that the right to remuneration is retained by the author even when the exclusive right does not belong to him.⁵⁹

In this context, it might be opportune to point out Art. L311-7 al. 1 and 2 of the French Code of Intellectual Property, which provides that the remuneration for the private copies of works shall be collected in favor of the authors “in the sense of the present code.”⁶⁰ France applied the *lex originis* principle until 2013, and this legal provision was supposed to be an exception to the general rule regarding remuneration rights. The French law-maker was probably aware of the potential legal issues associated with “importing” authors from different foreign legal orders (just like the Russian law-maker in the initial version of Part Four of the Russian Civil Code). However, there arises the question — in what situations shall we apply *lex originis*, and in which not? This question is no longer relevant in French law as France has overridden the judicial practice, which established the *lex originis* principle, with the ABC News International decision.⁶¹ Since then, the initial copyright ownership question is governed by the *lex loci protectionis* conflict-of-laws rule.

4. Home Country Rule in EU Law

Despite the issues with the application of *lex originis* demonstrated in the Russian example, the ubiquity of the online environment requires a differ-

⁵⁷ Cf. [Bliznets I.A., 2015, 74].

⁵⁸ Ruling of the Intellectual Property Rights Court (Postanovlenie) of 1 August 2023, No. C01-848/2022 in case No. A07-30376/2018.

⁵⁹ Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation (Opredelenie) of 16 May 2023, No. 1031-O “On the request of the Intellectual Rights Court to check the constitutionality of paragraph 3 of Article 1263 of the Civil Code of the Russian Federation”.

⁶⁰ Art. 311-7 CPI — “La rémunération pour copie privée des phonogrammes bénéficie, pour moitié, aux auteurs au sens du présent code, pour un quart, aux artistes-interprètes et, pour un quart, aux producteurs. La rémunération pour copie privée des vidéogrammes bénéficie à parts égales aux auteurs au sens du présent code, aux artistes-interprètes et aux producteurs [...]”.

⁶¹ Cass. 1e civ., 10 avril 2013, n° 11-12.508, 11-12.509 et 11-12.510.

ent approach than the strict application of *lex loci protectionis*. Recently adopted EU directives 2019/790 (Digital Single Market Directive) and 2019/789 (Broadcast Online Transmission Directive), which react to the needs of the online environment and are also of significant relevance for CMOs' practice, make use of the so-called home country rule, which was presented for the first time in 1993 in the Satellite Broad-casting Directive 93/83/EEC (Art. 1(2)(b)).

This home-country principle aims to strengthen the uniformity of the internal market. The Satellite Broadcasting Directive was the first to use the home country rule (also called *Sendelandprinzip*).⁶² It is not a conflict-of-laws rule but rather a corrective (unification) of the substantive copyright law to ease the free movement of services within the EU [Schack H., 2019: 541]. Its effects are the same.⁶³ Although the home country rule is not a conflict-of-laws rule, it has significant consequences for copyright owners in the protecting country, whose rights cease to be "opposable against all."

The essence of this principle is that broadcasters only need to acquire a license from the rightholder for the territory of the country where the work is to be broadcast via the satellite. There is, therefore, no need to acquire the appropriate rights for all the territories in which the resulting broadcast signal can be received. The only relevant conduct from the copyright point of view is the uplink [Ricketson S., Ginsburg J., 2005: 1306]. The ability to receive the signal does not constitute communication to the public. By introducing this principle, the EU has prioritized the functioning of the single internal market over individual interests, thereby negating the Bogsch theory within the EU single market, according to which it is necessary to acquire a license for the territory of each country in which the resulting signal is available [Birkmann A., 2009: 104].

The Satellite Broadcast Directive provides in Article 2 that the author shall have "*exclusive right [...] to authorize the communication to the public by satellite.*" The State from which the transmission "towards the satellite" is made will *de facto* decide by its legislation which entity has the right to consent to the communication of the work to the public, i.e., who is the author/rightholder, with effect for all EU Member States. Only the entity designated by this law will be rewarded for the consent. Rightholders, according to the law of "receiving States" (if they differ from those designated under the law of the place of broadcast), will remain unremunerated and without the possibility to prohibit the broadcasting of "their" works on the territory of those particular States.

⁶² Sometimes it is also referred to as *Herkunftslandprinzip*, cf. [van Eechoud M., Hugenholtz B., van Gompel S., Guibault L., Helberger N., 2009: 313].

⁶³ Some authors even imprecisely describe the principle as a conflict-of-laws rule, cf. for example [Posch W., 2008: 99-100].

The same home country rule principle (as in Directive 93/83/EEC) is also used in Digital Single Market Directive 2019/790⁶⁴ and Broadcast Online Transmission Directive 2019/789⁶⁵. According to Article 8(2)(a) of Directive 2019/790, when out-of-commerce works are made available by cultural heritage institutions, “*the name of the author or any other identifiable rightholder*” must be indicated. Similarly to Directive 93/83/EEC, the entity in question (the rightholder) will be determined by the law of the State “*where the cultural heritage institution undertaking that use is established*” (Article 9(2) of Directive 2019/790), with effects for the entire EU single market. It can be assumed that the making available of such works will mostly take place on the Internet. The same is the case for the exception for digital uses of works for teaching purposes, which entails the obligation to indicate the name of the author of the work used (Article 5(1)(b) of Directive 2019/790). Moreover, in this case, Member States may, in their national law provide for fair compensation for rightholders for such digital uses of works (Article 5(4) of Directive 2019/790). Who is the rightholder and thus who will get the compensation shall be determined, yet again, according to the law of the country “*where the educational establishment is established*.” This leads again to a situation where only the rightholder, under the law of the place of the educational institution, will be remunerated. In contrast, rightholders under the laws of other Member States will not receive any fair remuneration, even though the intangible asset will be available in digital form in each Member State for educational purposes.

The aim of the Satellite Broadcasting Directive 93/83/EEC was to create a pan-European audiovisual space for satellite broadcasting. In practice, however, the creation of a pan-European audiovisual area has not happened, as the Directive does not prohibit territorial licensing of rights, and that resulted in the application of territorial restrictions by technical means such as signal encryption [van Eechoud M., Hugenholtz B.P., van Gompel S., Guibault L., Helberger N., 2009: 313]. It is not effectively possible on the Internet. We can see that the need for *lex originis*/home country rule is increasing, and the problems with the diverging substantial laws for the ownership question arise more and more often. We cannot end this part without asking ourselves — is the home country rule reconcilable with the national treatment principle? It is at least as reconcilable as the *lex originis* conflict-of-laws rule. Nevertheless, maybe a little less?

⁶⁴ Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC.

⁶⁵ Directive (EU) 2019/789 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 laying down rules on the exercise of copyright and related rights applicable to certain online transmissions of broadcasting organisations and retransmissions of television and radio programmes, and amending Council Directive 93/83/EEC.

Let us imagine that the author of book B transferred the copyright to his book for the territory of Portugal to a third party. And now, why should the author of book A, which was made available online for teaching purposes by a company established in the Czech Republic, be remunerated for his book being available on the territory of Germany, whilst the author of book B, which was also made available online for teaching purposes on the territory of Germany, but by a company established in Portugal, not? Remember that the national treatment principle is called the first principle of non-discrimination [Drexl J. in: J. von Hein, 2021: Rom II-VO Art. 8 Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums, marg. no. 53]. Is this not discrimination *par excellence*? Author B legitimately expected to be remunerated for the factual “use” of his book in Germany, as in Germany, he did not transfer his copyright to anyone, and he is thus the copyright owner. The applicable law is, in both cases, German law, so different applicable laws cannot justify the factual different treatment of both authors. Both authors are treated differently based on the provisions of German law, and this different treatment is not justified. As stated above, the national treatment principle prohibits alien law rules from discriminating against aliens. The home country rule should be considered non-compliant with the national treatment principle. The German law, transposing the Directive, actually considers, by applying the *lex loci protectionis* conflict-of-laws principle, both authors A and B as authors of their respective books. Although both of these books are *de facto* (not *de iure*) “made available” on the territory of Germany, only one of the authors will be remunerated for it because, according to Portuguese law, one of the authors is no longer the copyright holder.

Conclusion

It has been shown that from the theoretical point of view, *lex originis* fulfills the *ratio* of national treatment much better than *lex loci protectionis*. To interpret international copyright treaties *secundum ratione legis*, the question of (initial) ownership should be excluded from the coverage of *lex loci protectionis*. Taking into account the legal status in the country of origin of the work means respect towards foreign legal orders and thus to private international law. It is a natural evolution in the globalized world.

On the other hand, the Russian judicial practice shows that the *lex originis* principle needs to be revised regarding its compliance with national treatment principle. A reconciliation of these two elements is required. It has also been shown that home country rule as an artificial bypass to *lex loci protectionis* conflict-of-laws rule does not improve the situation regarding conflict with national treatment. CMOs have to take into account in their work the growing internationalization and the rules governing transnational relations. And so

should the lawmakers. EU law tries to bypass territoriality and the diverging substantial copyright laws using the home country rule, which in turn harms copyright owners designated by *lex loci protectionis*, i.e., copyright owners designated by the national law in the country of protection.

It is about the right time to reconsider introducing another — explicit and obligatory — exception to national treatment on the international law level in regard to copyright ownership conflict-of-law solution, so that socio-economic reality can finally in this regard find its reflection in international copyright law. Moreover, to avoid, at least partly, internal decisional disharmony, it would be more than opportune to introduce substantial norms in international instruments, which would determine the question of ownership. A great scholar Francesco Ruffini stated already almost one hundred years ago that it is a natural evolution to pass from *lex loci protectionis* to a uniform private law which will regulate international relationships uniformly [Ruffini F., 1927: 124].⁶⁶ It would considerably make the work of CMOs easier and unforeseen results of international copyright transactions would be suppressed.



Список источников

1. Близнec И.А. Право интеллектуальной собственности. М.: Проспект, 2015. 896 с.
2. Богуславский М.М. Вопросы авторского права в международных отношениях. М.: Наука, 1973. 336 с.
3. Крашенинников П.В. Авторские и смежные с ними права: постатейный комментарий глав 70 и 71 Гражданского кодекса Российской Федерации. М.: Проспект, 2014. 480 с.
4. Крупко С.И. Коллизионно-правовые аспекты регулирования интеллектуальной собственности. Хозяйство и право. 2014. № 11. С. 129–136.
5. Луткова О.В. Специальные коллизионно-правовые принципы регулирования трансграничных авторских отношений. Lex Russica. 2018. № 2. С. 129–139.
6. Суд по интеллектуальным правам. Справка к заседанию Научно-консультативного совета при Суде по интеллектуальным правам по спорным вопросам соотношения положений части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации с некоторыми положениями частей первой, второй, третьей Гражданского кодекса Российской Федерации. Журнал Суда по интеллектуальным правам. 2018. № 19. С. 28–43.
7. Шершеневич Г.Ф. Авторское право на литературные произведения. Казань: Типография императорского университета, 1891. 313 с.

⁶⁶ “Et ainsi, par une évolution successive de la loi nationale de l’auteur, on passe à la loi du pays d’origine de l’œuvre, puis à la loi du lieu où la protection est réclamée; cette dernière s’efface à son tour et il s’établit une sorte de droit commun universel, applicable aux rapports internationaux de droit privé. Nous n’en sommes pas encore là; le mouvement est seulement ébauché.” [Ruffini F., 1927: 124].

8. Ascensão J.O. *Direito Autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, 754 p.
9. Basedow J. et al. *European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property. Conflict of Laws in Intellectual Property: The CLIP Principles and Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2013, 560 p.
10. Beckstein F. *Einschränkungen des Schutzlandprinzips: die kollisionsrechtliche Behandlung von Immaterialgüterrechtsverletzungen im Internet*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, 380 p.
11. Bergé J.-S. De la loi applicable à la définition du titulaire du droit d'auteur. *Revue Critique de Droit International Privé*, 1999, p. 76 ff.
12. Birkmann A. *Die Anknüpfung der originären Inhaberschaft am Urheberrecht*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2009, 310 p.
13. Chow D., Lee E. *International Intellectual Property, Problems, Cases, and Materials*. 2nd ed.. St. Paul: West Academic Publishing, 2012, 800 p.
14. Čepelka Č. *Právo mezinárodních smluv. Vídeňská úmluva o smluvním právu (1969) — s komentářem*. Praha: Státní pedagogické nakladatelství, 1986, 185 p.
15. Desbois H. *Le droit d'auteur en France*, 2e éd. Paris: Dalloz, 1966, 974 p.
16. Desbois H., Françon A., Kéréver A. *Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*. Paris: Dalloz, 1976, 452 p.
17. Despagnet F. *Précis de droit international privé*. 5e éd. Paris: L. Larose & L. Tenin, 1909, 1250 p.
18. Dittrich R. Der Grundsatz der Inländerbehandlung der RBÜ und die sogenannte soziale Hälfte — Zugleich ein Beitrag zur Methode, die RBÜ auszulegen. In: R. Dittrich. *Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz*. Wien: Manz Verlag, 1986, pp. 63–94.
19. Fawcett J., Torremans P. *Intellectual Property and Private International Law*. Second Edition. Oxford: Oxford University Press, 2011, 1056 p.
20. Fentiman R. Choice of Law and Intellectual Property. In: J. Drexler, A. Kur. *Intellectual Property and Private International Law — Heading for the Future*. Portland: Hart Publishing, 2005, pp. 129–150.
21. Ficsor M. *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties administered by WIPO*. Geneva: World Intellectual Property Organization, 2003, 317 p.
22. Goldstein P., Trimble M. *International Intellectual Property Law: Cases and Materials*. 4th ed. St. Paul: West Academic Publishing, 2016, 820 p.
23. Gössl S. *Internetspezifisches Kollisionsrecht? Anwendbares Recht bei der Veräußerung virtueller Gegenstände*. Baden-Baden: Nomos, 2014, 330 p.
24. Heinze C. Transition and Continuity in the Private International Law of Intellectual Property. In: N. Bruun, G. Dinwoodie et al. *Transition and Coherence in Intellectual Property Law*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2021, pp. 133–144.
25. Kur A., Maunsbach U. Choice of law and Intellectual Property Rights. *Oslo Law Review*, vol. 6, iss. 1, 2019, pp. 43–61.
26. Kyselovská T., Koukal P. *Mezinárodní právo soukromé a právo duševního vlastnictví: kolizní otázky*. Brno: Masarykova univerzita, 2019, 392 p.
27. Leška R. Presumption of Authorship under the Berne Convention and its Application in the Online Environment. In: Y. Gendreau (ed.). *Le droit d'auteur en action: perspectives internationales sur les recours*. Montreal: Les Éditions Themis, 2019, pp. 307–318.
28. Lipszyc D. Historical appearances and disappearances of formalities: from Berne to national laws. In: L. Bently, U. Suthersanen, P. Torremans (eds.). *Global*

Copyright. Three Hundred Years Since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace. Cheltenham: Edward Elgar, 2010, pp. 367–394.

29. Loewenheim U. Handbuch des Urheberrechts. 3. Aufl. München: C.H. Beck, 2021, 2883 p.

30. Majoros F. Les arrangements bilatéraux en matière de droit d'auteur. Paris: A. Pedone, 1971, 130 p.

31. Masouyé C. Guide de la Convention de Berne pour la protection des œuvres (Acte de Paris, 1971). Genève: Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, 1978, 258 p.

32. McKeown J. Canadian Intellectual Property Law and Strategy. New York: Oxford University Press, 2010, 437 p.

33. Neuhaus P., Drobnig U., von Hoffmann B., Martiny D. Die Immaterialgüterrechte im künftigen internationalen Privatrecht der europäischen Gemeinschaften. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 40. Jahrg., 1976, H. 2, p. 189–232.

34. Nonnenmacher G. Le cinéma et la télévision face au droit international privé. In: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1971, vol. 134, pp. 1–108.

35. Papaux A. Introduction à la philosophie du « droit en situation ». Genève/Zurich/Bâle: Schulthess, 2006, 240 p.

36. Pauli D. *Berner Übereinkunft*. Baden-Baden: Nomos, 2012, 384 p.

37. Peinze A. Internationales Urheberrecht in Deutschland und England. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, 425 p.

38. Posch W. *Bürgerliches Recht. Band VII. Internationales Privatrecht*. 4. Aufl. Wien: Springer, 2008, 216 p.

39. Ricketson S., Ginsburg J. *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2005, 1540 p.

40. Ruffini F. De la protection internationale des droits sur les œuvres littéraires et artistiques. Paris: Librairie Hachette, 1927, 188 p.

41. Schaafsma S. *Intellectual Property in the Conflict of Laws. The Hidden Conflict-of-law Rule in the Principle of National Treatment*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2022, 608 p.

42. Schack H. The Law Applicable to Unregistered IP Rights After Rome II. *Ritsumeikan Law Review*, 2009, no. 26, p. 129–144.

43. Schack H. *Urheber- und Urhebervertragsrecht*. 9. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, 766 p.

44. Stieß K. *Anknüpfungen im internationalen Urheberrecht unter Berücksichtigung der neuen Informationstechnologien*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005, 301 p.

45. Telec I., Tůma P. *Autorský zákon. Komentář*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2019, 1320 p.

46. Troller A. *Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*. Basel: Verlag für Recht und Gesellschaft, 1952, 294 p.

47. Troller A. *Immaterialgüterrecht. Band I*. 3. Aufl. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 1985, 548 p.

48. Ulmer E. *Die Immaterialgüterrechte im internationalen Privatrecht*. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1975, 124 p.

49. Van Eechoud M., Hugenholtz B., van Gompel S., Guibault L., Helberger N. Harmonizing European Copyright Law: The Challenges of Better Lawmaking. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, 374 p.
50. Vivant M., Bruguière J.-M. Droit d'auteur et droits voisins. 2e éd. Paris: Dalloz, 2013, 1118 p.
51. Von Büren R., David L. (eds.) Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht. Zweiter Band. Basel/Genf/München: Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 1998, 378 p.
52. Von Hein J. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 12, Internationales Privatrecht II (Internationales Wirtschaftsrecht, Art. 50-253 EGBGB). 7. Aufl. München: C. H. Beck, 2018, 2788 p.
53. Von Hein J. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 13, Internationales Privatrecht II (Internationales Wirtschaftsrecht, Art. 50-253 EGBGB). 8. Aufl. München: C. H. Beck, 2021, 2899 p.
54. Windisch E. Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht im zwischenstaatlichen Bereich. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 1969, 244 p.



References

1. Ascensão J. (1997) Direito Autoral. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 754 p.
2. Basedow J. et al. (2013) European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property. Conflict of Laws in Intellectual Property: CLIP Principles and Commentary. Oxford: Oxford University Press, 560 p.
3. Beckstein F. (2010) Einschränkungen des Schutzlandprinzips: die kollisionsrechtliche Behandlung von Immaterialgüterrechtsverletzungen im Internet. Tübingen: Mohr Siebeck, 380 p.
4. Bergé J.-S. (1999) De la loi applicable à la définition du titulaire du droit d'auteur. *Revue Critique de Droit International Privé*, no. 5, pp. 76 ff.
5. Birkmann A. (2009) *Die Anknüpfung der originären Inhaberschaft am Urheberrecht*. Baden Baden: Nomos Verlag, 310 p.
6. Bliznets I.A. (2015) Intellectual Property Law. Textbook. Moscow: Prospect, 896 p. (in Russ.)
7. Boguslavskij M.M. (1973) *Copyright Issues in International Relations*. Moscow: Nauka, 336 p. (in Russ.)
8. Chow D., Lee E. (2012) International Intellectual Property, Problems, Cases, and Materials. 2nd ed. St. Paul: West Academic Publishing, 800 p.
9. Čepelka Č. (1986) Právo mezinárodních smluv. Vídeňská úmluva o smluvním právu (1969) — s komentářem. Praha: Státní pedagogické nakladatelství, 185 p. (in Czech)
10. Desbois H. (1966) *Le droit d'auteur en France*. 2e éd. Paris: Dalloz, 974 p.
11. Desbois H., Françon A., Kéréver A. (1976) Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins. Paris: Dalloz, 452 p.
12. Despagnet F. (1909) Précis de droit international privé. 5e éd. Paris: L. Larose & L. Tenin, 1250 p.
13. Dittrich R. (1986) Der Grundsatz der Inländerbehandlung der RBÜ und die sogenannte soziale Hälfte — Zugleich ein Beitrag zur Methode, die RBÜ auszulegen. In: R. Dittrich. Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz. Wien: Manz Verlag, pp. 63–94.

14. Fawcett J., Torremans P. (2011) *Intellectual Property and Private International Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 1056 p.
15. Fentiman R. (2005) Choice of Law and Intellectual Property. In: J. Drexl, A. Kur. *Intellectual Property and Private International Law — Heading for the Future*. Portland: Hart Publishing, pp. 129-150.
16. Ficsor M. (2003) *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties administered by WIPO*. Geneva: World Intellectual Property Organization, 317 p.
17. Goldstein P., Trimble M. (2016) *International Intellectual Property Law: Cases and Materials*. 4th ed. St. Paul: West Academic Publishing, 820 p.
18. Gössl S. (2014) Internetspezifisches Kollisionsrecht? Anwendbares Recht bei der Veräußerung virtueller Gegenstände. Baden-Baden: Nomos, 330 p.
19. Heinze C. (2021) Transition and Continuity in the Private International Law of Intellectual Property. In: N. Bruun, G. Dinwoodie et al. *Transition and Coherence in Intellectual Property Law*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 133–144.
20. Intellectual Rights Court (2018) Statement to the meeting of the Research Advisory Council of the Intellectual Property Rights Court on controversial issues of relation of the provisions of Part 4 of the Civil Code of the Russian Federation with provisions of Parts 1 2 and 3. *Zhurnal Suda po intellektual'ny'm pravam*=Journal of the Intellectual Rights Court, no. 19, pp. 28–43 (in Russ.)
21. Krashennnikov P.V. (2014) Copyright and Related Rights: Article-by-article Commentary on Chapters 70 and 71 of the Civil Code of the Russian Federation. Moscow: Prospekt, 480 p. (in Russ.)
22. Krupko S.I. (2014) Conflict of Laws aspects of Intellectual Property Regulation. *Hozjajstvo i pravo*=Economy and Law, no. 11, pp. 129–136 (in Russ.)
23. Kur A., Maunsbach U. (2019) Choice of Law and Intellectual Property Rights. *Oslo Law Review*, vol. 6, iss. 1, pp. 43–61.
24. Kyselovská T., Koukal P. (2019) Mezinárodní právo soukromé a právo duševního vlastnictví: kolizní otázky. Brno: Masarykova univerzita, 392 p. (in Czech)
25. Leška R. (2019) Presumption of Authorship under the Berne Convention and its Application in the Online Environment. In: Y. Gendreau (ed.). *Le droit d'auteur en action: perspectives internationales sur les recours*. Montreal: Les Éditions Themis, pp. 307–318.
26. Lipszyc D. (2010) Historical appearances and disappearances of formalities: from Berne to national laws. In: L. Bently, U. Suthersanen, P. Torremans (eds.). *Global Copyright. Three Hundred Years Since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace*. Cheltenham: Edward Elgar, pp. 367–394.
27. Loewenheim U. (2021) *Handbuch des Urheberrechts*. 3. Aufl. München: C.H. Beck, 2883 p.
28. Lutkova O.V. (2018) Special conflict of laws principles for the regulation of cross-border copyright relations. *Russkij zakon*=Lex Russica, no. 2, pp. 129–139 (in Russ.).
29. Majoros F. (1971) *Les arrangements bilatéraux en matière de droit d'auteur*. Paris: A. Pedone, 130 p.
30. Masouyé C. (1978) *Guide de la Convention de Berne pour la protection des œuvres* (Acte de Paris, 1971). Genève: Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, 258 p.
31. McKeown J. (2010) *Canadian Intellectual Property Law and Strategy*. New York: Oxford University Press, 437 p.

32. Neuhaus P., Drobnig U., von Hoffmann B., Martiny D. (1976) Die Immaterialgüterrechte im künftigen internationalen Privatrecht der europäischen Gemeinschaften. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 40. Jahrg., H. 2, pp. 189–232.
33. Nonnenmacher G. (1971) Le cinéma et la télévision face au droit international privé. In: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 134, pp. 1–108.
34. Papaux A. (2006) *Introduction à la philosophie du «droit en situation»*. Genève/Zürich/Bâle: Schulthess, 240 p.
35. Pauli D. (2012) *Berner Übereinkunft*. Baden-Baden: Nomos, 384 p.
36. Peinze A. (2002) *Internationales Urheberrecht in Deutschland und England*. Tübingen: Mohr Siebeck, 425 p.
37. Posch W. (2008) *Bürgerliches Recht. Band VII. Internationales Privatrecht*. 4. Aufl. Wien: Springer, 216 p.
38. Ricketson S., Ginsburg J. (2005) *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*. Oxford/New York: Oxford University Press, 1540 p.
39. Ruffini F. (1927) *De la protection internationale des droits sur les œuvres littéraires et artistiques*. Paris: Librairie Hachette, 188 p.
40. Schaafsma S. (2022) *Intellectual Property in the Conflict of Laws. The Hidden Conflict-of-law Rule in the Principle of National Treatment*. Cheltenham: Edward Elgar, 608 p.
41. Schack H. (2009) The Law Applicable to Unregistered IP Rights after Rome II. *Ritsumeikan Law Review*, no. 26, pp. 129–144.
42. Schack H. (2019) *Urheber — und Urhebervertragsrecht*. 9. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 766 p.
43. Shershenovich G.F. (1891) *Copyright in Literary Works*. Kazan: University Press, 313 p. (in Russ.)
44. Stieß K. (2005) *Anknüpfungen im internationalen Urheberrecht unter Berücksichtigung der neuen Informationstechnologien*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 301 p.
45. Telec I., Tůma P. (2019) *Autorský zákon. Komentář*. 2. vydání. Praha: C.H. Beck, 1320 p. (in Czech)
46. Troller A. (1952) *Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*. Basel: Verlag für Recht und Gesellschaft, 294 p.
47. Troller A. (1985) *Immaterialgüterrecht. Band I*. 3. Aufl. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 548 p.
48. Ulmer E. (1975) *Die Immaterialgüterrechte im internationalen Privatrecht*. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 124 p.
49. Van Eechoud M., Hugenholtz B., van Gompel S., Guibault L., Helberger N. (2009) *Harmonizing European Copyright Law: The Challenges of Better Lawmaking*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 374 p.
50. Vivant M., Bruguière J.-M. (2013) *Droit d'auteur et droits voisins*. 2e éd. Paris: Dalloz, 1118 p.
51. Von Büren R., David L. (eds.) (1998) *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht. Zweiter Band*. Basel/Genf/München: Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 378 p.

52. Von Hein J. (2018) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 12, Internationales Privatrecht II (Internationales Wirtschaftsrecht, Art. 50-253 EGBGB). 7. Aufl, München: C. H. Beck, 2788 p.
53. Von Hein J. (2021) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 13, Internationales Privatrecht II (Internationales Wirtschaftsrecht, Art. 50-253 EGBGB). 8. Aufl. München: C. H. Beck, 2899 p.
54. Windisch E. (1969) Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht im zwischenstaatlichen Bereich. Berlin: J. Schweitzer Verlag, 244 p.
-

Information about the author:

J. Hodermarsky — PhD Student.

Информация об авторе:

Я. Годермарский — аспирант.

Статья поступила в редакцию 15.11.2023; одобрена после рецензирования 10.01.2024; принята к публикации 02.02.2024.

The article was submitted to editorial office 15.11.2023; approved after reviewing 10.01.2024; accepted for publication 02.02.2024.

Research article

УДК: 343

DOI:10.17323/2072-8166.2024.1.246.263

Influence of the Soviet (Russian) Law on the Chinese Criminal Procedure Laws



Zhiyuan Guo

China University of Political Science and Law, 25 Xi Tu Cheng Road, Haidian District, Beijing 100088, P.R.C., guozhiyuan@hotmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-4329-5825>



Abstract

The first Criminal Procedure Law (CPL) of China issued in 1979 was greatly influenced by the Soviet Criminal Procedure Law in multiple dimensions including the framework, concepts, principles, and specific institutions. Although the Chinese CPL has changed a lot after three amendments in 1996, 2012 and 2018 respectively, the influence of the Soviet Law can still be noticed in many aspects of the current law. The paper explores how the Soviet Law has shaped Chinese Criminal Procedure Law into the way it is. Part I explores the historical development of Chinese CPL, indicating the close relationship between the Chinese Law and the Soviet Law. Part II compares Chinese CPLs with the Soviet (and its successor Russia) CPLs, trying to identify their similarities and differences. In the Part III the author draws tentative conclusions from the comparison and predicts the continuing influence of the Russian law model on Chinese CPLs in the future. The paper primarily relies on comparative study and historical analysis. The legal framework, legal terms, theories, principles, and specific institutions will be examined to illustrate the great influence of the Soviet Law on Chinese Criminal Procedure Law. The study will help to better understand the evolution of Chinese criminal procedure law and to predict more accurately its further development.



Keywords

Criminal Procedure Law; Soviet Law Model; Chinese Law; Socialist Legal System; Amendment; Influence.

For citation: Guo Zh. (2024) Influence of the Soviet (Russian) Law on the Chinese Criminal Procedure Laws. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*=Law. Journal of the Higher School of Economics, vol. 17, no. 1, pp. 246–263 (in English). DOI: 10.17323/2072-8166.2024.1.246.263

Introduction

Over the past century, the evolution of China's criminal justice system was always accompanied with societal reforms, ideological impact, and other changes. Influenced by various factors such as political regimes, cultural traditions, and social value, the criminal justice system of contemporary China embodies typical Chinese and socialist characteristics. Under the guidance of democratic principle, the Criminal Procedure Laws (CPLs) of contemporary China focus on the true practical issues and respond to the genuine needs of the public. Centered around the Criminal Procedure Code, China possesses a comprehensive and high-quality criminal justice system to regulate criminal proceedings. This system includes *The Organization Law of the People's Courts*, *The Organization Law of the People's Procuratorates*, *The Law on Judges*, *The Law on Procurators*, *The Law on Lawyers*, *The Supervision Law of the People's Republic of China*, and more. Before attaining its current accomplishments, China underwent several rounds of explorations and institutional experiments from the early 20th century. Numerous scholars have contributed their intellectual power and research outcomes to the resulting criminal procedure law reforms. Before delving into the specific shaping influence of the Soviet law model on Chinese criminal procedure law, it's crucial to gain insight into the historical processes of China's criminal justice system.

The legal system in ancient China did not differentiate civil matters from criminal ones, and often combined substantive and procedural norms, with a greater emphasis on substantive norms [Li S., Bian J., 2010: 54–55]. In 653 A.D., the Tang Dynasty enacted a comprehensive legislation, known as *The Tang Code* (唐律疏议, Tang Lü Shu Yi), which consists of 12 sections. Among these, the sections titled “Arrest and Flight” (捕亡律, Bu Wang Lü) and “Judgement and Prison” (断狱律, Duan Yu Lü) contained provisions relating to the procedural matters.¹ The former governed the pursuit and capture of fugitives, while the latter addressed trial procedures, execution, and prison management [Johnson W., 1972: 42]. It is noteworthy that the main purpose behind these two sections was to ensure the orderly execution of punishments, rather than to protect the rights of individuals accused of crimes. Strictly speaking, feudal-era China did not embrace the modern criminal procedural law that prioritizes the values of liberty and rationality.

In 1902, during the late Qing Dynasty, under the guidance of Shen Jiaben, Minister of legal affairs, China initiated a journey of legal reform.² During this

¹ *The Tang Code* is the earliest and most complete ancient legal code that currently exists in China. It has had a far-reaching impact on the development of China's legal system and is regarded as one of the representative works of ancient Chinese law. The legal codes that followed in the post-Tang Dynasty period largely continued the content and structure of *The Tang Code*.

² In 1840, the commencement of the First Opium War between China and Britain marked the beginning of China's transformation into a semi-colonial and semi-feudal

period, they translated several criminal procedure codes from various countries, including Japanese Criminal Procedure Law, the United States' Criminal Procedure Law, the Prussian judicial system, and the French Criminal Procedure Law, etc. [Zhang Z., 2019: 475]. These translations provided the groundwork for the eventual establishment of China's initial procedural code, *Criminal and Civil Procedure Law* and the completion of the *1911 Draft of Criminal Procedure Law* [Chen R., 1997: 3]. Although *The 1911 Draft of Criminal Procedure Law* was not put into practice due to the swift decline of the Qing Dynasty, it was referenced by the subsequent government of the Republic of China (ROC government). It is safe to say that *the 1911 Draft of Criminal Procedure Law* initiated the modernization process of Chinese criminal procedure law. Following the transition from the old regime to the new one, i.e., the ROC government was overthrown by the Communist Party, the People's Republic of China was founded. In February 1949, the Central Committee of the Chinese Communist Party issued legal document to invalidate the six codes previously utilized by the ROC government. Starting from the 1950s, China's criminal procedure law underwent a significant transformation period, as the country began learning from the Soviet law model comprehensively.

Thus, the following sections of the article will delve into a detailed analysis of how the Soviet legal model shaped Chinese CPLs specifically. The third part will encompass a comparative analysis between Soviet or Russian CPLs and the three amendments to Chinese CPLs, it will further scrutinize the current Chinese CPLs in comparison to Russian counterparts, with the aim of pinpointing both commonalities and disparities. The concluding section, leveraging the insights from our prior analysis, will draw trend-based conclusions and endeavor to forecast the influence of the Russian legal model on the future trajectory of Chinese CPLs.

1. The Molding Role of Soviet Legal System on Chinese CPLs

In the 1950s, Soviet law has began exerting a substantial influence on China. For the newly established socialist China, the Soviet Union served as a valuable guiding example. This is not only because the two countries both pursued a socialist path, but also because the Soviet Union was one of the

society. Subsequently, the Second Opium War, the Sino-Japanese War, and the Siege of the International Settlements had followed. After China's defeats in these conflicts, a series of unequal treaties were imposed, compelling the Qing government to embark on a path of reform and strengthening. Shen Jiaben believed, that foreign strengths resided in their political and legal systems, therefore advocated learning from advanced Western political and legal systems to compensate China's shortcomings.

few countries being friendly to China at that time. Due to the dominance of capitalist nations in global discourse, China confronted significant challenges and lacked international recognition. Domestically, China was amid post-war recovery, and there was a pressing need to establish a socialist legal system. China's situation at that time was very similar to that of the Soviet Union when it was first established. Liu Shaoqi, the Chairman of the Standing Committee of the National People's Congress, emphasized in his report on the 1954 Constitution Draft that "the path we have taken is the path Soviet Union has taken" [Liu S., 1954].

In 1954, China enacted its first Constitution, and enacted *The Organization Law of the People's Courts* and *The Organization Law of the People's Procuratorates* in the same year. These three legal documents were formulated with a strong reference to the Soviet legal system. They stipulated some basic principles and institutions of criminal proceedings. For example, they outlined distinct roles for the People's Courts, People's Procuratorates, and public security organs in the exercise of adjudication, prosecution, and investigation powers. They emphasized that the people's courts shall adjudicate cases independently and are subject only to the law; all citizens are treated equally in the application of the law; trials should be open to the public; the accused has the right for defense; and citizens of all ethnicities have the right to use their own languages and scripts in legal proceedings. Furthermore, these three legal documents encompassed guidelines for processes such as people's assessor, collegial bench, final judgment after two trials, as well as arrest and detention [Chen G. et al., 2021: 66].

At the meantime, Chinese scholars specializing in criminal procedural law traveled to the Soviet Union to study legal theory, translating Soviet criminal procedural laws, academic articles, and textbooks into Chinese. Renown Soviet legal professors were also dispatched to China to teach legal courses [Chen G. et al., 1999: 5]. Under the extensive influence of Soviet law, China formulated the *1957 Draft of Criminal Procedure Law* and the *1963 Draft of Criminal Procedure Law*. Both of those two drafts largely preserved the fundamental structure and principles of Soviet criminal procedural law. Unfortunately, due to historical reasons, the two drafts were not officially promulgated.³ Subsequently, the Legislative Affairs Commission of the National People's Congress Standing Committee revisited the *1963 Draft of Criminal Procedure Law* and formulated the *1979 Chinese Criminal Procedure Law* on the basis of it. The first Chinese CPL was passed on July 1, 1979, and took effect on January 1,

³ During years from 1966 to 1976, the Great Proletarian Cultural Revolution erupted. Throughout this time, judicial activities in China came to a complete standstill, resulting in extensive damage to the judicial system and culture. Legislative processes of criminal procedure law were entirely suspended.

1980 [Song Y., 2014: 1–2]. *The 1979 Chinese Criminal Procedure Law* incorporated a significant portion of the Soviet legal system and shared an inseparable connection with Soviet criminal procedural law. The following sections will use the Soviet criminal procedural law and *the 1979 Chinese Criminal Procedure Law* as a basis for textual analysis to explore how the Soviet legal model profoundly and comprehensively shaped China's criminal procedural law.

During the first three decades after its founding, China learned extensively from the Soviet Union in various aspects, such as theories, principles, and institutions, prior to enacting its formal Criminal Procedure Law. The embryonic form of China's criminal justice system had already taken shape during this period, bearing a distinct imprint of the Soviet Union. Although China has made three revisions to the Criminal Procedure Law since the 1979 CPL was enacted, the initial Soviet legal heritage has persisted within the Chinese criminal procedural legal system, profoundly influencing contemporary practices in Chinese criminal procedure.

1.1 Criminal Procedure Theories

In the 1950s a work *Soviet Criminal Procedure* translated from the Russian by the Criminal Law Research Office of Renmin University of China had a significant impact on the academic field of Chinese criminal procedural law. The book contained a discussion on Soviet criminal procedural theory that stated: "The worldview of the Communist Party has a decisive significance for the development of the entire ideological system and culture of Soviet society. This worldview should be the foundation for all research departments." According to the viewpoints presented in the book, the concept of a classless and non-partisan science is nonexistent and has never existed. Soviet criminal procedural science is characterized as a science with a party character. This science is rooted in communist principles, as well as the theories of Lenin and Stalin regarding the dictatorship of the proletariat, the functions of the Soviet state, and its tasks during that period [Cheltsov M.A., 1955: 40–42]. Furthermore, Soviet criminal procedural science, along with any kinds of science of law, is considered part of the superstructure upon the socialist foundation. Based on this perspective, Soviet criminal procedural law stipulates that its fundamental task is to ensure fair trials in criminal cases, and to protect the socialist state, the citizens' rights and safety, maintain socialist legal order, and prevent conspiracies that threaten social stability. Additionally, it is expected that criminal judgments will have an educational impact on the whole society [Durmanov H.D., 1951: 7]. In accordance with the socialist nature of the Soviet Union, the essence of criminal procedural law is also with a class character. The formulation of Soviet criminal procedural law serves the realization of the state's will and the promotion of social stability and unity.

Soviet criminal procedural theories had a substantial influence on *the 1979 Chinese Criminal Procedure Law*. Under the 1979 CPL, the guiding ideology for the formulation of China's Criminal Procedure Law is based on Marxism-Leninism, Mao Zedong Thought, the Constitution, and the practical experiences of implementing the people's democratic dictatorship led by the proletariat.⁴ The purposes of the Chinese CPL include ensuring accurate and timely determination of criminal facts and the correct application of the law to punish criminals and protect the innocent from criminal prosecution. These objectives are conducive to upholding the socialist legal system, protecting the personal and democratic rights of citizens, and ensuring the smooth progress of the socialist revolution and construction.⁵ Although the textual expressions may differ, the essence of both the Chinese and Soviet CPLs is to protect proletarian dictatorship, maintain social order, and uphold the socialist system through crime control. Their commonality is to regard criminals who disrupt social stability and system as underminers, so it's justifiable to impose sanctions on them through crime control measures. It explains the potential risk of neglecting human rights protections in some of the criminal procedural institutions in both China and the Soviet Union. They tend to prioritize crime control to achieve the goal of criminal proceedings, often making the protection of citizens' rights a secondary consideration during the prosecution of crimes.

1.2. Criminal Procedure Principles

In a valuable Chinese translation of a lecture manuscript, delivered by the Soviet criminal procedural law scholar B.E. Chugunov to the faculty and students at China University of Political Science and Law (CUPL) in 1957,⁶ was analysis of the following principles of Soviet criminal procedure:

1. Adherence to socialist legality.
2. Participation of people's assessors in all trials.
3. Selection of judges.
4. Citizens of all ethnicities have the right to use their own languages and scripts in legal proceedings.
5. Open court hearings.
6. Guarantee the accused person's right to defense.
7. Independence of judges, who are subjected to the law only.
8. Investigative agencies, adjudicative authorities, and procuratorates exercise their powers in accordance with the national public interests.

⁴ Criminal Procedure Law of the People's Republic of China 1979, Art. 1.

⁵ Criminal Procedure Law of the People's Republic of China 1979, Art. 2.

⁶ At that time, CUPL was known as Beijing University of Political Science and Law.

9. The principle of directness (the judge hears the case directly), and verbalism (hearings are conducted orally, and are not based on case files only).
10. Continuous court hearings.
11. The adversarial principle.
12. Presumption of innocence.
13. The principle of ascertaining the objective truth.
14. Judges evaluate the evidence based on inner belief.
15. Equality of citizens in the application of law.
16. Ensuring the rights of participants in legal proceedings [Chugunov B.E., 1957: 42–65].

Also he has pointed out that all principles mentioned except for principles 11, 12, and 13, which had some controversies, are considered in academic community as fundamental principles of the Soviet criminal procedure. Regarding the adversarial principle, there were some doubts whether it should be applied in the investigative and prosecutorial stages. Some scholars denied its function as a fundamental principle at first, but acknowledged it later [Cheltsov M.A., 1955: 124]. Similarly, Soviet scholars had conflicting views on the presumption of innocence and the principle of ascertaining the objective truth. M.A. Cheltsov, for instance, wrote, “From the perspective of the main purpose of criminal proceedings, we must admit that the most important task is to make sure the court establishes the true circumstances of crime so as to punish criminals”. His statement suggests that the presumption of innocence, that safeguards the rights of the accused, may not have been considered the most important principle in achieving the litigation objective, although he later acknowledged its significance. As for the principle of ascertaining the objective truth, some Soviet scholars argued that it was a litigation aim rather than a procedural principle [Chugunov B.E., 1957: 57, 60, 61], while others thought it a nearly impossible task for the court to render judgments consistent with the objective truth [Vyshinsky A. Ya., 1954: 226].

Compared with the extensive system of criminal procedural principles established in the Soviet Union, the fundamental principles set forth in *the 1979 Chinese Criminal Procedure Law* were more concise and refined ones. Articles 3 to 10 establish the following principles:

1. Division of exclusive authority among public security organs, procuratorates, and courts;
2. Public authorities must rely on the masses;
3. Basing judgments on facts and take law as the criterion;
4. Equality before the law;
5. Divided responsibilities, mutual cooperation and restraint among public security organs, procuratorates, and courts;
6. Use of ethnic languages and scripts in legal proceedings;

7. Cases in the People's Courts shall be heard in public;
8. The accused has the right for defense;
9. Protection of the litigation rights of participants.⁷

Among these, the criminal procedural principles with Chinese characteristics are 2, 3, and 5. Other principles are more or less influenced by the Soviet Union. Mao Zedong Thought is the guiding ideology of the Chinese Communist Party, including principles of upholding the people's democratic dictatorship and the mass line. This ideology was reflected in China's first Criminal Procedure Law as the principle of relying on the masses in handling criminal cases. Moreover, *the 1979 Chinese Criminal Procedure Law* was formulated in the context of China emerging from the shadow and low point of the Cultural Revolution. The legislators, having learned from the lessons of the past, included the principle of basing judgments on facts and adhering to the law to avoid the disasters that occurred during the Cultural Revolution [Wu H., Zhong S., 2012: 863]. With regards to the principle of dividing responsibilities, cooperation and restraint, it presents a specific way to balance and supervise the operation of powers among the public security organs, procuratorates, and courts, but it differs significantly from the separation of powers in the United States. This is because China's criminal procedural principle mainly emphasizes the checks and balances among the three organs. This principle is about the internal division of judicial powers, rather than the external separation of executive, judicial, and legislative powers.

1.3. Criminal Procedural Institutions

Firstly, the Soviet Union divided the criminal proceedings into different phases, and China's Criminal Procedure Law largely inherited this feature. According to the Soviet Criminal Procedure Code, the criminal proceedings are roughly divided into seven stages: initiation of criminal cases, investigation, prosecution [Cheltsov M.A., 1955: 8–11], court trial, appeal of non-final judgments, review of final judgments, and execution. China's 1979 Criminal Procedure Law, on the other hand, specifies the following stages: case filing, investigation, prosecution, first and second instance of trials, death penalty review, retrial, and execution.⁸ Among these, both of them took the case filing as a separate phrase [Lan V., 2019: 146],⁹ but the death sentence review procedure is unique to China and was not present in the Soviet Criminal Procedure

⁷ Criminal Procedure Law of the People's Republic of China 1979, Articles 3 to 10.

⁸ Criminal Procedure Law of the People's of Republic of China 1979, Table of Contents.

⁹ It's not usual for most countries to stipulate the case filing as a separate phrase. "Case filing" was formulated as the first phrase of criminal proceedings in the 1979 Chinese CPL, instead of "initiation of criminal cases" that was stipulated in the Soviet CPL.

Law. It originates from China's historical legal tradition, where extreme caution was exercised in cases involving the death penalty. In ancient China, the execution of the death penalty required multiple levels of approval and had to be reported to the highest ruler. Modern Chinese criminal procedural law retained this tradition by stipulating the death penalty review procedure.

Secondly, both China and the Soviet Union had a similar structure of strong state power-oriented criminal procedural systems. As was mentioned earlier, in terms of the purpose of criminal proceedings, China and the Soviet Union are fundamentally aligned-maintaining socialist order through crime control. Crime is seen as the most extreme activity that disrupts social order and is not tolerated. The structure of criminal proceedings is designed to serve the purpose, while the purpose defines the structure of criminal procedures. Therefore, both China and the Soviet Union inevitably exhibit a structure that emphasizes the crackdown on crime. Even nowadays when China's criminal procedural law has gradually transformed towards adversary system after three amendments, the strong state power-oriented factors continue to affect the effectiveness of the implementation of specific institutions. However, it is currently at a changing crossroads, with the arrival of "misdemeanor era" in China and the increasing awareness of human rights among the public. The future direction of Chinese criminal proceedings remains uncertain.

Third, the Soviet Union had a significant influence on China's views on evidence. Soviet criminal procedure adhered to the principle of objective truth. Although China did not explicitly include this principle in its 1979 Criminal Procedure Law, the principle of objective truth had a substantial impact on China's theories of evidence law. The theoretical foundation of the principle of objective truth is materialist epistemology. Since the 1950s, Chinese scholars have consistently applied materialist epistemology to interpret the process of proving facts in criminal proceedings. Mainstream viewpoints argued: "...Case facts exist as objective truth independent of the will of public security and judicial personnel; they can only be recognized and ascertained but not altered. It should be emphasized that the objective practice is not only the basis for public security and judicial personnel to collect and apply evidence to determine facts but also the sole criterion for examining whether the facts is correctly identified" [Chen G., Chen H., Wei X., 2001: 38]. This reflects that China's criminal procedural law has always adhered to the inherited principle of objective truth learned from the Soviet Union.

Fourth, China's prosecutorial system bears significant similarities to that of the Soviet Union. *The 1954 Organization Law of the People's Procuratorates* defined the functions of the People's Procuratorates as follows: initiating public prosecutions in criminal cases, supervising the legality of investigations and judicial activities, supervising the execution of criminal judgments, ini-

tiating litigation in important civil cases related to state and public interests, and supervising whether state officials and citizens comply with the law.¹⁰ When drafting this law, lawmakers explicitly applied Lenin's guiding thought about the powers of prosecutorial organs, emphasizing that the prosecutorial powers in China aimed at maintaining the unity of the state's legal system. This defined China's procuratorates as state legal supervision organs [Wu H., Zhong S., 2012: 864]. Soviet scholars once wrote, "the activities of general supervision, which the procurator carries out by overseeing the work of all agencies and the behavior of all citizens for compliance with the law, are closely related to his activities in the judicial sphere—pursuing criminal liability against anyone who meets the criminal elements for breaching the law" [Cheltsov M.A., 1955: 135]. China's procuratorates, like their Soviet counterparts, are entitled to both legal supervision and public prosecution. Many issues with China's prosecutorial system derived from its dual functions, sometimes creating internal tensions.

2. Three Revisions to the Chinese CPLs in Comparison with Soviet (Russia) CPLs

As time passes, the 1979 Chinese CPL has become outdated and unable to keep pace with the development of the society. After the reform and opening-up policy was issued, China's economy began to take off. The country has gradually shifted its focus towards economic development, and this led to the fading of ideological discourse in the whole Chinese society. Especially since 1992, following the collapse of the Soviet Union, the trend of emulating the Soviet Union is no longer mainstream. Instead, learning from common law jurisdiction and keeping up with international standards have become a major task of Chinese CPL. Driven by various demands, China underwent its first amendment to CPL in 1996 after a gap of 16 years. Subsequently, two amendments were made in 2012 and 2018 respectively. While the 1979 CPL was essentially a replica of the Soviet criminal procedure law, these three amendments gradually freed Chinese CPL from Soviet influence and enabled China to develop her criminal procedure law in a more distinctively and typically Chinese way.

2.1. The First Amendment of 1996

The 1996 Amendment to the Chinese CPL was formulated and implemented under the leadership of scholars. Professor Chen Guangzhong, a renowned Chinese CPL scholar and then-president of the CUPL, led a small group of

¹⁰ Organic Law of the People's Procuratorates of the People's Republic of China 1954, Art. 4.

outstanding experts and professors in drafting the amendment, two-thirds of it were ultimately adopted by the authorities. The revision was primarily based on research on comparative law. The expert drafting team, through overseas visits and the study of foreign literature and documentation, incorporated good institutions from abroad into the Chinese legal system. The revision covered various aspects of the 1979 CPL, and article presented will primarily focus on the following key modifications.

Firstly, the 1996 Amendment stipulated a new principle: “No one shall be declared guilty without the lawful judgment of the people’s court”.¹¹ The principle has sparked debates among Chinese scholars. Some argued that it was consistent with the relevant Soviet provision¹² in terms of its content and logic; it could be considered as the principle of presumption of innocence. Others believed that it should be interpreted based on the original meaning of the presumption of innocence, that implies that everyone should be presumed innocent until proven guilty. From this perspective, the wording of the principle, which states “shall not be deemed guilty”, might not be equivalent to “presumed innocent”. Therefore, this principle only emphasizes the exclusive authority of the court to convict, while the presumption of innocence was not established in China [Zhang Z., 1983: 14-15]. Through textual interpretation, it can be discovered that Chinese and Soviet legal texts expressed the same meaning, but scholars in China and the Soviet Union had different understandings. Soviet scholars believed that as long as the defendant has not been judged guilty by the court, they should not be considered guilty but presumed innocent [Tatsuhiko V., Kang S., 1980: 59]. And Soviet scholars acknowledged that the presumption of innocence was a fundamental principle in Soviet CPL. Even today, this issue is still controversial in China. A more authoritative conclusion is that China does not strictly adhere to either the presumption of guilt or the presumption of innocence, but operates on the principle “guilt is determined by evidence”. In other words, a defendant is deemed guilty based on existing and sufficient evidence of guilt; otherwise, the defendant is innocent [Zhou G., 1991: 20]. This conclusion is reasonable and in line with the practical circumstances in China. Although the definition of the presumption of innocence may not be entirely clear, Article 12 of the 1996 Amendment can be seen as a step forward in protecting the rights of defendants compared to the absence of such provisions in the 1979 CPL.

Furthermore, the Amendment of 1996 introduced innovations in the areas of defense and the trial system. In the field of defense, compared to the 1979

¹¹ Criminal Procedure Law of the People’s Republic of China 1996, Art. 12.

¹² The resolution of the Plenum of the Supreme Soviet Court in 1946: “The accused shall not be considered a criminal until his guilt is proven according to the established legal procedure.”

CPL where lawyers did not appear during the investigation stage, the 1996 Amendment of 1996 has allowed to lawyers to provide legal assistance to defendants during the investigation. The timing of when defense could begin was similar in China and the Soviet Union, as both countries experienced a reform process that shifted lawyer involvement timing from the prosecution stage to investigation stage [Yuan Y., 2014: 98]. In the trial system, there were three main innovations. Firstly, the pretrial substantive examination of cases by judges was replaced with procedural and formal reviews. It was made to prevent judges from making prejudgments prior to the actual trial. Secondly, it enhanced the adversarial nature of the proceedings by weakening the dominant role of judges in the court. Previously, influenced by Soviet law, Chinese judges had the authority to investigate facts both inside and outside the court. Under the judge's command, the prosecution and defense acted as cooperators in the trial, with limited autonomy. In a result the pre-1996 Chinese criminal procedure structure was evaluated as an "inquisitorial", even "super-inquisitorial" model by scholars [Guo Z., 2021: 16]. Thirdly, to protect the defendant's right to an expedited trial, a simplified trial procedure was introduced, allowing single-judge trials in cases where: the facts are clear and the evidence is sufficient in public prosecutions that could result in a sentence of three years or less of imprisonment, detention, supervision, or a single fine, where the People's Procuratorate recommends or agrees to the use of the simplified procedure; cases are accepted at complaint only; misdemeanor cases are initiated by victims with evidence.¹³

2.2. The Second Amendment in 2012

Between 1996 and 2012, Chinese society underwent significant changes so that the 1996 CPL could no longer keep pace with the social development. For instance, China made two important amendments to the Constitution in 1999 and 2004 emphasizing the construction of rule of law with a socialist character. "The state shall respect and safeguard human rights" was incorporated into the Constitution. For another instance, China signed and ratified a series of international conventions, necessitating alignment between the Chinese CPL and international criminal justice standards. Meanwhile, China's judicial reform theory and practice were deepening, with many successful experiences and valuable insights [Bian J., Xie S., 2019: 3]. Therefore, a revision of the CPL was put on the agenda again in 2012. The amendment process of this round differed from the previous round where scholars played an important role. The 2012 amendment was drafted by the Legislative Affairs Commission of

¹³ Criminal Procedure Law of the People's Republic of China 1996, Art. 174.

the National People's Congress Standing Committee, and involved various state institutions, including the Supreme People's Court, the Supreme People's Procuratorate, Public Security Ministry, State Security Ministry, and Justice Ministry. It also incorporated the opinions of Congress representatives, lawyers, and professors. This amendment touched on various aspects, including evidence rules, the right to defense, and so on.

Most importantly, this amendment introduced the principle against self-incrimination and the exclusionary rule for illegally obtained evidence into the CPL of China. Since the 1996 amendment, numerous wrongful convictions were exposed in China, many of which resulted from extorting confession by torture during the investigation process.¹⁴ Wrongful convictions affected the purity and authority of China's judiciary and did not align with the requirements of procedural justice. Article 50 of the 2012 CPL stipulates: *It is strictly prohibited to extort confessions by torture or to collect evidence by threat, enticement, deception, or other unlawful means. No one shall be forced to prove his own guilt.*¹⁵ In the past, Chinese legal practice was influenced by the Soviet legal theory, emphasizing the objective truth while neglecting human rights protection. To enhance procedural justice, the 2012 CPL has prohibited collecting evidence through illegal means or forcing anyone to incriminate himself/herself. By this time, Russia had already taken a completely different path from China. Due to the collapse of the Soviet Union, Russia embraced fully the capitalist system. Correspondingly, Russian criminal procedure law began to establish an adversary system centered around presumption of innocence [Yuan Y., 2012: 48]. The current Russian Criminal Procedure Code, Article 7-3, establishes the exclusionary rule for illegally obtained evidence: "Violation of the norms of the present Code by the court, by the prosecutor, by the investigative bodies or by the investigator in the course of the criminal court proceedings shall entail recognizing the proof obtained in this way as being inadmissible."¹⁶

Significant changes were introduced in the 2012 CPL around the right to defense. Before 2012, defense lawyers could only access key materials related to the facts of the case during the prosecution and trial stages, and they are not allowed to review all litigation materials. After the 2012 amendment, there were no longer any restrictions on the scope of document review, and defense lawyers could access all case materials.¹⁷ It's worth noting that as early as 1960s,

¹⁴ The cases of She Xianglin in Hubei's Jingmen County, Zhao Zuohai case in Shangqiu, Henan, and the Zhang's uncle and nephew case in Zhejiang, involving forced confessions through torture, have drawn significant attention.

¹⁵ Criminal Procedure Law of the People's Republic of China 2012, Art. 50.

¹⁶ Criminal Procedural Code of the Russian Federation 2001 (Amended 2021), Art. 7 (3).

¹⁷ Criminal Procedure Law of the People's Republic of China 1996, Art. 36; Criminal Procedure Law of the People's Republic of China 2012, Art. 38.

Soviet CPLs already explicitly granted not only defense lawyers but also defendants the right to review case files.¹⁸ However, China has not granted defendants the direct right to review case files. In other aspects, the 2012 CPL also introduced a reconciliation procedure for public prosecution cases,¹⁹ marking the rise of restorative justice practices in China [Chen R., 2006: 15]. The 2001 Russian Criminal Procedure Code also provides for a criminal reconciliation procedure. If a suspect or defendant in a criminal case reaches a settlement with the victim and compensates for the harm caused, the victim can apply to terminate criminal proceedings for minor or moderate crimes.²⁰ Additionally, the 2012 CPL expanded the simplified trial procedure to a wider scope of criminal cases. Previously, the simplified procedure only applied to cases that could result in sentences of up to three years of imprisonment. In 2012, this limitation was removed and all the cases under the basic-level people's court are eligible for summary procedure.²¹

2.3 The Third Amendment in 2018

Unlike previous revisions, the main motivation for the 2018 amendment is to incorporate reforms of state institutions and successful pilot projects. In 2018, during the first session of the 13th National People's Congress of China, *The Supervision Law of People's Republic of China* was enacted. This law established a new state authority, the Supervisory Commission, which is responsible for supervising illegal activities and crimes of state officials and has the authority to conduct criminal investigations based on illegal conduct. The establishment of the Supervisory Commission has reduced significantly the authority of China's procuratorates. Although the 2018 amendment has retained the principle that the procuratorate is the legal supervision authority in China, any cases involving the illegal conducts and crimes of state officials were placed under the jurisdiction of the Supervisory Commission. As a result, the procuratorate substantially lost its investigative power in these cases, retaining only the authority to investigate certain crimes involving violations of the law by judicial personnel in criminal proceedings. To address the issue of coordinating the investigation procedures led by the Supervisory Commission and the pre-trial procedures of criminal proceedings, China revised the Criminal Procedure Law for the third time in 2018. China conducted pilot

¹⁸ The Penal Code of the Soviet Union 1960, Art. 46, 201.

¹⁹ Criminal Procedure Law of the People's Republic of China 2012, Art. 277.

²⁰ Criminal Procedural Code of the Russian Federation 2001 (Amended 2021), Art. 25.

²¹ Criminal Procedure Law of the People's Republic of China 1996, Art. 174; Criminal Procedure Law of the People's Republic of China 2012, Art. 208.

projects of the expedited trial procedure and the leniency system for pleading guilty and acceptance of punishment in 2014 and 2016, respectively. Another objective of the 2018 amendment was to formalize the successful experiences of these two pilot projects and incorporate them into CPL. This explains why the previous two revisions had an interval of roughly 15 years, while this revision occurred only 6 years after the previous one.

Regarding the leniency system for pleading guilty and acceptance of punishment, Article 15 of the 2018 CPL stipulates: *“If a criminal suspect or defendant voluntarily and truthfully admits to their own crimes, acknowledges the criminal facts as charged, and is willing to accept punishment, they may be treated leniently in accordance with the law.”*²² In terms of procedural design, the application of the plea leniency procedure primarily occurs during the prosecution phase. If a criminal suspect voluntarily confesses and agrees with the sentencing recommendations put forth by the prosecutor, a written acknowledgment of guilt and agreement to punishment (leniency plea) should be signed in the presence of a defense attorney or duty lawyer.²³ During the trial phase, the law specifies that the people’s court should generally adopt the sentencing recommendations proposed by the prosecutor to preserve the negotiated outcome between the prosecution and defense.²⁴ Additionally, for cases that may result in a sentence of less than three years of imprisonment, and where the defendant pleads guilty and agrees with the sentence recommendations, the expedited trial procedure may be applied.²⁵ Compared to the previously established simplified trial procedure, the expedited trial procedure is even more simplified, and the courtroom investigation procedures can be omitted. These provisions collectively ensure procedural and substantive benefits for defendants who plead guilty. While China’s focus has mainly been on the confession and behavior of the accused, Russia’s “waiver of trial” system contains more detailed provisions. First, Article 316-7 of the Russian Criminal Procedure Code places certain limitations on the discretion of judges. After rendering a guilty verdict the imposed sentence must not exceed two-thirds of the maximum statutory penalty for the most severe type of punishment specified by law for the committed crime.²⁶ Chinese CPLs do not include such a specific limitation, but restricts judicial discretion through the sentencing recommendations presented by prosecutors. Second, Article 316-8 stipulates narrative and reasoning sections of a judgment should include a description

²² Criminal Procedure Law of the People’s Republic of China 2012, Art 15.

²³ Ibid. Art 174.

²⁴ Ibid. Art 201.

²⁵ Ibid. Art 222.

²⁶ Criminal Procedural Code of the Russian Federation 2001(Amended 2021) Art. 316(7).

of the criminal behavior already admitted by the defendant and the court's conclusion regarding the criminal case. The judge's analysis and evaluation of evidence are not reflected in the judgment.²⁷ China does not have similar legal provisions concerning the reasoning of judgments. Despite the different provisions, the waiver of trial system is widely applied in both China and Russia. In China, the application rate of the leniency procedure for pleading guilty and acceptance of punishments exceeds 90%,²⁸ while in Russia the proportion of criminal cases handled through the "waiver of trial" system increased from 37% in 2008 to 64% in 2014 [Xiong Q., 2019: 82].

Conclusion

Based on the analysis presented earlier, it is possible to observe trends in the relationship between China's criminal procedure law and the Soviet legal model: From 1950 to 1980, China's criminal procedure law extensively borrowed from the Soviet legal system, and the influence of Soviet law model was prevalent during this period. After 1980, China's criminal procedure law started to be influenced by Western countries, especially the U.S., and the impact of the Soviet law model gradually faded. To be more specific: in the 1996 revision, China's criminal procedure law strengthened equal dialogue and communication between the prosecution and defense, leading to an increase of adversarial elements in the judicial process. In the 2012 revision, China introduced the exclusion of illegal evidence and the privilege against self-incrimination, signaling a shift towards a more scientific and rational direction. In 2018, China's criminal procedure law has responded to the need for negotiated justice by establishing plea leniency system. Both adversarial and negotiated elements coexist in China's criminal justice system. It's important to note that while China's criminal procedure law has been evolving in new directions, the initial institutional framework inspired by the Soviet model still plays a role. For example, the authority of China's procuratorate continues to encompass both legal supervision and public prosecution functions. On the other hand, while China has inherited many aspects from the Soviet legal system, such as the principle of seeking objective truth and the stage-based approach to litigation, there are differences in the interpretation of certain legal institutions, as seen in the case of presumption of innocence.

In the future, two prominent trends are expected to shape China's criminal justice system:

²⁷ Ibid. Art 316 (8).

²⁸ Work Report of the Supreme People's Procuratorate 2023. Available at: https://www.spp.gov.cn/spp/gzbg/202303/t20230317_608767.shtml (accessed: 10.12.2023)

Continued development of negotiated justice: China's negotiated justice system is likely to continue to deepen and gain prominence in criminal justice practice. Balancing the coexistence of traditional adversarial proceedings and negotiated justice within the same criminal justice system may become a topic worthy further exploration for Chinese scholars. The relationship between these two approaches will need careful consideration.

The arrival of the era of misdemeanor: with rapid technological advancements, the connotation of crime prevention and human rights protection in China's criminal procedure law is evolving. As technology progresses, the scope of crime control extends from physical to virtual spaces, posing increased challenges in combating cybercrime while safeguarding human rights. On one hand, technological development enhances a state's crime-controlling capabilities, leading to a reduction in serious crimes but an increase in misdemeanors. How to ease the pressure of the criminal justice system while protecting human rights is another research topic worth exploring. These emerging issues are not unique to China. They present challenges to global criminal justice. China's practical experiences, institutional solutions, and theoretical methods, while not universally applicable, can at least contribute Chinese insights to the global discourse on the development history of criminal procedure law.



References

1. Bian J., Xie S. (2019) The Birth and Development of the Criminal Procedure System in the New China: to the 70th Anniversary of the Founding of the PRC and the 40th Anniversary of the Promulgation of the Criminal Procedure Law. *Jinan Xuebao (zhexue yu shehui kexue ban)*=Jinan Journal (Philosophy and Social Sciences), no.10, pp. 1–11 (in Chinese)
2. Cheltsov M.A. (1955) Soviet Criminal Procedure. Beijing: Law Press, 660 p. (in Chinese)
3. Chen G., Chen H., Wei X. (2001) Evidential System and Epistemology. *Zhong Guo Fa Xue*=China Legal Science, no.1, pp. 37–52 (in Chinese)
4. Chen G. et al. (1999) Fifty Years of Criminal Procedure Jurisprudence. Beijing: Police Educational Press, 743 p. (in Chinese)
5. Chen G. et al. (2021) Criminal Procedure Law. 7th ed. Beijing: University Press, 535 p. (in Chinese)
6. Chen R. (1997) Criminal Procedure Jurisprudence in Twentieth Century China. *Zhong wai fa xue*=Peking University Law Journal, no. 6, pp. 1–23 (in Chinese)
7. Chen R. (2006) Private Cooperation Models in Criminal Proceedings — The Rise of Criminal Reconciliation in China. *Zhong guo fa xue* = China Legal Science, no. 5, pp.15–30 (in Chinese)
8. Chugunov V.Y. (1957) Lectures on Soviet Criminal Procedure. Beijing: Beijing University of Political Science and Law, 326 p. (in Chinese)
9. Durmanov H.D. (1951) Basics of Criminal Procedure. Beijing: People's Publishing House, 54 p. (in Chinese)

10. Guo Z. (2021) Research on the Development of Chinese Criminal Procedure Law in the Past Four Decades. *Zhong guo fa xue*=China Legal Science, no. 5, pp. 3–29 (in Chinese)
11. Johnson W. (ed.) (1979) The Tang Code. Vol. I: General Principles. Princeton: Princeton University Press, 317 p.
12. Lan Y. (2019) Reform of Criminal Case Filing System from the Perspective of Trial Center. *Xue shu jie*=Academics, no. 9, pp. 142–149 (in Chinese)
13. Li C., Bian J. (2010) An Initial Study of the Relationship between Criminal Law and Criminal Procedural Law: chaos, separation, rupture, connection and coordination. *Gui zhou da xue bao (she hui ke xue ban)*=Journal of Guizhou University (Social Sciences), no. 5, pp. 54–63 (in Chinese)
14. Liu S. (1954) Report on the draft of PRC's Constitution at the First Session of the First National People's Congress of the People's Republic of China on September 15, 1954 (in Chinese)
15. Song Y. et al. (2014) *Criminal Procedure Law Revision: Historical Tracing and Analysis*. Beijing: University Press, 436 p. (in Chinese)
16. Tatsuhiko U., Kang S. (1980) The Principle of Presumption of Innocence in Soviet Criminal Procedure Law. *Zhong wai fa xue*=Peking University Law Journal, no.1, pp. 58–66 (in Chinese)
17. Vyshinsky A.Ya. (1954) *The Procedural Evidence Theory in Soviet Law*. Beijing: People's Publishing House, 355p. (in Chinese)
18. Wu H., Zhong S. et al. (2012) Centenary of China's Code of Criminal Procedure. Beijing: China University of Political Science and Law Press, 882 p. (in Chinese)
19. Xiong Q. (2019) System of Pleading Guilty and Accepting Punishments with Leniency in the Perspective of Comparative Law: A Review on the Fourth Paradigm of Criminal Procedure. *Bi jiao fa yan jiu*=Journal of Comparative Law, no. 5, pp. 80–101 (in Chinese)
20. Yuan Y. (2012) Reflection on basic issues of the defense system — from the perspective of relevant criminal law revisions in Soviet Russia, China, and the Russian Federation. *Zheng fa lun tan*=Tribune of Political Science and Law, no. 6, pp. 44–50 (in Chinese)
21. Yuan Y. (2014) Deconstruction of Criminal Defense Right in China: Taking the Related Amendment of Legislation of Soviet Union and Russia for Reference. *Shan xi da xue bao (zhe xue she hui ke xue ban)*=Journal of Shanxi University (Philosophy & Social Science), no. 3, pp. 97–103 (in Chinese)
22. Zhang J. (2019) *The Tradition and Modern Transition of Chinese Law*. 4th ed. Beijing: Law Press China, 523 p. (in Chinese)
23. Zhang Z. (1983) Commentary on the Presumption of Innocence. *Zhong guo zheng fa da xue bao*=Journal of CUPL, no. 4, pp. 14–22 (in Chinese)
24. Zhou G. (1991) Establishment of the Principle of Crime from Proof: on the Critical Succession of the Presumption of Innocence. *Zheng fa lun tan (zhong guo zheng fa da xue bao)*=Tribune of Political Science and Law, no. 3, pp. 14–23 (in Chinese)

Information about the author:

Z. Guo — Professor.

The article was submitted to editorial office 11.12.2023; approved after reviewing 18.01.01.2024; accepted for publication 13.02.2024.

Научная статья

УДК: 352/354-1

DOI:10.17323/2072-8166.2024.1.264.289

Муниципалитет в турецком праве: понятие и содержание



Анастасия Геннадьевна Быкова

Сибирский юридический университет, Россия 644010, Омск, ул. Короленко, 12, anastasyigen@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0001-5178-9556>, SPIN-код: 2540-0720, AuthorID: 107739



Аннотация

В Турции выделяют два вида городских муниципалитетов: город (административный центр района со статусом города или населенный пункт, в котором проживает 5000 человек и более) и столичный город (провинциальные муниципалитеты с общей численностью населения более 750 000 человек). Предметом настоящей статьи является анализ категориального содержания муниципалитета первого уровня в административной доктрине и праве Турции. Обращение к теме оправдано несколькими факторами. Среди русскоязычных научных статей и монографий почти нет посвященных турецкому доктринальному пониманию категории «муниципалитет». Слабая изученность предмета в российской литературе не позволяет проводить сравнительный анализ категориального аппарата законодательств двух стран — России и Турции, а значит не позволяет сравнивать опыт становления и развития местного управления в Турции, характеризуя организационные модели, правовые, территориальные и экономические основы местного самоуправления (управления), с другими странами. В турецкой доктрине накоплен значительный опыт изучения деятельности муниципалитетов. Целью настоящей статьи выступает определение базовых признаков муниципалитета первого уровня, установленных законодателем Турции, таких как городская местность и территория города, статус публичного юридического лица, административная и финансовая автономия муниципалитета, и административная опека как элемент децентрализации управления в системе исполнительной власти страны. На основе методологии формально-логического анализа и сравнительного правоведения в статье раскрыты особенности сущностных характеристик муниципалитета. Сделан вывод, что правовые основания существования муниципалитетов связаны с правовой структурой административного устройства государства. На понимание муниципалитета существенное влияние оказала унитарная форма государственного устройства и децентрализованный административный способ управления в Турецкой Республике. Доказывается, что муниципалитет, наделяющийся статусом публичного юридического лица, существенно отличается от частного юридического лица. Одним из проблемных и

вместе с тем важных признаков в понимании муниципалитета является административная опека. Анализ законодательства Турции позволяет говорить о наметившейся тенденции укрепления местной автономии путем сокращения практики опеки.



Ключевые слова

местное управление; Турция; муниципалитет; публичное юридическое лицо; город; административная автономия; финансовая автономия; административная опека.

Благодарности: статья опубликована в рамках проекта по поддержке публикаций авторов российских образовательных и научных организаций в научных изданиях НИУ ВШЭ.

Для цитирования: Быкова А.Г. Муниципалитет в турецком праве: понятие и содержание // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2024. Том 17. № 1. С. 264–289. DOI: 10.17323/2072-8166.2024.1.264.289

Research article

Municipality in the Turkish Law: Concept and Content



Anastasia G. Bykova

Siberian Law University, 12 Korolenko Street, Omsk 644010, Russian Federation, anastasyigen@yandex.ru, <https://orcid.org/0000-0001-5178-9556>, SPIN-код: 2540-0720, Author ID: 107739



Abstract

There are two types of urban municipalities in Turkey: urban (the administrative center of a district with the status of a “city” or a settlement with a population of 5,000 or more) and metropolitan (provincial municipalities with a total population of over 750,000). The subject of the present article, the author has chosen to analyse the categorical content of the first level municipality in the administrative doctrine and law of Turkey. The treatment of the topic is justified from several angles. There are no scientific articles and monographs devoted to the Turkish administrative doctrinal understanding of the category “municipality” in the Russian literature. The lack of study of the subject in Russian literature does not allow a comparative analysis of the categorical apparatus of the legislation of two countries: Russia and Turkey, and therefore does not allow comparing the experience of formation and development of local government in Turkey when characterizing organizational models, legal, territorial and economic foundations of local government (governance) in different countries. In Turkish legal science, considerable experience has been accumulated in the study of the practical activities of municipalities. The purpose of the present article is to determine the basic features of the first level municipality established by the Turkish legislator, such as urban area and city territory, status of public legal entity, administrative and financial autonomy of the municipality, and administrative trusteeship as an element of decentralization of

management in the executive power system of the country. On the basis of methodology of formal-logical analysis and comparative jurisprudence, the peculiarities of essential characteristics of the municipality are revealed. The conclusion is made that the legal basis for the existence of municipalities is associated with the legal structure of the administrative structure of the state. The understanding of the municipality is significantly influenced by the unitary form of state structure and decentralized administrative mode of government in the Republic of Turkey. It is argued that a municipality endowed with the status of a public legal entity differs significantly from a private legal entity. One of the problematic and at the same time important features in the understanding of the municipality is the administrative trusteeship. An analysis of the country's legislation suggests an emerging trend of strengthening local autonomy by reducing the practice of trusteeship.



Keywords

local government; Turkey; municipality; public legal entity; city; administrative autonomy; financial autonomy; administrative trusteeship.

Acknowledgments: the paper is published within the project of supporting publications of authors of the Russian educational and research organizations in the Higher School of Economics academic publications.

For citation: Bykova A.G. (2024) Municipality in the Turkish Law: Concept and Content. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 17, no. 1, pp. 264–289 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2024.1.264.289

Введение

В современных государствах местное самоуправление (управление) представляет собой основополагающий принцип организации и осуществления власти в обществе и государстве, который наряду с другими конституционными принципами определяет систему демократического управления. Конституция Турецкой Республики (1982) провозгласила Турцию демократическим, светским и социальным правовым государством, основанным на базовых принципах, изложенных в ее преамбуле: уважение прав человека, соблюдение национализма Ататюрка в понимании социального мира, национальной солидарности и справедливости¹.

В Турции выделяют два вида городских муниципалитетов: город (административный центр района со статусом города или населенного пункта, в котором проживает 5.000 человек и более)² и столичный город (провинциальные муниципалитеты с общей численностью населения

¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası : Kanun № 2709. Kabul Tarihi: 18.10.1982. Available at: URL: <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/anayasa/> (дата обращения: 11.04.2023)

² Belediye kanunu : Kanun № 5393. Kabul Tarihi: 03.07.2005 // Resmî Gazete. 2005. Sayı 25874. Available at: URL: <https://mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5393.pdf> (дата обращения: 01.03.2023)

более 750.000 человек)³. Предметом настоящей статьи является анализ категориального содержания муниципалитета первого уровня в административной доктрине и праве Турции.

Избранный предмет довольно актуален. Обращение к теме оправдано несколькими факторами. Во-первых, среди научных статей и монографий на русском языке почти нет работ, посвященных турецкому административному доктринальному пониманию категории «муниципалитет». Анализ баз данных научной электронной библиотеки Elibrary.ru и Российской государственной библиотеки позволил выявить четыре работы на русском языке [Упоров И.В., 2022]; [Титова Т.П., 2002]; [Минибаева Е.И., 2014]; [Будагова А.Ш., 1994] и одну работу турецкого автора [Ziyaoglu R., 1971]. Рассматриваемый нами предмет исследования не характеризуется в работах названных авторов.

Во-вторых, малая изученность предмета в российской доктрине препятствует сравнительному анализу категориального аппарата законодательств двух стран — России и Турции, а значит, и не позволяет исследовать опыт становления и развития местного управления в Турции, сравнивать организационные модели, правовые, территориальные и экономические основы местного самоуправления (управления) с другими странами. Поэтому характеристика местного управления Турецкой Республики крайне редко присутствует в отечественной литературе по муниципальному⁴ или конституционному праву⁵.

Знакомство с особенностями правового регулирования местного управления Турции позволяет утверждать, что правовая основа местного управления в городах регулируется административным правом. Было бы логично включать соответствующую тему в российские учебники административного права в качестве зарубежного опыта. Но и в этом отношении анализ учебной литературы электронно-библиотечной системы IPRsmart (Коллекция издательства «Статут»), электронно-библиотечной системы «Перспектив» и образовательной платформы «Юрайт» показал отсутствие интереса к этой теме. Необходимость восполнить этот пробел явилась посылком в выборе темы статьи и аргументирует ее актуальность.

На протяжении XX–XXI вв. Турецкая Республика трижды принимала законы, регулирующие основы местного управления в городах. Первый муниципальный закон был принят в 1930 г. (далее — Закон

³ Büyükşehir belediyesi kanunu : Kanun № 5216. Kabul Tarihi: 10.07.2004 // Resmî Gazete. 2004 Sayı 25531. Available at: URL: <https://www.adana.bel.tr/tr/mevzuat> (дата обращения: 01.03.2023).

⁴ См., напр.: Коваленко Н.Е. Местное самоуправление как форма демократии. СПб., 2008.

⁵ Конституционное право: под ред. А.И. Казанника, А.Н. Костюкова. М., 2016. Т. 1. 397 с.; Конституционное право зарубежных стран под ред. А.В. Иглина. М., 2023. 426 с.

№ 1580)⁶. После подписания Турцией Европейской хартии местного самоуправления в 1988 г. и ее ратификации в 1992 г.⁷, а также в рамках реструктуризации государственного управления в 2004 г. был принят Муниципальный закон № 5272⁸. Закон был направлен на проверку в Конституционный суд Турции. Решением Суда от 18 января 2005 г. № 2004/118 закон был отменен в силу нарушений ст. 2, 11, 88 и 148 Конституции⁹. Его отмена потребовала разработки и принятия в 2005 г. нового Муниципального закона (далее — Закон № 5393)¹⁰, действующего и сегодня.

В данной статье содержится анализ базовых признаков муниципалитета первого уровня, установленных законодателем Турции в профильных законах № 1580 и № 5393, — это: городская местность и территория города, статус публичного юридического лица, административная и финансовая автономия муниципалитета, административная опека как элемент децентрализации управления в системе исполнительной власти страны. Особенности понимания муниципалитета активно исследуются и обсуждаются в турецкой административной доктрине. Базовыми работами по этой тематике стали монографии по административному праву, административной опеке и финансовому праву [Kaşa T.P., Pekküçükşen Ş., 2019]; [Karahanoğulları O., 2021]; [Günday M., 2011]; [Moğol T., Taraktaş A., Çakir T., Varcın N., 2019].

1. Муниципалитет — это город

В анализируемых законах законодатель по-разному понимает сущность муниципалитета (города). Первое определение понятия городской местности в Турции датируется 1924 г. и содержится в Сельском законе № 442¹¹ (далее — Закон о селе), действующем и сегодня.

⁶ Belediye kanunu : Kanun № 1580. Kabul tarihi: 03.04.1930 // Resmî Gazete. 1930. Sayı 1471. Available at: URL: <https://resmigazete.gov.tr/arsiv/1471.pdf> (дата обращения: 11.04.2023)

⁷ European Charter of Local Self-Government (ETS No. 122) / Council of Europe Portal. Available at: URL: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=122> (дата обращения: 01.03.2023)

⁸ Belediye kanunu : Kanun № 5272. Kabul tarihi: 07.12.2004 // Resmî Gazete. 2004. Available at: URL: <https://www.memurlar.net/haber/13792/5272-sayili-belediye-kanununun-tam-metni.html> (дата обращения: 11.04.2023)

⁹ Anayasa Mahkemesi Kararı. Anayasa Mahkemesi Başkanlığından. Esas Sayısı: 2004/118. Karar Sayısı: 2005/8. Karar Günü: 18.01.2005. Available at: URL: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/04/20050413-15.htm> (дата обращения: 11.04.2023)

¹⁰ Belediye kanunu : Kanun № 5393. Kabul Tarihi: 03.07.2005 // Resmî Gazete. 2005. Sayı: 25874. Available at: URL: <https://mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5393.pdf> (дата обращения: 01.03.2023)

¹¹ Köy kanunu: Kanun № 442. Kabul Tarihi: 18.03.1924 // Resmî Gazete. 1924. Sayı: 68. Available at: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.442.pdf> (дата обращения: 11.04.2023)

Первым критерием выделения городской черты является принцип населенности. По ст. 1 Закона о селе городами могли быть населенные пункты с населением от 2 до 20 тыс. человек (небольшие города — *ka-saba*) и населенные пункты, в которых зарегистрировано более 20 тыс. человек (*şehir*). Городами являются и административные поселковые, районные и областные центры с муниципальной организацией. Закон №1580 не содержал понятия города и его видов исходя из численности населения. Его статья 2 обязывала создавать муниципалитеты в центральных городах и административных центрах провинций, независимо от численности их населения, а также в населенных пунктах с населением более 2 тыс. человек.

Вторым критерием выделения городской черты является принцип территориального начала. Первоначально, т.е. до принятия Закона №1580 процедура и правила определения естественных границ деревень и городов регулировались Законом о селе. Закон №1580 установил требования к определению и закреплению пространственных пределов городов.

По ст. 4 Закона №1580 делимитация границ муниципалитета осуществлялась следующим образом: «а) Все поля, виноградники, сады, луга, пастбища, оливковые рощи, желудевые рощи, копи, пастбища и т.д., которые ранее считались принадлежащими городу, должны оставаться в его границах; b) если границу города невозможно установить по ручьям, холмам, дорогам или другим неизменным обозначенным местам, она должна быть показана путем установки больших камней; с) имущество и земля некоторых жителей города, находящиеся на территории другого села или города, должны быть показаны в границах города или села, где находятся это имущество и земля, а не в границах города, в котором они находятся; d) право на использование лугов, пастбищ и рощ, источников и холмов, которые в прошлом использовались совместно населением муниципалитета, сохраняется за соответствующими лицами в соответствии с обычаями. Таким образом, в межевом документе делается отметка о таких местах в границах муниципалитета, где другие лица имеют право их использовать».

В турецком законодательстве границы муниципалитетов понимаются не как статичная «линия и проходящая по ней поверхность», а как фиксированная территория, на которую распространяется правосубъектность публичного юридического лица. По ст. 14 Закона №5393 обязанности, полномочия и ответственность муниципалитета устанавливаются в пределах его территории. По решению муниципального совета оказание муниципальных услуг может быть распространено на соседние районы. В Законе муниципальные полномочия определяются «в границах муниципалитета и соседнего района».

Размывание территориально-административных границ муниципалитетов объясняется не столько географическими причинами, сколько необходимостью вмешательства центральной администрации в процесс публичных услуг [Karahanoğulları O., 2021: 62]. Например, по ст. 75 Закона №5393 муниципалитет в соответствии с соглашением, которое должно быть заключено муниципальным советом по вопросам, входящим в сферу его обязанностей и ответственности, может выполнять строительные, эксплуатационные, ремонтные и транспортные работы местных администраций сел, входящих в муниципалитет, и других общественных учреждений и организаций на платной или бесплатной основе или осуществлять совместное обслуживание и передавать необходимые для этого ресурсы. Кроме того, муниципалитет может удовлетворять потребности в натуральной форме и временно передавать принадлежащие местным администрациям и центральной администрации транспортные средства и персонал для выполнения основных обязанностей и услуг.

В определении городской местности в Турции существует неясность. В частности, многие поселения, определяемые до сих пор как городские, имеют сельские характеристики; многие населенные пункты, определяемые как сельские, могут иметь городские характеристики. Юг страны — туристические регионы на побережье — являются ярким примером этого [Yoloğlu A., Zorlu F., 2020: 152].

В XX–XXI вв. в турецкой доктрине сложилось несколько подходов к пониманию города. Во-первых, понятие города основано на критерии численности жителей, порог которой (5.000 человек) устанавливается законодательно. Населенные пункты с установленной численностью населения называются городами, а пункты с численностью населения менее этого уровня — деревнями [Gökyurt F., Kindap A., Sarı V.İ., 2015: 3]. По действующему Закону численность населения в 5.000 человек позволяет наделить населенный пункт статусом муниципалитета-города.

Во-вторых, понятие города основано на критериях административной границы и статуса. В рамках этого подхода населенный пункт, обозначенный в законодательстве в пределах муниципальных границ, определяется как город¹². Населенный пункт, не определенный как тако-

¹² С принятием в июне 1984 г. «Закона о внесении изменений и принятии Декретного закона об управлении столичными муниципалитетами» в стране появился новый вид муниципального образования — столичный муниципалитет. *Büyük Şehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun* : Kanun № 3030. Kabul Tarihi: 27.06.1984 // *Resmî Gazete*. 1984. Sayı: 18453. Available at: URL: https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc067/kanuntbmmc067/kanuntbmmc06703030.pdf (дата обращения: 11.04.2023)

вой, признается деревней [Keleş R., 1961: 17]. Этот подход урегулирован ст. 4 Закона № 5393. Муниципалитеты не могут быть созданы в бассейнах питьевой воды, заповедниках и других охраняемых зонах, а также в населенных пунктах, застроенные территории которых находятся ближе 5.000 метров к границам созданного муниципалитета. Чтобы деревни или части деревень объединились и создали муниципалитет, их застроенные территории должны находиться на расстоянии не более 5.000 метров от застроенной территории населенного пункта, который будет определен в качестве центра.

В-третьих, понятие города основано на экономических критериях и составе населения. Согласно этому подходу, чтобы населенный пункт мог называться городом, население в нем должно быть многочисленным. Значительная часть населения должна быть занята в несельскохозяйственной деятельности, и жители должны быть зависимы друг от друга в плане работы в силу разделения труда. В не городских поселениях большинство населения является самозанятым в сельскохозяйственном секторе.

В-четвертых, понятие города основано на социологических критериях. Это — численность и плотность населения, разделение труда, специализация и иные характеристики [Keleş R., 2006: 109].

Отметим, что ныне все перечисленные критерии определения города учитываются в Национальной стратегии регионального развития Турции¹³. В методах сбора данных Института статистики Турции в основном использует критерий 20.000 жителей¹⁴ при установлении различия между сельской и городской местностью. Кроме того, в качестве показателей, используемых Институтом статистики при определении городов, применяются такие индикаторы, как «город» (население 20.001 человек и более), «центр города» (определенная территория города) и «крупный городской район» (территория, расположенная в непосредственной близости от центра города и образующая функциональную городскую территорию) [Gökyurt F., Kindap A., Sarı V., 2015: 18].

Если по Закону №1580 муниципалитетом считалось государственное образование, предназначенное организовывать и удовлетворять общие

¹³ 2023 yılı Cumhurbaşkanlığı yıllık program. S. 306–331. Available at: URL: <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2022/11/2023-Yili-Cumhurbaskanligi-Yillik-Programi.pdf> (дата обращения: 11.04.2023)

¹⁴ До ноября 2012 г. в законодательстве был установлен критерий в 50 000 человек. С ноября 2012 г. численность зарегистрированного населения сокращена до 20 000 человек. On üç ilde büyükşehir belediyesi ve yirmi altı ilçe kurulması ile bazı kanun ve kanun hükmünde kararnamelelerde değişiklik yapılmasına dair kanun : Kanun № 6360. Kabul Tarihi: 12.11.2012 // Resmî Gazete. 2012. Sayı: 28489. Available at: URL: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/12/20121206-1.htm> (дата обращения: 11.04.2023)

и гражданские потребности муниципалитета и его жителей, то Закон №5393 использует иное определение. Под муниципалитетом понимается государственное юридическое лицо с административной и финансовой автономией, созданное для удовлетворения местных общих потребностей жителей города; орган, принимающий решения, избирается жителями.

Одним из признаков муниципалитета в обоих случаях называется государственный характер образования. Такое понимание полностью соответствует унитарному территориальному устройству государства, а также п. 1 ст. 127 Конституции Турецкой Республики¹⁵.

2. Муниципалитет — публичное юридическое лицо

Существенный признак муниципалитета как публично-правового образования - его статус государственного юридического лица. Категория «юридическое лицо» в турецкой и российской доктрине и законодательстве имеет различия. Не претендуя на всесторонность и полноту характеристики правового регулирования и доктринального понимания юридического лица в Турции, автор статьи находит нужным выявить некоторые его существенные признаки.

Юридические лица — сообщества индивидуумов и имущества, которые объединяются для общей и постоянной цели, но имеют самостоятельное и независимое существование, не связанное с составляющими их сообщества людьми и имуществом. Закон признает юридическое лицо в качестве самостоятельного субъекта и допускает наличие у него воли. Юридическое лицо выражает волю через свои уполномоченные органы и может иметь права и обязанности. Оно вправе пользоваться всеми видами прав личности, как и физические лица, за исключением личных прав, характерных для человека. Юридические лица делятся на юридические лица частного и публичного права [Akyılmaz B., Sezginer M., Kaya C., 2023: 10]; [Aydin D., 2017: 99].

Юридические лица публичного права — юридические лица, созданные в соответствии с нормами публичного права и действующие в рамках этих норм.

Первое отличие между юридическими лицами публичного и частного права состоит в правовой основе, регулирующей порядок их создания. Юридические лица публичного права создаются в силу прямого указания Конституции или закона. В Конституции урегулированы создание и функционирование следующих публичных юридических лиц: местных

¹⁵ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası.

администратий (ст. 127), государственных служб и государственных экономических предприятий (ст. 128), профессиональных организаций (ст. 135), университетов (ст. 130), Высшего учреждения культуры, языка и истории Ататюрка, состоящего из исследовательского центра, Института турецкого языка, Турецкого исторического общества и культурного центра Ататюрка (ст. 134). По ст. 123 Конституции Турецкой Республики создание публичного юридического лица возможно в силу закона или административного акта, принимаемого во исполнение закона уполномоченным органом или должностным лицом (например, указом Президента) [Çağlayan R., 2016: 382]; [Gözler K., Kaplan G., 2019: 95].

В соответствии с правовой позицией Конституционного Суда Турецкой Республики, выраженной в его решении от 11 июня 2020 г. № 2020/27, если создание публичного юридического лица предусмотрено в порядке принятия закона, Президент не вправе принимать указ или другой административный правовой акт о его создании, поскольку это противоречит пункту 1 статьи 123 Конституции¹⁶.

Упразднение юридических лиц публичного права возможно в соответствии с внесением изменений в Конституцию, или признанием утратившим силу закона, которым они создавались, или отменой административного акта об их создании. Юридические лица частного права создаются по свободному волеизъявлению физических лиц и прекращаются по их воле.

Для публичного юридического лица предусмотрен особый порядок регистрации. В турецком административном праве применяются несколько систем: разрешительная (также называемая лицензионной или концессионной системой), свободная организационная, регистрации, уведомления. Публичные юридические лица могут быть созданы только в рамках разрешительной системы. В этой системе юридическое лицо создается с момента получения разрешения от государства и приобретает правосубъектность. Частные юридические лица могут быть созданы при реализации административных процедур остальных систем.

Юридическими лицами публичного права являются государственные администрации и государственные учреждения и организации. Публичные юридические лица делятся на два вида [Karaoğlu S., 2018: 48]; [Öcal Ş. A., 2018: 65]:

государственные органы управления — юридические лица, созданные и организованные для государственных услуг. Государство является

¹⁶ Anayasa Mahkemesi kararı : Esas Sayısı: 2018/155. Karar Sayısı: 2020/27. Karar Tarihi: 11.06.2020 // Resmî Gazete. 2020. Sayı: 31194. Available at: URL: <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2020-27-nrm.pdf> (дата обращения: 19.04.2023)

юридическим лицом, которое обязуется оказывать все виды государственных услуг на всей территории страны. Провинции, муниципалитеты и деревни не обладают самостоятельной правосубъектностью. В них создаются государственные и местные администрации (специальная провинциальная администрация, муниципалитет, деревня), наделенные статусом публичного юридического лица;

государственные учреждения — организации общественного обслуживания, имеющие статус юридического лица. Примерами таких публичных юридических лиц в турецком законодательстве являются коммерческие организации, университеты, Корпорация турецкого радио и телевидения (TRT)¹⁷, Институт государственного управления Турции и Ближнего Востока (TODAIE), Академия наук (TÜBA)¹⁸, Научно-исследовательский Совет Турции (TÜBİTAK)¹⁹ [Atay E., 2009: 350]; [Günday M., 2011: 533].

Государство является крупнейшим публичным юридическим лицом. С точки зрения административного права государственное юридическое лицо называется «центральной администрацией» или «общей администрацией». Государство организовано на столичном уровне (Президент, премьер-министр, Совет министров, министерства), провинциальном (провинция, район, город) уровнях и в некоторых аффилированных с ним организациях (Главное управление безопасности, Главное управление земельной регистрации и кадастра, Президиум по делам религии). Все вместе они составляют единое юридическое лицо. Эти органы осуществляют сделки и действия от имени государственного юридического лица в соответствующих сферах деятельности.

Второе существенное различие публичных и частных юридических лиц заключается в их предназначении. Публичные юридические лица создаются для осуществления публичной власти на определенной территории. Их целью является реализация общественных интересов. Юридические лица частного права не обладают властными полномочиями, а потому не могут осуществлять от имени государства реализацию публичных услуг [Çağlayan R., 2016: 377–379]. Безусловно, в отличие от частных юридических лиц публичные юридические лица вправе принимать и реализовывать административные решения в форме исполнительных, нормативных или индивидуальных актов.

Государство берет на себя в качестве государственной услуги виды деятельности, которые не могут быть переданы частным предприятиям

¹⁷ Available at: URL: <https://www.trt.net.tr> (дата обращения: 19.04.2023)

¹⁸ Türkiye Bilimler Akademisi.

¹⁹ Türkiye bilimsel ve teknolojik araştırma kurumu. Available at: URL: tubitak.gov.tr (дата обращения: 19.04.2023)

или которых недостаточно для общественных потребностей [Derdiman R., 2021: 549]. Публично-правовые образования наделены полномочиями, осуществляемыми при выполнении публичных услуг. В турецком административном праве принято считать, что полномочия, которыми обладают административные органы и органы власти в отношении выполнения публичных услуг, основаны на «высших полномочиях и привилегиях». Привилегии публичной власти — это возможности и статусы, нарушающие равенство сторон в частноправовых отношениях в пользу превосходства администрации. Чтобы организация, созданная на основании учредительных актов, считалась публично-правовым образованием, ей достаточно обладать только одной из привилегий публичной власти [Sadiç V., İşler İ., 2020: 724–726].

3. Административная и финансовая автономия муниципалитета

Муниципалитеты наделяются правом административной и финансовой автономии. В административной доктрине Турции автономии напрямую связывают с унитарной формой государственного административно-территориального устройства. Унитарная государственная система Турции основана на принципе неделимости трех элементов — единства страны, нации, суверенитета, а также законодательных, исполнительных и судебных органов государства. Деление страны на административные части (провинции и округа) объясняется необходимостью повседневного управления. Составные единицы страны не имеют ни законодательных, ни судебных полномочий, кроме простых административных полномочий, признанных законом.

В Турции закреплён принцип единства управления. В рамках этого принципа административная организация делится на центральную и местную. Центральная администрация в свою очередь также делится на две части — столичную и провинциальную организацию; вторая считается продолжением первой на остальной территории страны. Несмотря на двойную структуру, центральная администрация образует единое целое. Столичная и провинциальная организации имеют одинаковую правосубъектность, финансируются из одного бюджета и оказывают одинаковое влияние на местные администрации. Они являются органами власти лиц, проживающих на определенной территории, и создаются для удовлетворения потребностей жителей [Çiner C., Karakaya O., 2013: 65].

Местные органы власти наделяются статусом самостоятельного юридического лица и имеют собственный бюджет; они избираемы и не входят в структуру центральной администрации. Существование местных

администратий не противоречит принципу целостности администрации. Прежде всего местные администрации с точки зрения как своего существования, так и деятельности определяются законами, принимаемыми центральными органами. Более того, местные органы власти обладают только административными полномочиями.

В административном праве Турции господствуют две противоположные системы административного управления — централизация и децентрализация. Считается, что это сочетание поддерживает административную структуру государства.

В соответствии с концепцией централизации (децентрализации), централизация предполагает централизованное выполнение и оказание государственных услуг. Под децентрализацией понимается выполнение некоторых административных услуг, оказываемых обществу не из государственного центра и из одного источника, а государственными структурами, не входящими в организацию и в иерархию центрального администрирования. Применение принципа децентрализации в масштабе региона называется локальной децентрализацией, а применение принципа децентрализации в терминах определенной услуги называется децентрализацией услуг [Moğol T., Taraktaş A., Çakir T., Varcian N., 2019: 5–6].

Местные организации децентрализации являются государственными образованиями, находящимися вне центральной администрации, т.е. государственным юридическим лицом. Поскольку эти организации являются государственными образованиями, они имеют собственные полномочия, имущество и бюджеты, отделенные от государства. Государственные должностные лица, работающие в этих организациях, не включены в иерархию центральной администрации.

В турецком законодательстве устанавливается разделение на уровни и виды государственных услуг. На государственном уровне оказываются услуги всему населению (оборона страны, строительство плотин и т.п.), и услуги, необходимые местному населению.

По п. «а» статьи. 14 Закона №5393 в обязанности муниципалитета входят услуги в сфере городской инфраструктуры (зонирование, водоснабжение и канализация, транспорт); географической и городской информационных систем; охраны окружающей среды и экологического здоровья, уборки твердых отходов; городского движения; захоронений и кладбищ; обеспечения жильем; услуги в области культуры и искусства, туризма и спорта. Кроме того, к обязанностям муниципалитета относится оказание услуг муниципальной полицией, пожарной бригадой, службами аварийной помощи, службами спасения, скорой медицинской помощи и др. Муниципалитеты с населением более 100. 000 человек обя-

заны открывать пансионаты для женщин и детей. Другие муниципалитеты также вправе открывать такие пансионаты, оценив свое финансовое положение и приоритеты в сфере услуг.

В соответствии с п. «б» ст. 14 Закона № 5393 муниципалитет вправе строить, содержать и ремонтировать принадлежащие государству школьные здания всех уровней, покрывать потребности во всех видах инструментов, оборудования и материалов; открывать и эксплуатировать все виды медицинских учреждений; строить, содержать и ремонтировать храмы; обеспечивать защиту культурных и природных ценностей, исторической фактуры и функций, важных с точки зрения городской истории. Так, муниципалитет вправе содержать и ремонтировать перечисленные типы зданий, а также перестраивать те из них, которые не могут быть сохранены в оригинальном виде.

Очередность услуг определяется с позиций финансового положения муниципалитета и срочности услуг. Муниципальные услуги должны оказываться в местах, наиболее приближенных к гражданам, и наиболее подходящими методами. При оказании услуг должны применяться методы, соответствующие положению нетрудоспособных, пожилых, немощных и малообеспеченных групп.

Ряд услуг оказывается при непосредственном участии государственных организаций. Например, согласно пп. «s» ст. 15 Закона №5393, муниципалитет обладает правом: на регистрацию лифтов, вводимых в эксплуатацию в пределах муниципалитета, независимо от того, какая администрация дала разрешение на их строительство или на эксплуатацию; на ежегодную проверку в рамках технического законодательства; на вывод лифты из эксплуатации при необходимости. Данный комплекс полномочий муниципалитет вправе проводить только с участием комиссии, включающей лиц из Союза муниципалитетов Турции, Союза палат турецких инженеров и архитекторов и Турецкого института стандартов. Нормативные акты по данному вопросу принимаются Министерством науки, промышленности и технологий в соответствии с решениями комиссии.

Чтобы местное управление обладало административной автономией, оно должно иметь возможность принимать самостоятельные исполнительные решения без одобрения центра. По п. «b» ст. 15 Закона №5393 среди привилегий муниципалитета – издание подзаконных актов в рамках полномочий, возложенных на него законом, установление и обеспечение соблюдения муниципальных запретов, а также наложение штрафов, предусмотренных законом.

В турецкой юридической и экономической литературе подчеркивается влияние политических и экономических причин на необходимость

автономности местных сообществ. В частности, авторы работы «Принцип добросовестности администрации в Турции и административная опека и контроль над местными органами власти», размышляя об отрицательных и положительных сторонах института децентрализации в унитарном государстве, отмечают, что на местную автономию существенное влияние оказывают политические взгляды административной элиты [Каа Т., Pekküçükşen Ş., 2019: 32].

В публикации «Административная опека и надзор и местное управление» характеризуется влияние экономического фактора. С точки зрения автора работы, в основе автономности лежит принцип субсидиарности, заключающийся в том, что главное предназначение местного управления — оказание услуг жителям. При этом такие услуги должны оказывать не государственные, а местные органы, поскольку они «являются самой близкой к человеку организацией, что обеспечивает действенное управление».

При поставках общественных товаров и услуг подразделениями, наиболее приближенными к получателям, знание того, что предпочитают последние, имеет важное значение в развитии местного управления. Стремление администрации удовлетворить неограниченные потребности при ограниченных ресурсах на базе рационального использования последних позволяет добиться максимальной пользы при минимальных затратах. Это показывает важность экономического фактора в понимании автономности [Gönül H., 2019: 65–66].

Одним из актуальных направлений в изучении сущности принципа автономности городов является создание благоприятной среды жизнедеятельности человека. В данном направлении исследуются меры минимизации городских проблем, связанных со снижением давления плотности населения и урбанизации, а также решения социальных, экономических и экологических вопросов жизни городов. В этом контексте приоритетными являются концепции «зеленый город», «спокойный город», «умный город» и «цифровой город». Всё большую популярность в настоящее время набирает концепция «резервный город» [Gürsoy O., Sadioğlu U., 2022].

4. Административная опека — необходимый элемент децентрализации управления

Хотя в административном праве за муниципалитетами закреплён статус автономии при выполнении ими функций, они не избавлены от вмешательства вышестоящих органов исполнительной власти [Караманукян Д.Т., 2016: 87]. Административная опека — это контроль цен-

тральной администрации над деятельностью и денежными ресурсами местных администраций и юридических лиц в управлении государственными услугами, основанный на полномочиях, данных законом для поддержания общественного порядка и целостности страны [Kavruk H., Yayli H., 2008: 4].

Принцип целостности администрации обеспечивает сферу применения административной опеки и определяет ее границы на оптимальном уровне. Согласно позиции Совета по административным вопросам Государственного совета Турции²⁰, выраженной в его решении № 2009/19, административная опека является правовым инструментом обеспечения целостности центральной администрации и местных администраций. Полномочия опекуна могут осуществляться в случаях, предусмотренных Конституцией и законом, а также в соответствии с методами, указанными Конституцией и законом, и, следовательно, не являются дискреционными. Чтобы полномочие было реализовано, необходимо определять законодательно, какие решения и сделки подлежат административной опеке и как они будут использоваться.

Центральная администрация уполномочена осуществлять надзор за деятельностью местных администраций, чтобы обеспечить гармоничное оказание государственных услуг на государственном уровне и действенное использование государственных ресурсов. Орган опеки является надзорным органом, границы которого определены законом. Юридически невозможно осуществлять полномочия административного попечительства в отношении сделок, прямо не указанных таким образом. Согласно решению Совета по административным делам Государственного совета, глава гражданской администрации вправе обращаться в административную юрисдикцию в отношении решений городского совета, которые он считает незаконными. Такой иск подлежит удовлетворению²¹.

Институт административной опеки установлен в ст. 8 Европейской хартии местного самоуправления, включающей три пункта:

«1. Любой административный контроль за органами местного самоуправления может осуществляться только в порядке и в случаях, предусмотренных Конституцией или законом.

²⁰ Государственный совет является высшим административным судом, консультативным и следственным органом. См.: Danıştay kanunu : Kanun № 2575. Kabul Tarihi: 06.01.1982 // Resmî Gazete. 1982. Sayı: 17580. Available at: <https://mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2575&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> (дата обращения: 26.04.2023)

²¹ Danıştay İdari İşler Kurulunun mülki idare amirinin hukuka aykırı gördüğü belediye meclisi kararları aleyhine idari yargıya başvurabileceği yolundaki hükmün, iptal davası açmaya ilişkin olduğu Kararı. Esas №: 2009/15, Karar №: 2009/19. Available at: <http://kontder.org.tr/haber-danistay-idari-isler-kurulunun-mulki-idare-amirinin-hukuka-aykiri-gordugu-belediye-meclisi-kararlari-aleyhine> (дата обращения: 26.04.2023)

2. Любой административный контроль за деятельностью органов местного самоуправления, как правило, преследует цели соблюдения законности и конституционных принципов. Тем не менее административный контроль может включать также контроль за целесообразностью, осуществляемый вышестоящими органами власти, в отношении задач, выполнение которых поручено органам местного самоуправления.

3. Административный контроль за деятельностью органов местного самоуправления должен осуществляться с соблюдением соразмерности между степенью вмешательства контролирующего органа и значимостью интересов, которые он намерен защищать»²².

Турция приняла первые два вышеназванных пункта ст. 8 Хартии, а третий отклонила. Ведь в Конституции Турецкой Республики закреплена сфера применения административной опеки над системой местного управления (ст. 127). Согласно данной статье Конституции центральная администрация может осуществляться только в соответствии с принципом целостности администрации, единства общественных обязанностей, обеспечивать соблюдение общественных интересов и удовлетворение местных потребностей по мере необходимости. Местные администрации могут быть уполномочены осуществлять надзор за администрациями населенных пунктов, находящихся на их территории, в целях удовлетворения потребностей местных органов власти.

Административная опека проявляется в трех формах [Kavruk H., Yayıli H., 2008: 6].

Общая административная опека: орган опеки в соответствии с собственным суждением отменяет местные решения, которые, по его мнению, противоречат закону или общественным интересам. Эта форма административной опеки установлена при временном приостановлении исполнения полномочий органом или при отстранении должностного лица, в отношении которых начато расследование или преследование за правонарушение, связанное с их обязанностями. По ст. 47 Закона №5393 муниципальные органы или их члены могут быть отстранены от исполнения обязанностей министром внутренних дел до вынесения окончательного решения. Решение о приостановлении полномочий должно пересматриваться каждые два месяца. Если в его продолжении нет «общественной заинтересованности», решение отменяется. Если уголовное преследование не начато, дело прекращено или вынесено оправдательное решение, дело отменено по общей амнистии или лицо осуждено за преступление, не требующее отстранения от должности, решение об отстранении отменяется. Отстраненному мэру выплачивается две трети его/ее ежемесячного посо-

²² European Charter of Local Self-Government (ETS No. 122).

бия в период отстранения от должности, и в этот период мэр продолжает пользоваться другими социальными правами и льготами.

Превентивная опекунская власть: в вопросах, определенных законом, требуется предварительное разрешение органа опеки на выполнение решений, или решение должно быть принято/санкционировано вышестоящей администрацией. Закон №5393 устанавливает несколько вариантов административной опеки, через которые реализуется опекунская власть.

1. Административная опека должностного лица — провинциального или районного губернатора. В частности, ст. 6 Закона № 5393 закрепляет право губернатора утверждать решение муниципального совета об установлении муниципальных границ. Окончательно утвержденные границы не подлежат изменению в течение пяти лет за исключением случаев, когда имеются веские причины. По ст. 7 Закона при пограничном споре между городами или деревнями в пределах провинции в течение 30 дней запрашиваются мнения соответствующего муниципального совета, сельского совета старейшин и губернатора округа. Губернатор должен оценить эти мнения и принять решение по пограничному спору.

2. Административная опека вышестоящего административного органа и (или) вышестоящего должностного лица. По ст. 10 Закона № 5393 название города изменяется по решению большинства муниципального совета — не менее трех четвертей от общего числа его членов — и с одобрения Министерства внутренних дел по заключению губернатора.

3. Административная опека вышестоящего административного органа. В силу пп. «р» ст. 18 Закона № 5393 муниципальный совет вправе принимать решения о сотрудничестве с муниципалитетами и союзами местных администраций в стране и за рубежом с разрешения Министерства окружающей среды и урбанизации. С этой целью в соответствии с пп. «е» ст. 68 Закона № 5393 муниципалитеты, а также компании, в которых им принадлежит более 50% капитала, вправе осуществлять внутренние займы, не превышающие 10% общей суммы последних окончательных доходов бюджета, увеличенных на ставку переоценки, определяемую в соответствии с Законом о налоговой процедуре № 213, в течение года только по решению муниципального совета. На получение внутренних займов, превышающих 10%, муниципалитетам и компаниям требуется поддержка абсолютного большинства общего числа членов совета и одобрение Министерства окружающей среды и урбанизации. Муниципалитет может брать займы для выплаты уведомлений и выходных пособий с одобрения Министерства окружающей среды и урбанизации без ограничения, предусмотренного пп. «d» ст. 68 Закона №5393. Займы, взятые для этой цели, не могут быть использованы на другие цели.

Дополнительный параграф ст. 15 Закона дает муниципалитету право, если это не противоречит мнению Государственного совета и решению Министерства окружающей среды и урбанизации, передать услуги, указанные в пп. «e»²³, «f»²⁴ и «g»²⁵, на основе концессии на срок не более 49 лет. Муниципалитет вправе оказывать услуги общественного транспорта путем выдачи лицензий, не являющихся концессией или монополией, или он может осуществлять услуги общественного транспорта путем аренды линий общественного транспорта или покупки услуг в соответствии с принципами, изложенными в ст. 67 Закона № 5393²⁶.

4. Закон №5393 устанавливает несколько ситуаций, требующих получения предварительного разрешения соответствующего центрального органа власти для принятия решений муниципальным советом. Например, в области иностранных отношений ст. 74 Закона закрепляет право муниципалитета стать учредителем или членом международных организаций и учреждений, занимающихся вопросами, относящимися к его сфере деятельности. Муниципалитет вправе осуществлять совместные мероприятия и проекты оказания услуг или устанавливать побратимские отношения с этими организациями, учреждениями и иностранными местными администрациями. Деятельность, осуществляемая в соответствии с первым и вторым пунктами, должна проводиться в соответствии с внешней политикой страны и международными соглашениями, и на нее должно быть предварительно получено разрешение Министерства окружающей среды и урбанизации.

Согласно п. «с» ст. 75 Закона муниципалитет вправе осуществлять проекты обслуживания совместно с профессиональными организация-

²³ «Без ущерба для закрепленных прав обеспечивать питьевую, бытовую и промышленную воду; обеспечивать отвод сточных и дождевых вод; создавать и эксплуатировать необходимые для этого сооружения; эксплуатировать родниковые воды».

²⁴ «Обеспечение работы общественного транспорта; для этого создавать и эксплуатировать все виды общественного транспорта, включая автобусы, морские и водные транспортные средства, туннели, железнодорожные системы».

²⁵ «Осуществлять все услуги, связанные со сбором, транспортировкой, сортировкой, регенерацией, утилизацией и хранением твердых отходов».

²⁶ Статья 67. «Содержание и ремонт парков, садов, оранжерей, тротуаров и бассейнов; услуги по прокат автомобилей, надзор, уборка, охрана и общественное питание; обслуживание и ремонт машин и оборудования; компьютерные системы и коммутаторы и услуги электронного доступа к информации; поддержка здравоохранения; ярмарки и выставки; услуги, связанные с плотинами, очистными сооружениями и сооружениями утилизации твердых отходов; обслуживание и очистка каналов, строительство и ремонт инфраструктуры и асфальта, обслуживание дорожной сигнализации и освещения, снятие и установка счетчиков; общественный транспорт и транспортные услуги; работы, связанные с эксплуатацией социальных объектов, могут быть переданы третьим лицам на основе тендера при условии, что срок не превышает конца шестого месяца после первых всеобщих выборов местных администраций».

ми, имеющими характер общественных учреждений, ассоциациями, работающими на благо общества, фондами, освобожденными от налогов Президентом Турции, и профессиональными палатами, подпадающими под действие Закона о профессиональных организациях ремесленников и мастеров от 7 июня 2005 г. №5362. Для реализации проектов оказания услуг совместных с другими ассоциациями и фондами необходимо разрешение высшего местного административного органа. По ст. 71 Закона №5393 муниципалитет вправе создавать предприятия в рамках бюджета с разрешения Министерства окружающей среды и урбанизации для оказания услуг, имеющих особые доходы и расходы.

Исходя из дополнительного пункта к ст. 75, губернатор или мэр вправе требовать, чтобы «нарушенная» (невыполненная) муниципальная услуга была оказана другим муниципалитетом. Муниципалитет, помощь которого запрашивается, вправе выполнить такую просьбу с разрешения министра внутренних дел без необходимости вынесения решения муниципальным советом.

Замещение как форма административной опеки: при невыполнении местными органами власти их обязанностей центральная власть изымает полномочие и осуществляет его самостоятельно. Эта форма закреплена в нескольких статьях Закона №5393. Согласно ст. 45 при вакантности поста мэра по любой причине губернатор созывает муниципальное собрание в течение 10 дней. Собрание созывается под председательством первого заместителя мэра, в его отсутствие — второго заместителя мэра, в его отсутствие — старейшего члена. Однако если мэр, или заместитель мэра, или член совета отстранен от должности, арестован или на него наложен административный запрет нахождение на государственной службе в связи с преступлениями терроризма или пособничества террористическим организациям, или в случае прекращения полномочий мэра или члена совета, мэр, или заместитель мэра, или член совета назначается властями (губернатором. — А.Б.) в соответствии со ст. 46. Положения этой статьи также применяются при отставке члена муниципалитета, если он отстранен или арестован. В муниципалитетах, в которых мэр или заместитель мэра назначен в порядке ст. 46, бюджетные и бухгалтерские работы могут быть возложены на регистрационный отдел или финансовый директорат с одобрения губернатора.

Если должность мэра вакантна по какой-либо причине и выборы нового мэра или заместителя мэра не могут быть проведены, до выборов мэра назначает министр внутренних дел в столичных и провинциальных муниципалитетах и губернатор в других муниципалитетах. Назначаемое лицо должно обладать квалификацией для избрания на пост мэра (ст. 46).

Второй пример опеки-замещения возможен при выявлении перебоев в работе служб. По ст. 57 Закона №5393, если гражданский мировой судья по запросу Министерства внутренних дел установит, что муниципальные услуги серьезно нарушены и эта ситуация оказывает жизненно важное негативное воздействие «на здоровье, мир и благополучие населения», министр внутренних дел должен потребовать от мэра устранить нарушение, назначив разумный срок в соответствии с характером услуги. Если нарушение невозможно устранить, министр внутренних дел обращается к губернатору данной провинции с просьбой о выполнении данной услуги. Губернатор должен сначала устранить перебои с помощью средств, оборудования, персонала и других ресурсов муниципалитета. Если это невозможно, он вправе также использовать ресурсы других государственных учреждений и организаций. О предстоящих расходах губернатор уведомляет Банк провинций, который направляет ему требование выделить денежные средства из выделенной муниципалитету доли от общего сбора налоговых доходов общего бюджета данного муниципалитета в следующем месяце.

Однако если губернатор установит, что перерыв в услугах в муниципалитетах или связанных с ними администрациях оказывает или будет оказывать негативное влияние на борьбу с терроризмом или насилием, он должен выполнить или поручить выполнить соответствующую услугу Управлению по контролю и координации инвестиций, специальной провинциальной администрации или же общественным учреждениям и организациям.

Анализ законов №1580 и №5393 позволяет говорить о всесторонней административной опеке со стороны вышестоящих административных органов и должностных лиц. В частности, в содержании ст. 161 Закона №1580 полномочия Государственного совета были названы 37 раз, 31 раз определена компетенция различных министерств, и трижды Совет исполнительных депутатов²⁷ назван в качестве органа, осуществляющего различные формы опеки. Кроме того, в качестве должностных лиц, наделенных полномочиями в сфере административной опеки, назывались: губернатор провинции или района (47 раз) и министр внутренних дел (один раз). В результате административной реформы 2004 года Закон №1580 заменен Законом №5393. Анализ 84 статей последнего Закона указывает на сокращение сферы административной опеки. В нем в качестве органов, осуществляющих опеку, 63 раза упоминаются различные министерства, а в качестве должностных лиц, наделенных полномочиями в сфере административной опеки, 32 раза губернатор провинции или района и один раз — министр внутренних дел.

²⁷ Исполнительный орган Турции.

Заключение

Муниципальные традиции в Турции восходят к первой четверти XX века. Создание и развитие институциональных качеств муниципалитетов было ограничено из-за применявшегося в течение долгого времени централизованного управления. В 2004 и 2005 годах на основании законодательных актов была проведена реформа местного управления. Муниципалитеты получили новое развитие и обновленные статусы.

Правовые основания существования муниципалитетов связаны с правовой структурой административного устройства государства. Турецкая Республика применяет децентрализованный административный способ управления в двух вариантах — децентрализацию услуг и местную децентрализацию. При децентрализации услуг автономией пользуются некоторые учреждения, ограниченные территорией обслуживания, для лучшего оказания услуг. Местная децентрализация, с другой стороны, являет собой административную автономию, предоставляемую лицам, проживающим в определенном регионе, для удовлетворения их общих и соседских потребностей и дел, вытекающих исключительно из их поселения в этом месте.

На публичные юридические лица распространяются положения административного права. Это объясняется тем, что они учреждаются учредительными актами, позиционируются в рамках государства, представляют публичную власть на территории города и наделены собственными полномочиями в сфере оказания жителям услуг.

Одним из проблемных и вместе с тем важных признаков в понимании муниципалитета является административная опека. Она означает контроль центральных государственных органов над местными администрациями и децентрализованными юридическими лицами в управлении государственными услугами в целях охраны общественного порядка и обеспечения наилучшего и сбалансированного оказания государственных услуг на всей территории страны. Анализ законодательства страны позволяет говорить о наметившейся тенденции к расширению местной автономии путем сокращения практики опеки.



Список источников

1. Будагова А.Ш. Организация местной власти в Турции: конституционно-правовой аспект : обзор. М.: ИНИОН, 1994. 21 с.
2. Караманукян Д.Т. Правовая природа административных агентств США. Вестник Омской юридической академии. 2016. №1. С. 85–90. DOI:10.19073/2306-1340-2016-1-85-90

3. Минибаева Е.И. Местное самоуправление в Турции. Государство и право 2014. Предложения, проекты, методика: сборник докладов. Краков: Диаманд, 2014. С. 41–43.
4. Титова Т.П. (рец. на кн.: Полатоглы А. Местное управление в Турции: необходимость реформы // Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература. Серия 4: Государство и право. 2002. № 1. С. 97–100.
5. Упоров И.В. Местное управление в Турции: краткий обзор конституционных норм. Гуманитарный научный вестник. 2022. № 1. С. 139–145. DOI:10.5281/zenodo.5922762
6. Akyılmaz B., Sezginer M., Kaya C. Türk İdare Hukuku. Ankara: Seçkin Yayınları, 2023, 824 s.
7. Atay E. İdare Hukuku. 2. Basi. Ankara: Turhan Kitabevi, 2009, 942 s.
8. Aydın D. Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu tartışmaları. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2017, no 10, s. 97–110. Available at: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/394221> (дата обращения: 23.03.2023)
9. Çağlayan R. Hukukumuzda kamu tüzel kişiliği kavramı ve kistasları. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2016, no. 7, s. 373–398. Available at: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/229908> (дата обращения: 23.03.2023)
10. Çiner C., Karakaya O. Merkez-Yerel İlişkileri ve Mülki İdarenin Dönüşümü. Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 2013, cilt 68, sayı 2, s. 63–93. DOI:10.1501/SBF-der_0000002280
11. Derdiman R. Kamu Tüzel Kişiliğinin Ölçütleri Hakkında Değerlendirmeler. Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi, 2021, cilt 4, sayı 3, s. 545–573. DOI:10.33712/mana.969142
12. Gökyurt F. et al. Türkiye için Yeni Bir Şehir Tanımı Gerekli mi? Çağdaş Yerel Yönetimler, 2015, cilt 24, sayı 1, s. 1–32.
13. Gönül H. İdarivesayetdenetimivemülkiidareamirleri. 2019. Available at: <http://acikerisim.karabuk.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/728/10314052.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (дата обращения: 23.03.2023)
14. Gözler K., Kaplan G. İdare Hukuku Dersleri. Bursa: Ekin Basım Yayın, 2019. 800 s.
15. Günday M. İdare Hukuku. 10. Basi. Ankara: İmaj Yayıncılık, 2011, 654 s.
16. Gürsoy O., Sadioğlu U. 21. Yüzyılda Kente İlişkin Olarak Ortaya Çıkan Yeni Kavramlar. Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 2022, cilt 77, no. 1, s. 45–68. DOI: 10.33630/ausbf.995115
17. Karahanoğulları O. Genel idare hukuku. Kamu hizmetlerinin örgütlenmesi idari teşkilat, 2021. Available at: URL: <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/teskilat-kamu-hizmetinin-orgutlenmesi.pdf> (дата обращения: 17.04.2023)
18. Karaoğlu S. Medeni hukuk. 2018. Available at: URL: <https://hukukdershanesi.com/wp-content/uploads/2020/03/Medeni-hukuk-Serkan-hoca-ders-notları.pdf> (дата обращения: 17.04.2023)
19. Kavruk H., Yaylı H. 2004 Belediye Reform Çalışmalarında İdari Vesayete İlişkin Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi Ve Bir Araştırma. Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 2008, cilt 10, no. 3, n. 1–31. Available at: <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/287417> (дата обращения: 23.03.2023)
20. Kaya T., Pekküçükşen Ş. Türkiye’de idarenin bütünlüğü ilkesi ve yerel yönetimler üzerinde idari vesayet denetimi. Ankara: İksad Publishing, 2019, 173 s. Available at: URL: <https://iksadyayinevi.com/home/turkiyede-idarenin-butunlugu-ilkesi-ve-yerel-yonetimler-uzerinde-idari-vesayet-denetimi/> (дата обращения: 23.03.2023).

21. Keleş R. Kentleşme Politikası. Ankara: İmge Kitabevi, 2006, 703 s.
22. Keleş R. Şehir ve Bölge Planlaması Bakımından Şehirleşme Hareketleri. Ankara: Palme Yayıncılık, 1961, 290 s.
23. Moğol T., Taraktaş A., Çakır T., Varcan N. Mahalli İdareler Maliyesi. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi, 2019, 215 s. Available at: <https://ets.anadolu.edu.tr/storage/nfs/MLY302U/ebook/MLY302U-14V0S1-8-0-1-SV3-ebook.pdf> (дата обращения: 17.04.2023)
24. Öcal Ş. Medeni hukuk I. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi, 2018, 164 s. Available at: <https://ets.anadolu.edu.tr/storage/nfs/HUK105U-Y/ebook/HUK105U-Y-11V1S1-10-0-0-SV1-ebook.pdf> (дата обращения: 17.04.2023)
25. Sadiç V., İşler İ. İlker Kalkınma Ajansları ve Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı. *Fiscaeconomia*, 2020, vol. 4, iss. 3, s. 722–735. DOI: 10.25295/fsecon.783925
26. Yoloğlu A., Zorlu F. Türkiye’de kırsallığın ve kırsal alanların tanımlanması: bir yöntem denemesi. *Mersin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2020, cilt 3, sayı 2, s. 145–176.
27. Ziyaoğlu R. İstanbul kadınlar, şehreminleri, belediye reisleri ve partiler tarihi: 1453–1971. İstanbul: İsmail Akgün matbaası, 1971, 783 s.



References

1. Akyılmaz B., Sezginer M., Kaya C. (2023) *Turkish Administrative Law*. Ankara: Seçkin Publ., 824 p. (in Turkish)
2. Atay E. (2009) *Administrative Law*. Ankara: Turhan Kitabevi (in Turkish)
3. Aydın D. (2017) Debates on Corporate Criminal Liability. *Dispute Court Journal*, no. 10, pp. 97–110. Available at: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/394221> (accessed: 23.03.2023) (in Turkish)
4. Budagova A.S. (1994) Organization of Local Power in Turkey. Constitutional and Legal Aspect: a review. Moscow: INION, 21 p. (in Russ.)
5. Çağlayan R. (2016) The Concepts of Public Corporate Entity. *Dispute Court Journal*, no. 7, pp. 373–398. Available at: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/229908> (accessed: 23.03.2023) (in Turkish)
6. Çiner C., Karakaya O. (2013) Central-Local Relations and Transformation of Territorial Administration. *Ankara University SBF Journal*, vol. 68, no. 2, pp. 63–93. DOI:10.1501/SBFder_0000002280 (in Turkish)
7. Derdiman R. (2021) Assessments on Criteria of Public Legal Person. *International Journal of Management Academy*, vol. 4, no. 3, pp. 545–573. DOI:10.33712/mana.969142 (in Turkish)
8. Gökyurt F., Kindap A., Sarı V. İ. (2015) Does Turkey Need a New Definition of City? *Contemporary Local Governments*, vol. 24, no. 1, pp. 1–32 (in Turkish)
9. Gönül H. (2019) Administrative Tutelage Supervision and Civil Administration. Available at: <http://acikerisim.karabuk.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/728/10314052.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (accessed: 23.03.2023) (in Turkish)
10. Gözler K., Kaplan G. (2019) *Administrative Law Courses*. Bursa: Ekin Basım Yayın, 800 p. (in Turkish)
11. Günday M. (2011) *Administrative Law*. Ankara: İmaj Yayıncılık, 654 p. (in Turkish)
12. Gürsoy O., Sadioğlu U. (2022) New Concepts That Emerged in the 21st Century Related to the City. *Ankara University SBF Journal*, vol. 77, no. 1, pp. 45–68. DOI:10.33630/ausbf.995115 (in Turkish)

13. Karahanoğulları O. (2021) General Administrative Law. Organization of Administration Public Services. Available at: <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr.karahan/makalerer/teskilat-kamu-hizmetinin-orgutltnmesi.pdf> (in Turkish)
14. Karamanukyan D. T. (2016) The Legal Nature of Administrative Agencies in the USA. *Vestnik Omskoy yuridicheskoy akademii*=Bulletin of Omsk Law Academy, no. 1, pp. 85–90. DOI: 10.19073/2306-1340-2016-1-85-90 (in Russ.)
15. Karaoğlu S. (2018) Civil Law. Available at: <https://hukukdershanesi.com/wp-content/uploads/2020/03/Medeni-hukuk-Serkan-hoca-ders-notlari.pdf> (accessed: 17.04.2023) (in Turkish)
16. Kavruk H., Yayli H. (2008) Evaluation of Arrangements About Administrative Supervision on 2004 Municipality Reform Studies and a Research. *Gazi University Faculty of Economics and Administrative Sciences Journal*, vol. 10, no. 3, pp. 1–31. Available at: <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/287417> (accessed: 23.03.2023) (in Turkish)
17. Kaya T., Pekküçükşen Ş. (2019) *Principle of Administrative Integrity and Administrative Tutelage Control over Local Governments in Turkey*. Ankara: İksad Publishing, 173 p. Available at: <https://iksadyayinevi.com/home/turkiyede-idarenin-buttunlugu-ilkesi-ve-yerel-yonetimler-uzerinde-idari-vesayet-denetimi/> (accessed: 23.03.2023) (in Turkish).
18. Keleş R. (2006) *Urbanization Policy*. Ankara: İmge Kitabevi, 703 p. (in Turkish)
19. Keleş R. (1961) *Urbanization Movements in Terms of City and Regional Planning*. Ankara: Palme Yayıncılık, 290 p. (in Turkish)
20. Minibaeva E.I. (2014) Local Self-Government in Turkey. In: State and Law 2014: proposals, projects, methods. Collection of the international scholar conference papers. Krakow: Diamand, pp. 41–43 (in Russ.)
21. Moğol T., Taraktaş A., Çakır T., Varcan N. (2019) *Local Administrations Finance*. Eskişehir: Anadolu University, 215 p. Available at: <https://ets.anadolu.edu.tr/storage/nfs/MLY302U/ebook/MLY302U-14V0S1-8-0-1-SV3-ebook.pdf> (accessed: 17.04.2023) (in Turkish)
22. Öcal Ş. (2018) Civil Law I. Eskişehir: Anadolu University, 164 p. Available at: <https://ets.anadolu.edu.tr/storage/nfs/HUK105U-Y/ebook/HUK105U-Y-11V1S1-10-0-0-SV1-ebook.pdf> (accessed: 17.04.2023) (in Turkish)
23. Sadiç V., İşler İ. (2020) The Development Agencies and Concept of Public Legal Personality. *Fiscaoeconomia*, vol. 4, iss. 3, pp. 722–735. DOI: 10.25295/fsecon.783925 (in Turkish)
24. Titova T.P. (2002) A Review of a book: Polatoglu A. Turkish Local Government: the Need for Reform. Middle Eastern Studies. L., 2000. Vol. 36, no. 4. *Social Sciences and Humanities. Domestic and Foreign Literature. Series 4*, no. 1, pp. 97–100 (in Russ.)
25. Uporov I.V. (2022) Local Government in Turkey: Brief Overview of Constitutional Standards. *Humanitarian Scholar Bulletin*, no. 1, pp. 139–145 (in Russ). DOI:10.5281/zenodo.5922762
26. Yoloğlu A., Zorlu F. (2020) Definition of Rurality and Rural Areas in Turkey: A Methodological Trial. *Mersin University Social Sciences Institute Journal*, vol. 3, no. 2, pp. 145–176 (in Turkish)
27. Ziyaoğlu R. (1971) *History of Istanbul Judges, Mayors, Mayors And Parties: 1453–1971*. Istanbul: İsmail Akgün Printing House, 783 p. (in Turkish)

Информация об авторе:

А.Г. Быкова — доктор исторических наук, доцент.

Information about the author:

A.G. Bykova — Doctor of Sciences (History), Associate Professor.

Статья поступила в редакцию 15.01.2024; одобрена после рецензирования 03.02.2024; принята к публикации 03.02.2024.

The article was submitted to editorial office 15.01.2024; approved after reviewing 03.02.2024; accepted for publication 03.02.2024.

Журнал учрежден в качестве печатного органа Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» с целью расширения участия НИУ ВШЭ в развитии правовой науки, в совершенствовании юридического образования.

Главные задачи:

- стимулирование научных дискуссий
- опубликование материалов по наиболее актуальным вопросам права
- содействие реформе юридического образования, развитию образовательного процесса, в том числе разработке новых образовательных курсов
- укрепление взаимодействия между учебными и научными подразделениями НИУ ВШЭ
- участие в расширении сотрудничества российских и зарубежных ученых-юристов и преподавателей
- вовлечение молодых ученых и преподавателей в научную жизнь и профессиональное сообщество
- организация круглых столов, конференций, чтений и иных мероприятий

Основные темы:

Правовая мысль (история и современность)
Портреты ученых-юристов
Российское право: состояние, перспективы, комментарии
Судебная практика
Право в современном мире
Реформа юридического образования
Научная жизнь
Дискуссионный клуб
Рецензии

Журнал рассчитан на преподавателей вузов, аспирантов, научных работников, экспертное сообщество, практикующих юристов, а также на широкий круг читателей, интересующихся современным правом и его взаимодействием с экономикой.

Журнал включен в перечень ведущих российских рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России для публикации основных научных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

Журнал выходит раз в квартал и распространяется в России, странах СНГ и дальнего зарубежья.

Журнал входит в **Web of Science Core Collection Emerging Sources Citation Index, Russian Science Citation Index (RSCI) на базе Web of Science**. Журнал внесен в следующие базы данных: Киберленинка, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale.

АВТОРАМ

ТРЕБОВАНИЯ К ОФОРМЛЕНИЮ ТЕКСТА СТАТЕЙ

Представленные статьи должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях. Статьи должны быть актуальными, обладать новизной, содержать выводы исследования, а также соответствовать указанным ниже правилам оформления. В случае ненадлежащего оформления статьи она направляется автору на доработку.

Статья представляется в электронном виде в формате Microsoft Word по адресу: lawjournal@hse.ru

Адрес редакции: 109028, Москва, Б. Трехсвятительский пер, 3, оф. 113
Рукописи не возвращаются.

Объем статьи

Объем статей до 1,5 усл. п.л., рецензий — до 0,5 усл. п.л.

При наборе текста необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сносок — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

Название статьи

Название статьи приводится на русском и английском языке. Заглавие должно быть кратким и информативным.

Сведения об авторах

Сведения об авторах приводятся на русском и английском языках:

- фамилия, имя, отчество всех авторов полностью
- полное название организации — места работы каждого автора в именительном падеже, ее полный почтовый адрес.
- должность, звание, ученая степень каждого автора
- адрес электронной почты для каждого автора

Аннотация

Аннотация предоставляется на русском и английском языках объемом 250–300 слов. Аннотация к статье должна быть логичной (следовать логике описания результатов в статье), отражать основное содержание

(предмет, цель, методологию, выводы исследования).

Сведения, содержащиеся в заглавии статьи, не должны повторяться в тексте аннотации. Следует избегать лишних вводных фраз (например, «автор статьи рассматривает...»).

Исторические справки, если они не составляют основное содержание документа, описание ранее опубликованных работ и общеизвестные положения, в аннотации не приводятся.

Ключевые слова

Ключевые слова приводятся на русском и английском языках. Необходимое количество ключевых слов (словосочетаний) — 6–10. Ключевые слова или словосочетания отделяются друг от друга точкой с запятой.

Сноски

Сноски постраничные.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии. Подробная информация на сайте <http://law-journal.hse.ru>.

Тематическая рубрика

Обязательно — код международной классификации УДК.

Список литературы

В конце статьи приводится список литературы. Список следует оформлять по ГОСТ 7.0.5-2008.

Статьи рецензируются. Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается.

Свидетельство о регистрации средства массовой информации
«Право. Журнал Высшей школы экономики»
ПИ № ФС77-66570 от 21 июля 2016 г.
выдано Федеральной службой по надзору
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Выпускающий редактор *Д.Л. Комягин*
Корректор *И.В. Гетьман-Павлова*
Художник *А.М. Павлов*
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*
Редактор английского текста *А.В. Калашиников*

Подписано в печать 04.03.2024. Формат 70×100/16
Усл. печ. л. 16,75. Тираж 250 экз. Заказ №

Отпечатано ООО «Фотоэксперт»,
109316, Москва, Волгоградский проспект, д.42